

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Civil

Magistrado Ponente: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E.

S.

D.

Referencia: Proceso verbal – Protección al consumidor financiero promovido por **PROMOTORA GIRALDO GONZÁLEZ & CÍA. S.C.A.** contra **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**)

Radicación: 11001-31-99-003-2018-01216-01

Asunto: Recurso de **SÚPLICA** contra el auto del 12 de enero de 2021 (notificado por estado el 13 de enero de 2021).

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS, identificado como aparece junto a mi firma, obrando en ejercicio del poder especial que me ha conferido **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, encontrándome dentro del término, respetuosamente me permito presentar **RECURSO DE SÚPLICA**, contra el auto mediante el cual el Despacho revocó la sentencia anticipada, en el proceso de la referencia por encontrar que la “cláusula en virtud de la cual la partes “manifiestan que transan y desisten de [reclamar] cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado...” el día 3 de septiembre de 2014, “y sus posteriores otrosíes”, no fue valorada adecuadamente por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, dejando entrever “la existencia del engaño, el incumplimiento de las condiciones, el ocultamiento de la información y la existencia de afirmaciones contrarias a la realidad en el texto del tan nombrado documento”.

Al efecto se plantean las siguientes:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Contrato de Encargo Fiduciario Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL, fue objeto de una serie de modificaciones dentro de las que se destacan las condiciones que debían acreditar el Fideicomitente Promotor para la transferencia de los recursos que hubieren entregado los compradores a través de sus encargos

individuales, dichos cambios se pusieron siempre en conocimiento de estos, lo cual quedó plasmado en los diferentes otrosíes que suscribieron a sus Contratos de Encargo Fiduciario Individual.

En el contrato de encargo fiduciario se decidió transar y desistir de cualquier reclamo derivado del incumplimiento que pudo haberse dado de los Contratos de Encargo Individual originales. En consecuencia, al ser la transacción uno de los modos de extinguir las obligaciones que dispone nuestro ordenamiento jurídico está claro que así se hubiere configurado algún tipo de irregularidad con relación a los mencionados contratos, la partes que lo suscribieron no estarían legitimados para reclamar o efectuar acciones legales tendientes a la indemnización por el incumplimiento que pudiere haberse configurado pues ya se extinguió cualquier obligación y/o responsabilidad derivada de éste en razón a la referida transacción.

1. VALIDEZ DE LA TRANSACCIÓN

A través del **Otro Sí General Reglamentario**, las partes pactaron transar y desistir de cualquier incumplimiento que surgiera del encargo fiduciario, tal como claramente se desprende del párrafo primero de la cláusula primera:

PARAGRAFO PRIMERO: Las Partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes el día 3 de septiembre de 2014 y sus posteriores Otrosíes.

Pues bien, en lo que se refiere a la validez del contrato celebrado, esto es el **Otro Sí General Reglamentario de fecha 21 de marzo de 2017** encuentra manifestación evidente en los siguientes hechos:

1. Dentro de los hechos de la demanda, la parte accionante aduce como plena prueba el Encargo fiduciario y el otro si reglamentario en el cual se encuentra la transacción. Esta circunstancia obedece a que la demandante siempre tuvo presente que los contratos firmados eran válidos, al punto que los allega como prueba documental dentro del proceso. La base de defensa de la parte demandante se cimienta en los contratos firmados con la Fiduciaria y el promotor del proyecto.
2. La demandante aduce que hubo error como vicio del consentimiento, sin embargo, tal afirmación no tuvo eco en las pruebas presentadas, la sola

afirmación no es prueba en materia civil, recuérdese que el artículo 164 del Código General del proceso establece:

“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.”

A su vez la Corte Suprema ha señalado:

“Complemento de dicha norma, el artículo 1508 ibídem dispone que el consentimiento puede afectarse por vicios, tales como la fuerza, el error, y el dolo, dado que aquél debe ser libre y espontáneo para constituir válidamente el convenio.”

“[L]a ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas – es por ello que al momento de probar cualquier vicio de este tenor es necesario utilizar los medios probatorios idóneos y la justificación y precisión del momento en que se consumó el vicio alegado”¹.

En el presente proceso se echa de menos la prueba siquiera sumaria que demuestre al menos como indicio la coerción de la voluntad de la demandante. Por el contrario, si obra plena prueba de la manifestación de la voluntad de las partes a través de la transacción (otro si reglamentario).

3. No se puede restar validez contractual y jurídica al convenio hecho por las partes, aduciendo que solo una parte de este goza de validez, lo cual, es más que improcedente en virtud de que en la demanda presentada no existe

¹ SC, 11 abr. 2000, exp.: 5410.

manifestación alguna del demandante respecto de alguna situación que haya condicionado su voluntad al momento de firmar.

4. El artículo 1625 del Código Civil establece que la transacción es un modo de extinguir las obligaciones y nace a la vida jurídica como un acuerdo de voluntades (art. 2469 C.C). Así las cosas, la transacción implica el pacto entre las partes de poner fin a un derecho de contenido dudoso o a una relación jurídica incierta, que surge de la intención de las partes de modificarla por una relación cierta y firme, con concesión

En el presente caso, la transacción no se puede concebir como una cláusula abusiva por cuanto la misma significó concesiones recíprocas entre las partes. Además, de acuerdo con el artículo 2483 C.C, **la transacción tiene efectos de cosa juzgada a menos que se configure un vicio que genere nulidad.**

La jurisprudencia de la **Corte Suprema de Justicia** señala:

“la transacción es un negocio extrajudicial, o sea una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Cuando existe pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a esa litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda decretar el fenecimiento del juicio. Este efecto doble y la circunstancia de que por lo regular se asienta el pacto dentro del litigio en curso, le dan a la transacción la apariencia de un simple acto procesal, pero no lo es en realidad, porque ella se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley la considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria (C. C., 1625 y 2469).”

Conforme a la normativa transcrita, la cláusula de transacción aquí ventilada cumple con todos los requisitos establecidos por el Código Civil y por la jurisprudencia de la Corte Suprema decantada al respecto. 1. Existe voluntad de las partes, 2. existe un acuerdo y 3. existe una contraprestación para la parte que transa.

5. El despacho se equivoca al señalar que el contrato aquí discutido es un contrato de adhesión, como es bien sabido este tipo de contratos de preventas son “hechos a la medida” en tal circunstancia es impropio decir que las cláusulas no fueron objeto de negociación, basta ver la literalidad de la cláusula primera del otro si reglamentario para darse cuenta que la tasa pactada resulto de las negociaciones entre las partes.

Es imperante señalar que:

- A. el contrato que pactaba la transacción fue aportado y firmado por la parte demandante
- B. las pretensiones y los hechos que fueron base de la demanda tienen fundamento en el contrato reglamentario que hoy quiere desconocer la apelante.
- C. desde la demanda PROMOTORA GIRALDO GONZÁLEZ entendió que el otro si reglamentario gozaba de validez tal como se puede desprender del siguiente aparte:

5.1 Entregó la totalidad de los recursos a la fiduciaria conforme se estipula en la cláusula sexta del contrato de encargo fiduciario, esto es, depositó la suma de **CUATROCIENTOS NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/L (\$409.450.575, 00)** el saldo debía ser cancelado por mí poderdante conforme al Otro si General Reglamentario de fecha 21 de Marzo de 2017.

5.2 Suministró la información requerida por la FIDUCIARIA.

5.3 Suscribió con el PROMOTOR, el Contrato de Promesa de Compraventa el día **29 de Agosto de 2014**.

5.4 Y los demás establecidos en el contrato de vinculación encargo fiduciario y su respectivo OTRO SI.

SEXTO: Se realizaron modificaciones al Encargo Fiduciario Individual Nro. 0001100010270, por OTRO SI, en el cual mediante maniobras y engaños Acción Sociedad Fiduciaria S.A INDUJO a mí representada viciándose por tal razón su consentimiento, tal y cómo a continuación se narra, ya que el Otro Si se suscribió cuando **LA FIDUCIARIA HABÍA TRANSFERIDO LOS RECURSOS A LA PROMOTORA**, tal y como consta en el “ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL” de fecha **4 de Noviembre de 2014 [ANEXO 6]**, acta de la cual tan solo conoció la demandante en el mes de Febrero del presente año, por la información suministrada por el Gerente del Proyecto señor Ardila, en la reunión llevada a cabo en la Ciudad de Medellín.

De acuerdo con lo anterior, desconocer el contrato firmado válidamente y aportado por PROMOTORA GIRALDO GONZÁLEZ en el presente proceso resulta a todas luces

incongruente, pues si desconoce el encargo y sus otro si, sus pretensiones no tienen ningún fundamento contractual ni jurídico.

Igualmente y con base en lo previamente mencionado, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera se encontraba en el deber de proferir sentencia anticipada, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 278 del Código General del Proceso.

2. INEXISTENCIA DE CLAUSULA ABUSIVA

La apreciación jurídica de la Sala y de la parte demandante respecto de la transacción resulta equivocada y alejada de la esencia del negocio celebrado. Es de gran importancia aclarar que lo dispuesto en el Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del Otrosí Reglamentario no constituye una cláusula abusiva.

Como bien señala el despacho, el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 lista una serie de cláusulas que se encuentran prohibidas dentro de los contratos de adhesión por considerarse abusivas para el consumidor financiero. Sin embargo, el numeral primero de la citada disposición jurídica alude a las cláusulas que: “Prevean o implique limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros”. Sobre este punto se destaca que transar y desistir de las reclamaciones que hubieren podido derivar de un incumplimiento del Contrato de Encargo Fiduciario Individual recibiendo una contraprestación por parte del PROMOTOR no es una limitación al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros, dado que no solo está recibiendo un beneficio, sino que igual cuenta con el derecho a reclamar todo lo que considere pertinente con ocasión a un posible incumplimiento de las obligaciones plasmadas en el Otrosí Reglamentario, siendo este último el texto vigente.

En el presente caso, la clausula objeto de controversia resulta de la manifestación libre de las partes y no de la imposición arbitraria de la Fiduciaria o el promotor.

El profesor Sergio Muñoz Laverde sostiene:

“(…) son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de

celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual (Muñoz, 2010, p. 234)”²

A su vez Quien ha caracterizado jurisprudencialmente las cláusulas abusivas es la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación del 2 de febrero de 2001, cuando señaló que las características arquetípicas de las mismas son:

“(…) a) Que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (Corte Suprema de Justicia, 2001)”

La Corte Suprema de Justicia parece acoger entonces la tesis “restrictiva” según la cual las cláusulas abusivas se presentan únicamente en los contratos de adhesión.

En el caso que nos ocupa, el contrato de encargo fiduciario deviene de la manifestación de la voluntad privada de los contratantes y con la clara opción de negociar el clausulado por cuanto son contratos hechos a la medida de acuerdo al inversionista.

No se puede confundir una proforma de contrato con un contrato de adhesión, claramente estamos frente a un contrato que tiene unos antecedentes comunes, pero no por ello un modelo de contrato inmodificable. Un ejemplo de lo anterior es que varios inversionistas pertenecientes al proyecto MARCAS MALL no suscribieron otro si al contrato de encargo fiduciario.

Teniendo en cuenta lo anterior, le pido de manera respetuosa la magistrado a quien corresponda en turno, revise los anteriores argumentos a la luz de la relación contractual y en razón a ellos revoque la decisión del H. Magistrado ponente en el presente proceso.

II. SOLICITUD

Por las razones antes expuestas, respetuosamente le solicito al Señor Magistrado en turno:

² Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado, Vol. 1, 2010 (Volumen 1), ISBN 978-958-35-0799-1, págs. 211-246

PRIMERA: REVOCAR el auto del 12 de enero de 2021 notificado por estado del 13 de enero de 2021, por medio del cual se revocó la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

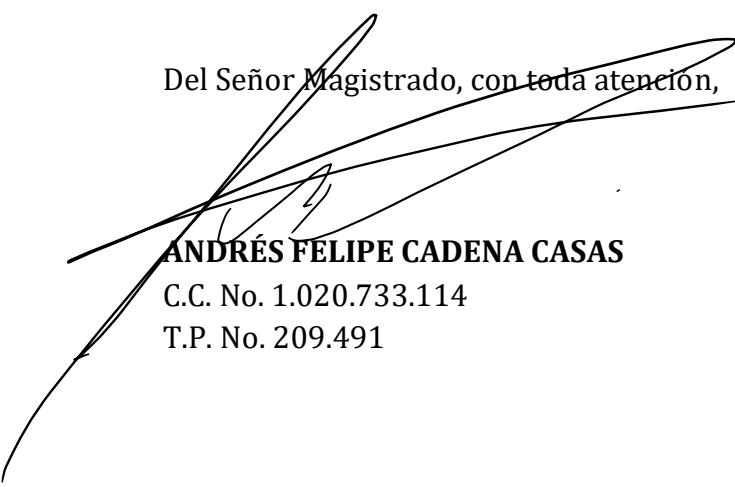
SEGUNDA: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

III. NOTIFICACIONES

Mi mandante puede recibir notificaciones en la Calle 85 No. 9-65 en la ciudad de Bogotá, al teléfono (57-1) 8938042 y al correo electrónico notijudicial@accion.com.co

Por mi parte, recibiré las notificaciones a que haya lugar en la Avenida Calle 72 No. 6-30 Piso 12 de la ciudad de Bogotá y en el correo electrónico acadena@esguerra.com.

Del Señor Magistrado, con toda atención,



ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS

C.C. No. 1.020.733.114

T.P. No. 209.491

Señores

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL DE DECISION

H. Magistrado Ponente:

DRA. MARTHA LUCIA GUZMAN ALVAREZ

Ciudad.

REFERENCIA: ORDINARIO No. 11001310302020140056101

DEMANDANTE: JOSE EDUARDO BAQUERO FORERO

DEMANDADO: MARIO ALBERTO RODRIGUEZ.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

WILLIAM HERNAN VANEGAS WILCHES, mayor, vecino de esta Ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.653.807 expedida en Bogotá, Abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional número 92.172 del Consejo Superior de la Judicatura, ando como apoderado del Señor **JOSE EDUARDO BAQUERO FORERO**, con todo respeto y en el término procesal correspondiente, sustento el **RECURSO DE APELACIÓN** que interpusiera contra la sentencia de 12 de Febrero de 2020, proferida por la Señora Juez Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, me permito exponer los motivos de inconformidad y reparos frente a la misma :

LAS RAZONES DE LA IMPUGNACION:

Se inició la presente acción por parte de JOSE EDUARDO BAQUERO FORERO, con el objeto de que se declarara la RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA suscrito el 15 de noviembre del 2012 en contra MARIO ALBERTO RODRIGUEZ PELAEZ, por incumplimiento de este ultimo a sus obligaciones en el pago del precio.

Aunado a lo anterior para que se ordenara las restituciones mutuas esto es, a uno a devolver los montos recibidos y al otro restituir a favor del demandante el bien mueble objeto del contrato celebrado por las partes.

Es así que en virtud a la notificación del auto admisorio, la parte demandada representada por intermedio de curador contestó la

demanda sin proponer excepciones, y posteriormente la Juez de primera instancia dictó sentencia negado las pretensiones de la demanda, en consideración a que el demandante no acreditó haber cumplido con sus obligaciones, en la forma allí detallada

Fácil es observar como se desprende de las pretensiones elevadas por la parte demandante, se procura decisión de parte del órgano jurisdiccional sobre el incumplimiento presentado en el contrato de compraventa anexo al plenario, actuar omisivo que se reprocha de quien ofició en el mismo como promitente comprador. Adicional a ello, se reclama la fijación de los efectos derivados del incumplimiento. -

La procedencia del petitum y tal como se ha establecido doctrinaria y jurisprudencialmente, debe procurarse en primera instancia la existencia de los requisitos de validez y procedencia de la acción resolutoria y para ello, las condiciones esenciales como estudio previo están supeditados a los siguientes aspectos:

A. La existencia de un contrato bilateral válido.

B. El incumplimiento total o parcial de las obligaciones en contra de quien soporta la presente acción.

C. Que quien comparece a la jurisdicción como promotor de la contienda haya satisfecho o haya estado presto a atender las obligaciones a su cargo, en la forma y términos establecidos.

De tal suerte, que el operador jurídico al proferir el fallo con el que debe decidir la pretensión resolutoria deducida principalmente en el proceso, por imperativo legal, tiene que comenzar su análisis y juicio crítico en torno a la validez o invalidez del contrato que se busca resolver y que el demandante cita como fuente de las obligaciones de su contradictor.

De otro lado, bueno es advertir que dicho documento no fue desconocido por ninguna de las partes y por ende, a voces de los Arts. 244 y s.s. del C. G de P, tiene la connotación de autentico y por ende da plena certeza de lo que en él se ha incorporado.-

Así pues, atendiendo el cumplimiento de los requisitos previos establecidos, debe fijarse el comportamiento de cada uno de los contratantes para establecer si se avinieron o no al cumplimiento de los compromisos adquiridos y dado el caso, establecer cuales son las consecuencias de lo efectuado u omitido por cada extremo de la relación contractual.

A partir de las anteriores premisas y frente a la resolución demandada, el Art. 1546 del C. Civil establece:

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

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

La anterior regla significa, en primer lugar que es el contratante cumplido a quien le asiste o le está dado demandar de quien se sustrajo a las obligaciones adquiridas, el replanteamiento de su comportamiento para cumplir lo asumido o, dado el caso, someterse a la resolución o rompimiento del vínculo y a indemnizar los perjuicios generados con su actuar omisivo.-

*En lo que hace a la parte demandante Señor **JOSE EDUARDO BAQUERO FORERO**, puede aseverarse que sus compromisos se concretaban a la entrega del bien objeto del contrato, obligación que cumplió el demandante en entregar la máquina excavadora hidráulica y que declaro el demandado **MARIO ALBERTO RODRIGUEZ PELAEZ** haber recibido el objeto del contrato de compraventa, como quedo determinado en la cláusula Tercera "**Obligaciones del vendedor**" en su literal (i) del contrato objeto de la resolución, como lo concreta el fallo que mi poderdante cumplió con esa carga de entregar el bien objeto del contrato.*

Que el demandado no cumplió con las obligaciones establecidas, que eran los pagos del precio como quedo establecido en la cláusula Segunda del Contrato, que como consta que no mas cancelo el valor de (\$ 20.000.000.00) a la firma del contrato, que los demás pagos no los efectuó el demandado, en los plazos acodados en el referido contrato, fue como así, mi poderdante y el demandado, suscribieron un "ACTA DE COMPROMISO", calendada del 2 de Abril de 2013, donde el demandado se comprometió a cancelar los pagos acordado en la cláusula segunda del contrato suscrito el 15 de Noviembre de 2015.

*Que pese al compromiso por parte del demandado, el Señor **RODRIGUEZ PELAEZ** no cumplió con las obligaciones adquiridas, que era el pago determinado en la cláusula segunda.*

No se le pude exigir a mi poderdante que adquiriera dentro del término de (8) meses, adquirir la totalidad del derecho de dominio del bien objeto del contrato de compraventa, obligación que si estuviera a cargo

de mi poderdante, si el demandado **RODRIGUEZ PELAEZ** hubiese cumplido con la carga de este, que ere el pago del precio acordado en los plazos establecidos como quedo determinado en la cláusula "segunda" del contrato de compraventa.

Que como se demostró que la obligación No. 001-03-022280-0, se encontraba a Paz y Salvo, ya que en contra de mi poderdante se iniciaron las correspondientes acciones judiciales por parte de LEASING BOLIVAR S.A., para el cobro de las obligaciones generada por el leasing, en el fallo impugnado se dice que mi poderdante no demostró que hubiera adquirido el derecho de dominio, como se adquiriría el derecho de dominio del bien objeto del contrato, ya que el demandado no cumplió con los pagos establecidos en el contrato de compraventa, que si la obligación No. 001-03-022280-0 se certificó por parte de LEASING BOLIVAR S.A que se encontraba a paz y salvo, ya que por los requerimientos judiciales efectuados por la mencionada compañía, a mi poderdante le correspondió fue cancelar, si la opción de adquirir el derecho de dominio, como quiera que para adquirir dicho derecho debió haber cumplido las condiciones del leasing.

En el fallo proferido por la Señora Juez Cuarenta y Siete, se impone que mi poderdante debía haber otorgado poder al demandado **RODRIGUEZ PELAEZ**, para que en su nombre y representación hubiese realizado los trámites necesarios ante LEASING BOLIVAR S.A, que una vez cumplidas la obligaciones patrimoniales derivadas del contrato leasing número 001-03-022280-0 y la autorización del Señor JESUS ANTONIO FLOREZ VELILLA, para que la compañía titularizara la maquina objeto del contrato de compraventa a nombre del comprador hoy demandado, como mi poderdante hubiese otorgado el mencionado poder y tener la autorización del tercero, cuando el demandado no cumplió con los pagos en la fechas y plazos establecidos, pagos que debía hacer el demandado a la cuenta de ahorros No. 1009400150950 de Davivienda a favor de LEASING BOLIVAR S.A.

Se desprende de las pruebas arrimadas al expediente, que debía entenderse completamente a paz y salvo por todo concepto dependiendo específicamente del cumplimiento en el pago del precio en favor de la operadora de leasing, una vez satisfecho esos pagos por parte del comprador, mi poderdante adelantaría las gestiones para que el bien objeto del contrato quedara a nombre de **MARIO ALBERTO RODRIGUEZ PELAEZ**.

Con respecto al demandado en este orden de ideas, fácil es concluir que el mismo desde un comienzo como se indico, incumplió desde el

segundo pago que debió realizar, únicamente pago el primero bajo estas hipótesis al vendedor, no está obligado a cumplir con el resto de sus obligaciones, por cuanto el comprador ya había incurrido en ora frente a sus obligaciones, prueba de ello es el acta de compromiso suscrita el 2 de abril del 2013, pero aun así no cumplió con sus compromisos de pago. Hora bien y acreditase que mi representado estuvo presto a cumplir, canceló la obligación a la LEASIGN BOLIVAR, en virtud a las acciones judiciales que adelantara en contra de mi representado, si con dicha prueba no basta para demostrar que siempre estuvo dispuesto a cumplir, como debía verificarse dicho acto, cuando el demandado, no cumplió con la gestión contractual a la que se vió obligado.- , Dicha situación no ha variado a pesar que el documento no fue tachado de falsos, ni se está acreditando el pago por parte del demandado.

El estudio de todos los medios probatorios, allegados, apuntan al incumplimiento de las obligaciones establecidas contractualmente al promitente comprador (aquí demandado), circunstancia que ha de tenerse en cuenta para las resultas del proceso.

Estas, consideraciones son suficientes para solicitarle a los honorables Magistrados integrantes de la H. Sala revoquen la sentencia objeto de recurso y condenar en costas a la parte demandada

De los H. Magistrados, con toda consideración,

Atentamente,



WILLIAM HERNAN VANEGAS WILCHES.

C.C. 79.653.807 de Bogotá.

T.P. 92172 C. S J.

Correo Electronico: williamabogado1973@hotmail.com

Honorable:

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

E. S. D.

MAGISTRADO PONENTE: Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO.

Expediente: Radicación: No. 11001310301620130064801.

PROCESO: PERTENENCIA CON ACCIÓN REIVINDICATORIA.

DEMANDANTE: EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS.

**DEMANDADOS: LUZ MARINA ORTIZ – SUCESORES DETERMINADOS E INDETERMINADOS
CONCEPCIÓN BERNAL - PERSONAS INDETERMINADAS.**

HÉCTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS ciudadano mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 19.277330, expedida en Bogotá, domiciliado y residenciado en la ciudad de Bogotá, Abogado en ejercicio con tarjeta profesional No. 27.428 del Consejo Superior de la Judicatura en mi condición de apoderado de la señora LUZ MARINA ORTIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.701.052, expedida en Bogotá, parte demandada en el proceso de la referencia, al Honorable Magistrado Ponente manifiesto que presento dentro del término legal, **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** instaurado contra la sentencia de Primera Instancia dictada por la Honorable Juez 50 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en audiencia virtual llevada a cabo el día 30 de septiembre de 2020, dentro del proceso de pertenencia por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio con demanda de reconvención en reivindicación, arriba referido. En consecuencia, sustento los reparos instaurados en el momento de proferir la decisión aquí impugnada así:

I. ESTRUCTURACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN.

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Con el debido respeto al honorable Tribunal que ha de decidir esta causa en segunda instancia, presento la estructura de la impugnación para facilitar su lectura y reflexión sobre los aspectos que la soportan:

La sentencia de primera instancia antes referida **DECLARÓ PROBADOS LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO**, sobre el tercer piso de la edificación que se levanta sobre los predios ubicados en la carrera 5ª No. 26– 60 de la ciudad de Bogotá D. C. Y como consecuencia de ello **NEGÓ LAS PRETENSIONES DE REIVINDICACIÓN** instauradas por la parte demandante.

II. LOS REPAROS CONTRA LA SENTENCIA IMPUGNADA:

“NO ESTÁN CUMPLIDOS LOS REQUISITOS AXIOLÓGICOS DE LA PRESCRIPCIÓN”.

De acuerdo con la impugnación de la sentencia de primera instancia, la parte demandada repudió dicha sentencia por no aparecer cumplidos los elementos axiológicos de la declaratoria de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio y todo lo que se deriva de ellos. Así La impugnación quedó centrada en lo que en voz de la honorable juez de primera instancia tomó: Como supuestos de prescripción que los observó en el artículo 2512 del C.C.; como modo de adquirir las cosas ajenas, a través de la posesión material de una cosa, por un lapso de tiempo. Que la prescripción adquisitiva se soporta en el artículo 2518 del C.C., y que para ello deben concurrir sus elementos axiológicos para su prosperidad.

1. LOS REQUISITOS AXIOLÓGICOS DE LA PRESCRIPCIÓN ABORDADOS POR LA SENTENCIA IMPUGNADA. - Requisitos AXIOLÓGICOS DE CONTENIDO.

Los llamados requisitos axiológicos o categorías fundamentales o supuestos exigidos por el ordenamiento jurídico sustantivo, a los cuales acudió la honorable juez de primera instancia, y que corresponden al listado de categorías que integran el CONTENIDO del fenómeno prescriptivo, se muestran por la sentencia de la siguiente manera, y de la cual hago un resumen de los mismos:

Como supuestos de la prescripción los observó en el artículo 2512 del C.C.; como el modo de adquirir las cosas ajenas, a través de la posesión material de una cosa, por un lapso de tiempo. Que la prescripción adquisitiva se soporta en el artículo 2518 del C.C., y que para ello deben concurrir SIGUIENTES los elementos para su prosperidad:

- a) Que el bien sea **identificado**.
- b) Que sea susceptible de adquirir por prescripción.
- c) Que quien la eleva sea el **poseedor**.
- d) Por un **período** establecido por la ley. Que el tiempo es de 20 años de acuerdo con la ley 50/36, y su referencia a la Ley 791/2002 o de 10 años, y al artículo 41 de la Ley 153/887. (LA POSESIÓN MATERIAL UNIDA AL TIEMPO).
- e) Que la posesión sea **pública, pacífica, continua e ininterrumpida**. (Sin vicios).
- f) Que la ley prohíbe declararla sobre bienes imprescriptibles (artículo 2519 del C.C.),
- g) Que el poseedor se repunte dueño (demostrando un inequívoco ánimo).
- h) Que la posesión sea material, que implica contacto físico con la cosa, que haya relación de voluntad de ejercer la propiedad y no reconocer un derecho superior y se invoca la sentencia de Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 2013, expediente: 2004/255.
- i) Que se exige legitimación en causa por activa en el poseedor; y por pasiva a los titulares de derechos reales inscritos sobre el mismo bien.

Dicho listado que surge de la propia voz de la señora Juez es ACEPTABLE, en el sentido de dar un cubrimiento en cuanto al contenido del fenómeno jurídico llamado prescripción, tanto para la adquisición del Derecho de dominio que corre en favor del poseedor, como la extintiva, que por medio también de la posesión, corre en contra del dueño.

2. Requisitos AXIOLÓGICOS DE PROCEDIBILIDAD de la prescripción: LA ALEGACIÓN.

Respecto a este requisito, debe ser resaltado en mayor forma, aun cuando la señora juez hizo referencia a él en un momento de su discurso jurídico (sentencia) y que hemos señalado con el número 11 anterior, y se trata de la ALEGACIÓN. Esto por cuanto se consagra de manera expresa en el artículo 2513 del Código Civil: “el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio” subraya fuera de texto.

Dice la doctrina Internacional: Calamandrei “la motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalidad de la función judicial” CALAMANDREI. Piero. Proceso y democracia. Trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 115). Así pues, los hechos expuestos deben estar motivados por el actor que decide señalar o llevarlos al proceso para que se establezca una sentencia. De modo, que los hechos motivados dan razón de la justificación del actuar o el comportamiento que respecta sobre la otra parte o sobre una situación, un tercero u otro contexto que diese relevancia al proceso., (IBAÑES. Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia. 1992. P.255-299). En este caso, es necesario señalar que el hecho y el derecho guardan una íntima relación, esto se debe a que durante el proceso ambos se desarrollan progresivamente se desarrolla el juicio, así pues, cuando se pretende perseguir la determinación del hecho, se pretende establecer el presupuesto fáctico (FERRAJOLI. Luigi. Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1995, pág. 125).

Dice la jurisprudencia nacional. STC- 6507-2017, que “(...) el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la

denominación a la acción o tipo de responsabilidad, dado que en virtud del principio *iura novit curia* las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario....”. Subrayas fuera de texto.

Jurisprudencia y doctrina nacional dicen al unísono. STC11525-2019. «(...) como se dijo en AC390-2019, “(...) la pretensión está conformada por tres elementos: uno subjetivo que comprende los sujetos involucrados en el litigio denominados pretensor y resistente, y el juez como sujeto imparcial destinatario de aquella que encarna al órgano jurisdiccional del Estado con potestad para resolver los conflictos sometidos a su discernimiento; otro objetivo que atañe concretamente a lo reclamado, a lo pedido en el juicio a “la cosa o el bien y la declaración del derecho que se reclama o persigue”, y la causa petendi, que concreta los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta la petición de tutela jurídica, Devis Echandía alude a ese último elemento como la razón de la pretensión, indicando que es, “(...) el fundamento que se le da según el derecho, y ese fundamento se distingue en fundamento de hecho y de derecho; es decir, el conjunto de hechos que constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde se pretende deducir lo que se pide y la afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material. De este modo, la conformidad de la pretensión con el derecho depende de la causa petendi, o sea de los hechos jurídicos que la sostienen, enunciados en la demanda, y de las peticiones de la demanda o conclusiones que de todos ellos se deducen. Por esto puede decirse que la razón se distingue en razón de hecho y de derecho. La razón de la pretensión se identifica con la causa petendi de la demanda”». Subrayas fuera de texto.

Pero hemos de entender, que la motivación fáctica, en una demanda deben partir de los denominados por la jurisprudencia: “los hechos jurídicamente relevantes”, es decir, no cualquier tipo de alegación. Es indudable que el papel que juegan los hechos en el proceso es determinante. Algunos dicen: el proceso son hechos. Lo demás son agregados. Pero profundizando un poco más, el mundo del proceso ha de trabajar desde su inicio con HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES. Esto es, que se trata de presentarle al juez una información fáctica, selectiva y especializada. Selectiva, en cuanto deben ser escogidos por el demandante, por su relación con el supuesto fáctico de las figuras jurídicas reclamadas, (en este caso: prescripciones adquisitivas y extintivas) y especializada en cuanto a que corresponden a una materia jurídicamente regulada, y además porque los presenta un experto en lo jurídico: un abogado litigante. Pero los hechos jurídicamente relevantes, desde el inicio de la demanda, no solo dan orientación al juez sobre los derroteros a seguir procesalmente, sino que orientan la petición y decreto de pruebas (para su calificación como idóneas); y además se convierte en un elemento de garantía de ejercicio del derecho de defensa: la parte demandada debe saber, en concreto, sobre qué se debe defender.

De una parte, este IMPERATIVO SUSTANTIVO (art. 2513 C.C.) nos remite única y exclusivamente a lo ALEGADO, es decir: A LA DEMANDA. Pues esta es la gran oportunidad para invocar todos los elementos que le dan contenido material (y real) a cada una de las categorías abstractas que componen el fenómeno prescriptivo. Y esta drástica exigencia sustancial es la medida con que la Ley trata El poseedor irregular, porque no deriva su posesión de un justo título, sino que es un usurpador, que se apodera de las cosas ajenas. ART. 764, 770. 791 C.C. Esta advertencia legal y sustantiva para el juez, hace que este no pueda hacer declaraciones más allá, ni por fuera de lo pedido. Esto es, cualquier requisito axiológico debe ser alegado con su contenido fáctico y su soporte probatorio. Porque cualquier acto de intromisión, por parte del juez, para impulsar o completar deficiencias de lo no alegado, conduce a que sea DECLARA DE OFICIO con vulneración de la norma sustantiva del artículo 2513 del C.C.

En conclusión, el abordaje de los elementos axiológicos de contenido que componen la categoría jurídica de prescripción debe partir siempre de lo ALEGADO por quien se quiere favorecer de ella. En consecuencia, los llamados requisitos axiológicos para la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, antes referidos constituyen la materia del recurso e impone sustentación por el reclamante y pronunciamiento por el juzgador, en este caso el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala civil.

III. SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS DE IMPUGNACIÓN.

Varios aspectos integran este elemento o requisito axiológico, los que deben irse construyendo de manera lógica: 1) Establecer qué condición tiene a la cosa (inmueble en su totalidad) desde el punto de vista físico, teniendo en cuenta el sistema normativo sustancial: (cosa singular divisible o indivisible) 2) Luego establecer con precisión lo reclamado en la demanda de pertenencia, sobre la cosa identificada, desde el punto de vista físico: (todo o una parte). 3) Y establecer que otorgó la sentencia de primera instancia sobre dicho inmueble, y si lo hizo ciñéndose a la ALEGACIÓN (ART. 2513 DEL C.C.) y sólo a lo alegado por la parte interesada – no puede haber declaraciones oficiosas, y sólo a LO PROBADO, por actividad de la parte interesada demandante – no puede haber actividad probatoria oficiosas). Para desde ahí hacer los cuestionamientos que sean del caso.

3. INCUMPLIMIENTO DE PRIMER REQUISITO AXIAL DE LA PRESCRIPCIÓN: IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA COSA RECLAMADA. (EL CORPUS).

3.1. EL INMUEBLE (CASA DE HABITACIÓN) UBICADO EN LA CARRERA 5ª. No. 26-60 hoy 26B-60 DE BOGOTÁ CONSTITUYE UNA PROPIEDAD CON UNIDAD FÍSICA.

a) El inmueble (casa de habitación) que se ubica en la dirección carrera 5ª. No. 26-60, hoy 26B-60, SE ALEGÓ como una UNIDAD DE PROPIEDAD físicamente constituida, con una única construcción que se levanta sobre dos predios contiguos: Pretensión 1. Condición ésta que quedó debidamente ALEGADA Y PROBADA por los certificados de registrador de instrumentos públicos de Bogotá, bajo los números Nos. 50C-981695 y 50C- 1705401 aportados al proceso, por la parte demandante.

b) La identificación catastral ALEGADA correspondió a la cédula catastral No. 26 4 A 17. La que se PROBÓ con la certificación catastral aportada al proceso, y ella da cuenta que el inmueble es tratado como una unidad, en toda su extensión y área.

c) El pago del impuesto predial se efectuó y se sigue efectuando de manera única y global para todo el inmueble: terrenos y áreas construidas. De esto da cuenta, los comprobantes de pago aportados al proceso por ambas partes.

d) La Inspección judicial practicada sobre el inmueble, verificó la ubicación de este (carrera 5ª. No. 26-60, hoy 26B-60 de la ciudad de Bogotá), y el video levantado del desarrollo de la misma, da cuenta de su plaqueta oficial de dirección y numeración (26B-60), ubicada en la parte superior de la puerta de acceso al inmueble, y este acceso se produce por la carrera 5ª. El video da cuenta de ser una construcción o EDIFICACIÓN DE VARIOS NIVELES EN ALTURA. Así mismo, la inspección judicial hizo un recorrido de sus partes interiores, e identificó plenamente áreas construidas de primer piso, de segundo piso, de tercer piso y de cuarta planta para un altillo y cubiertas para todo el inmueble. También da cuenta de sus áreas de vacío (para iluminación, aireación y separación) respecto de las demás edificaciones colindantes.

e) Los servicios de que disponen la construcción son generales y en especial el de agua. El cual se paga con una sola factura, servicio asignado a una única dirección carrera 5ª. No. 26-60, hoy 26B-60 de la ciudad de Bogotá.

f) De la misma el dictamen pericial que fue aportado el 22 de junio de 2018 por el perito CIRO ALEJANDRO RAMOS ABRIL, da cuenta de la identificación del predio y en el numeral 3. Dicho dictamen establece su LOCALIZACIÓN fotográfica y de dirección y Barrio: la carrera 5ª. No. 26-60, hoy 26B-60 de la ciudad de Bogotá, Barrio “San Diego”. Y en el Numeral 4., los LINDEROS para toda la edificación tomada de los títulos aportados al proceso, y hace un “levantamiento” que correspondería a los linderos de los dos lotes integrados (SIN ENGLOBLE- Folio 453 expediente 1. Digitalizado). Se hace una

descripción de lo que corresponde a la distribución del tercer piso, adicionando un área de patio, en el segundo piso, y un área de altillo para el cuarto piso. Se identifican las áreas que corresponden al tercer piso, adicionados por un área sobre segundo y el área de altillo. Sin embargo, no se indican áreas ni puntos de accesos, ni medidas de altura, ni alinderación exclusiva respecto de los demás pisos de la edificación. Dictamen pericial que no mereció, en estos aspectos, aclaración, complementación, ni objeción alguna por las partes, ni reparo de las partes.

g) De otro lado, el inmueble de la carrera 5 No. 26B-60 de Bogotá, ha sido sometido al **TRATAMIENTO DE CONSERVACIÓN ARQUITECTÓNICA**, de acuerdo con el decreto 215 de 1997, cuyo control hace el Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá, según comunicación que le fue enviada a la propietaria LUZ MARINA ORTIZ, mediante oficio 21951 del primero de julio de 1998, por la Coordinación de Patrimonio Urbano. A día de hoy se ha certificado que dicho predio, de acuerdo con el Decreto 606 de 2001, ha sido decretado por el Distrito Capital de como **“BIEN DE INTERES CULTURAL”**, en la categoría CT modalidad IIC. (Aporto el documento antes mencionado). Y Decreto 560 del 28 de septiembre de 2018 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, “por medio del cual se define la reglamentación urbanística aplicable a los Bienes de Interés Cultural del ámbito distrital y se dictan otras disposiciones”. Condición que es conocida por el demandante por cuanto aporto como prueba el oficio muy posterior 28987 noviembre 9 de 1998: VER, foliación expediente físico folio 104; foliación expediente electrónico 115, y ante esta condición legal del total de inmueble se hace improcedente las alteraciones **LEGALES Y MATERIALES** para la edificación.

CONCLUSIÓN: El inmueble (casa de habitación) que corresponde a la carrera 5ª. No. 26-60, hoy 26B-60, de la ciudad de Bogotá, **NO ESTÁ SOMETIDA A NINGUNA DIVISIÓN O SEPARACIÓN MATERIAL**, como para entender que se trate de una copropiedad, o una comunidad que compartiera servidumbres o áreas comunales. Ni en los folios de matrícula inmobiliaria aparece anotación alguna que dé a entender algún tipo de división, separación por pisos, independencias de áreas, etc. De tal manera que, a la luz de la ley sustancial (del artículo 653 C.C.) la propiedad antes señalada corresponde a un bien corporal, a **UNA COSA SINGULAR** tomando la nomenclatura establecida por este mismo estatuto.

3.2. IMPOSIBILIDAD DE RECLAMACIÓN Y ADJUDICACIÓN EN PRESCRIPCIÓN DE UNA PARTE CONCRETA, DE COSA FÍSICA Y JURÍDICAMENTE INDIVISIBLE: LA SENTENCIA IMPUGNADA CONSTITUYÓ UNA PROPIEDAD HORIZONTAL DE FACTO.

a) Quedó claro, en el punto anterior, que el inmueble de la carrera 5ª. No. 26B-60 de Bogotá, corresponde a una unidad física, lo que la ley sustancial denomina **COSA SINGULAR** desde el punto de vista **MATERIAL Y JURÍDICO**. Y este es el **PUNTO DE PARTIDA** para el resto de reflexión y sustentación.

b) **EL TERCER PISO RECLAMADO COMO INDIVIDUALIDAD INDEPENDIENTE DEL TOTAL DE INMUEBLE DE LA CARERA 5ª No. 26B-60.** Le corresponde a quien **DEMANDÓ LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA** sobre una propiedad por pisos **ALEGAR Y PROBAR** que la cosa singular reclamada (tercer piso), corresponde a una individualidad independiente física y jurídicamente del total de la edificación del que hace parte: la carrera 5ª. No. 26B-60 de Bogotá, O que es posible dividirla, separarla o desmembrarla física y jurídicamente; como lo reclamó para el tercer (3) piso de dicha CASA.

c) Sabido es que es posible sobre un terreno hacer loteos o desmembraciones, que entren a constituir una diversidad de cosas, que logren por separado una individualidad y una corporeidad con total independencia. O construir diversas unidades de propiedad, por elevación o pisos, que impliquen su separación o independencia. Las cuales, unas y otras están sometidas a regímenes jurídicos especiales, sin que pueda decirse que están al libre arbitrio de sus dueños. Esto es, la división material de las propiedades registradas, **NO ESTÁN A DISPOSICIÓN UNILATERAL DE LOS DUEÑOS**, ni de los copropietarios, ni mucho menos de los coposeedores. Ellas no se dividen, ni se parcelan de manera

caprichosa: Dice la Corte Constitucional “La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado.^[11] Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema. Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término arbitrariamente (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado. No se excluirán del artículo demandado las expresiones “no siendo contra ley o contra derecho ajeno”, como lo solicita el actor, porque ellas, precisamente, recuerdan que las potestades implícitas en la propiedad están limitadas, y no pueden, por tanto, ser ejercidas según el arbitrio del titular”. (C-595/99).

*d) Esto simplemente, para afirmar que los loteos, las parcelaciones, y las desmembraciones de las propiedades como las constituciones de **COPROPIEDADES POR PISOS** tienen su régimen jurídico especial, y sin que esté consolidadas (las autorizaciones por autoridades administrativas) no es posible cambiarle la condición de unidad a una propiedad, esto es, no es un acto que se puede expresarse de cualquier manera, ni mucho menos por actuación usurpadora de un supuesto poseedor sin título.*

*Los certificados del registrador de Bogotá Nos. 50C-981695 y 50C- 1705401, aportados al proceso, de los dos lotes que configurarán la base de las edificaciones, no reportan que se haya constituido sobre ellos una **PROPIEDAD HORIZONTAL** al respecto, lo que indica que las construcciones componen una **ÚNICA UNIDAD** desde sus bases, hasta su cubierta.*

*e) Esto obliga a que la identificación de la construcción que se levanta sobre los lotes debe ser como una **UNIDAD**, con determinación de alinderación de la totalidad de sus áreas construidas. Y al final arrojará una totalidad de todas las áreas generadas por la construcción. Sin que sea posible hacer separaciones o individualizaciones de áreas, pues la construcción es una unidad y una totalidad. Esto indica, que todas sus subdivisiones pertenecen a una misma construcción en unidad.*

*f) La conclusión a la que podemos llegar en este momento y en este aspecto es que la construcción de la carrera 5ª. No. 26B-60 de Bogotá, es un bien o cosa indivisible, por tratarse de una casa de vivienda (unidad patrimonial privada). Bajo esta advertencia legal y sustancial debemos **CENTRARNOS EN LA ALEGACIÓN** que hace el demandante, (y que es a lo que nos debemos atenemos por ser lo dispuesto por ART. 2513 DEL C.C., por la condición del proceso de pertenencia por prescripción adquisitiva), porque es a lo aspira a beneficiarse de ella. Obsérvese Honorable Tribunal Superior la pretensión 1., invocada en el cuerpo de la demanda: Dice la demanda en la **PRETENSIÓN 1.** “Que **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.093.250 de Bogotá, mayor de edad ha adquirido por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio el siguiente predio: piso tercero (3º) ubicado en la carrera 5 número 26-60 de la ciudad de Bogotá, junto con sus mejoras y anexidades cuyos linderos especiales y actuales son “...”.*

*g) Aquí hago notar, honorable Tribunal que los linderos que allí se incorporaron corresponden al predio general, y seguidamente a los dos lotes sobre el cual se levanta la totalidad de la construcción. Por tanto, no hay **INVOCACIÓN O ALEGACIÓN** de la alinderación que correspondería al llamado tercer (3º) piso, como cuerpo cierta e independiente, tampoco se alegan sus áreas, sus alturas, sus servicios, sus divisiones internas referidas al **TERCER PISO**, como unidad separada del total de la construcción que se pretende en prescripción. Y esto no puede ser suplido, por actividades oficiosas del juez ante la prohibición legal sustantiva, para las acciones de prescripción. (ART. 2513 DEL C.C.).*

h) EN RESUMEN, dice la sentencia: 1) Que el proceso versa sobre el tercer piso de una casa que está sobre dos predios, sobre el que se reclama prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio. Y frente a ello afirmo: “Esto es correcto”.

Dice la sentencia: Que en la diligencia de inspección judicial se hizo necesario un dictamen pericial, para que un perito topógrafo identificara plenamente: área, cabida, linderos, predios colindantes y demás

mediciones que resulten necesarias para la identificación plena del bien, cuyo dictamen fue aportado el 22 de junio de 2018 por el perito CIRO ALEJANDRO RAMOS ABRIL. Y frente a ello afirmo: “Esto es correcto”, pero eso no es lo alegado en la demanda de pertenencia. La identificación que hace el perito la hace sobre lo que se observó en ocupación por el demandante, pero no como estructura independiente, esto es, carece de **LINDEROS POR EL NADIR**, que sería su lindero con el segundo piso. Carece de **LINDEROS POR EL CENIT** que sería su lindero con la cuarta planta y las cubiertas de toda edificación. Obsérvese, honorable Tribunal que, en la demanda, en ninguna sus partes, se alega que además del tercer piso se reclama un área de patio: ubicado, según en perito, a nivel de la segunda planta de edificación, ni un área de altillo ubicado sobre la cuarta planta de la construcción, estas son incorporaciones del perito. Y con esto se llega a la conclusión que la sentencia INVADIÓ la esfera de **ALEGACIÓN** de la parte demandante, y con vulneración del Derechos sustancial, consagrado en el artículo 2513 del C.C., Esto es, oficiosamente entra a pronunciarse en prescripción adquisitiva de dominio, sobre **LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL TERCER PISO NO EXISTENTE** jurídicamente, y sin identificación exclusiva, por quién quiere beneficiarse de dicha prescripción.

i) De otro lado, La individualización de áreas, como la ALEGÓ el demandante, sólo corresponde a la de los lotes que soportan la construcción, pero **NO HAY ALEGACIÓN** respecto de las áreas que corresponde a cada uno de los pisos que la componen, **NI A LAS DEL TERCER PISO**, que corresponde a los reclamado. Este tipo de divisiones implica un régimen jurídico muy especializado, **QUE TAMPOCO FUE ALEGADO**, tanto desde el punto de vista arquitectónico, como de ingeniería. Como desde el punto de vista de sus divisiones internas, como que identifique las zonas comunes, los servicios comunes, áreas de vacío para iluminación, aislamiento o aireación y áreas de cubiertas. Ni la forma como los distintos pisos, en sus independencias, participan en la administración comunal para las diversas propiedades, que surgen de tal independencia del tercer piso. Además de aportar todas las autorizaciones administrativas para las propiedades por pisos.

De otro lado, el inmueble de la carrera 5 No. 26B-60 de Bogotá, ha sido sometido al **TRATAMIENTO DE CONSERVACIÓN ARQUITECTÓNICA**, hoy “**BIEN DE INTERÉS CULTURAL**” de acuerdo con el Decreto 215 de 1997, cuyo control hace el Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá, y el Decreto 606 de 2001 antes mencionado, que exigen permisos administrativos para intervenir este tipo de propiedades.

j) Esto de por sí, ya daba para **DENEGAR** la prosperidad de las **PRETENSIONES INVOCADAS, POR IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y JURÍDICA Y FALTA DE ALEGACIÓN Y PRUEBA** en la identificación e individualización independiente a que se aspiran. Recordando una vez más que en este tipo de procesos de prescripción el juez no puede suplir faltas de alegaciones, porque termina en fallos ultra o extra petita, o de otro lado, si simplemente el asunto es de **FALTA DE PRUEBA**, entonces, termina fallándola de oficio vulnerándose el artículo 2513 del C.C.

Pero la **INVASIÓN DE LAS ESFERA DE ALEGACIÓN**, por parte de la sentencia aquí impugnada fue mucho más lejos: **CONSTITUYÓ UNA PROPIEDAD HORIZONTAL DE FACTO**, arrasando con el ordenamiento jurídico en esta materia: Ley 675 de 2001. Y de paso **DESATENTIENDO** la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Sentencia C- 328 de 2019 a propósito de la Ley 675 de 2001, Dijo: “(p)or medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal”, “1.4. En efecto, si bien la Ley 675 de 2001 establece el marco general de la propiedad horizontal en Colombia, cada una de dichas propiedades debe expedir su propio reglamento particular. Sobre este punto, al momento de analizar la constitucionalidad del inciso 4º del artículo 29 de la Ley 675 de 2001, la Corte explicó que “(l)a escritura pública de constitución de la propiedad horizontal debe contener el Reglamento de Propiedad Horizontal, en el cual se consignan las disposiciones sobre su organización y funcionamiento, cuyo contenido mínimo contempla el Art. 5º de la ley, y que señalan los derechos y obligaciones de los propietarios y moradores del edificio o conjunto, no sólo de los iniciales sino también de los sucesivos en virtud de enajenaciones del dominio sobre las unidades privadas o de nuevos contratos de tenencia.”^[14] Dicho reglamento, como estatuto privado con la facultad de autorizar, entre otras, las publicaciones de información a que aluden las normas que ahora estudia la Corte, debe adecuarse al régimen de propiedad horizontal contenido en la Ley 675 de 2001 o al que, salvo decisión contraria de su asamblea, haya estado vigente al momento de la constitución de la respectiva propiedad

horizontal^[15]; todo ello dentro de los límites que contempla la Constitución Política^[16]....”.

k) La separación de folios de matrícula inmobiliaria, como lo hace la sentencia aquí impugnada, al ordenar la apertura de uno separado para el TERCER PISO, implica que las áreas del total de la edificación quedan alteradas por sustracción de dicho tercer piso. Inmueble que por EL TRATAMIENTO DE CONSERVACIÓN ARQUITECTÓNICA hoy “BIEN DE INTERES CULTURAL” no permite ningún tipo de subdivisión material, ni física ni jurídica; y además. lo que va a encontrar son graves complicaciones con la OFICINA DE REGISTRO, pues el inmueble de la carrera 5ª No. 26B-60 de Bogotá, con pisos inferiores al tercer piso, y piso superior al tercer piso, quedan separados sin alinderación específica. Y no basta como lo hace la sentencia aquí impugnada de omitir la identificación e individualización de las zonas que se comparten y las zonas restringidas de ocupación como los vacíos para aislamiento, iluminación y aireación; ni el señalamiento de áreas comunes de accesos y circulación, etc. Áreas que por ninguna razón pueden ser ocupadas ni usadas por ningún dueño ni menos poseedores. Todo esto brilla por su ausencia en la identificación de la parte reclamada en prescripción y por la peritación recogida y por la SENTENCIA que la ordena. Y sin ningún tipo de autorización administrativa para tal efecto: por razones urbanísticas y por razones de patrimonio de conservación arquitectónico.

l- Hemos calificado de una PROPIEDAD HORIZONTAL DE FACTO, pues se ha pasado por encima de la legislación antes mencionada. Recordando que la Propiedad Horizontal, por mandato de la ley constituye una personalidad jurídica; Requiere de un Reglamento de administración al cual estarán sometidos todas las unidades que surjan de la figura de SUBDIVISIÓN POR PISOS.

m- Lo que indica que ese tipo de separación no puede hacerse, mediante la alegación de un proceso de pertenencia, ni porque se indique en un dictamen pericial sobre la condición material del predio, ni porque lo admita la contraparte ya expresamente o por silencio, ni en el evento en que se aporte la alinderación que se consideraría pertinente, pues exige autorización administrativa, registral y catastral para tal efecto. Pero en este caso, ni siquiera esto se hizo. Simplemente, se adjudicó un TERCER PISO sin individualización técnica y legal, sin la independencia que debe generar respecto de las demás áreas que se afectan. Así se vulneró esta vez, y una vez más, EL DERECHO SUSTANCIAL PERTINENTE EN MATERIA DE RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

CONCLUSIÓN: Le correspondía al demandante ALEGAR PLENAMENTE (ART. 2513 DEL C.C.) y PROBAR que el inmueble de carrera 5ª. No. 26B-60 de Bogotá es DIVISIBLE materialmente, y que la parte que reclama: tercer (3º) piso no afecta para nada la condición del predio, en las demás áreas. Pero ¿cómo se puede probar lo que NO SE ALEGÓ? Y POR ESTAS RAZONES LA SENTENCIA DEBE SER REVOCADA, pues esta SEPARÓ un área (TERCER PISO) del total del predio cuya indivisión es manifiesta, con vulneración de la ley sustancial en materia de COPROPIEDADES POR PISOS. (Ley 675 de 2001). Y en su lugar proceder a fallar la acción REIVINDICATORIA que fue obstruida por la declaratoria de Pertenencia.

4. INCUMPLIMIENTO DE UN SEGUNDO REQUISITO AXIAL PARA LA PRESCRIPCIÓN: INDETERMINACIÓN DE ACTOS POSESIORIOS RECLAMADA EN LA DEMANDA QUE CONSOLIDEN PRESCRIPCIÓN, Y EL ERROR EN QUE INCURRE LA SENTENCIA.

Honorable Tribunal, muy a pesar de que la sentencia de primera instancia ya debe ser revocada, deben quedar precisados los demás requisitos, entre ellos, LA POSESIÓN MATERIAL, si es que la hay, pues ésta también será un elemento fundamental a la hora de avanzar sobre los demás temas a resolver, como por ejemplo la demanda reconvención en REIVINDICACIÓN. Por tanto, el recurso de APELACIÓN que ataca todos los elementos axiales de la prescripción incluye el ELEMENTO POSESIÓN, y procedo a concretar el ataque a este elemento que fue básico en la definición de la causa, por la sentencia de primera instancia.

a) Partamos de las mismas afirmaciones de la sentencia, que como requisito axial para la prescripción se exige: Que la posesión sea material, que implica contacto físico con la cosa, que haya relación de voluntad de ejercer la propiedad y no reconocer un derecho superior y se invoca la sentencia de Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 2013, expediente: 2004/255.

b) Esto sin perder de vista, una vez más que los actos de posesión material, que deben estar referidos al **CONTACTO FÍSICO CON LA COSAS**, se deben traducir en los múltiples comportamientos claros y precisos de quien se reputa poseedor y que deben ser **ALEGADOS** por exigencia del artículo 2513 del C.C. y estos deben manifestarse de manera **EXPRESA** y en forma **CONTUNDENTE**, mostrando que es **OSTENSIBLE, PROTUBERANTE E INEQUÍVOCA** el ánimo del poseedor, como acto unilateral y voluntario alejado del ejercicio de cualquier forma de **VIOLENCIA, DISCONTINUIDAD Y PRECARIEDAD**, y especialmente su ubicación en el **TIEMPO**. Estas **ALEGACIONES** sólo pueden hacerse en el texto de la **DEMANDA**, como único momento para darle soporte y fundamento fáctico a la pretensión de prescripción adquisitiva y la correlativa prescripción extintiva.

c) Los hechos alegados en la demanda deben dar cuenta, con una narrativa concluyente, que su aspiración es inequívoca dejando atrás cualquier viso de ambigüedad o incertidumbre o indeterminación frente al sustento de lo alegado. Y mucho menos manejar generalizaciones que no concretan absolutamente nada. Y todo ello, porque el enrostramiento debe ser concreto frente al dueño – propietario, para que este se pronuncie frente a ellos y ejerza su **DERECHO DE DEFENSA** frente a los mismos.

d) El acto posesorio debe **IMPACTAR EL DERECHO DE PROPIEDAD**, de tal manera que despoje al propietario de la posesión material, y ahora entra a ejercerla el poseedor usurpador. Pero si no hay invocación clara, precisa y circunstanciada (de modo, tiempo y lugar) el juez no puede descender sobre aspectos no alegados, pues en tal caso vulneraría gravemente el artículo 2513 del Código Civil. Y en esta demanda **NI SIQUIERA SE INDICA** si el demandante ocupa el inmueble, y si lo hace ¿de qué manera ingresó a él? Ni se sabe que destino le dio al mismo.

e) Aun así, en la demanda en el **HECHO 2. SE DICE**: “El señor **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**” ha venido poseyendo el inmueble tercer piso ininterrumpidamente hasta la presentación de esta demanda y ha ejercido actos de los que solo permite el dominio de las cosas, tales como pagar impuestos, realizar mejoras, construir, ampliar y acondicionar el inmueble etc.”. Esto de por sí, no indica cual es el **CONTACTO FÍSICO** con la cosa, como la reclama la misma sentencia, **Y NO TIENEN UBICACIÓN HISTÓRICA**. Muy a pesar de estas falencias, miremos cada uno de ellos, referidos al listado de documentos aportados en la demanda y que al parecer la sentencia tuvo en cuenta.

4.1. EL PAGO DE IMPUESTOS.

a) IMPUESTO PREDIAL.

Es de recordarse que la **POSESIÓN MATERIAL** también **GENERA OBLIGACIONES** que debe asumir el supuesto poseedor; obligaciones que le corresponden al dueño, y que ante su desidia o negligencia o abandono de este, las asume el poseedor por su propia y unilateral voluntad. Veamos cuál fue la actitud de uno y otro (poseedor -dueño) frente a la cosa, en este caso La carrera 5ª No. 26B-60 de Bogotá. Y como la referencia documental se limita al **IMPUESTO PREDIAL** y este es un gravamen propio de la propiedad raíz, lo presento en dos columnas para hacer claridad frente a la situación generada entre dueño – poseedor.

Para evitar incongruencias teóricas, veamos la Jurisprudencia de la especialidad judicial para los efectos y alcances tributarios, y referido a nuestro tema, el impuesto predial. Jurisprudencia que debe ser acatada por su especialidad: **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA**. Consejero ponente: **STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**. Radicación número: 19001-23-31- 000-2010-00008-01(19825). ““La norma que regula y autoriza la creación del impuesto

predial unificado es la Ley 44 de 1990, “Por la cual se dictan normas sobre catastro e impuestos sobre la propiedad raíz, se dictan otras disposiciones de carácter tributario, y se conceden unas facultades extraordinarias”. Según la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el impuesto predial unificado es un gravamen de tipo real que recae sobre el valor del inmueble sin consideración a la calidad del sujeto pasivo y sin tener en cuenta los gravámenes y deudas que el inmueble soporta. A partir de una interpretación histórica de las normas que regulan el impuesto predial unificado, la Sala precisó que el tributo “no se creó para gravar la propiedad privada únicamente, sino que su finalidad ha sido, siempre, gravar la propiedad raíz, los bienes inmuebles, independientemente de la persona que ostente la calidad de propietario, poseedor, usufructuario o tenedor.”2 Para llegar a esa conclusión, la Sala puso de presente que de los artículos 13 y 14 de la Ley 44 de 1990 se desprende que el hecho generador del impuesto predial unificado “está constituido por la propiedad o posesión que se ejerza sobre un bien inmueble, en cabeza de quien detente el título de propietario o poseedor de dicho bien, quienes, a su vez, tienen la obligación, según corresponda, de declarar y pagar el impuesto”.3. Subrayas fuera de texto. NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza del impuesto predial unificado se reiteran las sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 6 de marzo de 2014, radicado 76001-23-31-000-2009-01225-01(19218) C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez y de 29 de mayo de 2014, Exp. 23001-23-31-000-2009-00173- 01(19561), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Así las cosas, veamos cómo este **REQUISITO AXIOLÓGICO DE LA POSESIÓN HA SIDO CUMPLIDO** por el supuesto poseedor como indeterminadamente lo indica “... que ha tenido posesión material del inmueble desde hace más de diez años en forma ... ininterrumpida...” (hecho 1. De la demanda). Y especialmente en sus **OBLIGACIONES COMO POSEEDOR**, si es que lo es; Y de donde se puede determinar si la demandada **LUZ MARINA ORTIZ** abandonó su propiedad dejando expuesta al **USURPADOR**. VEAMOS:

NOTA: téngase en cuenta que la casa de la carrera 26B- 26-60, está construida sobre dos lotes de terreno, con 2 folios de matrícula inmobiliaria: el 050-981695 y 050-1705401, y los 2 generan cobro de impuesto catastral por separado. Esto a partir del año 2008, Fecha en que se abre el folio de matrícula No. 050-1705401 (ver certificado del Registrador).

PAGOS DE IMPUESTO PREDIAL. EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS - SUPUESTO POSEEDOR-			PAGOS DE IMPUESTO PREDIAL. LUZ MARINA ORTIZ - PROPIETARIA-		
AÑO.	PREDIOS: 50-C	FECHA PAGO – FOLIACIÓN EXP ESCRITO. – FOLIACIÓN ELECTRÓNICA. C.1.	AÑO.	FECHA PAGO – FOLIACIÓN EXP ESCRITO. – FOLIACIÓN ELECTRÓNICA. C.1.	
2014	981695	NO HAY PRUEBA.	2014	981695	19/marzo/14. Exp. 224. Elec. 311.
	1705401	7/abril/14. Exp. 293. Elec. 408.		1705401	19/abril/14. Exp. 225. Elec. 313.
2013	981695	19/marzo/13. Exp.132. Elec. 194.	2013	981695	9/abril/13. Exp. 227. Elec. 315.
	1705401	19/marzo/13. Exp.138. Elec. 193.		1705401	9/abril/13. Exp. 226. Elec. 314.
2012	981695	26/abril/12. Exp. 294. Elec. 409.	2012	981695	4/abril/12. Exp. 229. Elec. 317.
	1705401	26/abril/12. Ex 295. Elec. 410.		1705401	4/abril/12. Exp. 228. Elec. 316.
2011	981695	20/abril/11. Ex 291. Elec. 406.	2011	981695	15/abril/11. Exp. 230. Elec. 318.
	1705401	20/abril/11. Ex 292. Elec. 407.		1705401	15/abril/11. Exp. . Elec. 318.
2010	981695	11/marzo/10. Exp. 21. Elec. 32.	2010	981695	10/marz/10.Aporte/Apelación Sen
	1705401	17/marzo/10. Exp. 22. Elec. 34.		1705401	10/marz/10. Aporte/Apelación Sen
2009	981695	NO HAY PRUEBA.	2009	981695	30/abril/09. Aporte/Apelación Sen
	1705401	NO HAY PRUEBA.		1705401	15/abril/09. Aporte/Apelación Sen
2008	981695	NO HAY PRUEBA.	2008	981695	6/marzo/8. Exp. 293. Elec. 320.
2007	981695	18/junio/07. Exp. 15. Elec. 17.	2007	981695	14/febr. /07. Exp. . Elec. 322.
2006	981695	17/mayo/06. Exp. 13. Elec. 19.	2006	981695	24/febr./06. Exp. . Elec. 324.
2005	981695	1/julio/05. Exp. 17. Elec. 20.	2005	981695	12/abril/05. Exp. 233. Elec. 326.
2004	981695	22/abril/04. Exp. 18. Elec. 22.	2004	981695	29/dic/04. Exp. 234. Elec. 328.

2003	981695	NO HAY PRUEBA.	2003	981695	EXENTO POR: CONSERVACIÓN ARQUITECTONICA Declaración Sin Pago. Elec. 331.
2002	981695	NO HAY PRUEBA.	2002	981695	EXENTO POR CONSERVACIÓN ARQUITECTONICA Declaración Sin Pago. 237. Elec. 26
2001	981695	NO HAY PRUEBA.	2001	981695	EXENTO: CONSERVACIÓN ARQUITECTÓNICA Declaración Sin Pago. Elec. 28
2000	981695	NO HAY PRUEBA.	2000	981695	CON PAGO. Exp. 239 Elec. 335.
1999	981695	NO HAY PRUEBA.	1999	981695	2/agosto/99. Exp. 240. Elec. 357.
1998	981695	NO HAY PRUEBA.	1998	981695	2/agosto/98. EXp. 241. Elect. 339.
1997	981695	NO HAY PRUEBA.	1997	981695	19/junio/97. Exp. 243. Elec. 343.
1996	981695	NO HAY PRUEBA.	1996	981695	20/abril/96. Exp. 244. Elec. 345.
1995.	981695	NO HAY PRUEBA.	1995	981695	15/julio/95. Exp. 245. Elec. 347.

Nota: los últimos años aportados con esta alegación de sustentación como documentos anexos.

Honorable Tribunal, invoco respetuosamente su atención, para observar que estamos frente a pruebas evidentes de:

1) Que la dueña pagó los años de impuesto predial que le corresponden. Con fechas anticipadas a las que utilizó el supuesto poseedor.

2) QUE NO se observa que LUZ MARINA ORTIZ haya dejado abandonada su propiedad y sus Obligaciones Tributarias. El vacío de los años 2001, 2002 y 2003, corresponde a la EXENCIÓN DE IMPUESTO PREDIAL” que se otorgó al predio de la carrera 5 No. 26-60 de Bogotá, en aplicación del acuerdo 25 de 1996, para el dueño del predio declarado de CONSERVACIÓN ARQUITECTÓNICA. cuyo control hace el Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá, según comunicación que le fue enviada a la propietaria LUZ MARINA ORTIZ, mediante oficio 21951 del primero de julio de 1998, por la Coordinación de Patrimonio Urbano. (Documento aportado a esta actuación de 2ª instancia) y Con el mismo contenido, pero con otro oficio muy posterior 28987 noviembre 9 de 1998: VER, foliación expediente físico; folio 104; foliación expediente electrónico 115, aportado por EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, lo cual ratifica el conocimiento que este tenía de la condición legal del total de inmueble.

Que el USURPADOR efectuó pagos del impuesto predial de manera intermitente y posteriores a los que efectuó la dueña. Y surgen las preguntas: LUZ MARINA ORTIZ por esa razón ¿PERDIÓ LA POSESIÓN DE SUS PREDIOS? Y por la MISMA RAZÓN ¿EL USURPADOR ESTABA EJERCIENDO POSESIÓN CON CARÁCTER SUPERIOR A LA DE SU DUEÑA? ¿Es esto argumento para consolidar la prescripción adquisitiva en favor del supuesto poseedor, y la prescripción extintiva en contra de su propietaria? ME PARECE QUE NO. El usurpador ha efectuado un PAGO DE LO NO DEBIDO, porque el impuesto ya estaba pagado por su dueña; y tal vez le queda un REEMBOLSO DE LO PAGADO INDEBIDAMENTE, y eso a través de la Administración Distrital, quien fue la que recibió DOBLE PAGO, sobre anualidades que ya tenían extinguida la Obligación Tributaria.

3) Es de recordarse que EDILBERTO ALRIO TINOCO VIVAS sólo alega prescripción sobre el Tercer piso de una casa de cuatro plantas, lo que RATIFICA que aun Tributariamente, el inmueble es considerado una unidad de propiedad. Pero tampoco aparecer prueba en el expediente que indique que EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS hubiere tramitado alguna separación o división de la cuenta de impuesto predial.

EN CONCLUSIÓN: No existe por esta vía Tributaria un impacto que haya ejercido EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS contra la propiedad de LUZ MARINA ORTIZ capaz de despojarla de la posesión de ninguna de las áreas del inmueble de la carrera 5 No. 26B-60 de Bogotá, por cuanto ella la ejerce sobre

la totalidad y en unidad de dicho inmueble, sin referencia a un parte (tercer piso) como lo pretende el USURPADOR. Y además estos pagos solo los viene a conocer LUZ MARINA ORTIZ cuando se le notifica el auto admisorio de la demanda. Es decir, estaban ocultos.

Y, por esta vía, no se observa tampoco, cuál fue la razón para que la señora Juez de primera instancia en este proceso, haya reputado a EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS como poseedor material y exclusivo de una parte del inmueble. POR ESTA MISMA RAZÓN, Y SUMADAS LAS ANTERIORES, DEBE SER REVOCADA LA SENTENCIA Y ASÍ LO SOLICITO MUY RESPETUOSAMENTE AL HONORABLE TRIBUNAL QUE HA DESATAR ESTE RECURSO DE ALZADA.

b) EL IMPUESTO DE VALORIZACIÓN.

Por cuanto se anexaron como prueba de pago de impuestos en la contestación de la demanda, es por lo que me propongo desvirtuarlos como componentes de elemento axiológico de la POSESIÓN MATERIAL. Partamos nuevamente de la Jurisprudencia especializada en la materia:

CORTE CONSTITUCIONAL. “El Hecho generador. La Corte considera que uno de los ejemplos donde se refleja con mayor precisión el hecho generador de la obligación tributaria es, precisamente, el de la contribución de valorización. Una simple lectura del artículo 1º del Decreto 1604 de 1966 demuestra que la norma define claramente los supuestos fácticos a partir de los cuales es posible exigir el pago de la obligación: la construcción de obras de interés público que lleve a cabo la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios, a condición de que reporten un beneficio a la propiedad inmueble”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-155 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynnett.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-987 de 1999, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, al referirse al hecho generador indicó que “...este concepto hace referencia a la situación de hecho, que es indicadora de una capacidad contributiva, y que la ley establece de manera abstracta como situación susceptible de generar la obligación tributaria”.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA, Consejero ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ Bogotá D.C., 11 de junio 2014. Radicación número: 25000-23-27-000- 2010-00156-01(18661): “El artículo 1º del Acuerdo Distrital 7 de 1987 precisó que la contribución de valorización es “...un gravamen real sobre las propiedades inmuebles, sujeta a registro destinado a la construcción de una EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS ¿por qué no atendió la diligencia de secuestro o no se opuso a ella?

Corresponde al propietario o al simple poseedor, actuar como tales, ante las obligaciones de contribuciones que implican un “gravamen real sobre las propiedades inmuebles” cuyos “propietarios y poseedores de aquellos bienes” resulten beneficiados de dichas obras. ¿Cómo han atendido este compromiso con la propiedad, por parte de la dueña LUZ MARINA ORTIZ o por el supuesto poseedor EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS?

Evento Tributario valorización.	Atención EDILBERTO ALIRIO TINOCO	Atención LUZ MARIA ORIZ.
1- 4/marzo/87. Embargo Predio: 50C-981695. Anotación 3. C. Tradición. Proc. Ejecutivo #10.777/85. Ejecuciones Fiscales IDU.	SIN ACTUACIÓN.	PAGO. Abono impuesto -Comprob. No. 02855460. Abril15/ 91. Fol. 253. F. Electr. 363. \$100.000.oo PAGO. Saldo impuesto -Comprobante No. 028540. Mayo/7/91. Fol. 254. Folio Electrón 361. \$62.955.oo. 3- Levantamiento del embargo 28/mayo/91. Anotación 4.
2. 21/feb/1991. Secuestro: Predio: 50C-981695. Folios 222 exp; Fol. 309 Electrónico.	SIN ACTUACIÓN. Diligencia atendida por el inquilino PEDRO GUTIERREZ LÓPEZ.	PAGO. Honorarios al secuestre LUIS JORGE BUSTILLO. Honorarios de secuestre. Fol. 265. Folio Elec. 376.
3. 22/Nov/96 VALORIZA- CIÓN POR BENEFICIO LOCAL. Pago Único. \$585.900.oo	SIN ACTUACIÓN.	Pago efectuado por Luz Marina Ortiz. Comprobantes aportados a Fol. 252 Exp; 359 Elec.

4. 20 mayo/2002. Obligac. 110144004257001-0. \$873.600.oo.	PAGO F.30, exp. F.47 Elec. NO corresponde al 3º. Piso.	SIN ACTUACIÓN.
5. 7/dic/2007. VALORIZA- CIÓN POR BENEFICIO LOCAL. Cuenta de Cobro000656549. Pago cuota \$54.304.	PAGO. FOLIO 45 c.1. Electr.	PAGO. FOLIO 249 exp; 354 c.1. Electr.
6.28/dic/2012. VALORIZA- CIÓN POR BENEFICIO LOCAL. Cuenta de Cobro 000656549. Pago cuota \$29.545.oo.	SIN ACTUACIÓN.	PAGO. FOLIO 248 exp; 352. c.1. Electr.
7. 23/Ene/2013. VALORIZA- CIÓN POR BENEFICIO LOCAL. Cuenta de Cobro 6616424. Pago cuota \$68.500.oo.	SIN ACTUACIÓN.	PAGO. FOLIO 247 exp; 350. c.1. Electr.

1) Nuevamente Honorable Tribunal. Los intentos de actuación a través de **PAGOS INTERMITENTES Y PRECARIOS DEL USURPADOR (POSEEDOR)**, muestran claramente, una conducta perversa y con ocultamiento de este, pues de dichos pagos efectuados por **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, solamente vinieron a ser visibles para la dueña **LUZ MARINA ORTIZ** cuando esta conoció de la demanda de pertenencia instaurada por el supuesto poseedor. Nuevamente Honorable Tribunal: Por el solo hecho de que el demandante **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, haga dos apariciones desde el año 1991 (cuando se secuestra el inmueble por cobro del Impuesto de Valorización) hasta 2013 cuando se presenta la demanda de pertenencia, ¿puede ser considerado esto actos de posesión? Si era poseedor **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS** ¿por qué no atendió la diligencia de secuestro o no se opuso a ella? ¿En qué momento **LUZ MARINA ORTIZ** ha abandonado su predio? ¿Por cualquiera de estos dos pagos usurpadores de **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, **LUZ MARINA ORTIZ** ha sido despojada de su posesión? Por supuesto que NO. Recordamos que el demandante hizo referencia en la demanda (HECHO 2.) que. “El señor **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, ha venido” (NO SE SABE DESDE CUANDO) “poseyendo el inmueble piso tercero ininterrumpidamente hasta la presentación de la demanda y ha ejecutado actos de los que sólo permite el dominio de las cosas, tales como pagar impuestos. ...”, Pues los recibos aportados con la demanda NO SON SUFICIENTES (PARA UN INICIO DE POSESIÓN) como para decir que, en cualquier fecha que ellos indican, se adquirió la posesión material invocada y que sobre esto se soporta la CONTINUIDAD que exige la Ley.

2) LA SENTENCIA DEBE SER REVOCADA, Y ASI LO SOLICITO, pues estos supuestos Actos de pagos de impuestos no se deriva el inicio de una posesión, menos ininterrumpida, continua, sin ocultamientos y con el correlativo abandono de posesión por su dueña **LUZ MARINA ORTIZ**.

4.2. REALIZAR MEJORAS.

Esta es la segunda “INVOCACIÓN DE ACTOS POSESORIOS” DE MANERA INDETERMINADA, sobre los que dice el demandante ha ejecutado para soportar el requisito axiológico de posesión: (HECHO 2.) “El señor **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, ha venido” (NO SE SABE DESDE CUANDO) “poseyendo el inmueble piso tercero ininterrumpidamente hasta la presentación de la demanda y ha ejecutado actos de los que sólo permite el dominio de las cosas, tales como ... realizar mejoras ...”. En esta misma ocasión: la presentación de la demanda (para los efectos de la prescripción adquisitiva) y la contestación de la demanda Reivindicatoria (para los efectos de la prescripción extintiva de dominio, por excepción de mérito); NO SE ALEGARON CONCRETAMENTE LOS ACTOS PALPABLES Y VERIFICABLES que puedan ser considerados como la “realización de mejoras” sobre el predio reclamado: tercer piso de la casa de la carrera 5ª. No. 26.B-60 de Bogotá. Pero veamos la jurisprudencia, sobre el tema de MEJORAS, a fin de que, desde el principio de la reflexión, las cosas estén claras desde el punto de vista jurídico:

AUGUSTO TEJEIRO DUQUE. “... Sobre ese preciso aspecto, la Corte ha expuesto que: ‘[n]ótase claramente que el artículo precitado, (739) en ninguno de sus dos incisos, confiere derecho independiente a quien ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno, para demandar del propietario del predio el pago del valor del edificio, plantación o sementera o para obligarlo a que le venda el terreno mejorado, mientras tenga el bien en su poder. ‘Y como, en principio, quien es señor de la tierra pasa a serlo, por el modo de la accesión, de lo que otro edifica en ella en virtud de que lo accesorio es atraído por lo principal, síguese que, en tal evento, el edificador no tiene un derecho de dominio tal sobre la mejora que le faculte para disponer de ella a su antojo o para impedir que el dueño de la tierra la haga suya. El señorío de la mejora, entonces, lo adquiere éste por el modo originario de la accesión, y no por derivarlo de un acto de voluntad del mejorante, quien, como adelante se dirá, sólo tiene un derecho crediticio por el valor de la edificación o por el valor de las prestaciones mutuas, en su caso. Este derecho crediticio que el artículo 739 apuntado conceda al mejorador, no es autónomo, sólo puede ser ejercitado por éste, cuando el dueño de la tierra haga uso de las prerrogativas que la misma disposición le otorga’ (G. J. CXLIII, Pág. 43)...”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CIVIL. Sentencia SC1905 — 2019. Magistrada Ponente: Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO. “... 3. 3. MEJORAS. 3. 3. 1. Valga la pena de manera inicial acotar que desde el lenguaje natural o consuetudinario se conocen como mejora aquella cosa hecha o producida por el hombre sea material o intelectual, Como seria la construcción de un edificio o escribir un libro. Tratándose de obras materiales podemos encontrar obras nuevas o reformas, en donde estas últimas constituyen un cambio de aspectos funcionalidad de una estructura o un Cambio en su forma o tamaño, incluida tareas de preservación y mantenimiento. Desde la arquitectura se dice que una reforma usualmente implica una reconstrucción total o parcial de una edificación, bien sea por la necesidad de reparaciones necesarias para mantener o mejorar la estabilidad, por motivos de ruina o abandono, O Para adaptar lo existente a nuevas necesidades. Tales conceptos no son ajenos a los contenidos en la legislación, habida cuenta que razón de diversas situaciones jurídicas es dable su realización con consecuencias jurídicas, como es el caso de las que hace el poseedor o un tenedor, que pueden dar derecho o no a adquirir el dominio como ocurre con la accesión, O el reconocimiento del derecho que puede tener el poseedor reivindicado o el locatario en el arrendamiento a ser resarcido en el valor de las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa o las mejoras útiles hechas antes de la Contestación de la demanda. Respecto de las mejoras nuestro ordenamiento, Con raigambre romanista, ha acogido la definición tradicional, calificando las necesarias como aquellas sin las cuales el inmueble no podría ser conservado; útiles, las que no siendo indispensables para la conservación del inmueble, aumentan su valor y resultan provechosas para el propietario y locatario; y las mejoras voluptuarias referidas a las realizadas en beneficio exclusivo de quien las incorporó, como las de recreo o esparcimiento, de mero lujo o suntuarias; reconociendo los efectos de sus realización en distintos escenarios, así como la existencia o no del derecho y condiciones necesarias para reclamarlas. ...”.

LAS PRUEBAS DE LA POSESIÓN Y MEJORAS. . SC17181-2016. Magistrado ponente. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO “... es del caso memorar que la Corte, en reciente pronunciamiento, desechó la acusación de que el ad quem pasó por alto algunas pruebas documentales allegadas en copia informal, fincada en que ese yerro, al igual que el consistente en la alteración del contenido de los elementos de juicio, “ (...) conforme a la más elemental lógica jurídica, exigen que el medio de convicción preterido o tergiversado exista materialmente en el proceso y, adicionalmente, que tenga valor demostrativo, según las previsiones contempladas en las normas de disciplina probatoria. Radicación n.º 25386-31-03-001-2007-00255-01 20 (...). Así las cosas, ningún sentido tiene denunciar en casación la comisión de un error de hecho por preterición o por indebida valoración de un medio de convicción que no milita en el litigio, (...). Tampoco lo tendría, si el defecto acusado se relaciona con una prueba que, no obstante obrar físicamente en el expediente, carece de mérito probatorio, debido, entre otros motivos, a su indebida incorporación al expediente’

Del texto de la demanda no surge ninguna de las condiciones de LA ALEGACIÓN en concreto de las supuestas mejoras. En el caso de la carrera 5 No. 26B-60 tenemos: a) **QUE SE TRATA DE UN PREDIO DE CONSERVACIÓN ARQUITECTÓNICA**, Hoy INTERÉS CUTURAL, situación que conoce el demandante, según comunicación que le fue enviada a la propietaria LUZ MARINA ORTIZ, mediante oficio 21951 del primero de julio de 1998, por la Coordinación de Patrimonio Urbano. (Documento aportado a esta actuación de 2ª instancia) y Con el mismo contenido, pero con otro oficio muy posterior 28987 noviembre 9 de 1998: VER, foliación expediente físico folio 104; foliación expediente electrónico 115, aportado por EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS. Tal condición del inmueble impide realizar obras sobre un inmueble de tal naturaleza, y aun cuando no lo fuera, la modificación, alteración de una propiedad construida en zona urbana requiere de permisos administrativos para tal actuar (los cuales no fueron aportados al proceso por el demandante). b) Asimismo, se indica en la demanda de manera indeterminada en el HECHO 2., que: “El señor EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS”

ha venido poseyendo el inmueble tercer piso ininterrumpidamente hasta la presentación de esta demanda y ha ejercido actos de los que sólo permite el dominio de las cosas, tales como ... realizar mejoras, construir, ampliar y acondicionar el inmueble etc.”, y todo esto caería en las condiciones de mejoras, pero desde el punto fáctico no se indica y no se anuncia ni aporta prueba de las construcciones supuestamente realizadas ya sea que modifiquen o se amplíen áreas (planos que gráficamente las muestre con su ubicación espacial); ni la referencia fáctica de los supuestos acondicionamientos. No se indica ni se aporta prueba del aumento del valor o beneficio para la propiedad; No se indica ni se aporta prueba de los contratos de obra celebrados con ingenieros o maestros de construcción que ejecutaron la obras; Ni el dictamen pericial pedido por el demandante, ni el aportado al proceso fue destinado a este tema de las mejoras (construcciones nuevas, o ampliaciones o acondicionamientos, en los términos mencionados en la demanda). Todo lo contrario: El dictamen pericial recogido en este proceso, a folio 454 y ss. Cuaderno 1. Digitalizado, en su numeral 8. Dice: “El inmueble no presenta mejoras constructivas recientes”, entonces ¿cuáles son las mejoras que invoca el supuesto prescribiente? c) El dictamen tampoco da cuenta de **LAS AMPLIACIONES DE ÁREA**, que alteran la estructura original del inmueble; ni cuales son los cálculos estructurales que permiten generar más carga para una edificación de esta antigüedad. d) Y de lo que se pudo observar por la diligencia de inspección judicial, es que al inmueble **AMENAZA RUINA**, esto es, su estado de conversación, en el tercer piso, es lamentable. Al proceso se aportaron una serie de recibos, de compra de materiales, sin que tengan una condición de plena prueba; pero aun así, no se indicó en la demanda, ni el dictamen pericial que tales materiales estaban reflejados en la construcción, y como dijo la apoderada inicial de **LUZ MARINA ORTIZ**, en su alegato de conclusión, no pasa de ser sólo materiales para hacer “**REMIENDOS**” de construcción, sin que lo importante como ampliación de áreas se reflejaran y se pudieran palpar. **NÓTESE QUE EL DEMANDANTE EN EL INTERROGATORIO DE PARTE SE PRESENTÓ COMO INGENIERO**, y así las cosas sabe que implicaciones técnicas requiere una ampliación de áreas para una edificación en altura, y que debía aportarse como prueba.

LA CONDICIÓN FÁCTICA de las supuestas mejoras, no son identificables, ni se hicieron palpables en el proceso, ni tuvieron **REFERENCIA HISTÓRICA (EN EL TIEMPO)**. Tales mejoras son materialmente inexistentes, como es inexistente su alegación. **Y NO HAY NITIDEZ EN LA SUPUESTA POSESIÓN MATERIAL, CON LA QUE DICE SER PRESCRIBIENTE, NI SE PUEDEN DEDUCIR LAS SUPUESTAS MEJORAS, PUES NO APARECEN.** Pero lo jurídico en este caso, es que efectivamente, sólo hay un evento de alegación de posesión, en la demanda, con fecha determinable: **LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE PERTENENCIA**, que es considerada por la jurisprudencia, como inequívoca rebeldía del usurpador, enrostra su ánimo de hacerse dueño de la propiedad ajena. Y es determinable, en el tiempo, por la fecha de presentación de la demanda. Que para este caso lo fue: el 22 de octubre de 2013 según acta individual de **REPARTO**, y que obra al folio 147 del cuaderno 1 digitalizado. Y en la sentencia, sólo podía tenerse en consideración este evento posesorio para los efectos de la decisión sobre Prescripción.

CONCLUSIÓN. La sentencia no podía tomar en cuenta las referencias efectuadas por el demandante, sobre indeterminaciones de alegación, de los eventos posesorios como los comportamientos (en modo, tiempo y lugar) supuestamente ejercidos por **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, por cuanto ellos no impactan la propiedad de la propietaria **LUZ MARINA ORTIZ**, ni se alega su **REITERACIÓN Y CONTINUIDAD** hasta el momento de **LA DEMANDA DE PERTENENCIA**. Así las cosas, hasta antes de la presentación de la demanda, la **SENTENCIA** invadió la esfera de la alegación de la prescripción y vulneró el artículo 2513 del C.C. Y por esta razón **SOLICITO: REVOCAR LA SENTENCIA** en este **ASPECTO**. Pues el mismo artículo 281 del CGP dispone. “**CONGRUENCIA.** La sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda...”. Es decir, sólo podía tener en cuenta el hecho de la **PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA**, como hecho posesorio, y con referencia a su fecha de presentación ante la justicia, como inicio del tiempo para los efectos de cómputo de la prescripción.

4.3. INDETERMINACIÓN DEL ELEMENTO AXIOLÓGICO DEL TIEMPO ALEGADO EN LA DEMANDA, PARA LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y EXTINTIVA. EL ERROR EN LA SENTENCIA AL TOMAR UN PUNTO DE PARTIDA EQUIVOCADO PARA SU CÓMPUTO.

Dice la señora Juez en la sentencia: que la prescripción adquisitiva debe cumplir el requisito axiológico

del tiempo: (Por un periodo establecido por la ley) ... (el tiempo es de 20 años de acuerdo con la ley 50/36, y su referencia a la Ley 791/2002 de 10 años, y al artículo 41 de la Ley 153/887.

LA POSESIÓN MATERIAL UNIDA AL TIEMPO.

El componente **TIEMPO** de la posesión, sabido es, corresponde a uno de los elementos axiales de prescripción tanto adquisitiva como extintiva, de lo cual la Ley sustancial en materia de prescripciones lo tiene expresamente regulado. Pero a ello no se referirá esta apelación en cuanto a los perfilamientos que este elemento **TIEMPO** se ha dado en la jurisprudencia nacional, sino que estará limitado a los que en esta causa pueden resultar afectando la sentencia impugnada. Veamos:

a) Tanto la prescripción adquisitiva como extintiva requieren **INEXORABLEMENTE DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO**, basada en **POSESIÓN MATERIAL** para que puedan consolidarse. Por ello es fundamental que sus alegaciones (que solo las puede hacer quien se quiera beneficiarse de ellas), establezcan con la **ABSOLUTA PRECISIÓN Y CLARIDAD** el momento en que la **POSESIÓN MATERIAL** se consolida, pues es a partir de este momento en que se inicia **EL CÓMPUTO DE PLAZO** que la ley establece para cada una de ellas; o bien para adquirir un derecho ajeno (adquisitiva artículos 2529 y 2532 del C.C. subrogados por la Ley 791/2002 arts. 4 y 6 respectivamente) o bien para extinguir un derecho o una acción ajena (extintiva artículo 2535 Y 2536 del C.C.).

b) Es de recordar que tanto la **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA COMO LA EXTINTIVA**, cuando se trata del dominio de bienes (o cosas ajenas) está determinada por el mismo fenómeno fáctico – jurídico denominado **POSESIÓN MATERIAL**. Que llevado a su concreción fáctica implica el ejercicio de comportamientos inequívocos, manifiestos, ostensibles, protuberantes y públicos que indiquen a todos que es el dueño de la cosa, así sea en apariencia. Pero todos ubicados históricamente (en el tiempo).

c) Ya dijimos, que el fenómeno jurídico – fáctico denominado posesión debe conllevar la ocurrencia de un hecho (desde luego material) de tal magnitud que **IMPACTE**, de un lado el derecho de propiedad a extinguir (del verdadero dueño) y de otro lado, que dé inicio en el **TIEMPO** a la aspiración de adquirir el derecho ajeno. Lo anterior conduce a que dicho impacto que generaría el **USURPADOR** (para referirnos a quien no tiene título alguno), implica el desconocimiento del derecho de propiedad (del verdadero dueño), y el despojo de su posesión, para ahora ejercerla quien la toma para sí, y es ahí en donde adquiere la condición de poseedor.

Estos eventos, deben manifestarse de manera **EXPRESA** y en forma **CONTUNDENTE CON FECHA CIERTA O EVENTO UBICABLE EN EL TIEMPO**, sin **EQUÍVOCOS NI AMBIGÜEDADES** y no es suficiente con manejar generalizaciones (como más de diez años) que no concretan absolutamente nada, pues quedaría en **INDETERMINACIÓN EL INICIO DE LA POSESIÓN**, pues para los efectos del **CÓMPUTO DE CUALQUIER TÉRMINO** (en este caso: **PRESCRIPTIVO ADQUISITIVO O PRESCRIPTIVO EXTINTIVO**) ineludiblemente se debe partir de la fecha cierta. Es de recordarse que este planteamiento, además de hacer parte de la **ALEGACIÓN COMPLETA DE LA PRESCRIPCIÓN**, debe ser probada por quien la alega. Pues no es posible que ella se complemente o se suponga por el juez, ante la prohibición expresa de la ley sustancial (artículo 2513 del C.C.). Es decir, la actividad del juez frente a los fenómenos prescriptivos está restringida, y únicamente debe estar presto a la verificación de lo alegado. Porque si toma otro camino termina fallándola de oficio.

d) Honorable Tribunal, suplico su paciencia una vez más, para que sea revisada la **DEMANDA** en este aspecto, que es trascendental para esta causa. En **NINGUNA PARTE DE LA DEMANDA NI EN LAS CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REIVINDICATORIA**, se hace referencia al **HECHO GENERADOR** de la **SUPUESTA POSESIÓN** como comportamiento plenamente **IDENTIFICABLE Y PALPABLE** que indique sin ambigüedad **EL ÁNIMO DE DOMINIO**, de quien aspira a beneficiarse de la posesión. No existe una narrativa relativa de los acontecimientos, que haya referencia la forma que utilizó para la toma material de la parte de inmueble (tercer piso). Ni de las condiciones de contextualización que se dieron como para reputar el demandante poseedor. **NI MUCHO MENOS** y manera concreta el inició **EN EL**

TIEMPO LA POSESIÓN, que sólo se puede probar y verificar con los hechos materiales que la identifiquen, pues con **POSESIÓN MATERIAL** (diáfana, cristalina y palpable) es queda inicio a los términos de prescripción tanto adquisitiva como extintiva.

1) El hecho número 1. Dice que **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**: "... ha tenido la posesión real y material del inmueble materia de este proceso desde hace más de diez años, en forma quieta, tranquila, pacífica e ininterrumpida, ya que no se ha presentado interrupción natural o civil, configurando con ella la prescripción extraordinaria invocada." Estos son conceptos y abstracciones que se pueden afirmar desde el punto de vista teórico; pero a ellos debe dárseles un contenido fáctico ya como hechos o como sucesos ocurridos, materialmente perceptibles, palpables y verificables probatoriamente.

2) De otro lado, el aspecto **TEMPORAL** de la prescripción (tanto adquisitiva como extintiva) la establece la Ley desde una fecha o evento cierto ubicable en el tiempo, y que en su futuro inmediato y continuo logre transcurrir (sin interrupciones), y a la fecha de la presentación de la demanda, se haya producido la superación del elemento temporal, exigido legalmente, para la consolidación de la prescripción (tanto adquisitiva como extintiva). Y contrario sensu, esta no va hacia el pasado, no va hacia atrás. Es decir, no se puede partir de la fecha de **PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA**, para que en el pasado se busque cualquier fecha o evento que pueda servir de **ARRANQUE**. Y aquí **NI FECHA NI EVENTO** fueron **ALEGADOS** en la demanda, como inicio de las **PRESCRIPCIONES**. Así, la temporalidad que maneja la demanda padece de ambigüedad, indeterminación y equivocidad que no permiten mostrar de manera clara y precisa en que momento se exteriorizó el **ANIMUS DE POSEER** con fines prescriptivos. Los que no pueden ser llenados, por actividad oficiosa y complementaria por el juez. Esto por la prohibición legal del Artículo 2513 del C.C., ya múltiples veces citado. Nótese que la alegación: "más de diez años" (en la demanda) y "más de 20 años" (en la contestación a la demanda de Reivindicación) muestra la inseguridad del reclamante en lo que podría ser el inicio de su supuesta posesión, antes de incoar la demanda. Y esto debió haber sido tenido en cuenta por la juzgadora de turno. Es decir, antes de la presentación de la demanda de pertenencia, **SOLO HAY INDETERMINACIÓN**.

3) Frente a los actos continuos y reiterados que requiere la posesión para generar las prescripciones (tanto adquisitiva como extintiva), simplemente se dice en "**HECHOS. 2.**"... **EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS**, ha venido poseyendo el inmueble tercer piso hasta la presentación de esta demanda...". Pregunta: ¿desde cuándo? Como no se dice nada real y palpable es por lo que queda en la **INDETERMINACIÓN ABSOLUTA**. No hay un hecho o acontecimiento **PALPABLE** que se pueda mostrarse como tal.

4) Al hecho número 8. Se dice. "Por haber transcurrido el tiempo legalmente establecido para adquirir el mencionado bien por prescripción extraordinaria, se me ha conferido poder especial para iniciar la acción respectiva". **PERO EL TIEMPO QUE DEBE TRANSCURRIR ES DE POSESIÓN MATERIAL**. La pregunta entonces es: ¿Cuánto tiempo dice que transcurrió de posesión material para consolidar los fenómenos prescriptivos (adquisitivo y extintivo de dominio)? La demanda no lo dice. Se trata nuevamente de una **INDETERMINACIÓN ABSOLUTA** sobre la que se hizo en esta alegación. Finalmente, desde la perspectiva de la parte demandada (**DE LA DUEÑA LUZ MARINA ORTIZ**), al no estar **COMPLETA LA ALEGACIÓN**, ella no tuvo posibilidades hacer pronunciamiento alguno, sobre lo no alegado. Precisamente la contestación de la demanda implica hacer pronunciamientos en forma concreta frente a la alegación inicial, para poder esgrimir las defensas, las impugnaciones y las contradicciones que tiendan a desvirtuar lo alegado. Pero en este caso, el elemento posesorio inicial, su temporalidad, su contextualización y todos los demás elementos circunstanciales posteriores al inicio de su supuesta posesión tampoco están **ALEGADOS**. Y **NO** se observa cómo pudieron resultar consolidadas las prescripciones tanto adquisitivas como extintivas reclamadas. **NI HAY NITIDEZ** en los elementos **AXIOLÓGICOS A DEMOSTRAR**.

5) Nótese que **LA ACTIVIDAD PROBATORIA** para los jueces en materia prescriptiva (tanto adquisitiva como extintiva) está **LIMITADA**, sin posibilidades de hacer uso de potestades oficiosa en ningún sentido. Por tanto, no se puede decretar pruebas para demostrar hechos no alegados, porque se

termina declarándose probados de oficio. La actuación oficiosa surge cuando se asume posición frente a hechos que no fueron alegados expresamente, o cuando se ofrecen o se practican o se valoran pruebas sobre hechos que NO ALEGADOS. Una actividad de estas en materias de prescripción VULNERA el Derecho sustantivo civil en su artículo 2513. Nótese que la justicia es rogada, esa es la regla general, Y LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA expresamente exige que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla...” (art. 281 CGP). Y armonizadas estas dos normas: Que todos los elementos de la prescripción deben ser alegados (2513 del C.C.), Veamos la jurisprudencia constitucional: T- 59’/2006: “... 3.3. Así, la incongruencia que es capaz de tornar en de vía de hecho la acción del juez (reflejada en una providencia), es sólo aquella que “subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediabilmente el principio de contradicción y del derecho de defensa”^[18]. De esta forma, cuando se realice un juicio sobre la actividad del juez, para establecer si la violación del principio de congruencia constituye o no una vía de hecho, se deberá tener en cuenta (1.) la naturaleza de las pretensiones hechas -lo pedido- y el campo de aplicación de los derechos en juego; (2.) si la sentencia o providencia judicial recae sobre materias no demandadas, debatidas o probadas en el proceso; y, (3.) si el proceso conservó, desde su apertura hasta su culminación, un espacio abierto y participativo para las partes en contienda, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción -que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa- sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales. Estos criterios de análisis deben llevar a la conclusión de que la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado es protuberante, i.e., carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso...”.

AL NO EXISTIR POTESTADES OFICIOSAS EN ESTA MATERIA PARA LOS JUECES, sólo lo alegado en la demanda y en las demás oportunidades legales para postulación de hechos, pueden constituir materia de la sentencia. De no cumplir con este postulado legal, constituye una de las expresiones de vulneración al debido proceso, LAS FORMA PROPIAS DE CADA JUICIO, la congruencia de la sentencia, y el incumplimiento de la regla constitucional del artículo 228.

6) Observe la sentencia nuevamente, dice la señora Juez: “que la posesión se inició en 1990 cuando empezó a no pagar arriendo” (minuto 51 de la audiencia de fallo); El no pago de arriendo es el incumplimiento de un contrato, de que por sí no consolida posesión; y volvemos al mismo punto: ¿en dónde fue alegado este evento: DEL NO PAGO DE ARRIENDO? ¿cómo aparece alegado en la demanda? ¿en la contestación de la demanda reivindicatoria? TAMPOCO. Nótese que en 1991 el predio fue secuestrado por el Proceso Ejecutivo Tributario, para el cobro de la contribución de valorización, y allí no apareció por ninguna parte el supuesto poseedor EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS (ni antes, en, ni después) lo que sí hizo la dueña LUZ MARINA ORTIZ. Y aparecen contratos de arrendamiento en el proceso, y testimonios de terceros, haciendo afirmaciones referentes a situaciones de alquiler que no fueron postulados en la demanda ni en la contestación de la demanda reivindicatoria. Y lo más grave, aparecen testigos aportando pruebas y documentos de aspectos que solo son alegables por las partes. En este proceso se arrasó con el artículo 2513 del C.C.

7) Asimismo, en la petición **PARA LOS TESTIMONIOS NO SE INDICÓ EL OBJETO DE LA PRUEBA** y de sus declaraciones con las exigencias del artículo 212 del CGP, y su referente del artículo 219 del CPC, no podían ser decretados al tenor del artículo 213 del CGP, y su referente del artículo 220 del CPC. Por tanto, tales testimonios fueron **DECRETADOS DE OFICIO** pues al no cumplirse con las formas propias de cada juicio (de petición) y el juez al ordenarlos lo hace de **OFICIO, TODA VEZ QUE ESTÁ SUPLIENDO** las deficiencias de la alegación probatoria.

8) LA JUEZ HA DECLARADO OFICIOSAMENTE LA PRESCRIPCIÓN, pues ha apoyado su sentencia en eventos temporales no alegados en la demanda, y las referencias temporales a hechos ocurridos con anterioridad a la presentación de la demanda gozan de una absoluta

INDETERMINACIÓN, las pruebas sin el lleno de las formas propias de cada juicio, y por tanto, este ELEMENTO AXIOLÓGICO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA UNIDA A LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE DOMINIO ESTA TOTALMENTE INCUMPLIDO.

CONCLUSIÓN: ASI LA COSAS, LA SENTENCIA SÓLO PODÍA NEGAR LAS PRETENSIONES (POR CUALQUIERA DE LAS ANTERIORES CAUSAS ALEGADAS), Y ESTO CONDUCE AL FRACASO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y EXTINTIVA DE DOMINIO, LO QUE HABILITA DE INMEDIATO A LA ACCIÓN REIVINDICATORIA, PUES ESTA, PRECISAMENTE, FUE DENEGADA PORQUE SE CONSIDERARON CUMPLIDOS LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA PRESCRIPCIÓN. Y ESTOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE PRESCRIPCIÓN SON EL MOTIVO DE ESTA APELACIÓN.

IV. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN – ACCIÓN REIVINDICATORIA – LOS REQUISITOS AXIOLÓGICOS DE LA PRESCRIPCIÓN.

La acción REIVINDICATORIA fue denegada, en la sentencia aquí impugnada (minuto 53 de la audiencia de fallo) , porque se dijo que frente a la Acción reivindicatoria “... ésta, por su puesto, está llamada al FRACASO, como quiera que la prosperidad de la pretensión principal trunca la posibilidad de éxito de LA ACCIÓN REIVINDICATORIA incoada por la señora LUZ MARINA, ya que la PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA que favorece al poseedor demandante en la demanda principal de suyo EXCLUYE la posibilidad de ordenarle a él restituir la propiedad al titular del derecho de dominio, siendo entonces INNECESARIO, en esta oportunidad, entrar al estudio de cada uno de los presupuestos de la acción por dicho motivo...”.

En consecuencia, al tener por cumplidos los elementos axiológicos de la prescripción adquisitiva; fue este aspecto el que definió la suerte de la acción REIVINDICATORIA. Y esta actuación frente a la decisión impugnada, ha estado dirigida a demostrar que dichos elementos de la prescripción adquisitiva NO ESTÁN CUMPLIDOS, como se indicó al interponer el recurso de apelación; y así debe ser resuelto por el Honorable Tribunal. Consecuencialmente, NO ESTANDO CONSOLIDADOS LOS FENÓMENOS DE PRESCRIPCIÓN TANTO ADQUISITIVA COMO EXTINTIVA, no son fundamento para atacar la REIVINDICACIÓN, pues no se trata ahora de otros fenómenos distintos, sino que están soportados sobre el mismo elemento axiológico de LA POSESIÓN MATERIAL ya fracasada. Así la cosas, SOLICITO REVOCAR LA NEGACIÓN A LA REIVINDICACIÓN y ante el FRACASO DE LA ACCIÓN DE PERTENENCIA se declare la prosperidad de dicha la Acción Reivindicatoria y como consecuencia se ordene la Restitución de la posesión RECLAMADA en favor de LUZ MARINA ORTIZ del tercer piso de la casa de la carrera 5 No. 26B-60 de Bogotá. Tomando en consideración los siguientes argumentos:

La acción reivindicatoria expresamente la consagra en el artículo 948 del Código Civil. Y con base en ella, fue presentada la demanda de reconvención para la restitución de la posesión que el poseedor ejerce sobre una cosa ajena, o parte de ella. En este caso, sobre una parte de cosa singular, que se concretó en el tercer piso del inmueble de la carrera 5 No. 26-60 hoy 26B-60 de Bogotá. ACCIÓN QUE SE OTORGA AL DUEÑO, en este caso, a LUZ MARINA ORTIZ, y como se trata de una demanda de reconvención, contra EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, quién por ejercicio de la acción de pertenencia por prescripción adquisitiva, ha enrostrado a la dueña su ánimo de hacer dueño de una parte de la casa ante mencionada, y se ha reputado poseedor. Esto está plenamente invocado en la PRETENSIÓN PRIMERA de la demanda de reconvención, y seguidamente con las consecuencias que esa misma produce.

5. LOS REQUISITOS AXIOLÓGICOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

De acuerdo con el artículo 952 del C.C. la acción para la restitución reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor en condición de irregular. Y esta condición la tiene EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, pues no está amparada por ningún justo título. Y este fue demandado en reivindicación. Como consecuencia, de la revocatoria de la SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, se declarará IMPROSPERA

la Prescripción adquisitiva y su correlativa Prescripción extintiva, sobre el mismo inmueble materia del proceso. El honorable Tribunal, a fin de dar una solución al caso, debe avanzar sobre la demanda de reconvención en reivindicación, tal y como fue alegada en su momento y que obra en el proceso. Sin embargo, es necesario precisar los alcances de actuación procesal que le corresponde al juzgador según la ley. Recordamos que, para este tipo de acción reivindicatoria de posesión material, el juez tiene las restricciones de alegación y prueba oficiosa, siempre aparecen frente a la excepción de prescripción extintiva pues esta está cobijada por el artículo 2513 del Código Civil. Así las cosas, veamos la manera como la sentencia aquí impugnada aborda la conceptualización de LA FIGURA JURÍDICA SUSTANTIVA DEL DERECHO PERSECUTORIO QUE LE ASISTE AL DUEÑO, para recuperar la posesión de manos de quien la tenga.

EN DECIR DE LA SENTENCIA IMPUGNADA: *Que la acción reivindicatoria está consagrada en el artículo 946 del C.C., y se establece para el dueño que ha perdido la posesión material, para que el poseedor se la restituya. Y que esta acción corresponde al medio más eficaz y como atributo específico de la propiedad para su restitución al dueño. Que los presupuestos axiológicos para la reivindicación son: a) Derecho de dominio en cabeza del actor. b) Posesión del bien en cabeza del demandado. c) Identidad entre la cosa reclamada y poseída. d) que la cosa sea singular o cuota proindiviso sobre la cosa singular. e) Anterioridad del título frente a la posesión del demandado. (se cita la sentencia SCC DE 25 DE MAYO/90. EXP. 3504). O cadena ininterrumpida con el dueño anterior como causante. Que se estructure el elemento material y psicológico.*

Procedo en consecuencia a sustentar el cumplimiento de los elementos de esta acción para que con la REVOCATORIA de SENTENCIA IMPUGNADA se proceda a declarar probada la RECONVENCIÓN Y A ORDENARSE LA RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN que sobre una parte de la edificación de la carrera 5 No. 26B- 60 de Bogotá, que según el mismo demandado EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS corresponde a las áreas del el TERCER PISO de dicha casa, así:

5.1. PROPIEDAD Y CONDICIÓN DE DUEÑA DE LUZ MARINA ORTIZ.

a) El derecho de dominio de la demandante en reivindicación está más que probado, toda vez que se aportó con esta la demanda los títulos que en su momento corresponden a la transferencia de derechos herenciales, que quienes estaban llamados a suceder a la causante CONCEPCIÓN BERNAL SARMIENTO, y los que fueron convocados a este proceso por el demandante en pertenencia EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, ahora demandado en reivindicación, además contra LUZ MARINA ORTIZ, quien a su vez ejerce esta acción reivindicatoria. La causante CONCEPCIÓN BERNAL SARMIENTO había adquirido el inmueble materia de este proceso mediante la escritura pública No. 919 del 3 junio de 1937 de la Notaría Tercera de Bogotá, cuyo título fue invocado en el hecho PRIMERO Y aportado como prueba en la contestación de la demanda de este proceso de pertenencia según la misma demanda reivindicatoria. La escritura pública 1949 de fecha 4 de junio de 1997 de la Notaría 12 de Bogotá, invocado en el hecho No. 4 de la demanda de Reconvención y aportada como prueba con dicha demanda reivindicatoria da cuenta de la compra que hizo LUZ MARINA ORTIZ de los derechos sucesorales en la sucesión de CONCEPCIÓN BERNAL SARMIENTO. Inscritos al folio de matrícula 50C- 981695 de la oficina de registro de Bogotá.

b) Adelantado el juicio de sucesión de CONCEPCIÓN BERNAL SARMIENTO, causa mortuoria que adelantó el Juzgado 10 de Familia de Bogotá, bajo la radicación No. 2008 -0912, y en la que mediante el trabajo de partición correspondiente le fue adjudicada la totalidad del inmueble construido sobre los lotes con matrículas inmobiliarias 50C- 981695 y 50C- 1705401 del Registro de Bogotá, como una sola unidad material y jurídica, a LUZ MARINA ORTIZ. Copia de dicha actuación obra como prueba en el proceso a folios 338 y s.s. El trabajo de partición y adjudicación en la anterior sucesión fue aprobado por sentencia de fecha 29 de abril de 2014 cuya copia obra como prueba al folio 370. Su notificación cumplió por aviso fijado el 15 de mayo de 2014 y desfijado el 19 de mayo de 2014, visible al folio 373.

c) El trabajo de partición fue registrado junto con su sentencia aprobatoria y los que da cuenta el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C – 981695 (ver anotación Nro. 15. Del 1 de octubre de 2014. Folio 325

– 01- Cuaderno 1 digitalizado) y el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C- 1705401 (ver anotación Nro. 008. Del 1 de octubre de 2014. Folio 328 – 01- Cuaderno 1 digitalizado), expedidos por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona centro, reportan la titularidad del dominio del inmueble de la carrera 5 No. 26-60 hoy 26B-60 de Bogotá, materia de este proceso, como cadena ininterrumpida de títulos que se ubican hoy en cabeza de LUZ MARIA ORTIZ como única dueña y propietaria del mismo. Aquí la jurisprudencia. SALA DE CASACIÓN CIVIL. SC-8702/2017: “Así mismo, en la sentencia sustitutiva CSJ SC, 25 may. 1990, reiterada en fallo CSJ SC, 23 oct. 1992, rad. 3504, GJ tomo CCXIX, 2° sem. 1992, n°3458, págs. 583-585, se precisó: «La anterioridad del título del reivindicante apunta no solo a que la adquisición de su derecho sea anterior a la posesión del demandado, sino al hecho de que ese derecho esté a su turno respaldado por la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores, que si datan de una época anterior a la del inicio de la posesión del demandado, permiten el triunfo del reivindicante...”. Queda así **PROBADO** el primer elemento axiológico de la reivindicación. Artículo 950 del C.C.

La dueña del predio de la carrera 5 No. 26-60 hoy 26B-60 de Bogotá, ha ejercido sus derechos como propietaria siempre: Ha ocupado el predio y pagado los impuestos que legalmente le corresponden. Y en ningún caso lo ha hecho con exclusión de áreas, como la del tercer piso.

5.2. POSESIÓN EN CABEZA DEL DEMANDADO. EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS.

a) **CONFESIÓN DE LA DEMANDANTE.** La posesión parcial de la casa (tercer piso) de la carrera 5ª. No. 26B-60 de Bogotá de propiedad de LUZ MARINA ORTIZ, queda **CONFESADA AL SER RECLAMA POR ESTE PROCESO EN RESTITUCIÓN DE POSESIÓN**, al ahora demandado EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS. Teniendo en cuenta dos aspectos: PRIMERO, la parte demandante al invocar el hecho número “OCTAVO”: dice que “la señora LUZ MARINA ORTIZ se encuentra privada de la posesión material del tercer piso de los inmuebles...” Estos identificados y alinderados en la **PRETENSIÓN PRIMERA** y literales A y B” de esta demanda reivindicatoria, como predios sobre los que se construye la casa: carrera 5 No. 26B-60 y de la cual hace parte el tercer piso.

b) **CONFESIÓN:** El ahora demandado EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, En la contestación de demanda reivindicatoria Se reputa poseedor del tercer piso cuando en la invocación de “HECHOS” al número 2. Dice: “EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS ha venido poseyendo el inmueble tercer piso ininterrumpidamente...”. Igualmente, en el hecho número: 4. Identifica el tercer e incorpora los linderos generales de los predios sobre los que se construye la casa de la carrera 5 No, 26B-60. Asimismo, en la contestación de demanda y en referencia a los hechos NOVENO y DÉCIMO hace invocaciones de posesión material. Nótese que el poseedor irregular EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS adquirió la condición de coposeedor, sobre el inmueble materia de este proceso, con la característica especial que la coposeedora LUZ MARINA ORTIZ lo es de manera REGULAR porque su posesión está amparada por el justo título antes mencionado. Y ella en principio se manifestó por EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS al momento de **LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE PERTENENCIA**. A menos que este haya alegado y probado otro evento o fecha anterior de inicio de posesión material. Aquí la jurisprudencia Civil. SC. 4016/019: “esta Sala ha sostenido que, cuando el demandado acepta ser el poseedor del inmueble en controversia, ello es suficiente para tener por establecido el requisito de la posesión material, y con mayor razón cuando con base en ese reconocimiento propone la excepción de prescripción extintiva o adquisitiva. Sobre el particular, en SC 12 dic. 2001, rad. 5328, se expuso, Cuando el demandado en la acción de dominio, dice la Corte, “confiesa ser poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del inmueble que es materia del pleito”, salvo claro está, siempre y cuando no se introduzca discusión alguna sobre el elemento de la identidad, o el juzgador motu proprio halle elementos de convicción que lo lleven a cuestionar dicho presupuesto. Conclusión que igualmente se predica en el caso de que el demandante afirme “tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada...como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule”, porque esto “constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión” (sentencia de 22 de julio de 1993, CCXXV-176)”.

c) La parte de la casa (tercer piso) que posee EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS puede ser reivindicada en los términos del artículo en los términos del artículo 948 del C.C. Y así se invocó en la demanda de **RECONVENCIÓN**.

d) La descripción especial de lo ocupado por el demandado en reivindicación EDILBERTO ALIRIO

TINOCO VIVAS en concreto surge del dictamen pericial aportado al proceso, el cual no fue objetado por ninguna de las partes. Y al restituirse la posesión material de esta parte, simplemente vuelve a quedar integrada la cosa singular en su posesión, sin que en nada se afecte jurídicamente su unidad. Aspectos que se derivan del artículo 949 del C.C. A este aspecto es al que se refiere la sentencia impugnada cuando exige que: “la cosa sea singular o cuota proindiviso sobre la cosa singular... d) Anterioridad del título frente a la posesión del demandado. (Se cita la sentencia SCC DE 25 DE MAYO/90. EXP. 3504)”.

5.3. IDENTIDAD ENTRE LO RECLAMADO EN RESTITUCIÓN Y LA PARTE QUE POSEE EL DEMANDADO.

a) Afirma la sentencia que se requiere como segundo elemento axiológico de la reivindicación que debe existir. “Identidad entre la cosa reclamada y poseída”.

b) CONFESIÓN. DEMANDANTE EN REIVINDICACIÓN LUZ MARINA ORTIZ. El tercer piso de la casa de la carrera 5 No. 26B-60 no tiene alinderación oficial por separado, por la condición de ser cosa singular, esto es indivisa. La alinderación se efectúa sobre el total del inmueble (identificación general) como se indicó en el hechos número “CUARTO” y “CUARTO B.” de la demanda de reconvención y tomados de los títulos aportados. Estos hechos son alegados a nombre de la parte demandante en REIVINDICACIÓN LUZ MARINA ORTIZ. El dictamen pericial que obra a folios 452 y s.s. del Cuaderno 1 digitalizado da cuanta de las áreas ocupadas por el demandado en el tercer piso y su distribución que obra a folio 454 del mismo cuaderno.

c) CONFESIÓN. DEL DEMANDADO EN REIVINDICACIÓN, quién en la contestación de la demanda, identifica el tercer piso que hace parte de los dos inmuebles sobre los que se construye la casa de la carrera 5 No. 26B-60. En consecuencia, no hay duda alguna, de un lado, que tanto lo que se reclama por LUZ MARINA ORTIZ en restitución de posesión contra EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS es el tercer piso. Y de otro, que lo reclamado por el demandado en PRESCRIPCIÓN es el tercer piso, lo cual se concreta en el dictamen pericial que obra a folios 452 y s.s. del Cuaderno 1 digitalizado que da cuanta de las áreas ocupadas por el demandado en dicho tercer piso, y su distribución obra a folio 454 del mismo cuaderno. Dictamen no desconocido por ninguna de las partes.

*d) Es claro que la parte que posee EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, posesión que le reconoció LUZ MARINA ORTIZ, lo es desde la **PRESENTACIÓN DE ESTA DEMANDA DE REIVINDICACIÓN** y que corresponde al Tercer piso del inmueble de la carrera 5ª. No. 26B-60 de Bogotá, hace **PARTE DEL TOTAL DE LA CONSTRUCCIÓN** que se levanta sobre los dos predios de los folios de matrícula inmobiliaria 50C- 981695 y 50C- 1705401 del Registro de Bogotá, y dicho inmueble como el general del cual hace parte la posesión alegada por EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS quedó probada por la inspección judicial y por el dictamen pericial recogido dentro del proceso.*

e) Se puede concluir que hay plena coincidencia entre la posesión que reclama la reivindicación y las alegaciones de excepciones de mérito postuladas por el demandado en reivindicación. Esto porque la PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA frente al derecho de dominio se soporta sobre la POSESIÓN MATERIAL.

5.4. LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN PLANTEADAS CONTRA LA REIVINDICACIÓN. LA POSESIÓN MATERIAL UNIDA AL TIEMPO.

PARA EVITAR REPETICIONES, RUEGO TENER COMO ALEGACIÓN DE SUSTENTACIÓN CONTRA ESTAS EXCEPCIONES, LO ALEGADO FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, RESPECTO AL FENÓMENO POSESORIO MATERIAL. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA frente al derecho de dominio se soporta sobre la POSESIÓN MATERIAL.

a) LA PRIMERA DE LAS EXCEPCIONES HA SIDO TITULADA ASÍ: 1. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN.

La excepción no se consolida por una nomenclatura abstracta que se le dé al fenómeno exceptivo, sino por su fundamentación fáctica que en ella se incorpore. Así tenemos:

1) Que el hecho exceptivo, no de ambigüedades en su tratamiento, porque de ello dependerá la aplicación de normatividad sustantiva para tal efecto.

2) Frente al hecho exceptivo denominado “EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN”, es posible plantear dos categorías distintas: LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN O LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. La primera implicaría, establecer cuál es el término de caducidad que establece la ley, para invocar una acción, en este caso reivindicatoria. No existe en la Ley sustantiva un término de caducidad para este tipo de acción, por cuanto el dueño en cualquier tiempo tiene el derecho persecutorio de la cosa de la cual es propietario a perpetuidad. Ni siquiera lo pierde por el no ejercicio de su derecho. Ahora, si lo que se pretendió invocar fue la prescripción extintiva, de entrada, la normatividad sustancial civil tiene dos formas de regular el tiempo de prescripción: de corto plazo Art. 2542; o de largo plazo Art. 2536. Aspectos que deben ser expresamente invocados o alegados. Si lo que se pretende es extinguir el derecho de propiedad, ella solo es posible a través del fenómeno de posesión material que un tercero ejerza sobre la cosa de la cual es propietario otra persona. La excepción como está formulada no hace referencia a ninguno de los dos aspectos que puedan identificarla. Nótese que esto solo es posible mediante el elemento fáctico, el cual está ausente en la postulación de la excepción No. 1. Ni tampoco hay alegación a supuestos fácticos posesorios, como para hablar de una prescripción extintiva, que en mandato perentorio del artículo 2513 del Código Civil que dispone: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarse: el juez no puede declararla de Oficio”. No se observa como un Juez ante esta prohibición legal, y estando frente a la postulación de esta figura de prescripción extintiva (si fue que eso es lo alegado), pueda dar viabilidad a su estudio. En consecuencia, debe ser rechazada la excepción denominada “EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN”.

b) LA SEGUNDA EXCEPCIÓN FUE DENOMINADA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

Ante la invocación del artículo 2512 del Código Civil para soportar su excepción, se puede concluir que esta norma jurídica, hace referencia a dos eventos: a) La prescripción como modo de extinguir las acciones o derechos ajenos y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo. Y b) La prescripción como modo de adquirir las cosas ajenas, por haberse poseído estas por un tercero. Lo anterior Permite extraer que:

1) La denominación PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN hace referencia a la primera eventualidad, antes mencionada, pues esta prescripción es la que EXTINGUE ACCIONES y OBLIGACIONES DE CRÉDITO que sólo operan por el simple paso del tiempo sin que el acreedor las reclame, a menos que el deudor hay interrumpido ese tiempo. Lo que para este caso no aplica.

2) En la segunda eventualidad, se estaría en el evento del ejercicio de la prescripción adquisitiva, que basada en la posesión material sobre una cosa, inicia una prescripción extintiva contra el dueño o titular de los derechos de dominio para extinguirlos.

Si fue esta la intención expresa del EXCEPCIONANTE, entonces estamos una vez más frente al fenómeno de la POSESIÓN MATERIAL que sea capaz de extinguir el derecho de dominio de quien pide en reconvención LA RESTITUCIÓN de la cosa de la cual ha perdido su posesión material. Analicemos este fenómeno:

3) La señora Juez en la sentencia dice: Que la posesión sea material, que implica contacto físico con la cosa, que haya relación de voluntad de ejercer la propiedad y no reconocer un derecho superior e invoca la sentencia de Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 2013, expediente: 2004/255.

Este postulado axiológico efectivamente es reclamado con mucha insistencia por la jurisprudencia, como la que en el fallo se menciona. Pero a estos aspectos no pueden ser utilizados simplemente para adornar los discursos jurídicos, sino que han de ser expuestos de manera concreta y referida a al caso concreto, esto es, EXPRESADOS o EXTERIORIZADOS para que los actos materiales de posesión alcancen el objetivo de extinguir el derecho de dominio de que reclama reivindicación.

d) Otra vez, la ALEGACIÓN de los eventos fácticos que constituyen materialidad de posesión no pueden estar ausentes de CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y COMO SOPORTE EN CONCRETO DE UNA EXCEPCIÓN EXTINTIVA DE ESTE TIPO, porque el mandato perentorio del artículo 2513 del Código Civil impide cualquier actividad oficiosa por parte del juez para cambiar de orientación o complementar o suponer lo alegado, cuando se establece: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla: el juez no puede declararla de Oficio”.

e) Por tanto, para tal ALEGACIÓN de posesión material debe ser EXPRESADA de manera CONTUNDENTE y mostrando que es OSTENSIBLE Y PROTUBERANTE su ánimo de poseedor, como acto unilateral y voluntario (con lo cual se destruye cualquier condición de CLANDESTINIDAD); alegando que dicha posesión se entró a ejercer a ciencia y paciencia del dueño (NOMBRES Y APELLIDOS) y de terceros (OTROS TITULARES SI LOS HAY) con lo cual se destruye cualquier condición de VIOLENCIA. Esta ALEGACIÓN sólo puede hacerse en el texto de LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, como único momento de darle soporte y fundamento fáctico a las EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN. Es decir, los hechos alegados en la EXCEPCIÓN deben dar cuenta, con una narrativa concluyente, que su aspiración de prescripción es inequívoca, es decir, puntual, tanto en el evento que la consolidada, como en su aspecto TEMPORAL lo que indica una ubicación precisa en el tiempo de inicio para poder establecer el cómputo del tiempo exigido por la ley (con lo cual se destruye cualquier condición de AMBIGÜEDAD, INCERTIDUMBRE O INDETERMINACIÓN).

*f) Se requiere entonces ALEGAR la ocurrencia de por lo menos un **HECHO, GENERADO POR QUIÉN ALEGA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA**, de tal magnitud que IMPACTE, de un lado el derecho de propiedad a extinguir (del verdadero dueño) dando inicio a la aspiración de adquirir el derecho ajeno. Y de otro lado, implique el desconocimiento del derecho de propiedad (del verdadero dueño), y el **DESPOJO DE LAPOSESIÓN**, para ahora ejercerla quien la toma para sí, y es ahí en donde adquiere la condición de poseedor. Aspectos que tampoco pueden ser oficiosos por el juez, por el mandato perentorio del artículo 2513 del Código Civil: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarse: el juez no puede declararla de Oficio”. Esto es, por el ejercicio de la posesión material por un tercero. Se produce un DESPOJO DE LA POSESIÓN del dueño. Esto es básico, pues no podría afirmarse que tienen posesión tanto dueño y tercero simultáneamente.*

g) La invocación de las EXCEPCIONES EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA NO CUMPLE con ninguna de las condiciones técnicas de ALEGACIÓN, pues, sin ningún tipo de numeración ni de relación fáctica (concreta), se EXPRESAN dichos elementos de la posesión material en el supuesto prescriptor. Se hacen comentarios o se dan opiniones frente a la actuación procesal de la demanda reivindicatoria; frente a la compra de los derechos herenciales por parte de la demandante en reivindicación; frente a la calificación, que en su opinión hace la demanda de reivindicación, de una posesión de mala fe en el demandado; frente a que la demandante no ha aportado prueba “de que haya iniciado acción alguna para efectos de ejercer su dominio” (cosa por demás absurda).

Opina el abogado que contrariamente “se puede evidenciar que desde hace más de diez (10 años) su poderdante ha demostrado la calidad de ejercer sobre el predio mencionado, sin ser el inicio de su posesión” con absoluta indeterminación.

Frente a que “desde el 17 de noviembre de 2000 se elevó el acta 2368 ante la oficina de denuncias y contravenciones de la Policía, en donde mi poderdante cita a la señora Luz Marina Ortiz ...” (¿ y en qué, esto es acto posesorio?). LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA PARA EL DERECHO DE DOMINIO, ESTÁ LEGALMENTE ESTABLECIDO SOBRE EL FENÓMENO DE LA POSESIÓN MATERIAL. Y NO ES POR EL SIMPLE PASO DEL TIEMPO, NI POR CUALQUIER EVENTO AISLADO.

Frente a los contratos firmados por su poderdante (no se indica que tipos de contratos – con qué personas - en qué vinculan esos supuestos CONTRATOS a la dueña LUZ MARINA ORTIZ); opina que son evidencia de actos claros que ha ejercido respecto al predio” y que en su opinión eso “configura su verdadera calidad de poseedor”. Dice que con una denuncia del 26 de agosto de 2003 se evidencia en que calidad se presenta su poderdante respecto al predio que se le pretende reivindicar en reconvencción y que es claro ... él se presenta como poseedor del predio ubicado en el tercer piso.

Que tiene una posesión de más de 20 años ... y que no se ha adelantado por parte de un tercero o de la parte demandante en reconvencción acción alguna tendiente a “probar el dominio” (LA DUEÑA NO TIENE CARGA DE ALEGACIÓN NI PRUEBA EN ESTE ASPECTO, POR LA PRESENCIA DE SU JUSTO TÍTULO). EL DUEÑO DE UNA COSA LA PIERDE SI OTRO LA POSEE, Y LE CORRESPONDE A QUIEN ALEGA LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA PROBAR QUE POSEE Y DESDE CUANDO. Que la demandante ha perdido “la oportunidad” de ejercer su acción o acciones tendientes a proteger su pretendido derecho (esto NO indica cuando perdió la dueña LUZ MARINA ORTIZ su derecho de dominio) ¿Por la sola opinión del abogado del demandado en reivindicación?, y además dice que haciendo uso de la pretensión de prescripción eso de por sí conlleva a que “la acción reivindicatoria se haya extinguido, “al no cumplir su poderdante los requisitos para adquirir por medio de la prescripción”

¿Quién ENTIENDE ESTO? EL FUNDAMENTO DE LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA ES: LA POSESIÓN MATERIAL Y SU TIEMPO EXIGIDO POR LA LEY.

h) La anterior NARRATIVA de opiniones, no deja claro cuál es el elemento fáctico (concreto y preciso), por el cual el demandado en REIVINDICACIÓN EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, entró a ejercer POSESIÓN MATERIAL. No existe alegación tampoco de la fecha en que dicho acto contundente de posesión hizo que LUZ MARINA ORTIZ haya sido despojada de su posesión material, dando inicio a la prescripción extintiva, para ahora reclamar EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS como excepción extintiva. No se advierte en qué momento se inició el término prescriptivo extintivo para LUZ MARINA ORTIZ, como para que su derecho prescribiera, como lo indica esta excepción que le “PRESCRIBIÓ SU ACCIÓN” para recuperar su posesión pérdida sobre una parte de su inmueble: el tercer piso de la carrera 5 No. 26B-60 de Bogotá.

NO EXISTIÓ ALEGACIÓN DEL ELEMENTO PRESCRIPTIVO. LAS EXCEPCIONES están huérfanas en este aspecto. No se indica de manera responsable y seria, cuál es el acto material con el cual se da iniciación a la posesión presentada. Que implica determinar de qué manera se accedió al predio o la parte que se reclama. ¿Qué actividad en concreto realizó como para establecer inequívocamente una posesión material pública, quieta, pacífica? ¿Cuáles mejoras dice que realizó: de qué tipo y en donde se ubican puntualmente sobre el área del tercer piso? ¿Quiénes observaron esos actos? ¿Qué descripción se le asigna al área poseída? ¿Qué, destinación se le dio inicialmente al área poseída? ¿Qué áreas distintas del tercer piso corresponde a utilización del demandante y en relación con distintos coposeedores, etc. , en concreto con referencia fáctica (a las circunstancias de modo tiempo y lugar) de tales actos posesorios y materiales. No se cumplió lo advertido por la misma sentencia: Que la posesión sea material, que implica contacto físico con la cosa, que haya relación de voluntad de ejercer la propiedad. Si esto no tuvo ALEGACIÓN DE NINGUNA NATURALEZA QUE SOPORTE LA PRESCRIPCIÓN no puede el juzgador dar inicio al estudio de la prescripción adquisitiva de dominio y su correlato con la extintiva, y si lo hace va en contravía total del artículo 2513 del Código Civil.

6. LA INVOCACIÓN DE LA PRUEBA Y LA PROHIBICIÓN OFICIOSA.

a) La ACTIVIDAD PROBATORIA está restringida por el artículo 2513 del Código Civil. El juez no puede decretar pruebas oficiosas para demostrar hechos no alegados, porque se termina declarándose probados de oficio. La actuación oficiosa surge cuando se asume posición frente a hechos que no fueron alegados expresamente, o cuando se ofrecen o se practican o se valoran pruebas sobre hechos no fueron alegados. Una actividad de estas vulneraría el Derecho sustantivo civil en su artículo 2513. Nótese que la justicia es rogada, esa es la regla general, las facultades oficiosas son excepcionales, y

no se puede hacer uso de ellas sin autorización legal, pero nunca cuando hay prohibición, además, expresa para ello.

b) Es de recordarse que no es igual el rol que cumple un juez cuando está conociendo de una ACCIÓN REIVINDICATORIO que cuando frente a esta se invocan EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN Y NULIDAD RELATIVA. En la primera, en la reivindicatoria el juez puede hacer uso de las facultades oficiosas en los casos que le autoriza la Ley. Pero si se involucra, como en este caso, la PRESCRIPCIÓN (ADQUISITIVA O EXTINTIVA), el juez ya no puede actuar frente a estas con la misma libertad, pues ya se dijo que hay una expresa prohibición para ello (2513 C.C., Y 282 Inciso primero del CGP). Y en estas condiciones se obtiene:

c) Que la excepción de prescripción debe ser alegada por el prescribiente, en todos sus elementos, si este quiere beneficiarse de ella.

d) Los hechos alegados que configuren cualquiera de las excepciones señaladas, requieren de ser probados por la actividad de la parte que invocó la excepción, en este caso, la prescripción. Pues no le es posible al juez, reconocerlo probado de oficio al tenor del art. 282 del CGP. Esto implica que debe existir expresa alegación tanto del hecho, que configure prescripción, como la postulación del medio probatorio pertinente y conducente. Se observa que nada puede hacer el juez oficiosamente frente a ello. Y esto tiene una razón de ser: El dueño está frente a un justo título. El poseedor, es un usurpador de ese título y de los derechos derivados de este, y con la posesión despoja al dueño, y este adquiere una cosa que es ajena.

e) En el caso que nos ocupa. NO HAY ALEGACIÓN de hechos RELEVANTES DE POSESIÓN MATERIAL como ya se indicó, entonces mal pueden aparecer pruebas de hechos no alegados.

f) Por ejemplo, se decretaron testimonios en este proceso, y se dice en el escrito de contestación de demanda: PRUEBAS. 4. TESTIMONIALES. “... para que bajo la gravedad del juramento declaren sobre los hechos de esta demanda, y especialmente lo relacionado con la posesión que el señor EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS ha tenido sobre el siguiente predio: piso tercero (3º) ubicado en la carrera 5 No. 26-60 de la ciudad de Bogotá D.C., sobre la cual se pretende la declaración de pertenencia”.

Esto es un despropósito de la parte demandada y su apoderado, pues aquí no es demandante, sino demandado excepcionante. Y si se trata de la posesión para extinguir, en dichas excepciones no aparecen alegados los hechos posesorios materiales que pretende probar. Pero lo más grave es que la Judicatura Civil de Circuito pasa por encima de todo esto, práctica prueba y recoge los testimonios, y de paso vulnerando el artículo 212 del CGP. Que dispone: “Cuando se pidan testimonios deberá ... y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba”, y los hechos de la demanda principal y los de contestación de la demanda reivindicatoria, ni los que debieron soportar las excepciones extintivas, hacen referencia alguna a los HECHOS que la configuran. Y es más, el que termina aportando documentos al proceso es el testigo, y no la parte, que es a quien le corresponde la carga debe alegar y probar.

g) Frente a la INTERPRETACIÓN Y ENTENDIMIENTO JURISPRUDENCIAL de los artículos 2513 del C.C., como del artículo 282 del CGP, es pertinente que observemos el precedente constitucional, para en su momento tener en cuenta y no desatenderla. SENTENCIA. C-091/18: “... a) El examen del carácter legítimo de la finalidad: La alegación de la prescripción como una carga de la parte, que busca proteger la autonomía de la voluntad privada ... 31. Al establecer las normas demandadas que la prescripción debe ser alegada por quien pretenda beneficiarse de ella y que, en consecuencia, al juez le está vedado su reconocimiento oficioso, las mismas configuran la prescripción como una excepción propia, es decir, un argumento en contra de la prosperidad de las pretensiones del demandante, que debe ser puesto de presente por el demandado y aunque se encuentren probados en el proceso los hechos que la configurarían, el juez no dispone del poder para sustituir a la parte en cuanto a su alegación. De esta manera, las normas en cuestión establecen la formulación procesal de la prescripción, como una carga procesal en cabeza de aquel que pretenda beneficiarse de ella^[47]. Así, a diferencia de las obligaciones, las cargas son deberes establecidos en interés del sujeto sobre pesan las mismas, lo que implica que su cumplimiento trae aparejados beneficios para quien las realiza; consecuencias adversas

para quien no las cumple y no existen medios jurídicos para forzar, coactivamente, su realización^[48]. Esto implica que en el presente asunto se juzga la constitucionalidad de una carga procesal establecida por el legislador respecto de ciertos justiciables, a diferencia de otros. 32. La carga procesal de alegar la prescripción en su beneficio, actualmente prevista en el Código Civil y en el Código General del Proceso, consulta el origen mismo de la figura en el derecho romano, al tratarse de una advertencia, aviso o praescriptio – escrito antes o de manera previa - que debía ponerse de presente al juez en el encabezado de la fórmula que delimitaba la Litis^[49]. En el derecho colombiano, la carga de la alegación de la prescripción responde a una larga tradición procesal. Así, el Código Judicial de 1931, Ley 105, establecía en el artículo 343 que “Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse”. En igual sentido, el Código de Procedimiento Civil de 1970, Decreto Ley 1400, disponía en su artículo 306 que “Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”. En la materia, la legislación colombiana resulta concordante con algunas referencias importantes en el derecho comparado^[50].
LAS SUBRAYAS FUERA DE TEXTO.

h) En Demanda principal, ni en la contestación de demanda reivindicatoria, aparece la expresión, la indicación o el señalamiento concreto, con una fecha cierta o una ÉPOCA PRECISA en que el señor EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS inició la posesión material que dice tener sobre la parte del predio que reclama, ni tampoco EL ACTO MATERIAL que le da la condición de poseedor, Es decir, en la ALEGACIÓN que exige perentoriamente el art. 2513 del C.C., NO SE EXTERIORIZA el hecho que marca el SEÑORÍO DE DUEÑO como para inferior un acto de posesión y el inicio de la PRESCRIPCIÓN en este caso EXTINTIVA frente al dominio de las cosas.

Pero la sentencia la declara probado tanto en la época como en el acto material de inicio de la siguiente manera: Minuto 51 de la Audiencia de Fallo: “archivo 12:Audienciaparte2Art.373.cgp.2020”. Tiene que para 1990 Edilberto Alirio Tinoco Vivas hace mutación de tenedor a poseedor - ASPECTOS DE FECHA Y EVENTO - DE MUTACIÓN - QUE NO FUERON ALEGADOS EN SU FAVOR, POR TINOCO, NI EN LA DEMANDA PRINCIPAL NI EN EL ESCRITO DE EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Es decir, la juez de la primera instancia invadió la esfera de alegación de la parte que aspira a beneficiarse de la prescripción. Con lo anterior la juez de primera instancia, le traslada carga de prueba a la dueña, demandada en pertenencia, cuando el artículo 2513 del Código Civil al exigir carga de prueba para desvirtuar la prescripción sobre lo no alegado. Por cuanto le reclama el hecho de no haber instaurado acciones contra TINOCO para obtener que le pagara arriendo. Cuando la posesión material, se prueba por los hechos positivos que la configuran, y esto porque la prescripción extintiva contra la acción reivindicatoria está fundada también en la posesión material, y porque no se trata de una extinción de obligaciones.

Esta es otra vulneración de la ley procesal y de las normas procesales en materia de CARGA DE PRUEBA. Y esto fue el fundamento para definir la PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, y extenderlo, para también constituir el fundamento para negar la ACCIÓN REIVINDICATORIA aquí reclamada. TODO LO CONTRARIO, SI HAY FRACASO LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, HAY FRACASO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA, porque su fundamento es el mismo: LA POSESIÓN MATERIAL.

V. PETICIONES.

Fruto de este recurso de apelación, en la sentencia que el HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ deba pronunciar, ante el fracaso de la demanda de pertenencia, muy respetuosamente: SOLICITO:

1 Tener cumplidos los elementos axiológicos de la ACCIÓN REIVINDICATORIA aquí instaurada por LUZ MARIAN ORTIZ mediante demanda de reconvención y DENEGAR “LAS EXCEPCIONES” planteadas por el demandado EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS.

2. Ordenar a EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS la entrega inmediata de la parte de predio (tercer piso) de la Carrera 5 No. 26B-60 de Bogotá, a su propietaria LUZ MARINA ORTIZ, dentro del plazo legal, y de no ser así, se ordene su entrega forzada.

3. Condenar en abstracto al demandado en Reivindicación a EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS al pago de los frutos dejados de percibir con mediana inteligencia, HASTA HOY, y desde la fecha en que la propietaria LUZ MARINA ORTIZ le reconoció posesión a EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS, es decir, desde la fecha de la presentación de esta demanda de REIVINDICACIÓN.

4. Levantar las medidas cautelares, librando los oficios correspondientes y condenar en perjuicios por esta causa a EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS.

5. Condenar a EDILBERTO ALIRIO TINOCO VIVAS al pago de las costas en las dos instancias.

Respetuosamente:



HÉCTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS.

C.C. No. 19.277330, expedida en Bogotá. Tarjeta profesional No. 27.428 C.S.J.

Correo electrónico: hequirogac@unal.edu.co

ENVIADO A CORREO ELECTRONICO: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

DOCUMENTOS ANEXOS: 1) COPIA DE LA COMUNICACIÓN ENVIADA POR EL INSTITUTO DE PATRIMONIO CULTURAL – ALCADIA MAYOR DE BOGOTA. A LA PRIPIETARIA DEL INMUEBLE LUZ MARINA ORTIZ.

2) Decreto 560 del 28 de septiembre de 2018 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, “por medio del cual se define la reglamentación urbanística aplicable a los Bienes de Interés Cultural del ámbito distrital y se dictan otras disposiciones”.

Con copia para: LUIS ISAAC GÓMEZ MORALES – Apoderado parte demandante: luisisaacg@hotmail.com

Con copia para MAXIMILIANO SALGADO – Curador ad litem : maximilianosal59@outlook.co

Señores

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

Ricardo Acosta Buitrago

(Magistrado Ponente)

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Proceso verbal de mayor cuantía.

Demandantes: Soluciones Inmobiliarias Futuras S.A.S.
Carlos Andrés Lizcano Rodríguez
Tributar Auditores S.A.
Tributar Consultores S.A.
Tributar Precios de Transferencia
Recuperaciones Judiciales S.A.S.

Demandados: Leasing Bancolombia (Bancolombia S.A.)
Alianza Fiduciaria S.A.
Fideicomiso Vía 7
Grupo Enobra S.A.S.

Radicado: **11001-31-030-25-2017-00577-00**

Asunto: **Sustentación Recurso de Apelación
contra el fallo de primera instancia.**

Carlos Páez Martín, abogado titulado y en ejercicio, portador de la cédula de ciudadanía número 80.094.563 de Bogotá y de la tarjeta profesional número 152.563 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado principal de las demandantes Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.S., Tributar Auditores S.A., Tributar Consultores S.A., Tributar Precios de Transferencias S.A.S. y Carlos Andrés Lizcano Rodríguez; y de Recuperaciones Judiciales S.A.S. (como litisconsorte–cesionaria de los derechos litigiosos), representación esta última que reasumo según las facultades que me fueron conferidas por la poderdante, con lo cual queda revocada la sustitución que hice en la Audiencia de Fallo de Primera instancia al Doctor Enrique Martínez Reyes, según las previsiones del inciso final del artículo 75 del Código General del Proceso; con mi acostumbrado respeto, me permito sustentar el recurso de apelación que propusimos en su debida oportunidad procesal contra la sentencia proferida por el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá el 2 de octubre de 2020, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES:

1. El 14 de octubre de 2011 se suscribió contrato de fiducia entre Grupo Enobra Arquitectos e Ingenieros y Área 51 Proyectos Especiales “Grupo Enobra S.A.S.” en calidad de fideicomitente, y Alianza Fiduciaria en calidad de fiduciario, para que ésta administrara el patrimonio autónomo constituido para el desarrollo del proyecto inmobiliario.

2. El 10 de diciembre de 2013 se suscribió contrato de vinculación como beneficiario de área del Fideicomiso Vía 7 N° 10043102919-7 entre Alianza Fiduciaria S.A. (Fiduciaria), Grupo En obra Arquitectos (Fideicomitente), Leasing Bancolombia S.A. (Beneficiario de Área) y Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.S. (Locataria).

3. El objeto del contrato consistió en adquirir, sobre planos, un área para oficinas de 494,57 m², ubicada en el piso 4 por valor de \$4.161.489.000, que debía ser entregada dentro de los 18 meses siguientes al cumplimiento de las condiciones de giro contenidas en el contrato de fiducia mercantil, lo cual ocurrió el 18 de marzo de 2014, para lo cual se estipuló:

“(...) La fecha de firma de escritura y la fecha de entrega del inmueble será notificada por el FIDEICOMITENTE-GERENTE a EL BENEFICIARIO DE ÁREA y al LOCATARIO mediante comunicación escrita, una vez se cumplan las condiciones establecidas en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL constitutivo del FIDEICOMISO Vía 7. El proyecto se desarrollará en los 18 meses siguientes a la fecha en la que se logró las condiciones de giro (lo cual sucedió en el mes de septiembre de 2013), prorrogables por 6 meses más”.

Es decir que la escritura pública de transferencia de propiedad al beneficiario y de tenencia del inmueble al locatario debió hacerse, a más tardar, el 18 de septiembre de 2015; tal como quedó estipulado en la anterior cláusula.

4. En el contrato de vinculación el beneficiario de área (Leasing Bancolombia) asumió la obligación de pagar el valor de los aportes fijados en ese convenio.

5. El 16 de diciembre de 2013 Leasing Bancolombia, en calidad de arrendador, y Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.S., en calidad de locataria-arrendataria celebraron un contrato de leasing (arrendamiento financiero con opción de compra) sobre la oficina 401 del Conjunto Residencial Mixto Vía 7, con un área de 536.67 m² del inmueble identificado con folio de matrícula 50C-1987767.

6. Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.S. pagó \$976.542.913 por concepto de adelanto de cánones de arrendamiento sin recibir a cambio el inmueble arrendado.

El locatario cumplió con el plan de pagos indicado en el Otrosí N°1 al contrato de leasing, de fecha 10 de abril de 2014, según el cual la Compañía de Leasing debía pagar \$1.338.500.000 al fideicomiso y el locatario se obligó a pagar los intereses sobre esa suma, pactados en la tabla anexa.

7. Leasing Bancolombia incumplió las obligaciones adquiridas en la cláusula 13 del contrato de leasing; específicamente:

“a. Permitir el uso y goce de el(los) bien(es) materia del contrato, durante el plazo, siempre que EL LOCATARIO esté cumpliendo debidamente sus obligaciones y, en consecuencia, se compromete a librarlo de toda perturbación ilegítima por el uso y goce de el(los) bien(es), imputable a LEASING BANCOLOMBIA”.

El incumplimiento de Bancolombia es evidente, pues nunca entregó el inmueble al arrendatario, a pesar de que éste sí pagó por adelantado los cánones a su cargo.

8. Para el 18 de julio de 2017, Leasing Bancolombia se encontraba en mora en el pago de los aportes a la Fiduciaria, como lo prueba el certificado que obra en el proceso.

9. Según certificación de Alianza Fiduciaria, expedida el 19 de julio de 2017, para esa fecha el locatario se encontraba vinculado al fideicomiso y, por tanto, al leasing. Es decir que, para el momento de presentarse la demanda (26 de julio de 2017), tanto el fideicomiso como el leasing estaban vigentes o sin resolver.

10. El 27 de septiembre de 2017, ante la imposibilidad de seguir pagando cánones de arriendo por adelantado sin tener el inmueble objeto del leasing, Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.S. y demás demandantes, notificaron a Leasing Bancolombia su voluntad de dar por terminado el contrato de leasing.

11. Según certificado de Alianza, el cual obra en el expediente, Bancolombia solo pagó el saldo del inmueble al fideicomiso el 17 de octubre de 2019 (la demanda se presentó el 26 de julio de 2017), lo que es prueba irrefutable de su incumplimiento.

12. La escritura pública 1744 de transferencia de dominio a Bancolombia como beneficiario de área solo se suscribió el 26 de septiembre de 2017, esto es después de presentada la demanda (26 de julio de 2017).

13. El 6 de octubre de 2017 (ya iniciado el proceso) Bancolombia comunicó a Alianza Fiduciaria la “*terminación del contrato de leasing por parte de Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.*” en su calidad de locatario y le manifestó su deseo de continuar en el negocio de adquisición de la propiedad.

14. Sólo el 11 de diciembre de 2017 (la demanda se presentó el 26 de julio de 2017), Bancolombia comunicó a Soluciones Inmobiliarias la terminación del contrato de leasing.

15. No es admisible la excusa de las demandadas al pretender endilgar incumplimiento al locatario en el pago de sus cuotas, pues ellas fueron quienes incumplieron sus obligaciones contractuales: la constructora al no entregar el inmueble en la fecha convenida, Bancolombia al no cumplir su parte en el contrato de leasing, y la Fiduciaria al no ejercer sus deberes de diligencia y cuidado en la gestión que se le encargó.

16. Las causales de terminación unilateral con justa causa por parte de Leasing Bancolombia se indicaron en la Cláusula 21 del contrato de arrendamiento financiero, y ninguna de ellas se adecua a las situaciones de hecho que se dieron en el caso concreto.

II. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

En audiencia pública del 2 de octubre de 2020, el Señor Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá emitió sentencia de mérito en la cual declaró probada, entre otras determinaciones, la excepción de contrato no cumplido formulada por la parte pasiva del litigio.

Con relación a la coligación negocial alegada en la demanda, expresó no haber encontrado prueba de tal situación en el proceso.

En su respetable criterio, la resolución del contrato por incumplimiento de lo pactado sólo es procedente cuando la parte que solicita judicialmente la declaración ha cumplido las prestaciones contractuales a su cargo. Y en el caso que se dejó a la consideración del fallador, éste estimó que la sociedad demandante “*incumplió su obligación*”, de lo cual infirió que la actora “*no estaba legitimada*” para pretender la terminación del contrato con base en la previsión contenida en el artículo 1546 del Código Civil.

Los reparos concretos a la providencia apelada se centraron en los ejes fundamentales de la anterior decisión. De ahí que la

sustentación del mencionado recurso se enfocará en los siguientes puntos:

- a) La existencia de la coligación negocial entre la vinculación al fideicomiso y el leasing.
- b) La prueba del incumplimiento contractual por parte de las demandadas, especialmente de Bancolombia.
- c) En subsidio del incumplimiento, la nulidad (o inexistencia) del contrato por falta de estipulación de la fecha cierta en que las demandadas debían cumplir su obligación.
- d) En subsidio de las anteriores, y como consecuencia del reconocimiento del juez del incumplimiento recíproco, debió declararse el mutuo disenso tácito.
- e) En cualquiera de las anteriores alternativas, el Señor Juez debió ordenar la restitución al locatario de los cánones que pagó por adelantado, sus frutos civiles y su indexación.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. El Señor Juez debió reconocer y declarar la existencia de la coligación negocial entre el contrato de vinculación al fideicomiso y el arrendamiento financiero.

La coligación negocial entre el contrato de vinculación y el leasing está demostrada, entre otros hechos, por el contenido del Parágrafo Segundo de la Cláusula Primera del convenio, en la cual se pactaron las obligaciones tanto del beneficiario de área como del locatario. De igual modo, en el mismo Parágrafo la obligación del beneficiario de área se supeditó al cumplimiento de las obligaciones del locatario.

Allí se expresó que mientras Leasing Bancolombia no informe a la Fiduciaria sobre el incumplimiento del locatario o la terminación del leasing, la beneficiaria *“es responsable de realizar la entrega de los aportes en la cuantía y tiempos por este medio acordados...”*

Como puede advertirse con claridad, se trata de obligaciones sistemáticamente coligadas, las cuales corresponde cumplir de manera conjunta, pues no pueden desarrollarse de manera independiente. El leasing dependía de la obligación del fideicomitente de entregar el inmueble objeto de la vinculación al encargo fiduciario, y este negocio se celebró, precisamente, para que el locatario tuviera la posibilidad de usar el inmueble que Bancolombia le daría en arriendo. De manera que un contrato

dependía del otro para su cumplimiento y ambos tuvieron el mismo fin: entregar el inmueble al locatario.

Tan coligados estuvieron los contratos de vinculación y de leasing, que en el Parágrafo Octavo de la Cláusula Tercera se plasmó: *«Las partes conocen y aceptan que EL BENEFICIARIO DE ÁREA actúa por mandato de EL LOCATARIO y por tanto si EL BENEFICIARIO DE ÁREA incumple, EL BENEFICIARIO DE ÁREA no tendrá sanción, multa o penalización alguna, sin importar alguna disposición contraria en este convenio».*

Esta cláusula, abusiva por demás, demuestra que desde un principio ambos contratos estuvieron indisolublemente conectados, tanto así que las obligaciones inherentes a la posición del beneficiario de área fueron injustamente desplazadas al locatario, al punto que, si el beneficiario incumplía, su falta se vería reflejada en sanciones que el arrendatario debía asumir.

La coligación contractual implica que ninguno de los contratos puede existir sin el otro, y esto fue lo que aconteció en el caso que se analiza, pues la vinculación al fideicomiso, tal como se estructuró, quedó supeditada al contrato de leasing, tanto así que en el primero se reconoció la existencia del arrendamiento financiero y se establecieron las obligaciones del beneficiario y del locatario. De no haber sido así, el locatario no habría sido parte del contrato de vinculación. Por parte del leasing, su objeto fue entregar al locatario, en la fecha estipulada, el inmueble adquirido mediante el negocio de vinculación al fideicomiso. Luego, está demostrado que ni el leasing podía existir sin la vinculación al fideicomiso, ni ésta sin aquél.

Es más, de las propias afirmaciones del sentenciador *a quo* se deduce de modo ineluctable que sí se trató de negocios jurídicos coligados, pues infirió el supuesto incumplimiento del leasing a partir del acuerdo de pago pactado en la vinculación al fideicomiso.

Frente a la contundencia de la coligación contractual, me permito solicitarles a los Señores Honorable Magistrados se sirvan declarar la existencia de esa situación jurídica, pues resulta imprescindible para elucidar la controversia que se dejó a su consideración.

3.2. El Señor Juez erró al declarar que la demandante carecía de legitimación en la causa por activa.

El sentenciador de primera instancia negó la pretensión de resolución del contrato por incumplimiento de las demandadas, bajo el entendido de que la demandante, al ser contratante

incumplida, carecía de “*legitimación en la causa*” para pedir las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 1546 del Código Civil.

La legitimación en la causa, tienen sentado la doctrina y la jurisprudencia en unidad de criterio, es un elemento de la acción (entendida como pretensión) que concierne a la titularidad de la relación jurídico sustancial en virtud de la cual las partes tienen derecho a obtener de la jurisdicción del Estado un pronunciamiento de fondo que decida definitivamente la controversia jurídica, pero no puede confundirse –como adujo el juzgador *a quo*– con la obligación de la que emana el derecho material que se pretende.

*«Tratándose, por tanto, la legitimación en la causa de un elemento sustancial, resulta necesario dilucidar si quien demanda es titular del derecho, así como si el demandado está obligado a responder de tal pretensión. No se entendería la ley que hiciera una condenación a la persona que no debe responder por la obligación o el derecho que se reclama, o a la que se demanda por aquella que adolece de la titularidad del derecho y por ende de la pretensión incoada».*¹

Salta a la vista que el problema planteado por el juzgador, alusivo a si procede o no la resolución del contrato, no atañe a un problema de legitimación en la causa, sino al reconocimiento del derecho material que se debate.

Una cosa es que las partes estén legitimadas para demandar y para responder la demanda en la medida en que son los titulares de las relaciones jurídico-sustanciales en disputa, y otra muy distinta que les asista o no razón en el fondo de sus pretensiones o excepciones.

Al no corresponder el argumento del Señor Juez de primer grado a un asunto de legitimación en la causa, me permito solicitar a los Honorables Magistrados del Tribunal, se sirvan corregir la sentencia en ese respecto.

3.3. El Señor Juez tenía que declarar la resolución del contrato por incumplimiento de las demandadas, tal como quedó debidamente probado en el proceso.

3.3.1. La decisión apelada no valoró las pruebas que obran en el proceso.

¹ C.S.J. SC del 5 de agosto de 2013. Rad.: 66682-31-03-001-2004-00103-01.

En su decisión, el Juez de primera instancia afirmó que el demandante fue quien incumplió la obligación a su cargo, pues no acreditó que *“a la fecha de interposición de la demanda”* se hallaba al día en el pago de sus obligaciones, *“pues ni siquiera demostró el pago de los cánones a que se obligó satisfacer”* [minuto 18:15]. Sin embargo, no precisó en qué consistió tal incumplimiento y sólo se limitó a emitir una apreciación general y subjetiva que no tuvo en cuenta el acervo probatorio allegado a la actuación.

a) El Señor Juez desconoció el contenido del dictamen pericial.

Si bien es cierto que al deudor incumbe demostrar el pago, esa carga probatoria se satisfizo en el proceso, pues el dictamen pericial probó que el locatario cumplió con el pago de sus obligaciones según las cuotas estipuladas en el otrosí N°1 del 10 de abril de 2014; sin que la contraparte objetara siquiera parcialmente el contenido de ese medio de conocimiento.

En efecto, el dictamen de parte allegado con la demanda fue elaborado por Jorge Arango Velasco, consultor financiero de amplia trayectoria profesional, probada solvencia académica y reconocida honradez, imparcialidad y objetividad; quien con base en lo estipulado en el Otrosí N°1 al contrato de leasing financiero y a partir del análisis de la información suministrada por Bancolombia en la base de datos *“Pagos aplicados a las operaciones Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.S.”*, dictaminó que la arrendataria cumplió con el pago de las cuotas acordadas en el contrato de vinculación al fideicomiso, no solo hasta la fecha estipulada para la entrega material del inmueble (septiembre de 2015) sino, inclusive, por casi dos años más (13 de junio de 2017), para un total de \$980.414.657 por concepto de cánones adelantados de un arriendo que jamás disfrutó porque el inmueble materia de ese contrato nunca se le entregó.

El dictamen pericial fue claro, preciso, exhaustivo y detallado; explicó los exámenes, métodos, análisis y fundamentos técnicos de sus conclusiones; y, cumplió a cabalidad con todos los requisitos de forma y de fondo exigidos por el artículo 226 del Código General del Proceso.

De igual modo, fue sujeto a contradicción en la forma y término previstos por el artículo 228 del estatuto procesal, compareciendo el perito a la audiencia correspondiente para que la parte interesada lo interrogara, como en efecto tuvo la oportunidad de hacer, acerca de su idoneidad, imparcialidad y contenido del dictamen.

Por consiguiente, no hay ninguna razón para que el juez omitiera la valoración material de este medio de prueba.

En cambio, el sentenciador jamás indicó cuál fue el cronograma de pagos que reputó incumplido por el locatario. De ese modo, si el fallador estimó que el arrendatario no cumplió con el pago de sus cuotas, debió, al menos, manifestar el monto de esas cuotas y su fecha de pago, para así saber a cuál plan de pagos se estaba refiriendo, teniendo en cuenta que la forma y fecha de pago fueron variadas por el mutuo consentimiento de las partes; pero nada de ello precisó en su providencia, dejándola huérfana de los puntos de comparación que habrían permitido corroborar la verdad o falsedad de su conclusión.

b) La sentencia desconoció el contrato de fiducia que fijó la fecha en la que ambas partes debían cumplir las prestaciones a su cargo.

En mi respetuoso criterio, el juez erró al fijar el hito temporal del supuesto incumplimiento de la actora, dado que dio por sentado que debió demostrar que estaba al día en el pago de los cánones *“a la fecha de interposición de la demanda”*, cuando objetivamente, para probar que se trató de un contratante cumplido, debió tomar en cuenta el momento pactado por las partes para el inicio del arrendamiento, es decir el 18 de septiembre de 2015, tal como quedó consignado en la primera página del convenio de vinculación al fideicomiso:

“El proyecto se desarrollará en los 18 meses siguientes a la fecha en la que se logró las condiciones de giro (lo cual sucedió en el mes de septiembre de 2013), prorrogables por 6 meses más”.

No era en modo alguno admisible exigir al arrendatario, como parte débil en las relaciones coligadas de fiducia y leasing, que continuara pagando cánones de arriendo hasta la fecha de presentación de la demanda (26 de julio de 2017), cuando es ostensible que debió entregársele el inmueble en arriendo casi dos años atrás. La decisión del fallador, en suma, colocó al arrendatario en una posición no contemplada por las leyes sustanciales e imposible de cumplir, dado que el Señor Juez le exigió seguir pagando cánones de arriendo e intereses a contraprestación de nada, pues quedó probado que el bien objeto del leasing jamás se le entregó para su uso y goce.

La decisión recurrida incurrió, en suma, en grave defecto fáctico, al no tener en cuenta las cláusulas contractuales mediante las cuales la compañía de leasing se obligó a entregar el inmueble en arriendo a más tardar el 18 de septiembre de 2015, y al

desconocer el dictamen pericial que demostró fehacientemente que para esa fecha el locatario estaba al día con el plan de pagos acordado por las partes en el otrosí N° 1 realizado al contrato de vinculación al fideicomiso.

La anterior omisión probatoria condujo al Señor Juez a una evidente incoherencia, pues aseveró que el arrendatario incumplió su obligación de pagar las cuotas pactadas en el contrato de leasing; con lo cual reconoció implícitamente la existencia de la coligación negocial, pues de otro modo no habría sido posible endilgar incumplimiento del contrato de leasing cuando la obligación de pagar los cánones se pactó en el contrato de vinculación al encargo fiduciario.

Pero el Señor Juez no sólo pasó por alto el contenido del dictamen pericial que probó el cumplimiento de la sociedad demandante. También omitió valorar el clausulado de los contratos que dieron origen a la presente controversia, pues ni siquiera hizo alusión tangencial a tales estipulaciones.

c) La decisión no valoró el Parágrafo Segundo de la Cláusula Primera del contrato de vinculación al fideicomiso, en el cual se indicó:

«La obligación de EL BENEFICIARIO DE ÁREA de pagar el valor de los aportes de(los) bien(es) está condicionada a que EL LOCATARIO se encuentre cumpliendo la totalidad de las obligaciones que adquirió frente a LEASING BANCOLOMBIA y en general que se encuentre vigente y no se haya finalizado, terminado o resuelto por ninguna razón el contrato de leasing anteriormente mencionado, en caso contrario, EL BENEFICIARIO DE ÁREA notificará a LA FIDUCIARIA COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO el incumplimiento, terminación o resolución del mencionado contrato de leasing, mediante comunicación escrita, en la cual informará si se cede automáticamente y de pleno derecho la posición contractual dentro de este contrato a favor de EL LOCATARIO, la cual tendrá efectos desde el recibo de la mencionada comunicación por parte de la FIDUCIARIA, quien con la firma del presente documento declara conocer y aceptar la mencionada cesión, o si por el contrario desea continuar al frente de la obligación de pago del precio con el fin de adquirir la propiedad, continuando el presente contrato. Mientras LEASING BANCOLOMBIA no informe de las anteriores situaciones, o informando que continuará, es responsable de realizar la entrega de los aportes en la cuantía y tiempos por éste medio acordados; pero habiendo informado la cesión a favor del LOCATARIO, será responsabilidad del LOCATARIO convertirlo en BENEFICIARIO DE ÁREA por la cesión automática, el

cumplir con las fechas y cuantías de los aportes, quien así lo acepta».

Como el beneficiario (leasing Bancolombia) no notificó a la fiduciaria (antes de la presentación de la demanda) *“el incumplimiento, terminación o resolución del mencionado contrato de leasing, mediante comunicación escrita”*, se deduce de tal hecho que el incumplimiento del arrendatario jamás ocurrió.

Incluso en el caso hipotético de que se hubiere dado el supuesto incumplimiento –el cual no se probó en el proceso–, la falta de notificación en debida forma a la Fiduciaria por parte de Bancolombia, hizo al beneficiario de área *“responsable de realizar la entrega de los aportes en la cuantía y tiempos por este medio acordados (...)”*, según reza la precitada estipulación.

Luego, el yerro del juzgador es manifiesto, pues impuso al locatario una obligación que incumbía cumplir al beneficiario de área (Leasing Bancolombia S.A.), contraviniendo de ese modo la autonomía de la voluntad expresada por los partícipes de la coligación negocial.

De suerte que aún si hubiere sido cierto que el locatario entró en mora en el pago de las cuotas lo procedente era –según las previsiones contractuales transcritas– notificar en debida forma (por escrito y según los requerimientos contractuales) tal incumplimiento para, de esa forma, asumir la obligación de pago del precio con el fin de adquirir la propiedad, o ceder al locatario *“automáticamente y de pleno derecho”* la calidad de beneficiario de área, pues eso fue lo que se pactó.

Mas, en ningún caso podían la Fideicomitente, la Fiduciaria y la Beneficiaria desplazar al locatario de su posición originaria en el contrato de fiducia sin notificar tal situación en la forma contractualmente prevista y sin hacer devolución de los cánones que pagó por adelantado por un inmueble que la compañía de leasing nunca le entregó.

Es más, ni en el contrato de vinculación al fideicomiso ni en el arrendamiento financiero se consignó jamás que el incumplimiento del arrendatario en el pago de las cuotas daría lugar a que Leasing Bancolombia se apropiara de los cánones de arriendo que Soluciones Inmobiliarias pagó por adelantado. Y aunque ello se hubiere pactado, sería una cláusula ineficaz, pues el derecho civil jamás podría avalar un enriquecimiento sin causa.

d) También omitió el sentenciador apreciar la Cláusula 21 del contrato de arrendamiento financiero, en la cual se manifestó:

*«Leasing Bancolombia podrá dar por terminado este contrato antes del vencimiento del término, sin necesidad de declaración judicial, **y exigir la devolución de el(los) bien(es)**, así como las demás prestaciones a que hubiese lugar, incluyendo y sin limitarse a las sumas establecidas en el numeral 26, en cualquiera de las siguientes situaciones: (...)*». [Se subraya]

Como puede observarse con facilidad, la obligación del locatario de pagar los cánones estaba condicionada a la previa entrega del inmueble arrendado, como no podía ser de otra manera, pues no es posible que en un arrendamiento financiero (que es, por esencia, de tracto sucesivo y se ejecuta a largo tiempo) el arrendatario pague cánones, durante años, sobre un bien que no le ha sido dado en arriendo; o sea que el arrendador no puede exigir el pago de cánones sin cumplir, a su turno, con la contraprestación a su cargo.

3.3.2. La decisión incurrió en error de derecho al no tener en cuenta que la excepción de contrato no cumplido sólo opera frente a negocios jurídicos bilaterales y sinalagmáticos, en los cuales las partes contraen obligaciones de ejecución instantánea o concomitantes. En cambio, la naturaleza jurídica del contrato de leasing (que es esencialmente de tracto sucesivo) impide que el arrendatario incurra en mora en el pago de los respectivos cánones si no ha recibido el bien objeto del arrendamiento.

De conformidad con el tenor del artículo 1603 del Código Civil, *“los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”*.

La buena fe contractual es, entonces, según la anterior disposición, un criterio objetivo de interpretación de las convenciones privadas, según el cual las partes no solo se obligan por la literalidad de lo que en ellas se expresa sino, además, por todas las circunstancias propias de su naturaleza jurídica.

Por consiguiente, en atención a la especial naturaleza del arrendamiento financiero, no es posible endilgar al arrendatario incumplimiento de la prestación a su cargo cuando ésta se supeditaba al cumplimiento previo por parte del arrendador de su obligación de dar el inmueble en arriendo al locatario.

Por la naturaleza jurídica del contrato de leasing, no es posible admitir que el locatario incurrió en mora, pues –se reitera– el

pago de los cánones de arrendamiento estaba condicionado a la entrega del inmueble por parte del arrendador, lo cual jamás ocurrió.

Memórese que, según la previsión contenida en el artículo 1609 del Código Civil, *“en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

Luego, para la declaratoria de resolución contractual solicitada, no bastaba afirmar con ligereza –como hizo el juez *a quo*– que el demandante era contratante incumplido; pues el razonamiento del sentenciador debió partir *precisamente de la naturaleza de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero*, según las cuales no es posible que el arrendatario incurra en mora mientras el arrendador haya dejado de cumplir lo pactado.

En efecto, *“(...) podríamos definir el contrato de leasing o arrendamiento financiero en su forma más representativa, como aquel por virtud del cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes **que le entrega** a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para el arrendatario, al vencimiento del plazo, de continuar el contrato en nuevas condiciones o de adquirir los bienes en su poder”*.²

De la simple definición del contrato de leasing, emerge diáfano que la prestación a cargo del arrendatario depende del cumplimiento previo del arrendador de su obligación de entregar el inmueble en arriendo.

De ahí que como Bancolombia jamás entregó el inmueble objeto del arrendamiento, no es jurídicamente admisible declarar el incumplimiento del arrendatario ni, mucho menos, que la Compañía de Leasing se quede con los dineros que le fueron entregados como adelanto de cánones de arrendamiento. No es posible cobrar cánones de arrendamiento sobre un bien que jamás se entregó al arrendatario, pues avalar tal conducta sería tanto como cohonestar un enriquecimiento sin causa.

El fallo no sólo desconoció las estipulaciones contractuales; también pasó por alto las previsiones legales respecto de la naturaleza de la obligación que subyace a la controversia.

Es cierto que la resolución contractual procede cuando quien la solicita es contratante cumplido. Pero tal requisito sólo es exigible –como lo reconoció el Señor Juez– *“cuando se trata de*

² Sergio Rodríguez Azuero. Contratos Bancarios. 5ª ed. Bogotá: Legis, 2002. P. 699.

prestaciones que han de cumplirse simultáneamente” [**minuto 18:35**]. Mas, cuando la naturaleza de la obligación dicta que una de las partes debe cumplir primero la prestación a su cargo, como ocurre con la obligación del arrendador, no es posible endilgar incumplimiento al arrendatario que jamás recibió el bien en arriendo.

Por ninguna razón podía obligarse al arrendatario a pagar cánones anticipados por una cosa que jamás recibió.

En el LEASING FINANCIERO, la Compañía de Financiamiento Comercial entrega a una persona natural o jurídica, denominada EL LOCATARIO, la tenencia de un activo que ha adquirido para el efecto y que éste último ha seleccionado para su uso y goce, a cambio del pago periódico de una suma de dinero (CANON) durante un plazo pactado (generalmente largo), a cuyo vencimiento el locatario tendrá derecho a adquirir el activo por el valor de la opción de adquisición.

De lo anterior surge evidente que el primer elemento estructural del leasing financiero es la entrega de un bien al arrendatario para su uso y goce; y solamente cuando el arrendador cumple su obligación podrá endilgar al arrendatario incumplimiento si no paga el canon acordado.

De ahí que el principal derecho del locatario frente a la compañía de leasing es exigir la entrega del bien para su uso y goce, siempre y cuando el proveedor haya cumplido sus obligaciones. Mas, si el bien objeto del leasing jamás se entrega al locatario, independientemente de la causa de tal incumplimiento, esa circunstancia objetiva impide que, por tratarse de una obligación de resultado, se pretenda endilgar responsabilidad alguna al locatario que jamás recibió el bien.

Se concluye de todo lo anterior que, aun en el evento de que el juez considere que el arrendatario no pagó los cánones de arrendamiento *“hasta la fecha de presentación de la demanda”*, esa circunstancia no se traduce *per se* en incumplimiento del contrato de leasing, pues fue el arrendador quien nunca cumplió la obligación de resultado que tenía que satisfacer previamente.

En síntesis y de manera sencilla: no es de la naturaleza del contrato de leasing que el arrendatario pague cánones de arrendamiento por un bien que jamás recibió en arriendo, ni mucho menos que el arrendador que no entregó el bien objeto del contrato se lucre injustamente de su incumplimiento. Admitir lo contrario supondría una evidente incoherencia jurídica y promovería un enriquecimiento sin causa prohibido por las normas sustanciales civiles.

3.4. La decisión apelada fue incongruente.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, *“la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla **y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley**”*. [Se resalta]

Es decir, la congruencia de los fallos no sólo se infiere del principio dispositivo que rige el proceso civil en tanto la decisión debe ser coherente con lo pedido y alegado por las partes, sino que, además, la ley la relaciona con *“las excepciones que aparezcan probadas”* y que la ley permita declarar de oficio:

«En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio» (Artículo 281 *ibidem*, inciso final).

La sabiduría del legislador procesal extiende el deber de congruencia, más allá de lo solicitado por las partes en sus pretensiones, a aquellas situaciones que cumplan los siguientes requisitos: **a)** que se trate de un hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial que se debate; **b)** que el hecho sea sobreviniente a la presentación de la demanda, o sea que el actor no haya podido preverlo hasta la interposición del libelo inicial; **c)** que aparezca probado; y **d)** que haya sido alegado a más tardar en los alegatos finales de la parte interesada o que la ley permita considerarlo de oficio.

Por su parte, el artículo 282 *ejusdem*, respecto de la resolución oficiosa de excepciones, consagra:

«En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda».

Una interpretación sistemática de las anteriores disposiciones procesales conlleva a admitir sin ambages que la congruencia de las sentencias no sólo deriva de su contraste con las pretensiones de la demanda; sino que, principalmente, se ha de configurar con las declaraciones que el juez está obligado a realizar de oficio porque se deducen de los hechos probados en el proceso.

Así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual:

*«La congruencia o consonancia es la relación de coordinación o correspondencia que debe haber entre lo pedido y lo fallado, es decir el respeto que el juez debe al límite de la controversia jurídica trazado por las partes en su demanda y contestación; **salvas las excepciones de cuando tiene la obligación de proveer de oficio.***

(...)

*Innumerables veces ha dicho la Corte que [la incongruencia] tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido o a cosa distinta de la pretendida, **o se deja de fallar sobre alguna de las excepciones alegadas o que deban declararse de oficio cuando sea el caso hacerlo**».³ [Se resalta]*

3.4.1. El juez debió declarar de oficio el mutuo disenso tácito.

Las anteriores disertaciones vienen a propósito porque una vez el juez tuvo por probado el incumplimiento de Grupo En Obra Arquitectos e Ingenieros 51 Proyectos Especiales S.A.S. y de Leasing Bancolombia S.A., al no haber entregado al locatario el inmueble objeto del arrendamiento [minuto 22:40]; debió declarar la consecuencia necesaria de tal afirmación, la cual el actor no pudo prever en su demanda: que ambas partes expresaron clara, expresa e inequívocamente su voluntad de no continuar con la ejecución del contrato.

Así lo manifestaron con contundencia en un entrecruzamiento de misivas que tuvo lugar después de haberse trabado la litis, tal como lo corrobora el documento del 27 de septiembre de 2017 mediante el cual Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.S. manifestó a Bancolombia su deseo de dar por terminada la relación contractual; en tanto que dos semanas después (el 6 de octubre de 2017) Bancolombia comunicó a Alianza Fiduciaria la “*terminación del contrato de leasing por parte de Soluciones Inmobiliarias Futura S.A.*” y le manifestó su deseo de continuar en el negocio de adquisición de la propiedad. Posteriormente, el 11 de diciembre de 2017, Bancolombia comunicó a Soluciones Inmobiliarias la terminación del contrato de leasing.

³ CSJ SC5679-2018 del 19 de diciembre de 2018. Radicación n° 66001-31-03-002-2010-00059-01.

Surgió entonces, para el juzgador, la obligación de declarar de oficio la excepción de mutuo disenso tácito, toda vez que tal declaración cumple con las exigencias de los artículos 281 y 282 del Código General del Proceso.

En efecto, el mutuo disenso tácito es un hecho extintivo del derecho sustancial que se debate; la voluntad mutua de terminar la relación contractual surgió después de presentada la demanda, por lo que el actor no pudo preverla en ese acto procesal; se trata de un hecho probado en el proceso; y la ley permite considerarlo de oficio porque no es una de las excepciones que necesariamente deben alegarse en la contestación (prescripción, compensación y nulidad relativa).

De las afirmaciones realizadas por el juez en su sentencia se deduce su obligación de ser coherente y consecuente con las mismas, por lo que debió declarar el mutuo disenso tácito y ordenar, como corolario, la restitución de las prestaciones recíprocas pertinentes.

No está sujeto a discusión que el artículo 1546 del Código Civil consagra una facultad implícita en los contratos bilaterales, según la cual todo contrato puede resolverse en caso de que **uno de los contratantes** no cumpla lo pactado.

Pero como la ley civil no previó la consecuencia jurídica para cuando ambas partes incumplieron sus obligaciones, la jurisprudencia halló una solución que consistió en declarar improcedentes cada una de las acciones por no poderse considerar morosa a ninguna de las partes. Esta tesis fue sostenida por la Corte Suprema hasta el año de 1971,⁴ condicionando la prosperidad de la acción resolutoria prescrita en el artículo 1546 del Código Civil a la demostración de que el demandado incumplió sus obligaciones y el demandante cumplió las suyas o se allanó a cumplirlas. De ahí que la resolución sólo era predicable en los eventos de incumplimiento unilateral. Esta interpretación tradicional, textual y rígida de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil conducía a la declaración de la excepción de contrato no cumplido y la negación de las pretensiones, con lo que no se ofrecía una tutela jurídica efectiva a los intereses de los contratantes, pues dejaba su relación jurídico-sustancial son una solución de fondo.

La postura de la Corte cambió a partir de un fallo del 23 de septiembre de 1974,⁵ en el que introdujo la figura del “mutuo disenso tácito” luego de comprobar que ambas partes

⁴ Proceso ordinario promovido por Antonio María Gutiérrez Aguilar contra Jorge Restrepo Idarraga y Hernando Isaza Sierra. Gaceta Judicial, CXXXVIII (2340-2341), 373-383.

⁵ Sentencia dentro del proceso de Antonio María Gutiérrez Aguilar contra Jorge Restrepo Idarraga y Hernando Isaza Sierra. Gaceta Judicial, CXXXVIII (2340-2341), 373-383.

incumplieron sus obligaciones contractuales. En aquélla oportunidad argumentó: *“la voluntad de las partes no solo es susceptible de manifestarse a través de la declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer”*, agregando que *“...las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta”*, por lo cual *“es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia (sic) tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso”*.

De esa forma, la Corte admitió la configuración del mutuo disenso tácito ante el recíproco y simultáneo incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en un contrato bilateral vigente, dando por supuesto que el simple incumplimiento recíproco se entendía como voluntad de no continuar con el vínculo contractual.

Se dio, entonces, una solución similar a la que aparejaba la figura de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546, pero a partir de presupuestos jurídicos y fácticos distintos, pues el mutuo disenso, distracto contractual o resciliación, encuentra su sustento en la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil.

En fallos posteriores, la Corte reiteró su postura, la cual mantiene vigente hasta hoy; pero, a partir de una decisión del 20 de septiembre de 1978,⁶ no volvió a suponer que el mutuo disenso se infería automáticamente a partir del mero incumplimiento recíproco, dado que la conducta de los contratantes debía reflejar esa voluntad inequívoca dirigida a disolver o extinguir el negocio jurídico.

Así, por ejemplo, en sentencia del 7 de diciembre de 1982, la Corte expresó: *“El incumplimiento, aisladamente considerado, no es por sí solo indicativo de la voluntad de las partes de resolver el contrato; junto con aquél debe haber hechos que demuestren inequívocamente que, además de la voluntad de incumplimiento, hubo la de resolver”*.⁷

Enseguida enfatizó en la diferencia que existe entre el incumplimiento y la extinción de la obligación: *“no es aceptable*

⁶ Corte Suprema de Justicia. (20 de septiembre de 1978). Sentencia dentro del proceso de Francisco Barragán contra Dimas Alberto Gómez. Gaceta Judicial de 1978, CLVIII (2399), 215-218.

⁷ Corte Suprema De Justicia. (7 de diciembre de 1982). Sentencia dentro del proceso de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. ID 344700. Gaceta Judicial, CLXV (2406), 341-350.

que, al simple incumplimiento, sin ningún acuerdo expreso o tácito, el juzgador le dé la connotación de negocio jurídico específicamente encaminado a disolver el contrato incumplido. Una cosa es el incumplimiento y otra muy distinta el acuerdo de los contratantes para disolver un contrato. El incumplimiento, aisladamente considerado, no tiene connotación en relación con la posible voluntad de resolver el contrato (...) Para que lo tácito, vale decir lo implícito, lo no expresado, tenga valor jurídico, debe reflejar sin lugar a dudas lo verdaderamente deseado”.

Mientras que, con relación a la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609, el alto tribunal consideró: *“Si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna del artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir”.*

En consecuencia, si ambos contratantes han incumplido, no les son aplicables los efectos de la mora, pero sí es posible declarar la resolución del contrato con el fin de no mantener indefinidamente en el tiempo la vigencia de un convenio no deseado por ninguna de ellas. La *exceptio non adimpleti contractus*, en suma, no es absoluta, pues opera de manera parcial al permitir la extinción del vínculo contractual.

De igual modo aclaró que, en el evento en que el cumplimiento de una de las partes deba darse primero en el tiempo, de suerte que sea un requisito para que la otra parte esté en capacidad de cumplir, tal incumplimiento puede ser constitutivo de mutuo disenso tácito cuando, a pesar de haber sido recíproco, logra inferirse la voluntad de las partes dirigida a no continuar con la ejecución del contrato.

En sentencia del 16 de julio de 1985, la Corte siguió la línea argumental que exige la prueba de una voluntad inequívoca de disolver el vínculo contractual como presupuesto para que se configure el mutuo disenso tácito. De igual forma, aclaró que el mutuo disenso tácito requiere de declaración judicial en vistas a que sea el juez quien verifique la configuración de sus elementos definitorios:

“Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así, pues, se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por los medios judiciales”.

La Corte, en suma, a partir de las previsiones contenidas en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, se ha mantenido firme en su postura respecto de la posibilidad de extinguir un contrato bilateral por mutuo disenso tácito, al quedar demostrado tanto el incumplimiento recíproco como la voluntad inequívoca de disolver el vínculo.⁸

En el caso presente, al haber considerado el juez que ambas partes incumplieron, debió declarar de oficio –por ser una consecuencia lógica de sus afirmaciones– el mutuo disenso tácito, pues, además del incumplimiento recíproco, hay pruebas en el proceso que demuestran la voluntad inequívoca de ambos contratantes de no seguir con la ejecución del contrato; tal como lo corrobora la misiva del 27 de septiembre de 2017, donde Soluciones Inmobiliarias manifestó a Bancolombia su deseo de no continuar con un convenio que le resultaba altamente oneroso en la medida que pagó por adelantado \$976.542.913 por concepto de cánones de arrendamiento sin recibir a cambio el inmueble arrendado; mientras que el 11 de diciembre de 2017 Leasing Bancolombia dio a conocer a Soluciones Inmobiliarias su deseo de terminar el contrato de arrendamiento financiero.

No se trata, entonces, de pedir al Tribunal que declare una situación jurídica que no se pretendió en la demanda; sino de que reconozca la consecuencia lógica que se deduce de las afirmaciones realizadas por el juez de primera instancia en su sentencia; toda vez que el mutuo disenso tácito es una figura de creación jurisprudencial, que obedece a razones de justicia y equidad, cuya finalidad es brindar una tutela judicial efectiva a los litigantes, quienes, ante la imposibilidad de obtener la resolución o terminación del contrato por incumplimiento recíproco, no están obligados a soportar la indefinida prolongación de una convención que no desean continuar.

Y es que de no declararse el mutuo distracto contractual se estaría reconociendo que las obligaciones entre las partes aún se encuentran vigentes, contrario a lo que acontece en la realidad negocial; pues el abandono recíproco es ostensible.

3.4.2. El juez debió declarar de oficio la inexistencia o nulidad absoluta del contrato de promesa implícito en el negocio de vinculación al fideicomiso.

Al minuto 22:50 de la sentencia de primera instancia, el juez afirmó que en el contrato de vinculación al fideicomiso “no se estipuló fecha” para la entrega del inmueble al arrendatario.

⁸ Sentencias del 2 de febrero de 1994, 19 de octubre de 2000, 26 de julio de 2005, 5 de junio de 2007, 12 de febrero de 2007, 14 de diciembre de 2010, 3 de junio de 2014 y 14 de noviembre de 2014.

Tal aseveración desconoció el contenido del aludido convenio, pues en el mismo se expresó:

“(...) La fecha de firma de escritura y la fecha de entrega del inmueble será notificada por el FIDEICOMITENTE-GERENTE a EL BENEFICIARIO DE ÁREA y al LOCATARIO mediante comunicación escrita, una vez se cumplan las condiciones establecidas en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL constitutivo del FIDEICOMISO Via 7. El proyecto se desarrollará en los 18 meses siguientes a la fecha en la que se logró las condiciones de giro (lo cual sucedió en el mes de septiembre de 2013), prorrogables por 6 meses más”.

Es decir que, aunque la fecha de entrega no fue determinada, sí es determinable a partir de las condiciones previstas en el contrato de vinculación al fideicomiso, del cual emerge que, a más tardar y aun con el beneficio de la prórroga, la entrega del inmueble al locatario debió cumplirse el 18 de septiembre de 2015; fecha para la cual el demandante se hallaba al día en los pagos de los cánones de arrendamiento, tal como lo probó el respectivo dictamen.

No obstante, de llegar a ser cierto que el contrato no previó la fecha de entrega del inmueble, de tal manifestación se sigue necesariamente que se trataría de un contrato nulo, de nulidad absoluta; pues la fecha de entrega era un requisito esencial de este tipo de convención, dado que la vinculación al fideicomiso entraña implícitamente una promesa de venta, y ésta, para que valga, debe sujetarse a los requisitos de ley.

Una vez más, se trata de una declaración que la actora no pudo pedir en la demanda porque para ese momento era imprevisible que el Señor Juez haría tal valoración.

Luego, se trata de una excepción que el sentenciador debió declarar de oficio, pues se deduce de la inteligencia de sus afirmaciones.

Aun cuando las demandadas afirmen que el contrato de vinculación al fideicomiso *“no es una promesa de compraventa”*, no puede negarse que la jurisprudencia nacional ha reconocido de tiempo atrás que nada impide a las partes incluir en un contrato preparatorio cláusulas inherentes a la promesa de compraventa, siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales para la validez de la promesa:

“Por sabido se tiene que el contrato de promesa naturalmente es fuente de una y principal obligación: hacer el contrato prometido. Otorgar la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa del inmueble, cuando este es el tipo de bien sobre el

cual se versa. Sin embargo, como con claridad lo ha explicado la Corporación, nada obsta para que las partes en el cuerpo de una misma convención combinen diferentes tipos de contratos o prestaciones, o tratándose del contrato de promesa, hacer una mixtura donde además de contraer la obligación de hacer o celebrar el contrato prometido, se anticipe el cumplimiento de prestaciones propias de este contrato fin, lo cual resulta válido por virtud de los principios de la autonomía privada y de la libertad contractual, en tanto el surgimiento de estas obligaciones no precise de una solemnidad diferente a la establecida para el contrato de promesa por el art. 89 de la ley 153 de 1887. De allí que estilen los contratantes cuando de promesa de compraventa se trata, estipular obligaciones sobre el pago del precio y la entrega material de la cosa, que naturalmente sólo vendría a generar el contrato prometido”.⁹

Por consiguiente –ha reiterado la jurisprudencia–, *“cuando en un mismo documento las partes se comprometen a celebrar posteriormente el contrato definitivo, pero además adelantan estipulaciones sobre prestaciones que han de regir el convenio conclusivo, tales como las condiciones de pago, la forma de entrega de la cosa, y las garantías, entonces es preciso admitir que esas obligaciones tienen plena vigencia (...)”*; es decir que junto con el convenio preliminar puede coexistir implícitamente un contrato de promesa que debe ajustarse a las exigencias que la ley impone para que el mencionado pacto preparatorio tenga existencia jurídica o validez.¹⁰

Ahora bien, respecto de los requisitos de existencia y validez de la promesa, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que la promesa de celebrar un contrato, de cualquier tipo que ella sea, se sujeta a determinados requisitos claramente definidos por el artículo 89 de la ley 153 de 1887, que reformó el 1611 del Código Civil, cuya finalidad específica es asegurar la culminación en lo futuro de otro contrato, ya porque los intervinientes en el mismo busquen rodearlo de mayores seguridades o porque en el momento no quieren o no pueden realizarlo.

Cuando el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 *ab initio* expresa que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna salvo que se ajuste a los requisitos reclamados por la norma, está consagrando su nulidad absoluta porque aquella expresión dispone la inexistencia misma del acto. Tal ha sido el pensamiento de la jurisprudencia al concluir que la ley sustancial *“comprende, dentro de la nulidad absoluta, los contratos jurídicamente inexistentes, con fundamento en que el artículo 1741 sanciona con tacha de nulidad absoluta los actos en los cuales se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben*

⁹ CSJ SC del 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420.

¹⁰ CSJ SC del 16 de diciembre de 2013. Ref. 11001-3103-023-1997-04959-01.

para ellos en consideración a su naturaleza, o a la calidad o estado de las personas". (Corte Suprema. Cas. 27 de enero de 1981)

Y ha agregado que según el derecho positivo la nulidad absoluta, que se funda siempre en razones de interés general o de orden público, se produce por violar una prohibición de la ley, o por un defecto esencial que impide al acto producir efecto alguno desde el momento de su celebración, la cual debe ser declarada de oficio por el juez que la encuentra probada.

De ahí que, si el precitado artículo 89 de la Ley 153 reclama para la validez de la promesa del contrato, entre otros requisitos, "que la promesa contenga un plazo o condición **que fije la época en que ha de celebrarse el contrato**", está reglamentando "*una cuestión que es eminentemente de interés general o de orden público. Y si esa misma norma establece que cuando dicho contrato no observa todos los requisitos allí establecidos, la promesa no produce obligación alguna, tal disposición no puede entenderse más que como la consagración de una nulidad absoluta, pues proviene de la omisión de formalidades que la propia ley reclama*". (Ibid)

Estos postulados poseen una inocultable incidencia en la controversia que se examina, toda vez que el documento que contiene implícitamente el contrato de promesa (la vinculación al fideicomiso) quedó supeditado –en criterio del sentenciador– tanto a un plazo como a una condición indeterminables, que dejaron la fecha de celebración del convenio definitivo en total incertidumbre.

El numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 exige "*que la promesa contenga un plazo ó condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*". Es decir, se puede optar por el plazo "o" por la condición, de manera alternativa u opcional. Puede ser lo uno o lo otro, pero no ambas cosas al mismo tiempo porque esa fue la voluntad del legislador al establecer una clara disyunción o separación entre ambos aspectos, precisamente, para evitar que el momento de la perfección del convenio definitivo quede indeterminado, en cuyo caso no producirá obligación alguna.

En la portada o carátula del contrato de vinculación al fideicomiso se indicó:

"El proyecto se desarrollará en los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha en que se logró las condiciones de Giro, (lo cual sucedió en el mes de septiembre de 2013), prorrogables por seis (6) meses más".

Mas, si el señor juez consideró en su sano juicio que dicho plazo o condición quedó indeterminada e indeterminable, porque no es posible deducir el término dentro del cual la obligación del vendedor ha de cumplirse, y en el evento de que los Honorables Magistrados del Tribunal llegaren a compartir esa afirmación, es ostensible que la promesa de compraventa inserta en el contrato de vinculación fiduciaria no produjo obligación alguna por no haberse ajustado a las prescripciones necesarias requeridas por la ley civil.

Y si no produjo ninguna obligación para las partes, entonces el apropiamiento indebido de los cánones de arriendo por parte de Leasing Bancolombia es una situación que surgió evidente en el proceso, debiendo el sentenciador corregirla de oficio.

En tal hipótesis, debió el señor juez ordenar, como consecuencia de la declaración de inexistencia o nulidad absoluta del contrato, la restitución al demandante de la suma abonada, más sus frutos civiles e indexación.

3.5. El Señor Juez debió acceder a la segunda pretensión principal, encaminada a dejar sin valor ni efecto el pagaré 160238 que garantizaba el cumplimiento de los cánones de arrendamiento, pues el leasing financiero jamás se ejecutó.

El fallador de primer grado no halló ningún elemento de juicio que lo condujera a declarar la falta de causa del título valor que los demandantes suscribieron para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del locatario en el contrato de leasing.

Sin embargo, tal afirmación es contradictoria con el resto de la decisión, toda vez que en ésta se reconoció que el arrendamiento financiero nunca tuvo lugar porque el inmueble jamás se entregó al arrendatario.

Por consiguiente, como el locatario nunca gozó del objeto del contrato, es apenas lógico que se reconozca que ninguna deuda llegó a contraer en virtud del aludido convenio; por lo que al carecer de causa el título valor que respaldaba esa operación, ninguna otra consecuencia se deduce de las aseveraciones del juzgador, que la ausencia de valor y efecto tendiente a liberar a los actores de una obligación que realmente nunca llegaron a contraer por la mutua voluntad de los contendientes de no proseguir con la ejecución del leasing.

El Honorable Tribunal, en consecuencia, habrá de acceder a la segunda pretensión principal.

3.6. Con independencia del instituto jurídico que los Señores Honorables Magistrados del Tribunal encuentren probado en el proceso, deberán modificar la sentencia del inferior funcional para ordenar, en su lugar, las restituciones recíprocas ordenadas por la ley sustancial, sus frutos e indexación.

En cualquier caso, sea que se declare la inexistencia, la nulidad absoluta, la resolución o el mutuo disenso tácito, como consecuencia de alguna de esas declaraciones el Honorable Tribunal debe ordenar las restituciones recíprocas a cargo de las partes, lo cual incluye, a favor del demandante, la devolución del capital aportado, de los frutos civiles (intereses) y el reconocimiento de la indexación de la cantidad entregada por el demandante.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en **SC9184-2017**,¹¹ precisó que independientemente de la figura jurídica que se declare para invalidar el negocio jurídico, tal declaración conlleva a la misma consecuencia: *«retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen: «La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita. (Art. 1746 Código Civil)».*

Por su parte, respecto de la resolución de los contratos, ha sido postura pacífica de la jurisprudencia civil, ordenar retrotraer la situación al estado anterior a la celebración del convenio resuelto.

Es decir que, tanto si se trata de la declaración de inexistencia, nulidad, resolución o resciliación, la consecuencia jurídica es, en esencia, la misma: ordenar la devolución, **aún de oficio**, de la cosa objeto del contrato a su dueño, y, por el lado de quien pagó el precio, la restitución de la cantidad pagada, los frutos y la indexación respectiva, esta última, aunque se logre demostrar la mala fe de este contratante.

Así, en **SC11287-2016**, se dijo:¹²

«(...) así no hubiese sido tema de las pretensiones y excepciones planteadas en el proceso o en el recurso de apelación –que en el caso presente sí lo fue–, lo cierto es que

¹¹ Del 28 de junio de 2017. Radicación n° 11001-31-03-021-2009-00244-01.

¹² Del 17 de agosto de 2016. Radicación n° 11001-31-03-007-2007-00606-01.

el poder del juez de ordenar las restituciones recíprocas nace de la ley y por razones atañederas al orden público, por lo que no podría tildarse de incongruente un fallo que las reconozca ex officio. No es posible en estas condiciones omitir su revisión para acomodarlas a los parámetros señalados en la ley sustancial, dado que –se reitera– las restituciones mutuas deben decretarse en la forma y términos indicados en la ley.

Respecto de tal tema, esta Corte ha precisado:

(...)

Asunto bien conocido es, en efecto, que la resolución del contrato, a la vez que apareja como principal consecuencia la extinción del conjunto de obligaciones surgidas del mismo –efectos ex nunc–, tiene además eficacia retroactiva –ex tunc– en aquellos eventos en que, no siendo negocios de tracto sucesivo, verifican actos de cumplimiento entre las partes; se trata, pues, de colocar a los contratantes, en cuanto sea posible, en la posición en que se hallaban antes de celebrar el contrato. Es así como el artículo 1.544 establece como principio general el de que “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición.” (CSJ, SC de 4 de junio de 2004. Ref.: 7748)

Estas restituciones, como lo ha advertido la doctrina de la Corte, encuentran su razón de ser en el postulado de la equidad y más concretamente en el de prevenir un enriquecimiento sin causa. Es así como sobre este aspecto tiene dicho que «mientras el demandado conserva la cosa en su poder, se haya aprovechado de sus frutos, o la haya mejorado o deteriorado, en el caso en que fuera condenado a restituirla debía naturalmente proveerse lo conveniente sobre estos puntos, porque de otro modo se consagraría bien un enriquecimiento indebido por parte del reo cuando se aprovecha de los frutos de una cosa que no es suya, o del actor, al recibir mejorado a costa ajena un bien que le pertenece, o sea causaría al último un perjuicio injusto al restituir deteriorado el mismo bien por culpa del demandado». (G.J. LXII. Pág. 651)

El efecto propio de la declaración de resolución del contrato es regresar las cosas a su estado anterior, lo cual se cumple a través de las restituciones mutuas que –en términos generales– surgen para los contratantes en virtud del conjunto de normas que regulan las prestaciones en materia de reivindicación. Y, para el caso específico de la condición resolutoria tácita del contrato de compraventa, las contempladas en los artículos pertinentes que rigen tal materia.

El primero de los efectos derivados de la resolución del contrato es el que contempla el artículo 1544 del Código Civil, a cuyo tenor, “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere”.

El objeto de la acción resolutoria –explica ALESSANDRI– es deshacer el contrato, desligar al vendedor del comprador, destruir un vínculo jurídico. Resolver es deshacer; de manera que acción resolutoria es la que va tras la destrucción. Allí termina su misión. Pero como el efecto de la resolución es dejar las cosas en su estado anterior, o sea obtener la devolución de lo que se ha dado, es claro que pronunciada ella debe restituirse la cosa vendida. Para obtener esta restitución nace una nueva acción, una acción real que ya no va contra el comprador, sino contra todos los que poseen la cosa vendida, acción que impropriamente se denomina reivindicatoria y que yo llamaría de restitución”. (De la compraventa y de la promesa de venta. Tomo II, Vol. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. P. 527)

Por una ficción de la ley, se reputa que el contrato destruido no ha existido jamás, a consecuencia de lo cual cada parte recupera lo que en virtud de él entregó a la otra, considerándose que las cosas vuelven al estado que tenían antes de la venta.

*Sin embargo, a diferencia de la regla contenida en el artículo 1545 del Código Civil, según el cual “verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario”, el artículo 1932 ejusdem, prevé que el vendedor tendrá derecho a “retener las arras, o exigirlas dobladas, **y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada**”. (Se resalta)*

Esta resolución repercutirá directamente en el derecho del comprador “para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio. Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe

haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado”.

Según este último inciso, que también se aplica a los frutos que el comprador debe devolver al vendedor, se presume que el primero fue el culpable de la inejecución del contrato porque la ley estima que hubo mala fe de su parte al no pagar la prestación a su cargo. Esta presunción (o su eventual refutación) tiene una implicación directa en la restitución de las prestaciones recíprocas, toda vez que de atender a la buena o mala fe del comprador así serán los efectos que la ley civil dispone para el reconocimiento del deterioro que sufre la cosa y para la fecha del reconocimiento de los frutos, tal como lo disponen los artículos 963 y 964 de la codificación sustancial, los cuales, si bien se refieren expresamente a las prestaciones a cargo del poseedor vencido en reivindicación, son perfectamente aplicables a la resolución de la compraventa como quiera que –se reitera– ésta apareja una acción restitutoria.

El comprador incumplido debe pagar –según las voces del artículo 963 de la ley civil– el deterioro que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa, a diferencia del poseedor de buena fe que, por regla general, no es responsable de tales detrimentos. De igual manera, en los términos del artículo 964 ibidem, el poseedor de mala fe “es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad”, si hubiera tenido la cosa en su poder.

En razón de la resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador, las partes se encuentran compelidas a verificar las restituciones recíprocas, por lo que el vendedor tiene derecho a que se le restituya la cosa entregada y los frutos que ésta hubiere producido. Por su parte, el comprador tiene derecho a que se le restituya el pago que haya realizado del precio de la cosa. Esta suma ha de ser real, es decir actualizada para el momento de esta sentencia, toda vez que la indexación de una suma de dinero no comporta un beneficio ni puede confundirse con los frutos civiles que ella produce, porque simplemente constituye el ajuste de su valor para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, pues de lo contrario se estaría devolviendo al comprador una cantidad muy inferior a la que entregó en realidad.

En este punto, resulta de trascendental importancia reconsiderar la posición asumida por esta Corte en

sentencias como la de 21 de marzo de 1995, [S-036-95. Exp. 3328], 24 de octubre de 1994 [Exp. 4352], y 4 de julio de 2004 [Exp. 7748], en las cuales sostuvo que el contratante incumplido no tenía derecho a la indexación y, por tanto, debía soportar los efectos nocivos de la inflación.

Al respecto, hay que precisar que no existe en la actualidad ninguna razón jurídica para continuar prohijando tal criterio, dado que el reconocimiento del valor real de la moneda para la fecha del fallo no es más que una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios de justicia y equidad, así como del mandato legal que en materia de restituciones recíprocas ordena devolver ni más ni menos que la suma de dinero que fuera inicialmente entregada.

Desde luego que regresar a uno de los contratantes la cantidad nominal de dinero que éste dio en un comienzo, comportaría una de dos hipótesis: a) Devolverle menos de lo que entregó, en el caso de que entre dicho lapso haya ocurrido el fenómeno de la devaluación de la moneda por efectos de la inflación; o b) restituirle más de lo que abonó, si fue que en ese lapso se revaluó la moneda en razón de la deflación, lo que es muy poco probable que ocurra en nuestra economía, aunque no es una hipótesis del todo descartable. En uno u otro evento es preciso ajustar el valor real del dinero para no incurrir en un enriquecimiento injusto en favor de una de las partes, independientemente de si quien debe recibir la prestación es o no deudor incumplido.

El hecho que el vendedor cumpla su obligación no le autoriza a lucrarse del incumplimiento de su contraparte mediante la devolución de una suma envilecida. Por ello, ante el principio general de que el acreedor que cumple no puede enriquecerse a costa del deudor que incumple, es necesario que aquél reciba únicamente las prestaciones a que tiene derecho, sin que sea posible imponer al deudor incumplido gravámenes adicionales o sanciones que la ley no contempla. El contratante incumplido está obligado a pagar la indemnización de perjuicios a la que hubiere lugar, pero las prestaciones recíprocas a que da lugar la resolución del contrato de compraventa es una situación completamente distinta a la indemnización de perjuicios: ambas figuras tienen una naturaleza, un origen legal y una finalidad diferente, por lo que no pueden confundirse.

En ese orden, si al vendedor se le restituye un bien inmueble valorizado por el simple paso del tiempo, no sería justo ni equitativo que el comprador recibiera, a su vez, una suma de dinero depreciada, ya que no se le estaría devolviendo la misma cantidad que aportó inicialmente sino

una muy inferior por los efectos de la devaluación, es decir que no se estaría cumpliendo a cabalidad con el mandato que el artículo 1932 del Código Civil establece para el caso de la resolución del contrato, puesto que las cosas no se estarían retrotrayendo al estado anterior sino que se le estaría imponiendo al deudor incumplido una sanción que la ley civil no consagra.

Tal sanción o pena, además, se impondría de manera arbitraria y escaparía de todo parámetro objetivo, toda vez que dependería exclusivamente del azar, es decir de la variación del valor de la moneda en el tiempo, según las imprevisiones de la economía.

Tampoco es correcto afirmar que con el reconocimiento de la indexación se estaría prohijando el incumplimiento de las obligaciones contractuales, porque la depreciación de la moneda es un hecho económico con implicaciones sociales que obedece a una lógica completamente distinta a las consecuencias que se imponen por incumplir un contrato. El reconocimiento del valor de la moneda nada tiene que ver con las disposiciones legales que ordenan que ante la resolución de un contrato las cosas vuelvan al estado anterior, independientemente de la razón por la que se haya declarado la ruptura del vínculo obligacional».

Lo dicho por la jurisprudencia para la nulidad, la resolución o la resciliación del contrato de compraventa, es aplicable extensivamente a cualquier convenio privado en que por razones de equidad hayan de ordenarse las restituciones recíprocas entre las partes, pues tal consecuencia es un efecto de la acción restitutoria anexa a la correspondiente declaración de inexistencia, nulidad, resolución o mutuo disenso.

Asimismo, se concluye de la anterior cita jurisprudencial que, una vez anulado, resuelto o resciliado el contrato, proceden de oficio, además de la devolución del capital, la restitución de los frutos (naturales o civiles), y la indexación respectiva, esta última aunque se trate del contratante incumplido o de mala fe.

IV. RECAPITULACIÓN

El caso que se dejó a la consideración del órgano judicial posee unos contornos tan claros que imponen la necesaria conclusión de ordenar la devolución de la suma de dinero que la arrendataria adelantó a Leasing Bancolombia por concepto de cánones de arrendamiento, sus frutos civiles y su respectiva indexación.

Quedó probado que las partes celebraron un contrato de vinculación a un fideicomiso y un leasing financiero, cuya finalidad era entregar en arriendo a Soluciones Inmobiliarias el bien objeto de esas convenciones, lo cual las demandadas nunca cumplieron.

Soluciones Inmobiliarias pagó por concepto de cánones adelantados de arrendamiento la suma de \$976.542.913, según el plan de pagos indicado en el Otrosí N°1 al contrato de leasing, de fecha 10 de abril de 2014, sin recibir nada a cambio.

El Señor Juez estimó, contrario a la evidencia probatoria, que la sociedad arrendataria incumplió su parte del convenio; pero pasó por alto que en el proceso se probó que fueron las demandadas quienes incumplieron la obligación previa de entregar el inmueble en arriendo.

La decisión del sentenciador fue incompleta porque de sus propias afirmaciones se deduce el mutuo disenso tácito, al haber manifestado ambas partes su voluntad inequívoca y contundente de no continuar con la ejecución del contrato.

En tanto que su afirmación, según la cual en la promesa de venta nunca se pactó la fecha de entrega del inmueble, es contradictoria con su declaración de excepción de contrato no cumplido, toda vez que, si fuese cierto que en el contrato preparatorio no se estipuló fecha de entrega del inmueble, esa consideración riñe con su aseveración de que el arrendatario incumplió un contrato que jamás nació a la vida jurídica por violar las exigencias que la ley impone para la existencia y validez del convenio preliminar. De ser cierto que la promesa no contiene fecha cierta de entrega del inmueble, debió el sentenciador declarar la nulidad absoluta de ese contrato por ausencia de uno de los requisitos formales previstos en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, que reformó el 1611 del Código Civil.

En todo caso, independientemente de las consideraciones jurídicas que se aduzcan, lo cierto es que en el mundo real de los negocios, Leasing Bancolombia cobró por adelantado a Soluciones Inmobiliarias unos cánones de arrendamiento sobre un inmueble que jamás le entregó en arriendo y, al avalar el Juez del Conocimiento ese comportamiento, cohonestó un enriquecimiento sin causa por parte de la Compañía de arrendamiento financiero en un contrato que, según se deduce de la sentencia apelada, aún se encuentra vigente, debiendo pagar la arrendataria cánones eternamente por un inmueble que jamás se le dio en arriendo.

De todo lo anterior se colige que, sea cual fuere la decisión adoptada por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, bien sea que reconozcan la inexistencia, la nulidad absoluta, la resolución o el mutuo disenso de los contratos coligados de vinculación al fideicomiso y de leasing, deviene inexorable ordenar como consecuencia de alguna de esas declaraciones, la restitución de los cánones que la arrendataria pagó por adelantado, los frutos civiles que dejó de percibir por esa cantidad y su correspondiente indexación.

En tal sentido, me permito solicitar a los Señores Honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocar el fallo apelado y ordenar, en consecuencia, las restituciones antes señaladas.

De los Señores Honorables Magistrados, con todo respeto,

El suscrito apoderado de los sujetos procesales que integran la parte demandante:

Carlos Páez Martín

C.C. 80.094.563

T.P. 152.563 del C.S. de la J.

Calle 93 N°17-45, oficina 702 de Bogotá

Cel.: 3176482161

Correo inscrito en el RNA. administrativo@paezmartin.com

Copia del presente memorial se envía a las direcciones de notificación electrónica de las demandadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 3° y 9° del Decreto 806 de 2020.

Bancolombia S.A.	notificacijudicial@bancolombia.com
Alianza Fiduciaria	jpoveda@alianza.com.co
Fideicomiso Vía 7	fschwitzer@alianza.com.co
Grupo Enobra S.A.S	mrodriguez@enobra.com.co

Honorable Magistrada
Dra. MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
E. S. D.

REF. SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

PROCESO: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
RADICADO No. 110013199001201929266-01
DEMANDANTE: ARMANDO MARIO ROJAS CHAVES, HUGO EDUARDO ROJAS CHAVES
DEMANDADOS: Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS ATLANTIC TOWER y otros.

DANIEL EDUARDO ARDILA PAEZ, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.026.272.654 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 284.332 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER identificado con NIT 805.012.921-0**, por medio del presente escrito respetuosamente me dirijo a su Despacho para sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida en la audiencia datada 4 de agosto de 2020, en los siguientes términos:

I. OBJETO DEL RECURSO

El recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida en la audiencia datada 04 de agosto de 2020 tiene por objeto lo siguiente:

Que se **REVOQUE** la sentencia proferida en la audiencia de fecha 4 de agosto de 2020, donde la delegatura, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar que las sociedades LINK GYC SAS., NIT 900.612.337-8 SYNERGY PROMOTORES URBANOS S.A. 900.089.582-4 y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA identificada con el NIT 800.155.413-6 vulneraron los derechos del consumidor de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a la sociedad las sociedades ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. vocera y administradora del fideicomiso recursos proyecto ATLANTIC YOWER, LINK G&C S.A.S. y SYNERGY PROMOTORES URBANOS SAS, y en favor de ARMANDO MARIO ROJAS CHAVES y HUGO EDUARDO ROJAS CHAVES, a título de efectividad de la garantía, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al levantamiento del aislamiento preventivo obligatorio, proceda con el reembolso de doscientos veintiún millones ciento treinta y seis mil ciento seis pesos M/cte. (\$221.136.106.00), monto cancelado para la adquisición de los bienes inmuebles oficinas 609 y 610 del Edificio Atlantic Tower de la ciudad de barranquilla.

TERCERO: Se ordena tanto a la parte demandante como a la parte demandada acreditar ante esta Entidad el cumplimiento de la orden que se imparte en esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes, contados a partir de la expiración del plazo otorgado en el numeral precedente. Para tal efecto, deberá radicarse la acreditación al respectivo proceso.

CUARTO: El retraso en el cumplimiento de la orden causará una multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

QUINTO: En caso de persistir en incumplimiento de la orden que se imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá decretar el cierre del establecimiento de comercio, de conformidad con el literal b) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

SEXTO: Sin perjuicio del trámite de la imposición de alguna de las sanciones previstas en los numerales que anteceden, téngase en cuenta que la sentencia presta mérito ejecutivo y ante el incumplimiento de la orden impartida por parte de la demandada, el consumidor podrá adelantar ante los jueces competentes la ejecución de la obligación.

SEPTIMO: Condenar en costas a la parte demandada. Para el efecto se fija por concepto de Agencias en Derecho, atendiendo los lineamientos que en tal sentido ha establecido el Consejo Superior de la Judicatura, la suma de dos millones cuatrocientos mil pesos (\$2.400.000.00) que serán pagados por dicho extremo procesal. Por Secretaría efectúese la correspondiente liquidación.

OCTAVO: La anterior decisión se notifica por estrados a las partes. ”

II. AMPLIACIÓN DE LOS REPAROS EN CONTRA DE LA DECISIÓN.

Tal y como se informó al Despacho es menester precisar que **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con NIT. 800.155.413-6, no fue vinculada al proceso de la referencia, sino que mi representada fue vinculada al mismo única y exclusivamente como vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER identificada con NIT. 805.012.921- 0.**

Por lo que no puede declararse, según lo manifiesta en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia objeto del recurso,

“PRIMERO: Declarar que las sociedades LINK GYC SAS., NIT 900.612.337-8 SYNERGY PROMOTORES URBANOS S.A. NIT 900.089.582-4 y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA identificada con el NIT 800.155.413-6 vulneraron los derechos del consumidor de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

En razón a que la Accion sociedad Fiduciaria S.A. identificada con el **NIT 800.155.413-6** no es parte del proceso.

Ahora bien, no puede confundirse la función que realiza la FIDUCIARIA como vocera y administradora de los patrimonios autónomos que ésta administra, para que la misma pueda a su arbitrio ejecutar acciones frente a los patrimonios autónomos sin las instrucciones de los fideicomitentes, teniendo en cuenta que cada patrimonio autónomo es totalmente independiente de los demás patrimonios autónomos, y de la FIDUCIARIA.

Para el caso, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, este tipo de sociedades anónimas tienen por objeto social exclusivo las actividades de las sociedades de fiducia.

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente, en provecho de éste o un tercero llamado beneficiario. Dicho contrato tiene dos características esenciales a saber:

- **Una separación absoluta de bienes:** La fiduciaria debe mantener una separación total entre su propio patrimonio y los bienes que le entregan los clientes, así como también entre los de estos últimos, de manera que no se confundan entre sí.
- **La formación de un patrimonio autónomo:** El patrimonio autónomo es como una especie de bolsa (que contiene los bienes entregados por un solo cliente). El patrimonio autónomo es administrado por la sociedad fiduciaria, sin que ello implique que ésta pase a ser su dueña absoluta

Teniendo en cuenta que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas, para efectos de la debida conformación del extremo pasivo de una litis, son estos quienes deben comparecer judicialmente y para todos los efectos legales por conducto de las sociedades fiduciarias que los administran.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia del 3 de agosto de 2005 dispuso:

“ Y ya no desde el punto de vista negocial que se acaba de examinar, sino de los efectos que debe reflejar para cuando con ocasión de la realización de un acto jurídico, como es la celebración de un contrato, se ve precisado el fiduciario al demandar al otro contratante o por el contrario a recibir el reclamo judicial que hace éste en torno al mismo, importa igualmente determinar cómo debe darse su comparecencia al respectivo proceso, lo que se traduce en establecer su condición procesal en asuntos que atañen con el susodicho patrimonio autónomo, punto en el cual cabe hacer las siguientes reflexiones:

- a) *Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del C. de P. Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de*

fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad. (Negrita y subraya fuera de texto)

De lo anterior puede concluirse que cuando el proceso versa sobre situaciones derivadas del patrimonio autónomo, es éste el llamado a comparecer al proceso siempre por conducto del fiduciario, quien como titular de los bienes fideicomitidos asume el debate judicial para proteger intereses en razón de esa su condición, *"sin que en tal caso se pueda decir, ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente), ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras él un sujeto de quien sea representante). Surge más bien de ahí un tertium genus, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal".*

En términos semejantes se han expresado doctrinantes nacionales, entre otros autores, cuando han dicho de manera general respecto de los patrimonios autónomos, lo siguiente: *"existen ciertas entidades que sin ser personas jurídicas se ven vinculadas con el proceso; sus integrantes o gestores obran en éste por la calidad de que están revestidos y no en nombre propio aun cuando tampoco en nombre ajeno, precisamente porque la carencia de personería jurídica impide el concepto de representación, el cual implica necesariamente que se actúe en nombre de una persona natural o jurídica";* y de manera específica en torno a la fiducia mercantil que prevista en el artículo 1226 del C. de Co. se expresa procesalmente, bien como demandante o como demandado, por intermedio del fiduciario por disponerlo así la ley sustancial, para la protección y consecución de los fines del contrato.

A Sabiendas que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas, para efectos de la debida conformación del extremo pasivo de una actuación administrativa o judicial, deben comparecer para todos los efectos legales por conducto de las sociedades fiduciarias que los administran; pero en ningún caso se entiende que la Fiduciaria actúa en nombre propio.

En relación con este tema, la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, dispuso:

“Artículo 53. Capacidad para ser parte.

Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
2. **Los patrimonios autónomos.** (Subrayas y Negrilla fuera del texto)
3. El concebido, para la defensa de sus derechos.
4. Los demás que determine la ley.”

Por lo anterior, es preciso traer a colación la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del catorce (14) de febrero de dos mil seis (2006) Expediente No. 05001-3103-012-1999-1000-01, que al respecto dispone:

“Esta puntual referencia a los antecedentes de la fiducia mercantil, permite subrayar algunas de sus especiales características, de marcada incidencia en el asunto escrutado por la Corte, las cuales afloran de la definición consagrada en el artículo 1226 del Código de Comercio:

1.1.2.1. En primer lugar, implica la transferencia de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciante al fiduciario, quien, por tanto, adquiere la titularidad del derecho de propiedad, aunque nunca de manera plena, ni definitiva, stricto sensu (art. 1244 C. de Co.), sino en la medida necesaria para atender los fines establecidos primigeniamente por el fideicomitente (propiedad instrumental). En rigor, el fiduciario entonces no recibe –ni se le transfiere– un derecho real integral o a plenitud, a fuer de concluyente y con vocación de perpetuidad, no sólo porque en ningún caso puede consolidar dominio sobre los bienes objeto de la fiducia, ni ellos forman parte de su patrimonio (arts. 1227 y 1233 ib.), sino porque esa transferencia, de uno u otro modo, está condicionada por el fiduciante, quien no sólo determina el radio de acción del fiduciario, sino que es la persona –o sus herederos– a la que pasara nuevamente el dominio, una vez termine el contrato, salvo que el mismo fideicomitente hubiere señalado otra cosa (art. 1242 ib.).

Esa particularísima transferencia del dominio, esa singular forma de recibir el fiduciario la propiedad, explica que el legislador hubiere previsto que, por regla, los bienes fideicomitidos constituirían un patrimonio autónomo –o especial para otros– afecto a la finalidad prevista en la fiducia (art. 1233 C. de Co.), cuyo titular formal es el fiduciario, aunque no puede desconocerse que, *mutatis mutandis*, “bajo ciertas condiciones y limitaciones” subsiste una titularidad en el constituyente, “en cuyo patrimonio pueden considerarse, en ocasiones, los bienes fideicomitidos, los cuales, inclusive, pueden regresar a dicho constituyente”, como lo precisan las actas de la referida Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958¹, muy útiles para reconstruir la intentio del legislador mercantil.

Por eso la Corte, en lozana jurisprudencia, puntualizó que el fiduciario “es quien se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo, al cual, desde esa perspectiva, no le falta entonces un sujeto titular del mismo así lo sea de un modo muy peculiar” (se subraya; cas. civ. de 3 de agosto de 2005; exp.: 1909), pues bien “especial” es la titularidad del derecho, como en el mismo fallo se reconoció, acogiendo lo que sobre el punto afirma un sector de la doctrina vernácula.

1.1.2.2. En segundo lugar, destácase la ley precisó el contenido de la obligación del fiduciario: administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (art. 1234 ib.), pero no impuso limitación alguna en lo tocante con el propósito de la fiducia, de suerte que este puede ser delineado con libertad por el fideicomitente, desde luego que no en términos absolutos, como quiera que siempre deberán respetarse los límites impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1524 inc. 2 C.C.).

Por su importancia en el sub lite, conviene señalar que esa finalidad determinada por el constituyente, es la que hace de la fiducia mercantil un negocio jurídico dinámico, amén que “elástico”, en la medida en que puede servir para múltiples propósitos, como se evidencia en algunas de sus modalidades: fiducias de inversión, inmobiliaria, de administración, en garantía, etc., todas ellas manifestaciones de un negocio jurídico dueño de una propia y singular fisonomía, a la vez que arquitectura, que no puede ser confundido con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario, como recientemente lo señaló esta Sala (Sent. de noviembre de 2005; exp.: 03132-01)."

1 Proyecto de Código de Comercio. Ob cit. T. II. Pág. 291.

Por lo anterior, significa que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. identificada con NIT **800.155.413-6**, y el **FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER** identificada con NIT. **805.012.921- 0**, son totalmente independientes.

Por otro lado, se precisa que contrario a lo manifestado por el delegado de la Superintendencia De Industria Y Comercio, si existe un debido cumplimiento a las estipulaciones contractuales de los contratos de vinculación por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del **FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER**.

Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las presentaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, tal cual como hasta la fecha lo ha hecho el FIDEICOMISO PROYECTO RECURSOS ATLANTIC TOWER cuya vocera y administradora es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato).

En ese sentido, el CONTRATO DE VINCULACIÓN suscrito el pasado día 11 de noviembre de 2014, se suscribió un CONTRATO DE VINCULACIÓN, para la adquisición de la unidad inmobiliaria 610, un parqueadero, y un deposito, a título de beneficio en fiducia mercantil, por valor de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$156.761.450 MCTE), entre las partes, los señores HUGO EDUARDO ROJAS CHAVEZ y ARMANDO MARIO ROJAS CHAVEZ en calidad de BENEFICIARIOS DE ÁREA, la sociedad LINK GYC SAS en calidad de FIDEICOMITENTE y el FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER cuya vocera es ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., es una expresión de la autonomía de la voluntad, y se rige por el principio de “*lex contractus, pacta sunt servanda*” consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los “*contratos válidamente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidado por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales*”. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos “*deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin clausula penal*”.

Así las cosas, el contenido plasmado en la cláusula DECIMA PRIMERA del CONTRATO DE VINCULACIÓN, determina con exactitud las obligaciones que tiene ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER y la obligación que tiene la sociedad LINK GYC SAS en calidad de FIDEICOMITENTE DEL PROYECTO.

“DECIMA PRIMERA.- OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA.- *La escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión a título de beneficio fiduciario de la unidad inmobiliaria que constituye el beneficio en el presente contrato, la cual se efectuara como cuerpo cierto, junto con los coeficientes de copropiedad que le correspondan de acuerdo con el reglamento de Propiedad Horizontal, será otorgada por ACCION como vocera del FIDEICOMISO*

LOTE y por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA o por sus cesionarios, en la fecha y notaria que informe EL FIDEICOMITENTE a EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA, con al menos treinta (30) días calendario de anticipación, de acuerdo con lo previsto en la hoja de este contrato, siempre y cuando EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA hayan cumplido todas las obligaciones a su cargo emanadas del presente contrato, especialmente haber cancelado la totalidad de aportes y, en caso de requerir financiación tener el crédito aprobado, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad financiera o la firma del contrato de leasing con la entidad correspondiente. No obstante lo anterior, la firma de la escritura de transferencia de dominio a título de beneficio podrá aplazarse o adelantarse, por acuerdo previo y escrito de las partes, sin perjuicio de que continúen causándose intereses de mora para EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA por la prórroga que EL FIDEICOMITENTE le conceda, en el evento en que aun existan aportes pendientes de pago. ACCION otorgará la escritura pública por fuera del despacho notarial, si es el caso, de conformidad con las facultades otorgadas por el Decreto 2148 de 1983.

(...)

Teniendo en cuenta lo contemplado en el aparte de la cláusula anteriormente transcrita, se indica que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO LOTE PROYECTO ATLANTIC TOWER deberá otorgar la escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posición a título de beneficio fiduciario de la unidad inmobiliaria correspondiente en la fecha y en la notaria que el FIDEICOMITENTE INDIQUE A LOS BENEFICIARIOS, escritura pública que a la fecha no ha sido recibida por mi representada para la suscripción de la misma. Así las cosas, no puede endilgarse responsabilidad a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER, por la no suscripción de la escritura pública en mención, pues si mi representada no lo ha realizado es por actos u trámites pendientes de adelantar por terceros, esto es la sociedad fideicomitente LINK GYC SAS., NIT 900.612.337-8.

Ahora bien, para la delegatura, resulta clara la vulneración de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER** al ser la responsable de realizar la transferencia de dominio suscribiendo la escritura pública de transferencia de las oficinas a las cuales se habían vinculado los aquí demandantes, pero no puede desconocerse lo siguiente:

A. De conformidad con lo estipulado en los contratos de vinculación bajo el título de antecedentes numeral 3°, se establece:
“(...)”

3. El (LOS) BENEFICIARIO(S) DE AREA se vinculan como tal(es) al mencionado FIDEICOMISO RECURSOS, con el propósito de que a la terminación del PROYECTO ATLANTIC TOWER, EL FIDEICOMITENTE le haga entrega material de la unidad inmobiliaria cuyo número y características generales quedaron mencionadas en la primera parte del contrato, y que acción como administradora del FIDEICOMISO LOTE, le efectué la transferencia del derecho de dominio de la misma mediante escritura pública que

igualmente ira suscrita por EL FIDEICOMITENTE como responsable de la construcción y gerencia del PROYECTO

(...)"

En efecto, en la cláusula DECIMA PRIMERA OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA, del contrato de vinculación, se dice:

"(...)

DECIMA PRIMERA.- OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA.- La escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión a título de beneficio fiduciario de la unidad inmobiliaria que constituye el beneficio en el presente contrato, la cual se efectuará como cuerpo cierto, junto con los coeficientes de copropiedad que le correspondan de acuerdo con el reglamento de Propiedad Horizontal, será otorgada por ACCION como vocera del FIDEICOMISO LOTE y por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA o por sus cesionarios, en la fecha y notaría que informen EL FIDEICOMITENTE a EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA, con al menos treinta (30) días calendario de anticipación, de acuerdo con lo previsto en la primera hoja de este contrato, siempre y cuando EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA hayan cumplido todas las obligaciones a su cargo emanadas del presente contrato, especialmente haber cancelado la totalidad de sus aportes, y, en caso de requerir financiación tener el crédito aprobado, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad financiera, o la firma del contrato de leasing con la entidad correspondiente. No obstante lo anterior, la firma de la escritura de transferencia de dominio a título de beneficio podrá aplazarse o adelantarse, por acuerdo previo y escrito de las partes, sin perjuicio de que continúen causándose intereses de mora para EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA por la prórroga que EL FIDEICOMITENTE le conceda, en el evento en que aún existan aportes pendientes de pago. ACCION otorgará la escritura pública por fuera del despacho notarial, si es del caso, de conformidad con las facultades otorgadas por el Decreto 2148 de 1983.

(...)"

Como se evidencia en el contrato de vinculación quien realiza el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio a título de beneficio fiduciario, es el FIDEICOMISO LOTE, es decir el FIDEICOMISO LINK BARRANQUILLA, cuya vocera es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. el cual como se manifestó en su momento, no fue vinculado al proceso generándose así una nulidad por la indebida integración del litisconsorte necesario.

Situación que también conocían los demandantes pues así lo indica en los contratos de vinculación cuyo incumplimiento alegan con la presente acción, no obstante, ni se demandó al **FIDEICOMISO LOTE**, es decir **FIDEICOMISO LINK BARRANQUILLA** identificado con NIT **805.012.921-0**, ni se solicitó su vinculación como parte necesaria en el proceso, ni tampoco solicito como pretensión ordenar como consecuencia de la declaración de incumplimiento de contrato, ordenar a la sociedad fideicomitente instruyera a la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO LINK BARRANQUILLA, otorgar la escritura pública de transferencia de dominio a título de beneficio en fiducia mercantil a favor de los demandantes.

De igual manera, también se expuso al Despacho el impedimento que tenía el **FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER** para el otorgamiento de la escritura pública transferencia de dominio a título de beneficio en fiducia mercantil a favor de los demandantes por el representante legal de ACCION

SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del referido fideicomiso, como así , también lo expuso el suscrito en la etapa procesal de sustentación del recurso de apelación contra la sentencia dentro del proceso de la referencia, no se vinculó oficiosamente al FIDEICOMISO LINK BARRANQUILLA, y si se determinó el incumplimiento de Acción sociedad fiduciaria S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del **FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER** identificado con NIT **805.012.921-0**, en razón a que la obligación del otorgamiento de la escritura pública estaba a su cargo, cuando éste está totalmente imposibilitado de hacerlo, pues el legitimado para otorgarla es el propietario inscrito en el Certificado De Tradición Y Libertad de las unidades inmobiliarias a transferir, esto es, el FIDEICOMISO LINK BARRANQUILLA, tal y dispone el artículo 756 del Código Civil Colombiano, el cual dispone:

“ARTICULO 756. TRADICION DE BIENES INMUEBLES: Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca”

De manera que no puede adelantarse ningún tipo de acción entre estos, sin que previamente se haya impartido la instrucción correspondiente por el FIDECOMITENTE, o para el caso que nos ocupa, se hubiere vinculado a solicitud de parte o oficiosamente al FIDEICOMISO LINK BARRANQUILLA, para que mediante orden judicial se ordenará el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio y posesión a favor de las demandantes o en su defecto, como en el caso que nos ocupa se determinara la responsabilidad desatendida por este fideicomiso.

- B. Así mismo, en gracia de discusión, Acción sociedad Fiduciaria S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del **FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER NO PUEDE SER RESPONSABLE POR TRAMITES PENDIENTES DE TERCEROS.**

En línea con lo anterior, y habiendo indicado que la ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER ha dado cumplimiento a lo contractualmente estipulado en el CONTRATO DE VINCULACIÓN, esto es, la administración de los recursos depositados por los beneficiarios de área y el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio a título de beneficio de fiducia mercantil previa instrucción de la sociedad fideicomitente, que para el caso que nos atañe, es la sociedad LINK GYC SAS, pues hasta allí llega la obligación de mi representa para los demandantes.

Ahora bien, es importante resaltar que la obligación subsiguiente de este acto es la de la entrega material del bien inmueble está en cabeza de la sociedad fideicomitente LINK GYC SAS, conforme la cláusula DECIMA SEGUNDA del mismo contrato la cual indica:

“DECIMA SEGUNDA.- ENTREGA MATERIAL.- EL FIDEICOMITENTE informará a EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA la fecha de la entrega material de la unidad inmobiliaria que

constituye el beneficio en el presente contrato. la cual se perfeccionará mediante acta suscrita por EL FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR y EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA”

(...)

Así las cosas, le corresponde a la sociedad LINK GYC SAS en su calidad de FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER, realizar la entrega material de la unidad inmobiliaria asignada en el contrato de vinculación, pues es de resorte única y exclusivamente de este.

En este orden de ideas, es claro que el FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando como vocera y administradora del aludido fideicomiso, han obrado conforme han estipulado las partes en el CONTRATO DE VINCULACIÓN, por lo que no puede ser responsable de la ejecución o no ejecución de actos u tramites de resorte de terceros, que para el caso que nos atañe son de resorte única y exclusivamente del FIDEICOMITENTE SOCIEDAD LINK GYC SAS y de los BENEFICIARIOS DE ÁREA.

Tenemos así el precedente establecido en numerosas sentencias que no fueron tenidas en cuenta por la sentencia, cuya revocatoria por vía de recurso se pretende:

- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del catorce (14) de febrero de dos mil seis (2006) Expediente No. 05001-3103-012-1999-1000-01, que al respecto dispone:

“Esta puntual referencia a los antecedentes de la fiducia mercantil, permite subrayar algunas de sus especiales características, de marcada incidencia en el asunto escrutado por la Corte, las cuales afloran de la definición consagrada en el artículo 1226 del Código de Comercio:

- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del doce (12) de noviembre de dos mil cinco (2005) Expediente No. 03132-01, que al respecto dispone:

“Por su importancia en el sub lite, conviene señalar que esa finalidad determinada por el constituyente, es la que hace de la fiducia mercantil un negocio jurídico dinámico, amén que “elástico”, en la medida en que puede servir para múltiples propósitos, como se evidencia en algunas de sus modalidades: fiducias de inversión, inmobiliaria, de administración, en garantía, etc., todas ellas manifestaciones de un negocio jurídico dueño de una propia y singular fisonomía, a la vez que arquitectura, que no puede ser confundido con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario, como recientemente lo señaló esta Sala.”

- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del tres (3) de agosto de dos mil cinco (2005) Expediente No. 1909, que al respecto dispone:

*“El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero **cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario QUIEN NO OBRA NI A NOMBRE PROPIO PORQUE SU PATRIMONIO PERMANECE SEPARADO DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS**, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos título de fiducia como un patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad”.* (Resaltado fuera del texto)

- Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009) Expediente No. 11001-3103-039-2000-00310-01, donde ratificó su doctrina al señalar que es fundamental **diferenciar** las actuaciones y la responsabilidad de la sociedad fiduciaria de las actuaciones y responsabilidad de sus distintos Patrimonios Autónomos:

“(...) Se censura al juzgador al condenar a la fiduciaria y no al patrimonio autónomo, cuando actuó como su vocera y se le vinculó no a título personal sino en virtud del contrato de fiducia.

(...) por la confianza en el profesionalismo altamente especializado del fiduciario, el fiduciante acude a sus servicios, le transfiere uno o varios de sus bienes y le confía una finalidad fiduciaria, para su provecho o el de un tercero, confiriéndole poder dispositivo de los bienes integrantes del patrimonio autónomo; esa misma confianza en la profesión, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia, motiva a terceros para celebrar actos, negocios y contratos vinculados al negocio fiduciario y, en general, la confianza, preside toda la formación, celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del negocio fiduciario.

De allí la importancia del fiduciario “como institución financiera especializada y profesional en la materia, a la par que sometido al control y vigilancia del Estado (policía administrativa)”, y “el peculiar celo del legislador en la regulación de la conducta que debe observar el fiduciario”

Por eso, “no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil” (cas. civ. 3 de agosto de 2005, exp. 1909), ni se confunde bajo ningún respecto con el patrimonio autónomo, ostentando su propia personificación, singularidad e individuación normativa, patrimonio, habilidad dispositiva y responsabilidad.

Con este entendimiento, mutatis mutandis, el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del negocio fiduciario por los actos, negocios y contratos de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, la cual recae directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo.”(Énfasis mío)

- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del veintiséis (26) de agosto de dos mil catorce (2014) Expediente No. 11001 31 03 026 2007 00227 01, que estableció:

*“(...) La sociedad demandada no podía serlo a partir de su propia conducta, en cuanto que la calidad de propietaria del predio, itérase, la ostenta, ciertamente, pero no porque el bien haga parte de su dominio de manera plena, sino formal, como profesional en asuntos de fiducia, encargada de cumplir un objetivo especial el inmueble. Por consiguiente, **resulta incuestionable que la única forma en que podía habersele vinculado, por resultar afectado uno o varios de los elementos transferidos bajo esa modalidad, debió ser, entonces, bajo la condición de vocera del mismo,** para luego de ello si entrar a definir el fondo del litigio atinente a si existía o no responsabilidad por los daños causados a los demandantes por los titulares de esa propiedad.”*(Énfasis mío)

III. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Calle 85 # 9-65 de la ciudad de Bogotá D.C., y en el correo electrónico; notijudicial@accion.com.co.

Atentamente,



DANIEL EDUARDO ARDILA PAEZ

C.C. 1.026.272.654 de Bogotá D.C.

TP. 280.877 del Consejo Superior de la Judicatura

Apoderado de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. Actuando única y exclusivamente como vocera del
FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO ATLANTIC TOWER



Señores

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
MAGISTRADA PONENTE DRA. HILDA GONZALEZ NEIRA
 E. S. D.

RADICADO	11001319900220190046102
DEMANDANTE	SERVIRENTING S.A.S. - [SERVI S.A.S.]
DEMANDADO	CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIERREZ
ASUNTO	SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
FOLIOS	QUINCE [15]

MAURICIO PARDO OJEDA, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado en ejercicio, portador de la T.P. No 41.445 del C.S.J., actuando en mi condición de apoderado judicial de la sociedad demandante, dentro de la oportunidad procesal pertinente, respetuosamente me dirijo con el fin de sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, de fecha 26 de octubre de 2.020, escrito que contiene las inconformidades, sustentos y solicitudes sobre la sentencia en mención, y como complemento a lo sustentando verbalmente por el suscrito en la audiencia en cita, de conformidad a lo preceptuado por el artículo 322 del Código General del Proceso y demás normas concordantes y aplicables, dando así cumplimiento al AUTO fechado 11 de diciembre de 2.020 de la Honorable Magistrada, y notificado en Estado del 14 de diciembre de 2.020.

II. CONSIDERACIONES Y ANTECEDENTES

- 1) SERVIRENTING S.A.S. [SERVI S.A.S.]**, presentó demanda de ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL en contra de la persona natural **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIERREZ**.



2) Las pretensiones de la demanda, señaladas en el **CAPÍTULO X** de la misma, fueron:

10.1 Declarar que el señor **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIERREZ**, en su condición de **LIQUIDADOR PRINCIPAL** de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, incurrió en responsabilidad social por haber realizado las siguientes actuaciones, incumpliendo sus deberes y obligaciones de orden legal, como son: NO entregar las cuentas, informes, los libros contables, libros auxiliares, sus anexos y soportes, y documentos societarios

10.3 Declarar que el señor **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIERREZ**, en su condición de **LIQUIDADOR PRINCIPAL** de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, incurrió en responsabilidad social por NO haber seguido las instrucciones y órdenes impartidas por la Asamblea General en la celebración del contrato de Promesa de Compraventa..., en cuanto: (a) Cambió la forma de pago (hechos 6.8 - 6.9 - 6.10), la fecha de perfeccionamiento del contrato (hecho 6.11), al cambiar el nombre del adquirente.

10.4 Declarar que el señor **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIERREZ**, en su condición de **LIQUIDADOR PRINCIPAL** de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, incurrió en responsabilidad social por haber celebrado el OTRO # 2 al contrato de promesa de compraventa de fecha 20 de abril de 2019, cuando ya no era liquidador de la empresa. (hechos 6.15 - 6.16 - 6.17), al cambiar el nombre del adquirente.

10.5 **ORDENAR** que **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIERREZ**, quien actuó en su condición de **LIQUIDADOR PRINCIPAL** de **ZILCA S.A EN LIQUIDACIÓN**, al pago de las costas del proceso y las



agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferirse la sentencia que ponga fin a este proceso, dentro de un término perentorio de cinco (5) días calendario, contados a partir de su fecha de ejecutoria.

3) El fallo de la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, en el capítulo CONSIDERACIONES DEL DESPACHO, de que trata la demanda aludida, abordó la misma bajo los siguientes puntos:

1. Acerca del incumplimiento del deber de rendir cuentas y entregar la documentación de la compañía
2. Acerca de la inobservancia de las órdenes impartidas por la asamblea general de accionistas de Zilca S.A. en Liquidación

4) Finalmente, al fallar, la Superintendencia de Sociedades determinó:

RESUELVE

Primero. Declarar que Camilo Alberto Ciales Gutiérrez, en su calidad de antiguo administrador de Zilca S.A. en Liquidación, infringió el deber previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al no entregar, dentro del mes siguiente a la firmeza del acto de inscripción en el registro mercantil de la decisión de removerlo como liquidador, la totalidad de la documentación de la compañía que reposa en su poder, esto es, libros societarios y contables junto con sus respectivos anexos y soportes y, en general, todos los documentos de la sociedad bajo su custodia.

Segundo. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

III. INCONFORMIDAD

- 1) En la audiencia, el suscrito manifestó su aceptación y conformidad con respecto al punto de que el demandado NO CUMPLIÓ CON SUS



DEBERES AL NO ENTREGAR LA DOCUMENTACIÓN UNA VEZ HABÍA SIDO REMOVIDO, sin embargo, presentó en la oportunidad procesal, el respectivo RECURSO DE APELACIÓN, con indicación que vía escritural se daría el complemento al mismo, con respecto a las demás pretensiones desestimadas.

- 2) Manifestó en sus consideraciones la **Superintendencia de Sociedades** lo siguiente:

En la demanda también se afirma que Camilo Alberto Ciales Gutiérrez no obedeció las órdenes que le fueron suministradas por la asamblea general de accionistas de Zilca S.A. en Liquidación en la reunión celebrada el 2 de noviembre de 2018 para la celebración de la promesa de compraventa y la posterior venta de los inmuebles de propiedad de la referida sociedad. Según se indica, el demandado cambió la forma de pago, la fecha de perfeccionamiento del contrato y el nombre del adquirente sin solicitar la autorización del máximo órgano social. Así mismo, se cuestiona el hecho de que el señor Ciales Gutiérrez hubiera suscrito dos otrosies en los que también resolvió unilateralmente modificar los términos de dichas instrucciones, el segundo de ellos sin ni siquiera ostentar la calidad de administrador al haber sido removido para esa fecha.

3) **CON RESPECTO A LAS FACULTADES DEL LIQUIDADOR:**

Expone la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** que el liquidador no está sujeto a las limitaciones estatutarias, ni menos a las de máximo órgano social.

Pues bien, si en principio ello puede tener razón, la realidad es que en la Reunión Extraordinaria de Asamblea de Accionistas de **ZILCA S.A EN LIQUIDACIÓN**, celebrada el 2 de noviembre de 2018, contenida en el ACTA # 15, la misma fue convocada por el propio liquidador **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ**, no para consultar la venta de los lotes de propiedad de la empresa, sino para obtener autorización de venta de los mismos, tal como consta en el punto quinto [5º] del orden



del día, y que en desarrollo del mismo se aprobó la venta de los lotes de la sociedad [conforme consta en copia de acta adjuntado bajo la denominación de **PRUEBA 7**].

Una cosa es la consulta y otra bien diferente es la autorización, y para el caso que nos ocupa, el liquidador **CRIALES GUTIÉRREZ** lo que pidió fue la autorización de la asamblea para aceptar la oferta leída en la misma, no para consultarle a la asamblea que iba a vender los inmuebles.

Adicionalmente, recuérdese que **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN** está en dicha situación por una decisión voluntaria de la misma Asamblea General de Accionistas, y no estamos frente a una liquidación judicial, por lo que la asamblea NO pierde el concepto de dar instrucciones para seguir con la liquidación en legal forma y de acuerdo con los intereses sociales, y no a la libre voluntad del liquidador, quien por el solo hecho de haber hecho la citación y convocatoria de la Asamblea en cita, lo que buscaba era su plena aprobación y seguimiento de las directrices por ella impartida.

Ahora bien, colocando a modo de discusión que el liquidador no está sujeto a las instrucciones que le pueda dar de la asamblea, pues también lo es que a nivel comercial que una oferta comercial es aceptada tal como se presenta, debe cumplirse en los términos de su aceptación, y en la oferta discutida y presentada en la asamblea, se dieron unos lineamientos que deben ser cumplidos, pero que en el caso que nos ocupa, al no haberse modificado los lineamientos de la oferta, pues claramente el liquidador demandado **CRIALES GUTIERREZ** se extralimitó en la función del manejo de la oferta, siendo la oferta la que lo vincula, y no la instrucción de la asamblea, en caso, se reitera, de aceptarse la tesis de que el liquidador no requiere autorización de la asamblea para el presente caso en particular.



Es menester resaltar el hecho que el propio liquidador y aquí demandado **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ**, fungió como secretario de la misma, es decir, que además de convocarla, conoció y certificó con su firma el conocimiento tanto de la instrucción de la asamblea, de una parte, y de la oferta como tal, de otra parte.

En desarrollo de la asamblea, se hizo lectura de la oferta del comprador **GOLD MANAGEMENT GROUP S.A.**, texto pertinente de la oferta se incorpora así:

Como resultado de esas gestiones, el pasado 02 de octubre se recibió oferta formal de compra por los inmuebles presentada por la sociedad Panameña **GOLD MANAGEMENT GROUP S.A** por valor total de Quince Mil Millones de Pesos (\$ 15.000.000.000.00) pagaderos Cuatro Mil Millones de Pesos a la aceptación de la oferta y el saldo a la firma de la respectiva Escritura Pública de venta, la cual se otorgaría una vez se cuente con los paz y salvos necesarios. Se procedió por parte el liquidador a dar lectura a la respectiva oferta copia de la cual se anexa a la presente acta.

La Asamblea General de Accionistas de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN** a hacer el respectivo estudio y discusión, aprobó la venta como a continuación se incorpora:

El Presidente de la Asamblea propone que teniendo en cuenta que la oferta presentada tiene vigencia hasta el día 15 de noviembre, el liquidador se tome hasta el día anterior para aceptar la oferta y formalizar la negociación. Al respecto los Asambleístas manifestaron que no es conveniente tomarse todo ese tiempo, que ante la eventualidad de que los potenciales compradores se enteren de la posibilidad de adquirir el inmueble a menor precio vía el remate de la Dian, sino que se debe formalizar tan pronto sea posible.

Después de escuchar la opinión de algunos de los Asambleístas el Presidente de la reunión somete a consideración de la Asamblea la oferta de compra presentada por la sociedad **GOLD MANAGEMENT GROUP S.A** **GOLD MANAGEMENT GROUP S.A** la cual es aprobada por unanimidad.

DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA: El siete [7] de noviembre de dos mil dieciocho [2.018] el doctor **CRIALES** suscribe con la sociedad **GOLD MANAGEMENT GROUP S.A.**, promesa de compraventa sobre los dos [2] únicos lotes de propiedad de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, distinguidos con los folios de matrícula números 060-



72480 y 060-27328 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.

DEL PRECIO Y FORMA DE PAGO PACTADAS EN LA PROMESA DE COMPRAVENTA: Sin embargo, al momento de elaborarse y suscribirse el contrato de promesa de compraventa sobre los lotes en cita, aportada con la demanda bajo la denominación de **PRUEBA 8**], en su cláusula tercera se determinó:

TERCERA. – Precio: El precio de la venta prometida, es la suma de **QUINCE MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$ 15.000.000.000.ºº)** que la **PROMITENTE COMPRADORA** pagará al **PROMITENTE VENDEDOR**, de la siguiente manera:

1. La suma **CUATRO MIL MILLONES DE PESOS (\$ 4.000.000.000.ºº)** en dinero en efectivo a la firma de la presente promesa de compraventa, y
2. La suma de **ONCE MIL MILLONES DE PESOS (\$ 11.000.000.000.ºº)** el día en que se perfeccione el correspondiente registro, ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, de la Escritura Pública de compraventa contentiva del contrato de compra venta que por medio de esta Promesa se promete celebrar

Parágrafo:- Teniendo en cuenta que a la fecha, dentro del proceso de cobro coactivo que adelanta la Dian en su contra, el **PROMITENTE VENDEDOR** tiene embargadas las cuentas bancarias, los giros iniciales para atender los gastos derivados de la presente promesa y poder cumplir con su objeto, serán efectuados por su cuenta, directamente por la **PROMITENTE COMPRADORA**, para lo cual el **PROMITENTE VENDEDOR** impartirá las instrucciones correspondientes y por escrito, hasta tanto este pueda normalizar su actividad bancaria. Estos gastos se refieren a impuestos Nacionales y Distritales, Comisiones, Cancelación Gravámenes, entre otros.

NOTA ESPECIAL: Adviértase como el pago del saldo ya no es en la fecha de otorgamiento de la escritura pública que perfeccione la promesa, como quedó establecido en el acta # 15 del 2 de noviembre de 2018 que autorizó la venta de los lotes [ver **PRUEBA 7**], sino que se cambió para el día en que se perfeccione el registro o la inscripción de la escritura ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, es decir, ya no contra la firma de suscripción de la respectiva escritura pública, como lo es normal para este tipo de negocios, y lo que es peor, sin una contragarantía



a la sociedad vendedora **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, del pago del saldo insoluto.

Llama la atención, si en el decir de la **Superintendencia de Sociedades** el liquidador NO tiene limitaciones, no se tenga en cuenta que el cambio de las condiciones, expone seriamente a la sociedad que el liquidador representa, pues ahora, su único y principal patrimonio, consistente en los lotes objeto de promesa, serán transferidos con inscripción en la oficina de registro, sin que hasta ese momento **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN** haya recibido los dineros, pero **SUS INMUEBLES SÍ ESCRITURADOS E INSCRITOS EN LA OFICINA DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS A NOMBRE DE UN TERCERO**.

Es claro que no puede aceptarse el hecho que un liquidador pueda escudarse a que por criterio de la **Superintendencia de Sociedades** pueda libremente disponer de los inmuebles de la empresa, en contravía a los derechos que está obligado a proteger y tutelar, y menos cuando ha recibido unas instrucciones del máximo órgano social, que él mismo solicitó con antelación.

Una empresa en liquidación, bajo ninguna circunstancia inhabilita o pone por debajo a la Asamblea General de Accionistas con respecto a su propio Liquidador, y menos este liquidador puede cambiar las condiciones aprobadas por la misma asamblea en detrimento del patrimonio de la sociedad que representa.

Para efectos de resaltar el detrimento en contravía de los intereses de la empresa aprobados por la asamblea de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, hemos de señalar:



- Que la cuota inicial pactada era de \$4.000'000.000, sin embargo, solamente se canceló la suma de \$1.451'033.268, quedando un saldo por pagar de \$2.548'966.732.
- Para acreditar lo dicho basta con observar la **PRUEBA 16 B**, correspondiente a la constancia de comparecencia notarial, aportada con la demanda inicial, en donde se protocolizó el cheque que el comprador llevaba para completar la cuota inicial y que incorporo a continuación:



- Que el pago del saldo de los \$11.000'000.000 era contra la firma de la escritura, sin embargo, en la promesa el liquidador **CRIALES GUTIERREZ** la modificó cuando quedara inscrita en la oficina de registro, sin estipular al menos una garantía en nombre de la sociedad que representaba.
- Y más grave aún, que la venta ya no era con quien celebraba la promesa, sino que la transferencia se hacía a nombre de un patrimonio autónomo diferente al supuesto comprador GOLD MANAGEMENT, que recuerdese, se trata de una empresa con nacionalidad panameña, de la cual se desconoce sus socios-accionistas, domicilio, procedencia de los recursos, inexistencia de registro de inversión extranjera en Colombia.



4) CON RESPECTO A LA SUSCRIPCIÓN DEL OTRO SI # 2:

Incorre la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en un grave error con respecto a las fechas y hechos señalados y debidamente acreditados y probados.

Pues bien, para efectos de entender mejor la trazabilidad de estos puntos me permito presentar el siguiente cuadro resumen:

01 DE ABRIL DE 2.019

Se celebra Reunión Ordinaria de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, por Derecho Propio de **ZILCA**, en la cual **SE REMUEVE a CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ** del cargo de liquidador.

Para acreditar lo dicho ver ACTA # 15, punto cuarto [4º] del orden del día, aportada bajo la denominación de **PRUEBA 10**

05 DE ABRIL DE 2.019

Queda **INSCRITA LA REMOCIÓN** en la Cámara de Comercio de Cartagena, la remoción del Liquidador **CARLOS ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ**, como consta en certificado de existencia y representación legal de fecha 11 de abril de 2.019 aportado en la demanda bajo la denominación de **PRUEBA 12**, como a continuación se incorpora:

Que por Acta No.15 del 1 de Abril de 2019, correspondiente a la reunión de Asamblea ordinaria de Accionistas por derecho propio celebrada en Cartagena, inscrita en esta Cámara de Comercio el 05 de Abril de 2019 bajo el número 148,544 del Libro IX del Registro Mercantil, se inscribe la acción social de responsabilidad, y remoción del cargo del liquidador principal CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIERREZ por esta causa.



CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACION
LIQUIDADADOR PRINCIPAL	JUAN FEDERICO PINEDA CORREA DESIGNACION	C 70.876.307
Por Acta No.15 del 1 de Abril de 2019, correspondiente a la reunión de Asamblea ordinaria de Accionistas por derecho propio celebrada en Cartagena, inscrita en esta Cámara de Comercio el 05 de Abril de 2019 bajo el número 148,545 del Libro IX del Registro Mercantil.		
LIQUIDADADOR SUPLENTE	MAURICIO PRIETO SUAREZ DESIGNACION	C 19.325.453
Por Acta No.15 del 1 de Abril de 2019, correspondiente a la reunión de Asamblea ordinaria de Accionistas por derecho propio celebrada en Cartagena, inscrita en esta Cámara de Comercio el 05 de Abril de 2019 bajo el número 148,545 del Libro IX del Registro Mercantil.		
<u>20 DE ABRIL DE 2019</u>		
CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ suscribe OTRO SI # 2 indicando que actúa en representación de ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN, cuando efectivamente ya no lo era para esa fecha, por haber sido removido por la Asamblea General de Accionistas del 1º de abril de 2.019. [Ver PRUEBA 11 de la demanda inicial]		
<u>23 DE ABRIL DE 2.019</u>		
CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ presenta ante la Cámara de Comercio de Cartagena recurso de reposición, subsidiario de apelación, contra los actos de inscripción del 5 de abril de 2.019, por los cuales se le había removido de su cargo [ver PRUEBA 12 aportada con la demanda inicial].		

Vista la anterior trazabilidad, es claro que la remoción del cargo, quedó debidamente inscrita, desde el 5 de abril de 2.019 y hasta el 23



de abril de 2.019, y durante ese lapso de tiempo el señor **CAMILO ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ** **NO OSTENTABA, NI DETENTABA LA CONDICIÓN DE LIQUIDADOR, Y POR ENDE NO ERA EL REPRESENTANTE LEGAL** DE ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN, pues durante ese lapso de tiempo el LIQUIDADOR PRINCIPAL DESIGNADO E INSCRITO EN LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA era el señor **JUAN FEDERICO PINEDA CORREA** y el suplente **MAURICIO PRIETO SUAREZ**, por lo tanto eran éstas personas quienes ostentaban y tenían la capacidad de ejercer la representación legal de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, por expreso mandato de la Asamblea General de Accionistas.

DEL GRAVE ERROR DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES: Indica la entidad:

En este sentido, comoquiera que para el 23 de abril de 2019, fecha en la que se suscribió el otro sí n.º 2 al contrato de promesa de compraventa antes mencionado, la inscripción de la decisión de remover al señor Criales Gutiérrez como liquidador de la compañía no se encontraba en firme, el demandado aun fungía en ese cargo por virtud del carácter constitutivo del registro mercantil para este caso. No debe perderse de vista que “el recurso de reposición contra un acto sujeto a registro que se concede en efecto suspensivo, significa que la aplicación del acto recurrido queda sujeta a la ejecutoria de la decisión que resuelve el recurso. Esto es, si fue inscrita una decisión de remoción de administrador, su efecto queda pendiente de la ejecutoriedad de la inscripción, la cual ocurre cuando se haya decidido todos los recursos que contra ella pueden interponerse”.¹⁷

Como bien se puede apreciar, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** se equivoca cuando indica que el **OTRO SI # 2** fue suscrito el 23 de abril de 2.019, cuando claramente basta con dar lectura del citado **OTRO SÍ # 2**, **PARA VER QUE EL OTRO SÍ # 2 SE SUSCRIBIÓ EL 20 DE ABRIL DE 2.019**, esto es tres [3] días antes de que el mismo liquidador presentara los recursos que buscaban dejar sin efecto su remoción.



Los recursos **NO TIENEN EFECTOS RETROACTIVOS**, dicho de otra forma, no pueden retrotraerse a fecha anterior a su real presentación, a tal punto que entre el 5 de abril de 2.019 y el 23 de abril de 2.019, es claro que el señor **CARLOS ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ NO ERA EL LIQUIDADOR, NI REPRESENTANTE LEGAL de ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, y por lo tanto la firmeza de su remoción dentro del citado periodo de tiempo no tiene discusión alguna, y produce efectos ante la sociedad y ante terceros.

Diferente es que, a partir del 23 de abril de 2.019, y hasta la fecha en que la Superintendencia de Industria y Comercio hace su pronunciamiento resolviendo la apelación interpuesta por **CARLOS ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ** [30 de julio de 2.019 por resolución # 31412 y aportada con la demanda inicial bajo la denominación de **PRUEBA 14**] este si detentaba tal condición, pero se reitera el **OTRO SI # 2** fue suscrito el 20 de abril de 2.019, cuando el demandado **CARLOS ALBERTO CRIALES GUTIERREZ** no tenía la calidad de liquidador principal, en razón de la remoción que se le hizo por parte de la asamblea de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**.

Así las cosas, es claro que el señor **CARLOS ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ** suscribió el **OTRO SI # 2** el 20 de abril de 2.019 sin detentar la representación legal de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, pues para esa fecha se encontraba removido de su cargo, y los representantes liquidadores eran **JUAN FEDERICO PINEDA CORREA** y **MAURICIO PRIETO SUAREZ**.

IV. SOLICITUD

Respetuosamente solicito a su despacho, por las razones anteriormente expuestas:



- 1** **REVOCAR** de la sentencia proferida por la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** en primera instancia, de fecha 26 de octubre de 2.020 dentro del proceso de la referencia, el numeral **SEGUNDO**, por las razones expuestas en el presente escrito, y en su lugar **DECLARAR** que el señor **CARLOS ALBERTO CRIALES GUTIÉRREZ** incurrió en responsabilidad social por **[i]** NO haber seguido las instrucciones y órdenes impartidas por la Asamblea General en la celebración del contrato de Promesa de Compraventa, en cuanto cambió la forma de pago, la fecha de perfeccionamiento del contrato, el nombre del adquirente; **[ii]** Por haberse extralimitado de las condiciones de la oferta que fue presentada por la sociedad oferente en detrimento del patrimonio de **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**; **[iii]** Por haber celebrado y suscrito el OTRO SÍ # 2 al contrato de promesa de compraventa de fecha 20 de abril de 2019, cuando NO era liquidador de la empresa **ZILCA S.A. EN LIQUIDACIÓN**, y por ende no tenía la representación legal de la misma.
- 2** **CONDENAR**, en las costas, gastos y agencias en derecho a la parte demandada.
- 3** **CONDENAR** a la parte demandada en agencias en derecho

Notificaciones

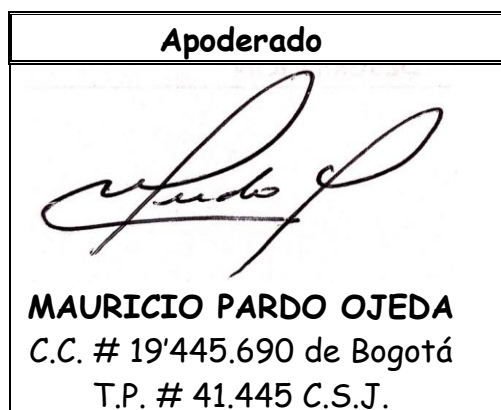
Para efectos de notificaciones a que haya lugar, informo al despacho que las recibiré así:

- **DIRECCIÓN OFICINA:** Carrera 14 No. 127-10, oficina 207 de la ciudad de Bogotá.
- **TELEFONO FIJO** [1] 6941501.



- TELEFONO CELULAR: 316-6904469
- CORREO ELECTRÓNICO mpardoabogado@gmail.com.

Atte,



MAURICIO
O PARDO
OJEDA

Firmado
digitalmente por
MAURICIO
PARDO OJEDA
Fecha: 2021.01.08
14:33:23 -05'00'



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

Señores:

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. -
SALA CIVIL-**

Dra. MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

E. S. D.

RADICADO: 11001-131-03-042-**2018-00474-01**
PROCESO: VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
DEMANDANTES: FRANCISCO RODRIGUEZ QUIROGA y MARTHA
RAMIREZ SÁNCHEZ
DEMANDADO: GILBERTO DAZA ARAGON

Ref. **SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN**

CLAUDIO A. TOBO PUENTES, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado de la parte actora en el proceso de la referencia, comedidamente me permito incoar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en audiencia del día 12 de noviembre de 2020 contra la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Civil del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad a lo consagrado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en consonancia a lo establecido en el artículo 327 del C.G. del P., en los siguientes términos:

I. FUNDAMENTOS

En primer lugar, es menester traer a colación lo consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, el cual versa en su literalidad:

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

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



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUEENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

Sobre este presupuesto normativo codificado en la legislación civil, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia del 24 de octubre de 2006, con magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla¹ señaló:

“En efecto, de tiempo atrás tiene sentado la Corte que para el ejercicio exitoso de la acción resolutoria deben concurrir los siguientes requisitos: a) invocación de un contrato bilateral legalmente celebrado, como fuente de obligaciones; b) cumplimiento de las obligaciones, o allanamiento a cumplirlas, por parte del demandante; y c) incumplimiento total o parcial de las obligaciones por el demandado. (entre otras, cas. civ. de 17 de mayo de 1995, G.J. CCXXXIV, 2473, pág. 688, y de 11 de marzo de 2004, exp. 7582).” (negritas y subrayado no originales)

En consecuencia, lo dispuesto en la norma y lo decantado en la jurisprudencia, respecto al cumplimiento de obligaciones adquiridas entre las partes, se entiende que toda convención, pacto o convenio es ley para las partes y que para la prosperidad de una acción resolutoria o de cumplimiento de la que trata el artículo 1546 del Código Civil se deben cumplir los siguientes requisitos i) Que el contrato celebrado sea válido ii) que el contratante cumplido haya deprecado la acción de cumplimiento o resolución del contrato, iii) Debe incoarse en contra del contratante incumplido. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia SC11287-2016, del 17 de agosto de 2016, con magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez², adujo:

“En virtud del presupuesto normativo de la libertad de estipulación de los contratantes, la parte que cumple o se allana a cumplir está facultada para solicitar judicialmente al deudor incumplido la ejecución de la prestación que se encuentra a su cargo, o bien la resolución del contrato si a ello hubiere lugar, según su libre opción.”³

Bajo estos presupuestos, descendiendo al *sub-judice*, conforme a la sentencia emitida por el *A-quo*, a pesar de se cumplen dos de los tres requisitos reseñados por la jurisprudencia, estos son “*invocación de un contrato bilateral legalmente celebrado, como fuente de obligaciones*” e “*incumplimiento total o parcial de las obligaciones por el demandado*”; a su juicio, no se cumple con el “*cumplimiento de las obligaciones, o allanamiento a cumplirlas, por parte del demandante*”. Sobre este punto, que se enerva precisamente como la diana de inconformidad de la parte actora en la sentencia emitida por el Despacho, es menester esbozar los argumentos y/o reparos concretos que permiten colegir que incurrió en un yerro en su sentencia.

¹ Ref.: exp. No. 15238-3103-002-1998-00139-01

² Radicación n° 11001-31-03-007-2007-00606-01

³ En igual sentido, CSJ, SC, Sentencia de 10 diciembre de 1990.



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

Así las cosas, a juicio de esta parte, se estima que si se probó fehacientemente que los demandantes **FRANCISCO RODRIGUEZ QUIROGA** y **MARTHA RAMIREZ SÁNCHEZ** cumplieron fielmente con cada una de las obligaciones que estaban a su cargo, contenidas en el Contrato de Transacción celebrado el día 11 de mayo de 2010, báculo de la demanda. Para sustentar lo anterior, es preciso analizar cada uno de los medios probatorios aportados durante el transcurso del proceso:

1. En primer lugar, es preciso hacer hincapié que, en el *sub lite* existen unos supuestos facticos e indicios que revisten especial relevancia y sobre el cual debía edificarse la decisión del *A-quo*:

- El demandado señor **GILBERTO DAZA ARAGON** fue notificado por aviso el día 26 de marzo de 2019 (fl.48), data desde la cual contaba con el término de 20 días para hacer la respectiva contestación de la demanda. No obstante, no compareció y guardó silencio. En efecto, el Juzgado mediante auto adiado 26 de abril de 2019 (fl.60) tuvo por notificado por aviso al demandado en la referida data, advirtiéndole que, dentro del término de traslado para ejercitar sus derechos de contradicción y defensa, este guardó silencio.
- Mediante auto calendado 17 de enero de 2020, se fijó fecha y hora para la audiencia inicial contemplada en el artículo 372 del C.G. del P., la cual fue reprogramada en dos (2) oportunidades, quedando en firme finalmente la fijada mediante proveído adiado 8 de julio de 2020, decisión que fue debidamente notificada por estado No. 22 del 9 de julio de 2020. Empero, llegado el día y la hora señaladas, esto es, el 21 de octubre de 2020 a las 10:00 a.m., se llevó a cabo la citada audiencia inicial, a la que el demandado **GILBERTO DAZA ARAGON** no compareció, ni tampoco dentro de los tres (3) días siguientes justificó la inasistencia a la misma.

Bajo estos supuestos fácticos, las actuaciones judiciales esbozadas con precedencia, por parte del demandado, como bien lo expresan los artículos 97, 205 y 372 numeral 4° del C.G. del P., conllevan dos consecuencias probatorias: i) hacer presumir por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en el libelo introductor y; ii) se erigen como un indicio grave en contra del demandado. Y es que, en el presente asunto, la renuencia del demandado a comparecer en el proceso, no arroja más que un importante indicio del incumplimiento del contrato de transacción que aquí se reclama.



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUEENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

Paralelamente, induce a que se presente una confesión tácita. Sobre este punto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de noviembre del 2000, Expediente No. 5768, indicó:

*“Y no podía ser de otra manera, en tanto que “reconocido el derecho de interrogar judicialmente al adversario por las razones y con los fines que hemos dicho, nace en el interrogado la obligación de responder. El silencio no puede interpretarse, salvo prueba en contrario, sino como la admisión de los hechos propuestos, y así debe sostenerse, ya cuando el interrogado no comparezca, ya cuando rehúse responder, siempre que no justifique un impedimento legítimo. **El no comparecer viene a probar que se carece de valor para presentarse y admitir un hecho; y el no querer responder, cuando no se cuestiona sobre la admisión del interrogatorio o cuando fue denegado, significa un pretexto de no querer decir una verdad que redunde en propio daño**”⁴.*

*Al fin y al cabo, como lo puntualiza Pescatore, citado por el referido autor Lessona, “**El silencio del interrogado se atribuye a la conciencia de no poder negar, e induce la confesión tácita: el silencio es el efecto, y la conciencia de la verdad es su causa determinante; la inducción marcha desde el efecto a la causa y descubre la verdad en la conciencia del interrogado, eliminando cualquier otro motivo del silencio**” (negrilla y subrayado por fuera de texto original)*

Igualmente, la referida colegiatura en sentencia STC21575-2017 del 15 de diciembre de 2017, con magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona⁵ adoctrinó:

“En punto a lo segundo, se tiene por averiguado, y en verdad así se desprende del claro tenor del artículo 205, citado, que la confesión ficta, y en general todo medio de prueba de este tipo, engendra una presunción de tipo legal.

2.6. La no comparecencia del citado a la audiencia donde habrá de llevarse a cabo el interrogatorio, o a la inicial (o de instrucción y juzgamiento, cuando son concentradas), da lugar, como se señaló precedentemente, a tener por ciertos los hechos susceptibles de este tipo de prueba.

En rigor, se trata de una presunción de tipo legal o juris tantum, lo que equivale a afirmar “(...) que invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las consecuencias

⁴ Carlos Lessona. Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil, Tomo I, pág. 537.

⁵ Radicación n.º 05000-22-13-000-2017-00242-01



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUENTES

MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar –bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél”⁶.

*2.7. Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que a las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye⁷, siempre y cuando, se insiste, **no exista dentro del proceso prueba en contrario.**” (negrilla y subrayado por fuera de texto original)*

Bajo estos presupuestos jurisprudenciales, emerge diáfano que en el *sub judice* al demandado **GILBERTO DAZA ARAGON**, por un lado, haber guardado silencio en el traslado de la demanda y, por otra arista, no haber comparecido a ninguna de las audiencias programadas por el *A-quo*, ni haber surtido el interrogatorio solicitado por la parte actora, condujo a que se presentara una confesión ficta en su contra, dándose por ciertos los hechos determinados en el libelo genitor, y que al constituirse como una presunción legal o *juris tantum*, invirtió la carga de la prueba en aquel, para que adosar una prueba en contrario, empero, dado su no comparecencia durante todo el transcurso del proceso, condujo a que se erigiera como una prueba definitiva en su contra.

Igualmente, constituyo un indicio grave que, conforme lo regula el artículo 241 deberá ser valorado por el juez “*El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.*” Al respecto, es apenas lógico y conforme a lo decantado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, que su renuencia a comparecer dentro del proceso, no sea más que una muestra fehaciente de admitir los supuestos facticos del libelo genitor y no oponerse a las pretensiones, puesto que, es de su pleno conocimiento que los aquí demandantes si cumplieron fielmente con cada una de las obligaciones contenidas en el contrato de transacción báculo de la demanda y que, aquel por el contrario incurrió en un incumplimiento al no pagar las sumas de dinero en las fechas pactadas. En ese orden de ideas, su silencio no es más que una prueba contundente de aceptar la procedencia de las pretensiones de mis prohijados, pues si no fuese plenamente consciente del cumplimiento de los compromisos de aquellos, hubiese comparecido al proceso a ejercer su derecho de defensa y contradicción, propendiendo por que no se accediera a las suplicas del libelo genitor. No obstante, guardo un absoluto silencio durante todo el transcurso del proceso, que permiten concluir que los demandantes efectivamente si cumplieron con sus obligaciones y que, deben darse por ciertos los hechos de la demanda.

⁶ CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994; reiterando otro pronunciamiento de 24 de junio de 1992.

⁷ Sobre el valor probatorio de la confesión ficta, véase: CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994.



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUEENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

2. Otro de los argumentos en los que el *A-quo* sustentó su fallo, fue en lo concerniente a la orfandad probatoria endilgable a la parte actora por no aportar los medios probatorios que comprobaran que los señores **FRANCISCO RODRIGUEZ QUIROGA** y **MARTHA RAMIREZ SÁNCHEZ** cumplieron a cabalidad con cada una de sus obligaciones pactadas en el Contrato de Transacción celebrado con el demandado el día 11 de mayo de 2010. A juicio del Despacho de instancia, no era posible tenerse como prueba concluyente las afirmaciones de los mismos demandantes, en aplicación de la prohibición de las partes de constituir su propia prueba.

Sin embargo, el suscrito difiere sustancialmente de dicho argumento, por cuanto la declaración de los demandantes se constituye como un medio probatorio contundente y disuasorio que da cuenta del fiel cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto, nótese que tanto el señor **FRANCISCO RODRIGUEZ QUIROGA** como la señora **MARTHA RAMIREZ SÁNCHEZ** convergen en sus declaraciones, respecto al total cumplimiento de las obligaciones por parte de estos, aunado a que no contaban con ninguna documentación para probar ello pues esta estaba en poder del demandado. Sin embargo, como se adujo pretéritamente la no comparecencia del señor **GILBERTO DAZA ARAGON**, a pesar del pleno conocimiento del proceso que cursaba en su contra, no es más que una muestra inequívoca de que, en efecto, los demandantes si fueron contratantes cumplidos.

En ese sentido, el *A-quo*, tenía la potestad, dentro de su sana crítica, de examinar la veracidad, espontaneidad, suficiencia y poder persuasivo de la narración de los hechos efectuada por cada uno de los demandantes en su declaración.

En ese sentido, es menester traer a colación que el legislador en el Código General del Proceso, reconoció la importancia de la declaración de parte, permitiendo a cada litigante exponer la versión de los hechos y que el Juez la valorara en armonía con todo el acervo probatorio. Así pues, en el artículo 165, referido a los medios de prueba, distinguió entre declaración de parte y confesión, lo que reafirmó en el artículo 198 cuando estableció que «*el juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso*» y reiteró al final de ese precepto al consagrar que «*la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo a las reglas generales de apreciación de las pruebas*».

Lo anterior guarda convergencia con lo dispuesto en el artículo 29 de nuestra constitución política respecto a los derechos constitucionales de defensa y contradicción, así como con el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece «*toda persona tiene*



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUEENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

derecho a ser oída por los jueces o tribunales (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil» y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el artículo 10 dispone que «toda persona tiene derecho (...) a ser oída públicamente y con justicia por un tribuna independiente e imparcial».

Así las cosas, resulta palmario que el juzgador tiene el deber de valorar la declaración de parte, pues es aquella la que al final tiene conocimiento de los hechos en los que versa el proceso. Según el jurista Cappelletti⁸ *«La parte es interrogada justamente para que informe al juez del exacto desenvolvimiento de los hechos controvertidos. O sea, se la toma aquí en consideración como verdadera fuente de prueba, y precisamente como prueba histórica (directa)».*

Sobre la declaración de parte, el magistrado Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque en aclaración de voto dentro de la sentencia SC5040-2020 del 14 de diciembre de 2020, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁹, indicó:

*“Lo anterior porque ese sistema estaba fundado, igual que lo está el de ahora, **en el postulado de la apreciación razonada de la prueba o sana crítica, donde es el juez quien pondera la evidencia y, después de sopesarla acorde con las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica, extrae las conclusiones que de ese laborio emerjan**, contrario a lo que acontece en el sistema de la valoración legal o de prueba tasada donde es el legislador quien, por anticipado, establece la forma como el operador judicial debe apreciar cada medio, de modo tal que este solo debe hacer una valoración cuantitativa a efectos de confirmar o desvirtuar su mérito.*

*Es por eso que se ha llegado a pensar que ese sistema de tarifa legal o prueba tasada es inconveniente porque «mecaniza o automatiza la función del juez en tan importante aspecto del proceso, quitándole personalidad, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándole a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico y razonado», **haciendo que se produzca «un divorcio entre la justicia y la sentencia; se convierte el proceso en una justa aleatoria, propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética» y que se sacrifiquen «los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas, y se olvida que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable que la aplicación de aquél a los casos concretos,***

⁸ Cappelletti, Mauro. El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad. Parte Primera. Librería Editora Platense. La Plata. 2002, págs. 196-197.

⁹ Radicación n.º 05001-31-10-012-2010-00386-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia. No hay duda de que con este sistema es más difícil obtener esa finalidad»

(...)

Quién mejor que la propia parte, que es la más interesada en las resultas del pleito, para narrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos cuya averiguación es pieza clave para su resolución. A fin de cuentas, es ella quien los conoció mejor que nadie y, por ende, está en mejores condiciones de narrarlos, sobre todo porque es la protagonista en la controversia, lo que hace que su versión sirva para aclarar lo ocurrido si de ella se logran extraer los frutos debidos.

De ese modo, si el relato resulta coherente, contextualizado y existen corroboraciones periféricas, como por ejemplo documentos u otros medios de juicio que lo sustenten, **es digno de credibilidad y, por tanto, debe ser apreciado en comunión con ellos a fin de esclarecer los hechos que importan para la definición de la litis.**” (negrilla y subrayado por fuera de texto original)

Bajo este escenario, se colige que la declaración de parte se enarbola como una prueba importante que debe valorar el Juez, pues nadie más que la propia parte conoce de la verdad real de los hechos, y quien puede dar detalles de lo ocurrido. En consecuencia, en el caso bajo estudio, es palmario de cada uno de los demandantes rindió un interrogatorio diáfano, sin titubear, con pleno conocimiento de lo acaecido, convincente y coherente, frente al cual el demandado no se hizo parte para desvirtuarlo, pues este era plenamente consciente de lo aducido por aquellas guardaba plena convergencia con la realidad.

Así las cosas, erro el *A-quo* al no efectuar el suficiente valor de la declaración de los demandantes, quienes fueron contundentes en aseverar que si cumplieron a cabalidad con cada una de sus obligaciones, lo que los condujo, en virtud del incumplimiento del demandado, a deprecar una demanda en su contra para ver recompensado su trabajo.

Y es que, el Contrato de Transacción se suscribió precisamente para precaver un futuro litigio eventual sobre el contrato de asociación y participación suscrito el 27 de noviembre de 2007, en el cual, se había convenido que en caso de éxito de las concesiones mineras HGS-13332 y HGS-13351, el demandado **GILBERTO DAZA ARAGON**, se comprometía a pagar a mis mandantes **FRANCISCO RODRÍGUEZ QUIROGA y MARTA RAMIREZ SÁNCHEZ**, el 3% de la negociación de las áreas, ello en virtud de



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUEENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

los conocimientos, acompañamientos, sustentación e información geológica que aportada por aquellos. Por tanto, emerge más que evidente que, en aquel contrato el demandado se obligaba a pagar por un trabajo que ya habían efectuado los demandantes, de lo que resulta por demás injusto que hasta la fecha- pasados más de 10 años- no se les haya remunerado, y que el sistema judicial soslaye sus derechos olvidando el verdadero sentido de la justicia.

De suerte que, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, se debe acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que:

- i)** El contrato de transacción fue un convenio jurídico válidamente celebrado conforme a los presupuestos sustanciales establecidos en el artículo 1502 y 2469 del Código Civil.
- ii)** Los demandantes cumplieron a cabalidad cada uno de sus compromisos contractuales, tal como se manifestó en la demanda y en el interrogatorio por ellos surtidos, lo que se reafirma con el silencio de la parte demandada y la confesión presunta como su consecuencia jurídica.
- iii)** El demandado irrefutablemente incumplió con las obligaciones contractuales adquiridas en el Contrato de Transacción celebrado, al no cancelar la totalidad de las sumas de dinero convenidas en la forma y plazo pactados. En efecto, se avizora que el demandado se notificó del auto admisorio de la demanda por aviso y guardó silencio, lo que irrefutablemente constituye un indicio grave y hace presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, conforme lo preceptuado en los artículos 97, 205 y 372 numeral 4º del C.G. del P. Por consiguiente, con su silencio aceptó y reconoció que la parte actora fue fiel a sus compromisos y que aquel por su parte ha incumplido el contrato y, en consecuencia, de conformidad con la ley contractual, a los demandantes le asiste derecho legítimo a esta para pedir el cumplimiento del contrato y la respectiva indemnización de perjuicios.

Bajo tal derrotero, los demandantes tienen la potestad de solicitar el cumplimiento del contrato de transacción suscrito, esto es, condenar al señor **GILBERTO DAZA ARAGÓN** a cancelar las sumas de dinero a las que se obligó en el Contrato de Transacción celebrado el día 11 de mayo de 2010, esto es, la suma de **SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON SETENTA CENTAVOS (US \$69.435.73)**, valor que conforme a lo estipulado en el numeral 3.2. de la cláusula tercera, deberá realizarse en pesos colombianos a la tasa de cambio representativa del mercado (TRM) del día



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUEENTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

del pago. Conforme a lo solicitado en la demanda, este valor corresponde al daño emergente, previsto en el inciso 1° del art. 1614 del Código Civil es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación.

Igualmente, conforme a lo dispuesto en el pluricitado artículo 1546 del Código Civil, los demandantes también tienen la facultad de solicitar el pago de los perjuicios que se le han causado por el incumplimiento patente del demandado que, conforme se solicitó en el libelo genitor, está representado en el lucro cesante, que de conformidad a lo consagrado en el inciso 2° del artículo 1614 del Código Civil es la ganancia o provecho que dejó de reportarse para mis mandantes por todos estos años, a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, que en el presente caso corresponde a la indemnización por mora prevista en el artículo 1617 del Código Civil, es decir, el 6% anual, desde el día en que debió cumplirse cada obligación, hasta que se efectuó su cumplimiento.

Del señor (a) Juez,

Atentamente,

CLAUDIO A. TOBO PUEENTES
C.C. N° 1.098.253 de Nobsa (Boyacá)
T.P. No. 43.759 del C.S. de la J.

Señora Magistrada
Hilda González Neira
Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil

E. S. D.

Ref.: Proceso jurisdiccional por presuntas prácticas de competencia desleal de **DATACONTROL PORTUARIO S.A.** contra la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.**

Radicación No. 18 - 14463

Asunto: Sustentación de la apelación

Respetada Magistrada:

ANDRÉS JARAMILLO HOYOS, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.562.626 de Armenia y portador de la Tarjeta Profesional No. 75.015 de CSJ, actuando en mi calidad de apoderado de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. (en adelante la SPRBUN), por medio del presente y de conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, sustento el recurso de apelación que presenté en contra de la sentencia de primera instancia, proferida dentro del presente proceso en la audiencia llevada a cabo el 3 de julio de 2020.

I. APARTE DE LA SENTENCIA QUE NO SE COMPARTE

En la sentencia apelada el Juez de primera instancia resolvió:

“Paso a referirme a otro tema que es la prescripción. En relación con esto hubo, por eso es que toco el tema, hubo un pronunciamiento que se hizo en los alegatos de conclusión, la demandada se refirió a este punto, sin embargo, en la contestación de la demanda la excepción de prescripción no fue alegada, en relación con esto téngase en cuenta que el artículo 282 del Código General del Proceso señala que en cualquier tipo de proceso cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Como la excepción no fue alegada en la contestación de la demanda, no voy a hacer ningún pronunciamiento sobre ese punto.”

Este es el aparte que no se comparte, pues la excepción de prescripción sí se alegó en la contestación¹ de la demanda.

II. LA PRESCRIPCIÓN SÍ SE ALEGÓ EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El artículo 282 del Código General del Proceso dice:

***“Artículo 282. Resolución sobre excepciones.** En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, 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.”

En varios apartes de la contestación consta que se alegó dicha excepción.

En efecto la excepción *“es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos”*.²

En los siguientes apartes de la contestación de la demanda, de manera expresa se pidió que no se ventilaran los aspectos que están prescritos:

¹ Para facilidad del Despacho estimamos pertinente recordar que la contestación de la demanda se radicó el 22 de mayo de 2018, bajo el consecutivo No. 18-14463-**15**. Se hace esta aclaración en razón a que suponemos que la SIC envió el expediente en formato electrónico y creemos que conocer el número de consecutivo facilitaría la consulta de este documento.

² Devis, Echandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal. Tomo I Teoría General del Proceso, Editorial ABC - Bogotá, 197B.

- Página 5 de la contestación de la demanda, inciso segundo del capítulo de “Introducción” alegamos:

II. INTRODUCCIÓN

A pesar de no estar obligados a pronunciarnos en relación con las apreciaciones subjetivas que se hace en el capítulo de la introducción de la Demanda, estimamos pertinente manifestar que no compartimos las afirmaciones y conclusiones que se hacen en este capítulo.

Se afirmó en este acápite que la **SPRBUN** se auto limitó a *no participar directa o indirectamente en el mercado de movimiento de contenedores*, afirmación que es falsa, pues cuando menos desde el año 2010 la **SPRBUN** está participando en dicho mercado a través de la sociedad **TECSA**, es decir, **cualquier pretensión en relación con esto se encuentra prescrita**, de acuerdo con el escrito de excepciones previas que se radica junto con la presente.

- Al contestar el hecho 2.2.3.2. se propuso:

2.2.3.2. Es cierto. Desde hace más de tres años son competidores y siguen siéndolo.

3

- Al pronunciarnos sobre el hecho 2.3.1.2., el cual puede verse en la página 11 de la contestación de la demanda, alegamos:

2.3.1.2. No es cierto. La **SPRBUN** ha cumplido todos los compromisos que ha adquirido con las autoridades correspondientes y con quienes celebró contratos. En razón a que en este hecho no se aclara específicamente qué compromisos supuestamente fueron incumplidos, no nos es posible pronunciarnos de manera más precisa y defendernos de esta imputación. En todo caso, conforme al escrito de excepciones previas que se presenta junto con esta contestación, ese Despacho carece de competencia y jurisdicción para declarar el supuesto incumplimiento de las obligaciones que tiene o tenía la **SPRBUN** con la **ANI**, el Ministerio de Transporte y la **SIC** y adicionalmente, **cualquier supuesto incumplimiento se encuentra prescrito y/o caducado**, motivo por el cual mal se haría si se permitiera que se discutieran estos aspectos dentro de este proceso.

- Al pronunciarnos sobre el inciso final del hecho 2.3.1.4., el cual puede verse en la página 14 de la contestación de la demanda, alegamos:

- En referencia al tercer recuadro “2014”. El acta 324 del 10 de noviembre de 2014 puede ser estudiada por el despacho para lo pertinente y nos atenemos a lo que en la misma se dijo. En relación con el acta No. 325 el despacho puede estudiar la misma para lo pertinente y nos atenemos a lo que en ella se dijo. En referencia con el supuesto incumplimiento del **MIO** el 10 de diciembre de 2014, esto es falso. Como se dijo, las partes estuvieron negociando la posible integración y no se llegó a un acuerdo. **En todo caso, por haber pasado más de tres años desde este hecho y la presentación de la demanda, ya está prescrito según se dice en el escrito de excepciones previas que se presenta junto con este escrito.**

³ Se resalta que la prescripción extraordinaria es de 3 años, de conformidad con el artículo 23 de la ley 256.

- En la página 14 de la contestación de la demanda se alegó la prescripción extraordinaria de todo lo ocurrido antes del 14 de enero de 2015:

➤ Sin perjuicio de las salvedades que se dijo en cada uno de los puntos, reiteramos que respecto de cualquier hecho que haya ocurrido con anterioridad al 14 de enero de 2015 operó la prescripción extraordinaria por cuando desde esta fecha y la presentación de la demanda transcurrieron más de tres años, todo lo cual desarrollamos en el escrito de excepciones previas que se presenta junto con esta contestación.

- En la página 18, al pronunciarnos sobre el hecho 2.3.2.14., alegamos:

2.3.2.14. Es falso. La **SPRBUN** intentó múltiples acercamientos con los terceros operadores no socios de **TECSA** y estos no prestaron la información necesaria para hacer la valoración y proceso de debida diligencia correspondiente. En todo caso, esto fue conocido por la demandante en su momento y pasó más de dos años desde dicho momento y la presentación de la demanda, motivo por el cual cualquier reproche relacionado con esto está prescrito. Finalmente, la **SPRBUN** no ha incumplido ninguna de sus obligaciones y corresponderá a la demandante probar la existencia de la obligación y su incumplimiento. Pero es que **DATACONTROL** nunca solicitó a la **SIC** autorización para ser parte del **MIO**.

- En la página 20, al pronunciarnos sobre el hecho 2.3.2.16., alegamos:

Cualquier aspecto a discutir que se haya dicho en este anexo prescribió y por lo tanto no debe ventilarse dentro del presente proceso.

- Al contestar el hecho 2.5.1. se propuso:

2.5.1. Es falso. La **SPRBUN** acudió a la autoridad para que el contrato se ajustará al hecho de que el Decreto 838 de 1992 había sido declarado nulo y que en consecuencia, como lo había reconocido dicha autoridad, la propia **SIC** y la **SPT**, el numeral 12.19 de la cláusula décimo segunda había perdido eficacia. La cláusula 12.19.2 es ilegal, conforme a la sentencia No. 12691 del 24 de julio de 1997 del Consejo de Estado. Coherentemente con dicha sentencia, la Superintendencia de Industria y Comercio aprobó ya hace más de siete (7) años la integración entre la **SPRBUN** y **TECSA**, todo lo cual fue conocido por **DATACONTROL** y la demandante sólo años después, contradiciendo sus propios actos, decide manifestar que la **SPRBUN** no puede prestar servicios de operación portuaria.

- Así mismo, en el capítulo 7 de las excepciones se propuso que la **SPRBUN** ha prestado sus servicios desde hace más de 15 años:

7. La SPRBUN ha prestado servicios de operación portuaria desde la declaratoria de nulidad del Decreto 838 de 1992

Como se demostrará en este proceso, la **SPRBUN** ha prestado servicios de operación portuaria desde hace ya más de 15 años, con el conocimiento del demandante y de las autoridades portuarias, aduaneras, de policía, superintendencias y del público en general.

Pero es que adicionalmente, en **el escrito de excepciones previas, el cual, hace parte de una contestación de la demanda** se alegó igualmente la prescripción.

En efecto, al comenzar el escrito de excepciones previas se alegó lo siguiente:

ANDRÉS FELIPE YÁÑEZ TORRES, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de .018'433.358 y portador de la Tarjeta Profesional No. 223.655 del CSJ, actuando en mi calidad de apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.** (en adelante la **SPRBUN**), tal y como consta en el expediente, por medio del presente memorial procedo a presentar **EXCEPCIONES PREVIAS** a la Demanda interpuesta por **DATACONTROL PORTUARIO S.A.** (En adelante **DATACONTROL**), con fundamento en las consideraciones de hecho y de derecho que más adelante se exponen:

En este escrito se argumentará que la sola prestación de los servicios de operador portuario no puede ser constitutivo de actos de competencia desleal en razón a:

- Actos administrativos que están en firme y gozan de presunción de legalidad han reconocido la capacidad de la **SPRBUN** de actuar como operador portuario.
- En todo caso, **se encuentra prescrita cualquier acusación** según la cual la sola prestación del servicio de operador portuario es desleal, por cuanto **DATACONTROL** conoce esto desde hace más de tres (3) años.

-2-

Posteriormente en los capítulos 5, 6, 7 y 8, así como en la petición del escrito se alegó:

III. **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN**

5. **Prescripción respecto de la supuesta falta de capacidad de la SPRBUN para ser operador portuario**

Como es sabido, la prescripción es un pilar fundamental del derecho el cual está ligado a la seguridad jurídica. De no existir la prescripción y la caducidad, se llegaría al absurdo de permitir que situaciones jurídicas y comportamientos consolidados años atrás se discutan sin el menor reparo. Similarmente, la prescripción exige a las partes que actúen coherente y diligentemente, dado que, si una de las partes hipotéticamente fuera afectada por un acto "ilícito", es su deber actuar en contra de este y si, por el contrario, la parte supuestamente afectada guardara silencio durante varios años, debe entenderse que se encontraba de acuerdo con el mismo.

En desarrollo de lo anterior, conforme consta en los documentos que obran en el expediente, la **SPRBUN** y sus subordinadas realizan actividades de operador portuario desde hace más de tres (3) años y **DATACONTROL** tuvo conocimiento de esto. Si **DATACONTROL** hubiera considerado que la sola prestación de servicios de operador portuario por parte de la **SPRBUN** era un acto de competencia desleal, debió iniciar la presente acción hace varios años, cuestión que no sucedió.

En consecuencia, los supuestos actos de competencia desleal que **DATACONTROL** indilga a la **SPRBUN** por la mera prestación del servicio de operador portuario están prescritos.

6. **Prescripción de los supuestos incumplimientos de MIO y los actos administrativos que aprobaron la integración SPRBUN-TECSA**

La **SPRBUN** no incumplió el MIO, ni ninguno de los actos administrativos mediante los cuales la **SIC** autorizó la integración **SPRBUN-TECSA**. En todo caso, en los hechos de la demanda se encuentra que **DATACONTROL** confesó que los supuestos incumplimientos del MIO y de los actos administrativos mediante los cuales la **SIC** aprobó la integración **SPRBUN-TECSA** ocurrieron hace más de tres años, lo que

-8-

conlleva a que cualquier discusión al respecto y cualquier supuesto incumplimiento esté prescrito.

7. Prescripción respecto de los supuestos actos y daños en razón a que DATACONTROL no pudo comprar las acciones de TECSA

La SPRBUN no celebró contrato alguno con DATACONTROL en virtud del cual dicha sociedad se hubiese comprometido a venderle acciones de TECSA en un determinado precio.

Por lo tanto, la SPRBUN no causó un daño a DATACONTROL por supuestamente no haberle vendido acciones de TECSA y en todo caso, de los hechos de la demanda y del peritaje que se allegó junto con la demanda, se evidencia que los supuestos daños que alega DATACONTROL por no haber podido adquirir acciones de TECSA ocurrieron hace más de tres años (2013), motivo por el cual cualquier discusión o daño respecto de esto ya está prescrito.

8. Prescripción respecto del supuesto incumplimiento del CONTRATO DE CONCESIÓN y sus otrosíes por parte de la SPRBUN

Similar a lo que se ha dicho en otros acápites de este escrito, la SPRBUN no ha incumplido el CONTRATO DE CONCESIÓN, ni ninguno de sus otrosíes y en todo caso, en la misma demanda se confesó que los supuestos incumplimientos ocurrieron hace más de tres años, motivo por el cual, cualquier discusión al respecto está prescrita.

IV. PRUEBAS

A fin de probar las excepciones que se presentan en este escrito, solicito tener como pruebas las que obran en el expediente, las que se allegaron en los escritos de oposición a las medidas cautelares, las confesiones que se hicieron en la demanda y las pruebas que se allegaron junto con la misma, así como las pruebas que allego en la contestación de la demanda.

V. PETICIÓN

De acuerdo con lo dicho en este documento, respetuosamente solicito a ese despacho que declare que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio no puede conocer de:

-9-

...

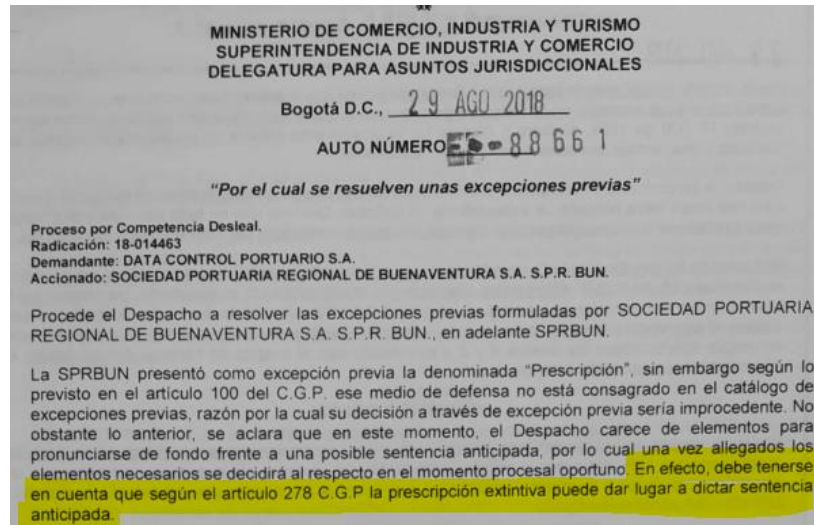
- La legalidad o no de los actos administrativos que han reconocido obligaciones y derechos a la SPRBUN, en razón a que el juez competente para ello es el juez contencioso administrativo.
- La legalidad, existencia, eficacia, validez o nulidad de las cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, en razón a que el juez competente para ello es el juez contencioso administrativo o el arbitral.
- La declaratoria de desleal por el sólo hecho de prestar servicios de operador portuario por parte de SPRBUN debido a que esta sociedad y/o sus filiales llevan prestando estos servicios desde hace más de tres (3) años.

Adicionalmente, solicitamos sea declarado que los supuestos daños y actos desleales de la SPRBUN que se practicaron hace más de dos años y que fueron conocidos por DATACONTROL y en todo caso, los que ocurrieron hace más de tres años, están prescritos y en consecuencia no pueden ventilarse dentro del presente proceso. Lo anterior incluyendo, pero sin limitarse a: 1) Los supuestos daños por no haber vendido acciones de TECSA a DATACONTROL; 2) El supuesto incumplimiento del MIO y de los actos administrativos de la SIC mediante los cuales autorizó la integración SPRBUN-TECA; 3) los supuestos incumplimientos del CONTRATO DE CONCESIÓN y los otrosíes del mismo en razón a que supuestamente DATACONTROL no podía realizar actividades de operador portuario.

Cordialmente,


Andrés Felipe Yáñez Torres
C.C. No. 1.018'433.358
T.P. No. 223.655

Tan claro es que la SIC conoció de la alegación de la prescripción que, al decidir las excepciones previas, mediante auto No. 88661⁴ del 29 de agosto de 2018, dijo lo siguiente:



De este aparte se evidencia que el Despacho tenía claro que la prescripción si fue alegada al momento de contestar la demanda, otra cosa era que no podía ser resuelta como una excepción previa sino que podría ser tema de una eventual sentencia anticipada.

El conocimiento de que la prescripción se había alegado en el momento de contestar la demanda, puede apreciarse igualmente en el auto 108315 del 26 de octubre de 2018 en donde la SIC dijo:

⁴ Para facilidad del Despacho estimamos pertinente recordar que este auto corresponde al consecutivo No. 18-14463-**26**. Se hace esta aclaración en razón a que suponemos que la SIC envió el expediente en formato electrónico y creemos que conocer el número de consecutivo facilitaría la consulta de este documento.

Bogotá D.C., 26 OCT 2018
Auto No. 108315
"Por el cual se resuelve solicitud de aclaración"

Proceso por Competencia Desleal.
Radicación: 18-014463
Demandante: DATA CONTROL PORTUARIO S.A.
Accionado: SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. S.P.R. BUN.

Conforme al numeral 2° del artículo 43 del C.G.P. se rechaza de plano la solicitud obrante a folio 22 a 24 del cuaderno 5, dado que es abiertamente improcedente y constituye una dilación manifiesta dentro del proceso. Lo anterior, teniendo en cuenta que es claro que la prescripción no se encuentra contenida en el listado taxativo de excepciones previas estipulado en el artículo 100 del C.G.P. aspecto que además ya había sido manifestado en Auto N°88661 del 29 de agosto de 2018.

NOTIFÍQUESE,

Incluso durante la audiencia inicial que se llevó a cabo el 11 de septiembre de 2019, a las 12:37:46 p.m. se realizó la siguiente petición:

Apoderado de la SPRBUN: "(...) Otro tema que yo también quisiera ya ahora pues, desde ya antes de seguir, porque tendría que ver adicionalmente con el tema de las pruebas sobre todo, es yo en virtud del artículo 278 del C.G.P. si quisiera que de pronto se pudiera dar una sentencia anticipada respecto de algunos aspectos de este proceso o de unas de las pretensiones por cuanto considero que está demostrada la prescripción, respecto de unas de esas pretensiones y también la falta de legitimación en la causa y me explico:

(...)

"Igualmente el hecho de que la Sociedad Portuaria ha sido operadora portuaria desde hace más de 3 años, anteriores a la presentación de la demanda, bien fuera, directamente o a través de la TECSA, entonces también se presenta el fenómeno de la prescripción. De hecho, la fusión de TECSA y Sociedad Portuaria ocurrió en el año 2015, donde evidentemente una vez hubo fusión, pues asumió las actividades que prestaba la sociedad absorbida, esto es, operación portuaria, entonces, considero que respecto de esa situación de pretensiones relacionadas con de si Sociedad Portuaria, puede o no puede prestar servicios de operación portuaria, pues, son hechos que Datacontrol conoció desde 2014 y 2015 en últimas y respecto de los cuales, entonces, se presentaría el fenómeno de la prescripción. (...) y por lo tanto esa situación, esas pretensiones estarían prescritas y pues en virtud del C.G.P. artículo 278 pues considero que podría ser desde ya expedirse una sentencia anticipada respecto de esas pretensiones por lo menos."

El Despacho: “bueno lo siguiente respecto de esos dos puntos: Lo primero es si hay una solicitud de, que tiene que ver con la, la participación accionaria de capital público, de la Sociedad Portuaria y efectivamente hay unas, hay un cambio de postura reciente de la Superintendencia en relación con ese tema. No lo he resuelto, está aquí el memorial, ya incluso tuvo traslado y hubo un pronunciamiento, esto ya se presentó hace tiempo, pero digamos la falta de jurisdicción no genere nulidad, sino si el juez actúa después de declararla, realmente el juez puede actuar sin competencia y sin jurisdicción, lo que pasa es que es improrrogable, entonces en el momento en que uno la advierta pues debe soltar el proceso, sólo que lo actuado conserva validez, no lo he revisado, voy a proferir el auto de pruebas, pero voy a ingresar el expediente para darle respuesta a eso, si hay una falta de jurisdicción se puede ir, pero igual lo actuado va a conservar validez. Digamos en este momento no existe una nulidad, entonces el auto de pruebas lo puedo dictar. Sobre lo otro, el tema de la sentencia anticipada, el C.G.P. contempla esa posibilidad de hacerlo cuando el juez encuentre probada alguna excepción, hay unas que se tienen que alegar y otras que incluso si no se alegan se puede reconocer de oficio, como el caso de la cosa juzgada, pero lo que si no existe es una sentencia anticipada para negar, digamos que yo tuviera que hacer un pronunciamiento para decirle no hay prescripción por tal cosa, esa posibilidad si no existe. Entonces como esto función es, si el juez le dictó una sentencia anticipada es porque encontró en ese momento probada alguna de esas excepciones que dan lugar a la sentencia anticipada, hasta el momento no lo he hecho y en su momento lo evaluare y si hay lugar a ello procederé a dictar la sentencia por ahora voy a decretar pruebas, ingreso el expediente, resuelvo lo de la posible falta de jurisdicción que fue alegada y listo.”

III. RAZONES PARA DECLARAR MEDIANTE SENTENCIA ANTICIPADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Dado que el Juez de primera instancia no se pronunció respecto de la prescripción, a continuación presento las razones de hecho y de derecho por las cuáles debe declararse la prosperidad de dicha excepción y, de acuerdo a lo señalado en el artículo 278 del C.G.P. daría lugar a proferir una sentencia anticipada:

3.1. PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE LA SUPUESTA FALTA DE CAPACIDAD DE LA SPRBUN PARA SER OPERADOR PORTUARIO. DATACONTROL ACTÚA EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS

Como es sabido, la prescripción es un pilar fundamental del derecho el cual está ligado a la seguridad jurídica. De no existir la prescripción y la caducidad, se llegaría al absurdo de permitir que situaciones jurídicas y comportamientos consolidados años atrás se discutan sin el menor reparo. Similarmente, la prescripción exige a las partes que actúen coherente y diligentemente, dado que, si una de las partes hipotéticamente fuera afectada por un acto “ilícito”, es su deber actuar en contra de este y si, por el contrario, la parte supuestamente afectada guardara silencio durante varios años, **debe entenderse que perdió la oportunidad para ejercer sus eventuales derechos.**

En desarrollo de lo anterior, conforme consta en los documentos que obran en el expediente (ver Resolución 255 de 2010 de la SIC y ver audiencia de la perito Tatiana Diaz), la **SPRBUN** y sus subordinadas realizan actividades de operador portuario con una anterioridad superior a 3 años a la fecha de presentación de la demanda con el conocimiento de **DATACONTROL**.

Si **DATACONTROL** hubiera considerado que la sola prestación de servicios de operador portuario por parte de la **SPRBUN** era un acto de competencia desleal, debió iniciar la acción varios años antes de la fecha en que presentó la demanda.

El conocimiento por parte de **DATACONTROL** de que **SPRBUN** prestaba servicios de operación portuaria se aprecia en el acta 218 de la Junta Directiva del día 13 de septiembre de 2007⁵ (que se encuentra en el párrafo final del folio 250 del cuaderno 2 del expediente), en la que el señor Isaza, representante legal y mayor accionista de **DATACONTROL** manifestó, respecto a las inspecciones lo siguiente:

“El ingeniero Oscar Isaza B. explicó sobre los equipos móviles y fijos que se utilizan para realizar estas inspecciones, considerando y recomendado que ese manejo debe hacerlo la Sociedad Portuaria y no terceros (...)”

Es que es tan claro que **DATACONTROL** conocía que **SPRBUN** prestaba servicios de operación portuaria hacía más de 3 años de la fecha de presentación de la demanda que incluso **antes del año 2013 le arrendó equipos a SPRBUN para que dicha sociedad prestara servicios de operación portuaria y en el 2013 se los vendió para que continuara haciéndolo.** Al respecto el Testigo Marco Vaca entre las 10:13:10 y las 10:15:21 de la mañana afirmó:

⁵ La cual se allegó como prueba el 22 de febrero de 2018, identificado bajo el radicado No. 18-14463-08, página 68 de dicho documento.

Andrés Jaramillo: ¿Y esos equipos reach stacker, de quien son?

¿Quién es el propietario de esos equipos?

Marco Antonio: Sociedad portuaria

Andrés Jaramillo: ¿Siempre ha sido sociedad portuaria el dueño de esos equipos?

Marco Antonio: No, no siempre fue sociedad portuaria, antes fueron contratados y luego sociedad los adquirió

Andrés Jaramillo: ¿A quién le contrato los equipos en ese “antes”?

Marco Antonio: Al operador datacontrol

Andrés Jaramillo: ¿Le arrendaba esos equipos a datacontrol?

Marco Antonio: Si, era propiedad de datacontrol y sociedad hizo un contrato con ellos para un tema de una cantidad de obras de esos equipos en el patio.

Andrés Jaramillo: ¿Y quién operaba el equipo?

Marco Antonio: En ese momento lo operaba personas de Datacontrol, sociedad pagaba un alquiler del equipo por unas horas durante el día

Andrés Jaramillo: Y posteriormente, ¿usted dice que posteriormente lo adquirió sociedad portuaria, cuando lo adquirió aproximadamente ese equipo?

Marco Antonio: Ese detalle preciso no lo tengo, creo que más o menos el contrato duro 4 o 5 años si mal no recuerdo, desde el 2008 hasta el 2012 diría yo y ya sociedad lo adquirió y puso personal propio en esa operación, 2012 o 2013, no tengo el detalle preciso.

3.2. PRESCRIPCIÓN RESPECTO DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y SUS OTROSÍES POR PARTE DE LA SPRBUN

La **SPRBUN** no ha incumplido el **CONTRATO DE CONCESIÓN**, ni ninguno de sus otrosíes y en todo caso, en la misma demanda se confesó que los supuestos incumplimientos ocurrieron hace más de tres años, pues por lo menos desde el año 2010 la **SPRBUN** ha realizado actividades de operación portuaria (aunque en realidad lo ha hecho desde mucho antes) motivo por el cual, cualquier discusión al respecto está prescrita. Así, en el hecho 2.3.2. la demanda señala:

2.3.2.1 La SIC mediante Resolución No 255 de 2010 aprobó, basada en la excepción de eficiencia, la integración empresarial entre SPBUN, hoy SPBUN y los operadores socios de TECSA, MARITRANS S.A., GRAN PORTUARIA BUENAVENTURA LTDA., TECSA, ELEQUIP S.A. Y NAUTISERVICIOS S.A.

2.3.2.2 Algunos de los aspectos relevantes del acto administrativo citado anteriormente y que son relevantes fueron:

- La operación que fue presentada a la SIC por las empresas intervinientes, consistía en un modelo de integración mediante el cual los operadores portuarios Marítimos Maritrans S.A., Gran Portuaria Buenaventura Ltda., Elequip S.A. y Nautiservicios S.A. y terrestres, entregaban su operación de movimientos de contenedores y carga general a TECSA.

Al respecto el testigo Abraham Quiñonez entre las 11:47:03 y las 11:53:30 manifestó:

Dr. Andrés Jaramillo: *¿Y usted sabe si en esos movimientos de bajar el contenedor al camión, y después de subirlo...lo bajaban otra vez del camión y volverlo a poner en el sitio de almacenamiento, quien hacia esos movimientos?*

Abraham Quiñonez: *Al interior del terminal lo hace Sociedad Portuaria porque tiene sus equipos especializados, allá en la parte de afuera también lo puede hacer...lo hacía Sociedad Portuaria...si, alquilando unos equipos, o con sus propios equipos que tenía de elevadores de 45,000 libras.*

Dr. Andrés Jaramillo: *¿Y eso lo venía haciendo desde mucho antes de 2016?*

Abraham Quiñonez: *Si claro.*

Si bien, en su momento también se alegó la prescripción respecto de las pretensiones declarativas que **DATACONTROL** presentó respecto al supuesto incumplimiento del MIO y las pretensiones indemnizatorias consecuenciales de las mismas, lo cierto es que, sobre ellas, las partes llegaron a un acuerdo de transacción, en virtud del cual **DATACONTROL** renunció a las mismas, razón por la que no es necesario referirnos a la prescripción sobre esas pretensiones.

IV. PETICIONES

Conforme a lo expuesto en el presente, respetuosamente pido al Tribunal revocar la decisión de no declarar la excepción de prescripción y en su lugar:

1. Declarar que la **SPRBUN** sí alegó y propuso oportunamente la excepción de prescripción.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se profiera una sentencia anticipada en la que se declare la prosperidad de esta excepción respecto de las pretensiones

relativas a supuestos actos de competencia desleal por la prestación de servicios de operación portuaria por parte de SPRBUN y supuesto incumplimiento del contrato de concesión.

V. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en el correo electrónico competencia@esguerra.com o en los correos ajaramillo@esguerra.com y ayanez@esguerra.com.

Atentamente,



ANDRÉS JARAMILLO HOYOS
C.C. No. 7.562.626 de Armenia
T.P No. 75.015 del C.S. de la J.

Bogotá, 13 de Enero de 2020

Honorables Magistrada
Dra. Hilda González Neira
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
E. S. D.

Radicación No 110013199001**20181446302**

Ref: Demanda de Competencia desleal jurisdiccional de Datacontrol Portuario S.A. en contra de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.

Complementación de la sustentación del Recurso de Apelación en contra de la sentencia de fecha 3 de julio de 2020.

Estimada Magistrada:

JULIO CÉSAR CASTAÑEDA ACOSTA, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 7.228.667 expedida en la ciudad de Duitama (Boyacá), abogado inscrito, y portador de la tarjeta profesional número 90.827 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la sociedad **DATACONTROL PORTUARIO S.A.** (en adelante, **DATACONTROL**), sociedad comercial con domicilio en la ciudad de Buenaventura, Valle del Cauca, identificada con NIT 835.000.837-7, tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente, estando dentro del término legal conferido mediante el auto de fecha 11 de diciembre de 2020, atentamente me dirijo ante Usted con el fin de complementar la sustentación del recurso de apelación presentada el día 12 de Enero de 2020, en los siguientes términos:

1. La presente complementación se realiza dentro del término legal concedido por el Despacho para presentar la sustentación del recurso de apelación.
2. Teniendo en cuenta que uno de los reparos concretos a la sentencia de fecha 3 de julio de 2020, fue el argumento tenido en cuenta por el Juez para indicar que no era competente para pronunciarse sobre la clausula 12.19 del Contrato de Concesión al respecto es importante que se tenga en cuenta:

- 2.1 En relación con este asunto, es preciso poner de presente que la norma bajo la cual deben analizarse las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio no corresponde a la ley 446 de 1998.
- 2.2 A partir de la promulgación y entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, la norma que se ocupa de las funciones jurisdiccionales a cargo de autoridades administrativas, es el artículo 24 del Código General del proceso, norma que dispone lo siguiente:

"Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas.

Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:

a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal

- 2.3 Una vez precisado lo anterior, debo indicar que el juez, **parte de una premisa argumentativa errónea** al manifestar que mediante la demanda de competencia desleal se pretenda que:
- i) La SIC declare que el numeral 12.19 de la cláusula décima segunda del contrato de concesión No. 009 de 1994 obliga a la SPRBUN a abstenerse de prestar servicios de operación portuaria.
 - ii) La SIC declare que la SPRBUN está autorizada o no para ser operador portuario.
 - iii) La SIC declare el incumplimiento del MIO.
 - iv) La SIC determine si DATACONTROL tenía derecho a que se le vendieran las acciones de TECSA. .
- 2.4 Por el contrario, tal y como consta en el escrito de demanda, las pretensiones de DATA CONTROL, fueron, entre otras las siguientes:

"PRIMERA.- Que se declare que la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA S.A., SPBUN, con sus comportamientos, realizó los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7, 8, 11, 17 y 18 de la Ley 256 de 1996 en contra de la sociedad DATACONTROL CONTROL PORTUARIO S.A.

SEGUNDA.- *Que como consecuencia de la declaración contemplada en la pretensión anterior, solicito se le ordene a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., SPRBUN remover los efectos producidos por las conductas desleales desplegadas en contra de la sociedad DATACONTROL PORTUARIO S.A., los cuales han consistido en:*

- i) Prestar, en contravía de la buena fe y los usos honestos, y pese a lo establecido en la cláusula 12 numeral 12.9 del contrato de concesión No. 009 de 1994, el servicio de operación portuaria respecto del movimiento de contenedores para operaciones terrestres de preinspección e inspección en la terminal marítima de Buenaventura, Valle del Cauca, hasta tanto realice el trámite legal que corresponde ante la autoridad competente, para la modificación de la cláusula previamente mencionada.*
- ii) Ofrecer, publicitar y prestar servicios de operador portuario, en contravía de la buena fe, los usos honestos y la ley, respecto del servicio de movimiento de contenedores para operaciones terrestres de preinspección e inspección. en la terminal marítima de Buenaventura, Valle del Cauca, a usuarios y clientes de este servicio de carga, hasta tanto realice el trámite legal que corresponde ante la autoridad competente, para la modificación de la cláusula previamente mencionada.*
- iii) Establecer mecanismos técnicos, jurídicos y operativos respecto del movimiento de contenedores para operaciones terrestres de preinspección e inspección en la terminal marítima de Buenaventura, Valle del Cauca, tendientes a i) Excluir a DATACONTROL del mercado citado anteriormente ii) Limitar el acceso de DATACONTROL a tecnologías esenciales como lo es el sistema COMOS iii) Impedir el acceso total de DATACONTROL a la terminal marítima de Buenaventura para prestar sus servicios como operador portuario en el mercado mencionado (movimiento de contenedores para operaciones terrestres de preinspección e inspección en la terminal marítima de Buenaventura)”.*

2.5 Pues bien, como puede apreciarse, en ningún momento DATACONTROL ha solicitado que la SIC se pronuncie sobre asuntos que no tienen que ver con su competencia. Por el contrario, los actos y situaciones que enumera la SPRBUN por medio de su apoderado hacen parte de una estrategia y una serie de incumplimientos y actos **CONTINUADOS EN EL TIEMPO**, realizados por la SPRBUN y sus directivas, que han generado en actos de competencia desleal en contra de mi representada, en el mercado de movimiento de contenedores en el terminal marítimo de Buenaventura.

2.6 De hecho, en lo tocante con el acto desleal de violación de normas, resultaría un absoluto contrasentido que la SIC no pudiese establecer que una norma, como lo es el contrato No. 009 de 1994, ha sido infringida y que dicho incumplimiento ha generado perjuicios a un agente de mercado, especialmente cuando el texto del numeral 19 de la cláusula décima segunda del referido contrato tiene un tenor literal tan claro.

Además, tal y como lo indica la SPRBUN para otros de sus argumentos, se trata de una disposición existente y cuya validez se presume, en tanto no ha sido modificada ni declarada ilegal por parte de los jueces administrativos, por lo cual la SIC tiene plena competencia para determinar si la violación de una norma vigente ha generado una ventaja competitiva ilegal en favor de la SPRBUN.

En tal virtud, la Superintendencia tiene la jurisdicción y es competente para adelantar el presente proceso y poder decidir las pretensiones de competencia desleal entabladas en la demanda, las cuales como ya se explicó tienen como soporte diversas actuaciones de la SPRBUN que son la fuente de los actos desleales reclamados en nuestro petítum.

3. En lo que respecta al contrato de concesión, debe indicarse que en la Jurisprudencia del Consejo de estado del año 2006, dicha corporación dejó muy en claro que las partes del mismo podrían acordar entre ellas, el hecho concreto que quien administrativa el puerto podría no realizar la función de operador portuario, es decir, de operar el puerto. Situación que se presenta para el caso concreto de la SPRBUN en el contrato de concesión del año 1994 y en la cláusula 12.19, la cual se encuentra vigente.

I. Petición

Con fundamento en lo expuesto solicito al Despacho de la Honorable Magistrada, se tenga en cuenta el presente memorial y se revoque en su totalidad la sentencia proferida el día 3 de julio de 2020 por la Superintendencia de Industria y Comercio y procedan a tener en cuenta los argumentos expuestos en el presente escrito que sirven para sustentar el recurso de apelación interpuesto por parte de DATACONTROL, concediéndonos la totalidad de las pretensiones de la demanda.

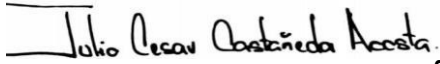
II. Notificaciones

Recibiré notificaciones en la Carrera 7 No 73-55 Oficina 1001 de la ciudad de

Bogotá o en la secretaria de su Despacho.

Correo electrónico: jcc@marquezbarrera.com y sofia.restreponoriega@gmail.com

Atentamente,



a) **JULIO CESAR CASTAÑEDA ACOSTA**
C.C. No 7.228.667 de Duitama
T.P. No 90.827 del C.S. de la J.

Doctora

ADRIANA AYALA PULGARIN.

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

E.

S.

D.

Rad. No 110013103 039 2008 00415 02

Como apoderado del demandado en este proceso, dentro del término legal, interpongo *el recurso de súplica de la referencia, por tratarse del auto según el artículo 331 del CGP, que por su naturaleza seria apelable de haber sido dictado en primera instancia por cuanto niega pruebas que son procedentes* con base en lo siguiente:

- 1.- El auto suplicado niega la solicitud de pruebas con el argumento que el artículo 327 del CGP, no contempla la oportunidad para ello se encuentra fenecida.
- 2.- ténganse en cuenta que el artículo 327 citado refiere los fenómenos del decreto de pruebas a instancia de parte o de oficio.
- 3.- el problema nuestro para nada radica en las pruebas en instancia de parte en segundo grado, sino a las oficiosas.
- 4.- frente a las pruebas de oficio nítidamente gozamos del derecho del principio de contradicción según lo contenido en el artículo 170 del CGP que ordena: "las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes".
- 5.- por tanto, ¿ que se entiende por contradicción en este caso?
- 6.- Observemos que la palabra contradicción no discrimina ni cercena el derecho de defensa , todo lo contrario, concede todas las la posibilidades mas amplias de controversia frente a las pruebas oficiosas, dentro de las que esta la posibilidad de solicitar nuevas pruebas para contradecir las pruebas oficiosas.
- 7.- en efecto esto ultimo fue lo que hicimos, es decir, solicitamos algunos medios probatorios conducentes, pertinentes y útiles con miras a controvertir los medios oficiosos.
- 8.- No obstante el despacho entendió que estas pruebas para controvertir las suyas no eran procedente, en abierto desconocimiento del artículo 170 del CGP mencionado.
- 9.- el despacho de modo sorpresivo, para negar nuestras pruebas acude al artículo 327 del CGP que nada tiene que ver para el evento, por cuanto estamos ejerciendo legítimamente la contracción probatoria con la solicitud de nuevas pruebas acorde con el artículo 170 del CGP.

En virtud de lo expuesto ruego al Magistrado que sigue en turno proyectar la revocatoria del auto suplicado para en su lugar decretar las nuevas pruebas.

De la Honorable Magistrada,



Jair Alexander Olave Calderón
c.c 79.609.307 TP 238.131 CSJ
notificacionesjuridicasoch@hotmail.com
tel. 3124257510.



Gilberto Romero Ruiz

ABOGADO

Especialista en Derecho de Familia
Pontificia Universidad Javeriana

Doctora:

ADRIANA AYALA PULGARIN.

Magistrada Sustanciadora – Tribunal 017 Superior Sala Civil Bogotá D.C.

E.

S.

D.

Ref. **Recurso de Reposición Auto Enero 13 de 2.021.**

Proceso Ordinario de Mayor Cuantía.

Dte. ABDALA ABDALA FLOREZ.

Ddo. ERIKA PATRICIA IREGUI TORO.

Rad. **110013103039 - 2011 00128 03.**

GILBERTO ROMERO RUIZ, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi condición de procurador judicial, antes del extinto ABDALA ABDALA FLOREZ (q.e.p.d.), quien fuera demandante en el proceso de la referencia, y ahora obrando como apoderado de **SALUA EMELINA ABDALA MELO, FADIA CARINA ABDALA MELO, SURAYA NAYIBE ABDALA MELO, AMIRA NATALIA ABDALA GONZALEZ y SUDKI YASER ABDALA IREGUI**, quienes actúan en su condición de hijos y como tal herederos y sucesores procesales del demandante, por medio del presente escrito, presento ante su señoría recurso de **REPOSICIÓN** contra el auto de fecha Enero 13 de 2.021, providencia mediante la cual su señoría decreta la Nulidad de la sentencia de fecha 9 de Julio de 2.019 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Caqueza – Cundinamarca presente proceso, argumentando que el Juez competente para conocer del presente asunto es el Juez de Familia Reparto de Bogotá.

Sirven de argumento a la presente replica, los siguientes:

El presente asunto fue ventilado primeramente ante los jueces de familia de Bogotá, según consta en el acta individual de reparto de fecha Febrero 1 de 2011, documento que obra dentro del plenario, reparto que le correspondiera al Juez Tercero de Familia de Bogotá D.C., bajo su conocimiento, se tramito con el numero radicación **110013110003-2011008200**, actuación que fenece por auto de fecha **Febrero 8 de 2011**, providencia por medio de la cual **rechaza de plano la demanda**, y con fundamento en el inciso 4º del numeral 7º del Art. 85 remite la demanda para que su conocimiento lo avoque el Juez Civil de Circuito (reparto) de Bogotá D.C.

Se vale y textualmente refiere el Juez Tercero de Familia de Bogotá, en su providencia de fecha Febrero 8 de 2011:

Calle 38 No. 32-41 Oficina 406 EDIFICIO PARQUE SANTANDER / Villavicencio – Meta.

Cel. 310 857 0250 email. gilbertoromeroruizabogado@gmail.com



Gilberto Romero Ruiz

ABOGADO

Especialista en Derecho de Familia
Pontificia Universidad Javeriana

*“El numeral 1 del literal B. Del artículo 26 de la ley 446 de 1998, reza: “Para los efectos del numeral 12 del párrafo primero del artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, se entiende que la competencia de los jueces de Familia señalada en ese precepto **solamente** comprende:*

*A. Los tipos de procesos declarativos sobre el **régimen económico del matrimonio**, cuando versen exclusivamente sobre los siguientes aspectos:*

*1. Rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma”
(resaltado y subrayado fuera de texto para destacar)*

*El presente asunto tiene por objeto la declaratoria de rescisión de la partición y lesión enorme, dentro de la liquidación de la **sociedad patrimonial** conformada entre ABDALA ABDALA FLOREZ y ERIKA PATRICIA IREGUI TORO, que implica que este Juzgado no es competente para conocer dicha actuación, a voces de la norma transcrita”....*

Luego se evidencia que el asunto que decidió la providencia en cuestión, ya había sido materia de debate y de resolución por los jueces de familia, quienes acertadamente rechazaron su conocimiento con fundamento en la misma norma, pues, si el **adverbio, solamente**, que contiene el artículo en cita, significa a las voces del diccionario, *de un solo modo, en una sola cosa, o sin otro cosa*, exclusivamente serán de su conocimiento los procesos declarativos del régimen económico del matrimonio, **no de la sociedad patrimonial de las uniones maritales de hecho**, y particularmente hablando de “*La rescisión de la partición de la sociedad patrimonial por lesión enorme y la nulidad de la misma*”.

Adicionalmente, el presunto vicio de invalidez, **que no existe**, dado que no fue alegado en la contestación de la demanda como excepción previa, pese a que el auto transcrito obraba dentro del expediente.

Así las cosas, ruego a la señora Magistrada tener a su consideración los siguientes documentos que obran en el expediente: copia del acta individual de reparto de fecha febrero 1 de 2011, copia del auto de fecha Febrero 8 de 2011, proferido por la Juez Tercera de Familia de Bogotá D.C., copia del oficio número 443, que dirige la Juez Tercera de Familia de Bogotá D.C., a la oficina de reparto, copia del acta individual de reparto de fecha Marzo 2 de 2011 y copia de los autos de fechas Marzo 22 y Abril 26 de 2011, proferidos por el Juez Treinta y Nueve Civil de Circuito de Bogotá D.C.

Por tal razón, ruego a su señoría reponer la providencia recurrida y en su lugar proferir la sentencia que defina el recurso de alzada.



Gilberto Romero Ruiz

ABOGADO

Especialista en Derecho de Familia
Pontificia Universidad Javeriana

Respetuosamente,

GILBERTO ROMERO RUIZ.

c.c. 86.049.177 de V/cio.

T.P. 139.203 del C.S.J.

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
Abogada

Honorable
MAGISTRADA NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARON
SALA DE DECISION CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, D. C.
E. S. D.

REF: RAD. No. 2016 – 00563 - 002
PROCESO: PROCESO DE SIMULACION
DE: LUIS FERNANDO RAMIREZ NIETO, LUZ DARY RAMIREZ NIETO
Y OTROS.
CONTRA: NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO, JAIME SOTOMONTES
VARGAS Y OTRO.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION, SUBSIDIARIAMENTE DE
APELACION Y EN SU DEFECTO EL DE QUEJA

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO y BERNARDO NUÉZ OTALORA, actuando en causa propia la primera y como apoderado de JAIME SOTOMONTES VARGAS, el segundo, encontrándonos dentro de los términos de ley, muy respetuosamente acudimos al Despacho de la Honorable Magistrada, con el fin de **INTERPONER RECURSO DE REPOSICION** y subsidiariamente el de Apelación, contra el auto de fecha dieciocho (18) de diciembre del año 2020, publicado en el estado del doce (12) de enero del año 2021, mediante el cual se nos negó el Recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del 30 de octubre del año 2020, argumentando que el valor del bien inmueble no supera el valor exigido para Casación; y en caso de ser denegado, en su defecto el Recurso de **QUEJA**, para lo cual se solicitamos comedidamente expedir las copias procesales necesarias y pertinentes para el trámite del recurso, lo cual nos permitimos fundamentar como sigue:

FUNDAMENTOS:

Indica el Ad Quem que el concepto del “interés para recurrir en casación”, alusivo al monto de las resoluciones desfavorables para el recurrente y cuantificado por el legislador, está contemplado como mínimo en 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Posteriormente indica: **“Por lo tanto el agravio irrogado al recurrente en casación con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, está representado por el valor del inmueble objeto de la negociación cuya simulación se depreca, pues, de salir avante la pretensión, el patrimonio del demandado quedaría reducido a la cuantía del bien simuladamente obtenido y, en caso contrario, la frustración del demandante, concernirá a ese monto”.**

Para el sustento del mencionado argumento, procede el Despacho a realizar una liquidación del avalúo del bien inmueble, a partir del año 20014 hasta el año 2020, donde se inicia la misma con un avalúo de **\$253'383.180,00** y termina con el año 2019 con un avalúo de **\$302.433.363,00 MONEDA CORRIENTE**, sin tener en

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
Abogada

cuenta el avalúo del año 2020, fecha en que se dicta el fallo y sin atender que los avalúos en éste país y en ésta ciudad no se ciñen estrictamente a los decretos emitidos para tal efecto, quedando el valor liquidado excesivamente por debajo el valor real del avalúo catastral señalado año por año por la Secretaría en mención y por ende del avalúo comercial.

Con sumo respeto nos permitimos discrepar de la liquidación efectuada por el Honorable Tribunal, Sala Civil, quien partió de avalúos inferiores a los catastrales reales, desde el año 2014, liquidando año por año como sigue:

- Para el año 2014 se proyectó un avalúo de **\$253'283.180,00** cuando el avalúo catastral real según el Formulario de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado emanado de la Secretaría de Hacienda, para esa fecha fue de **\$271'276.000,00 MONEDA CORRIENTE**, esto es, con la suma de **\$17'992.820,00** por debajo del valor catastral real según la Secretaría de Hacienda, bastante inferior al valor comercial, que es el que se debe tener en cuenta para efectos de la casación, razón por la cual por ese avalúo catastral se pagó un impuesto de **UN MILLON SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$1'669.000,00) MONEDA CORRIENTE** para el año 2014, (cuya copia nos permitimos aportar).
- Para el año 2015 se proyectó un avalúo de **\$260.881.675,00** cuando el avalúo catastral real según el Formulario de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado emanado de la Secretaría de Hacienda para esa fecha fue de **\$305.547.000,00 MONEDA CORRIENTE**, esto es, con la suma de **\$44'665.325,00** por debajo del valor catastral real según la Secretaría de Hacienda, bastante inferior al valor comercial, que es el que se debe tener en cuenta para efectos de la casación, por lo cual se pagó un impuesto de **UN MILLON OCHOCIENTOS TRES MIL PESOS (\$1'803.000,00) MONEDA CORRIENTE**, para el año 2015. (cuya copia nos permitimos aportar).
- Para el año 2016 se proyectó un avalúo de **\$268.708.125,00** cuando el avalúo catastral real según el Formulario de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado emanado de la Secretaría de Hacienda para esa fecha fue de **\$371.546.000,00 MONEDA CORRIENTE**, esto es, con la suma de **\$102.837.875,00** por debajo del valor catastral de la Secretaría de Hacienda, bastante inferior al valor comercial, que es el que se debe tener en cuenta para efectos de la casación, por lo cual se pagó un impuesto de **DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$2'164.000,00) MONEDA CORRIENTE**, para el año 2016. (cuya copia nos permitimos aportar).
- Para el año 2017 se proyectó un avalúo de **\$276.769.369,00** cuando el avalúo catastral real según el Formulario de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado emanado de la Secretaría de Hacienda para esa fecha fue de **\$379.321.000,00**

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
Abogada

MONEDA CORRIENTE, esto es, con la suma de **\$102.551.631,00** por debajo del valor catastral real proyectado por la Secretaría de Hacienda, bastante inferior al valor comercial, que es cual se debe tener en cuenta para efectos de la casación, por lo cual se pagó un impuesto de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS (\$2'458.000,00) MONEDA CORRIENTE**, para el año 2017. (cuya copia nos permitimos aportar).

- Para el año 2018 se proyectó un avalúo de **\$285'072.450,00** cuando el avalúo catastral real según el Formulario de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado emanado de la Secretaría de Hacienda para esa fecha superaba los **\$120'000.000,00 MONEDA CORRIENTE**, por debajo del valor catastral real proyectado por la Secretaría de Hacienda, bastante inferior al valor comercial, que es cual se debe tener en cuenta para efectos de la casación, por lo cual se pagó un impuesto de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL PESOS (\$2'477.000,00) MONEDA CORRIENTE**, para el año 2018. (cuya copia nos permitimos aportar).
- Para el año 2019 se proyectó un avalúo de **\$293.624.624,00** cuando el avalúo catastral real según el Formulario de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado emanado de la Secretaría de Hacienda para esa fecha fue de **\$426.973.000,00 MONEDA CORRIENTE**, esto es, la suma de **\$133.348.376,00** por debajo del valor catastral real proyectado por la Secretaría de Hacienda, bastante inferior al comercial, que es aquel que se debe tener en cuenta para efectos de la casación, por lo cual se pagó un impuesto de **DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL PESOS (\$2'767.000,00) MONEDA CORRIENTE**, para el año 2019 (cuya copia nos permitimos aportar).

En la liquidación proyectada por el Despacho se omitió proyectar el año 2020 en que se profirió el fallo de segunda instancia, el cual nos permitimos adicionar, como sigue:

- Para el año 2020 no se proyectó por el Despacho el avalúo, siendo para ese año el establecido según el Formulario de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado emanado de la Secretaría de Hacienda, de **\$458.103.000,00 MONEDA CORRIENTE**, esto es, **\$164.478.376,00** por encima del valor catastral proyectado por su señoría para el año 2019, quedando por fuera un año por avaluar, lo que disminuye considerablemente el valor tanto catastral como comercial del inmueble, y también muy diferente al comercial, que es aquel que se debe tener en cuenta para efectos de la casación, por lo cual se pagó un impuesto de **DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$2'968.000,00) MONEDA CORRIENTE**, para el año 2020 (el cual nos permitimos aportar).

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
Abogada

De las anteriores comparaciones y complemento, podemos apreciar que con el avalúo proyectado por el Despacho, se le estaría restando al valor comercial del bien inmueble objeto del proceso de simulación que nos ocupa, la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$246.717,564,00) MONEDA CORRIENTE**, lo que afecta considerablemente el Recurso de Casación incoado, eso sí en gracia de discusión aceptáramos que el valor de la casa corresponde como lo dice el código al valor del avalúo catastral más el cincuenta por ciento (50%), pero los suscritos no estamos de acuerdo con que el valor del bien inmueble corresponda realmente al avalúo catastral establecido por la Secretaria de Hacienda, más ese cincuenta por ciento (50%) como lo establece el Código General del Proceso en el inciso cuarto del artículo 444, que reza:

“Tratándose de bienes inmuebles será el del avalúo catastral del predio incrementado en un cincuenta por ciento (50%), salvo que quien lo aporte considere que no es idóneo para establecer su precio real. En este evento con el avalúo catastral deberá presentar un dictamen obtenido en la forma indicada en el numeral 1”.

Conforme a lo anterior, como quiera que los demandados estamos en total desacuerdo con que el precio comercial del inmueble objeto de la Litis, sea el establecido en los avalúos catastrales determinados por el Despacho a su digno cargo, conforme a las liquidaciones efectuadas, en las que quedó excluido el avalúo catastral del año 2020 (año de la sentencia), quedando la mencionada proyección por debajo de la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$246.717,564,00) MONEDA CORRIENTE**; así como tampoco con el establecido por la Secretaría de Hacienda, así sean incrementados en un cincuenta por ciento (50%) como lo reza el C. G. del P.; donde resalta que si ***llegásemos a estar de acuerdo con lo establecido en el inciso 4 del artículo 444 del Código General del Proceso, dichos valores y liquidaciones como se demuestra, estarían distando completamente*** de la realidad del valor comercial de la casa, lo que nos obliga a solicitar respetuosamente de la Honorable Magistrada Ponente, se nos otorgué el tiempo prudencial para la presentación del avalúo pericial realizado por un perito evaluador, teniendo en cuenta que nos encontramos en el segundo pico de una delicada Pandemia que tantas vidas humanas ha cobrado, a efecto de dar cumplimiento con lo establecido en la norma procedimental y no exponer nuestras vidas y la del perito, quien hasta la presente no ha podido realizar el avalúo pericial del bien inmueble debido a las preexistencias que padece en su estado de salud, así como por las preexistencias que padecemos los demandados, lo que se constituye en un grave riesgo para su y nuestra salud, que como todos sabemos podría poner en peligro de muerte nuestras vidas y por ende afectar a nuestro núcleo familiar.

Consideramos así mismo importante resaltar que en el numeral tercero de la providencia que se ataca, fechada 18 de diciembre del año 2020, en la cual la Honorable Magistrada Sustanciadora decide sobre la concesión del recurso de casación propuesto por Nidya Jeannette Ramírez Nieto y Jaime Sotomontes Vargas, contra la sentencia proferida el 30 de octubre del año 2020, argumenta: ***“Así las cosas , el quantum de la resolución desfavorable a los inconformes es de \$302.433.363,00 MONEDA CORRIENTE, cifra que no sobrepasa los 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$877.803.000,00), para la fecha***

Calle 12 b No. 8 - 23 Ofic. 615 - Cel. 3158794297 - Bogotá, D. C.

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
Abogada

en que se profirió el fallo atacado – 30 de octubre de 2020- circunstancia que, por sí sola, conduce a negar el recurso extraordinario propuesto”.

Al respecto con sumo respeto los aquí intervinientes nos permitimos manifestarle que disintimos de dicha aseveración, toda vez que como quedó demostrado, la proyección realizada por el Despacho es bastante inferior a los verdaderos avalúos catastrales proyectados año por año por la Secretaría de Hacienda, donde además dicha liquidación se realizó a partir del año 2014 hasta el año 2019, quedando excluido el avalúo catastral del año 2020, como ya se dijo, que fue el año en el cual se dictó la sentencia atacada y por ende debió incluirse en dicha liquidación, razón de ser que en la liquidación proyectada por tener en cuenta avalúos catastrales inferiores al determinado por la Secretaría de hacienda, solamente quedó un avalúo catastral del inmueble para el año 2019 en la suma de **\$302.433.363,00 MONEDA CORRIENTE**, sin que se haya proyectado con el incremento del cincuenta por ciento (50%), como lo reza el numeral 4 del artículo 444 del Código General del Proceso, lo que quiere decir que esa proyección no se ajusta a la realidad del valor comercial del bien inmueble. Si dicha proyección se ajustara a la realidad, ese valor se incrementaría a la suma de **\$453'650.055.50 MONEDA CORRIENTE con el 50%**, y no al determinado por la Honorable Magistrada; adicional a que reiteramos no fue tenido en cuenta el año 2020, que incrementa considerablemente éste valor para efectos del trámite del recurso de casación y que debe tenerse en cuenta.

Podemos apreciar entonces, que de acuerdo a la liquidación realizada por el Despacho, tendría una diferencia abismal como ya se ha dicho de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$246.717,.564,00) MONEDA CORRIENTE** con el avalúo catastral establecido por la Secretaría de Hacienda para el año 2020, fecha del fallo de segunda instancia, como ampliamente se ha explicado, concluyendo que entre los avalúos proyectados por el Despacho, los establecidos por la Secretaría de Hacienda y el valor comercial real de la casa, establecido por un perito evaluador, son completamente diferentes y distantes de la realidad, donde se establecen unas diferencias bastante notorias en los resultados de las sumas que a la postre resultan representativas para el recurso de casación que nos ocupa, las que deben tenerse en cuenta a efecto de establecer el valor comercial real del inmueble y como consecuencia de ello darle trámite al Recurso de Casación, razón de ser del avalúo pericial que se aportará oportunamente.

Adicional a ello como la liquidación de los verdaderos avalúos catastrales establecidos por la Secretaría de Hacienda, para el año 2020, ascienden a la suma de **\$458.103.000,00 MONEDA CORRIENTE**, al incrementarlo en el cincuenta por ciento (50%) como reza el Código General del Proceso, tendríamos un valor comercial del inmueble de **\$687.154.500,00 MONEDA CORRIENTE**, que tampoco es el valor comercial real de la casa objeto de la simulación que nos ocupa, y con el que no estamos de acuerdo; por lo cual insistimos en solicitar respetuosamente a la Honorable Magistrada se nos otorgué el término prudencial, teniendo en cuenta la difícil situación y circunstancias por las que atraviesa el mundo entero y las que han afectado terriblemente a nuestro país, las cuales no son desconocidas por absolutamente nadie y todos nos encontramos en alto riesgo de contraerlo; para aportar el correspondiente avalúo pericial, como ya se ha indicado; con el cual se demostrará el verdadero valor comercial de la casa de habitación.

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
Abogada

Es necesario reiterar que la causa por la cual ha sido imposible allegar a su Despacho el avalúo pericial, ha sido por las difíciles circunstancias por las que estamos atravesando desde comienzos del año pasado no sólo a nivel mundial, sino que ha afectado gravemente nuestro país con la Pandemia de Covid 19, que nos ha obligado a mantenernos resguardados y encerrados en casa, para no poner nuestra vida en peligro, lo que ha hecho imposible practicar un avalúo pericial al bien inmueble, no solo por parte de los suscritos sino por el evaluador, quienes padecemos de preexistencias que hacen más riesgosos el poner en peligro nuestras vidas, cuando muchos de nuestros familiares, parientes y conocidos han fallecido a consecuencia del Covid 19, por lo que en los actuales momentos no es viable practicar y aportar precisamente por lo anotado, por la grave afección padecida en Colombia, por la nueva sepa, que ha cobrado tantas vidas, lo que hace que desde todo punto de vista sea lógico que los seres humanos temamos poner en riesgo nuestras vidas y la de nuestros seres queridos, máxime cuando aún tenemos hijos que estamos obligados a sacar adelante, por el mismo instinto de supervivencia y conservación que nos acompaña, teniendo en cuenta adicionalmente que nos encontramos en cuarentena obligatoria las localidades de Usaqué y Engativá, donde residimos y se encuentra ubicada la casa objeto de la Litis, entre otras por el tan conocido Decreto de la Alcaldía Mayor de Bogotá y debemos tener en cuenta que, así se levante la misma, seguimos en peligro de contagiarnos con la Pandemia.

Honorable Magistrada, hay una imprevisibilidad con ésta pandemia, que nos acompaña como circunstancia excepcional, que pone en peligro nuestras vidas y la de todos los que por una imprudencia podemos salir afectados con el contagio del Covid19, se trata de una pandemia, que nos dificulta presentar el avalúo comercial del inmueble en este momento con el presente escrito, razón por la cual una vez más, comedidamente le solicitamos que una vez sea admitido el Recurso de Casación, de ser necesario; respetuosamente se solicitará a la Corte Suprema de Justicia, o a quien corresponda, se nos conceda el plazo prudencial para efectos de allegar el avalúo tantas veces mencionado, para que sea dicha Corporación o a quien le corresponda pronunciarse, se nos otorgue el término correspondiente y prudencial para que la parte interesada pueda sustentar el recurso interpuesto y consecuentemente allegar el avalúo comercial del mismo.

Bajo el principio de la credibilidad y buena fe de las partes, le rogamos a la Honorable Magistrada se sirva aceptar los planteamientos esbozados y darle trámite al recurso incoado y como consecuencia de ello, revocar la providencia fechada 18 de diciembre del año 2020, publicada en el estado del 12 de enero del año 2021, o de considerarlo, en su defecto, tramitar el Recurso de **QUEJA**, para que sea el superior quien decida, y como corresponde expedir a nuestra costa las copias procesales necesarias y pertinentes para el trámite del recurso.

Por consiguiente dejamos fundamentado el recurso incoado y en subsidio el Recurso de Queja ante el superior, conforme a lo explicado en la parte precedente de este escrito, y sustentado en los artículos 318, 320 y 352 del Código General del Proceso.

En consecuencia Honorable Magistrada, de ser necesario, sírvase ordenar a nuestra costa la expedición de las piezas procesales necesarias y el término dentro del cual se debe cancelar el valor de las mismas, y del arancel judicial, para consignar oportunamente y se surta el recurso de alzada.

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
Abogada

En los anteriores términos dejamos planteado el recurso, para su correspondiente trámite.

De la Honorable Magistrada Ponente,

Atentamente,



NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
C. C. No. 39'533.066 de Bogotá
T. P. No. 69.846 del C. S. de la J.



BERNARDO NUÑEZ OTALORA
C. C. No. 19'328.402 de Bogotá
T. P. No. 83.731 del C. S. de la J.



AÑO GRAVABLE
2014



Formulario de autoliquidación
electrónica asistida del
Impuesto predial unificado

Formulario No.
2014301010118489134

No. referencia del recaudo
14015868541

301

A. IDENTIFICACIÓN DEL PREDIO		3. CÉDULA CATASTRAL 67 54 8	
1. CHIP AAA0054ENRU	2. MATRÍCULA INMOBILIARIA 381410		
4. DIRECCIÓN DEL PREDIO KR 65A 67 47			
B. INFORMACIÓN SOBRE LAS ÁREAS DEL PREDIO		C. TARIFA Y EXENCIÓN	
5. TERRENO (M2) 171.50	6. CONSTRUCCIÓN (M2) 190.60	7. TARIFA 7.50	8. AJUSTE 137,000
		9. EXENCIÓN 0.00	
D. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRIBUYENTE			
10. APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL JAIME SOTOMONTES VARGAS			11. IDENTIFICACIÓN CC 80261484
12. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN KR 65A 67 47			13. CÓDIGO DE MUNICIPIO 11001
FECHAS LIMITES DE PAGO		Hasta 20/06/2014 (dd/mm/aaaa)	Hasta (dd/mm/aaaa)
E. LIQUIDACIÓN PRIVADA			
14. AUTOAVALÚO (Base Gravable)	AA	271,276,000	
15. IMPUESTO A CARGO	FU	1,898,000	
16. SANCIONES	VS	0	
F. AJUSTE PARA PREDIOS ACTUALIZADOS			
17. AJUSTE POR EQUIDAD TRIBUTARIA	AT	229,000	
18. IMPUESTO AJUSTADO	IA	1,669,000	
G. SALDO A CARGO			
19. TOTAL SALDO A CARGO	HA	1,669,000	
H. PAGO			
20. VALOR A PAGAR	VP	1,669,000	
21. DESCUENTO POR PRONTO PAGO	TD	0	
22. INTERÉS DE MORA	IM	0	
23. TOTAL A PAGAR (Renglón 20 - 21 + 22)	TP	1,669,000	
I. PAGO ADICIONAL VOLUNTARIO			
Aporte voluntariamente un 10% adicional al desarrollo de		SI ☐ NO ☒	Mi aporte debe destinarse al proyecto ☐
24. PAGO VOLUNTARIO (10% del renglón 18)	AV	0	
25. TOTAL CON PAGO VOLUNTARIO (Renglón 23 + 24)	TA	1,669,000	



1,669,000 =

AÑO GRAVABLE
2015



Formulario sugerido del
Impuesto predial unificado

Formulario No.
2015201011631447134

No. referencia del recaudo
15012661812

301

A. IDENTIFICACIÓN DEL PREDIO		3. CÉDULA CATASTRAL 67 54 8	
1. CHIP AAA0054ENRU	2. MATRÍCULA INMOBILIARIA 050C00381410		
4. DIRECCIÓN DEL PREDIO KR 65A 67 47			
B. INFORMACIÓN SOBRE LAS ÁREAS DEL PREDIO		C. TARIFA Y EXENCIÓN	
5. TERRENO (M2) 171.50	6. CONSTRUCCIÓN (M2) 190.60	7. TARIFA 7.50	8. AJUSTE 141,000
		9. EXENCIÓN 0.00	
D. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRIBUYENTE			
10. APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL JAIME SOTOMONTES VARGAS			11. IDENTIFICACIÓN CC 80261484
12. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN KR 65A 67 47			13. CÓDIGO DE MUNICIPIO 11001
FECHAS LIMITES DE PAGO		Hasta 10/04/2015 (dd/mm/aaaa)	Hasta 19/06/2015 (dd/mm/aaaa)
E. LIQUIDACIÓN PRIVADA			
14. AUTOAVALÚO (Base Gravable)	AA	305,547,000	305,547,000
15. IMPUESTO A CARGO	FU	2,151,000	2,151,000
16. SANCIONES	VS	0	0
F. AJUSTE PARA PREDIOS ACTUALIZADOS			
17. AJUSTE POR EQUIDAD TRIBUTARIA	AT	148,000	148,000
18. IMPUESTO AJUSTADO	IA	2,003,000	2,003,000
G. SALDO A CARGO			
19. TOTAL SALDO A CARGO	HA	2,003,000	2,003,000
H. PAGO			
20. VALOR A PAGAR	VP	2,003,000	2,003,000
21. DESCUENTO POR PRONTO PAGO	TD	200,000	0
22. INTERÉS DE MORA	IM	0	0
23. TOTAL A PAGAR (Renglón 20 - 21 + 22)	TP	1,803,000	2,003,000
I. PAGO ADICIONAL VOLUNTARIO			
Aporte voluntariamente un 10% adicional al desarrollo de		SI ☐ NO ☒	Mi aporte debe destinarse al proyecto ☐
24. PAGO VOLUNTARIO (10% del renglón 18)	AV	200,000	200,000
25. TOTAL CON PAGO VOLUNTARIO (Renglón 23 + 24)	TA	2,003,000	2,203,000



1,803,000

284620 124198 1/2 01357690051

AÑO GRAVABLE
2016Formulario sugerido del
Impuesto predial unificadoFormulario No.
2016201011603159050No. de referencia del recaudo
16010354581**201**

231589

A. IDENTIFICACIÓN DEL PREDIO

1. CHIP **AAA0054ENRU**2. MATRÍCULA INMOBILIARIA **050C00381410**3. CÉDULA CATASTRAL **67 54 8**4. DIRECCIÓN DEL PREDIO **KR 65A 67 47**

C. TARIFA Y EXENCIÓN

B. INFORMACIÓN SOBRE LAS ÁREAS DEL PREDIO

7. TARIFA **7.5**8. AJUSTE **149,000**9. EXENCIÓN **0**5. TERRENO (M²) **171.5**6. CONSTRUCCIÓN (M²) **190.6**

D. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRIBUYENTE

10. APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL **SOTOMONTES VARGAS JAIME**11. IDENTIFICACIÓN **CC 80261484**12. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN **KR 65A 67 47**13. CÓDIGO DE MUNICIPIO **11001**

FECHAS LÍMITE DE PAGO

Hasta **15/ABR/2016**Hasta **01/JUL/2016**

E. LIQUIDACIÓN PRIVADA

14. AUTOAVALÚO (Base gravable)

AA

371,546,000

371,546,000

15. IMPUESTO A CARGO

FU

2,638,000

2,638,000

16. SANCIONES

VS

0

0

F. AJUSTE PARA PREDIOS ACTUALIZADOS

17. AJUSTE POR EQUIDAD TRIBUTARIA

AT

234,000

234,000

18. IMPUESTO AJUSTADO

IA

2,404,000

2,404,000

G. SALDO A CARGO

19. TOTAL SALDO A CARGO

HA

2,404,000

2,404,000

H. PAGO

20. VALOR A PAGAR

VP

2,404,000

2,404,000

21. DESCUENTO POR PRONTO PAGO

TD

240,000

0

22. INTERÉS DE MORA

IM

0

0

23. TOTAL A PAGAR (Renglón 20 - 21 + 22)

TP

2,164,000

2,404,000

I. PAGO ADICIONAL VOLUNTARIO

Aporte voluntariamente un 10% adicional al desarrollo de Bogotá

Sí ☐ NO ☒Mi aporte debe destinarse al proyecto No. ☐

240,000

240,000

24. PAGO VOLUNTARIO (10% del renglón 18)

AV

2,404,000

2,644,000

25. TOTAL CON PAGO VOLUNTARIO (Renglón 23 + 24)

TA

SERIAL AUTOMÁTICO
DE TRANSACCIÓN (SAT)

SELLO



CONTRIBUYENTE

AÑO GRAVABLE

2017

ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDAFactura
Impuesto Predial Unificado

No. Referencia Recaudo: 17012863344

401

Factura
Número:

2017201041627556342

CODIGO QR:
Indicaciones de uso
al respaldo

A. IDENTIFICACIÓN DEL PREDIO

1. CHIP AAA0054ENRU 2. DIRECCIÓN KR 65A 67 47 3. MATRÍCULA INMOBILIARIA 050C00381410

B. DATOS DEL CONTRIBUYENTE

4. TIPO	5. No. IDENTIFICACIÓN	6. NOMBRES Y APELLIDOS O RAZÓN SOCIAL	7. CALIDAD	8. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN	9. MUNICIPIO
CC	80261484	JAIME SOTOMONTES VARGAS	PROPIETARIO	KR 65A 67 47	11001

10.

C. LIQUIDACIÓN FACTURA

11. AVALUO CATASTRAL	379,321,000	12. DESTINO HACENDARIO	61	13. TARIFA	7.2	14. % EXENCIÓN	0
15. VALOR DEL IMPUESTO A CARGO	2,731,000	16. DESCUENTO POR INCREMENTO DIFERENCIAL	0	17. VALOR DEL IMPUESTO AJUSTADO	2,731,000		

D. PAGO CON DESCUENTO

		HASTA	07/ABR/2017	HASTA	16/JUN/2017
18. VALOR A PAGAR	VP		2,731,000		2,731,000
19. DESCUENTO POR PRONTO PAGO	TD		273,000		0
20. DESCUENTO ADICIONAL	DA		0		0
21. TOTAL A PAGAR	TP		2,458,000		2,731,000

E. PAGO ADICIONAL VOLUNTARIO

22. PAGO VOLUNTARIO	AV		273,000		273,000
23. TOTAL CON PAGO VOLUNTARIO	TA		2,731,000		3,004,000

F. MARQUE EN EL RECUADRO, LA FECHA DE PAGO CON APOORTE VOLUNTARIO

HASTA

07/ABR/2017

HASTA

16/JUN/2017



FORTEALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA



FORTEALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA



(415)7707202600856(8020)17012863344190328827(3900)00000002731000(96)20170407



(415)7707202600856(8020)17012863344165585346(3900)00000003004000(96)20170616

BANCO DE OCCIDENTE 293

23293010396556

07716589

Valor Recibido: \$2,458,000

EF

27000 56859327

2017/04/07 Normal

Recibido Con Pago

G. MARQUE LA FECHA DE PAGO SIN APOORTE VOLUNTARIO



HASTA

07/ABR/2017



HASTA

16/JUN/2017



(415)7707202600856(8020)17012863344084961683(3900)00000002458000(96)20170407



(415)7707202600856(8020)17012863344024478696(3900)00000002731000(96)20170616

SERIAL AUTOMÁTICO
DE TRANSACCIÓN (SAT)

SELLO

CONTRIBUYENTE

UNION TEMPORAL CADENA DISTRIBUIDORES I-2015, CADENA S.A. - ENVIA Y CADENA COURRIER S.A.

cadena s.a.

AÑO GRAVABLE

2018

ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDARecibo Oficial de pago
Impuesto Predial Unificado

No. Referencia Recaudo

20016625223

501

Recibo
Número:

2020301054040138695

Código QR
Indicaciones de
uso al respaldo

A. IDENTIFICACIÓN DEL PREDIO

1. CHIP	AAA0054ENRU	2. DIRECCIÓN	KR 65A 67 47	3. MATRICULA	381410
---------	-------------	--------------	--------------	--------------	--------

B. DATOS DEL CONTRIBUYENTE

4. TIPO	5. No. IDENTIFICACIÓN	6. NOMBRES Y APELLIDOS O RAZÓN SOCIAL	7. % PROPIEDAD	8. CALIDAD	9. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN	10. MUNICIPIO
CC	39533066	NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO	0		CL 13 8 23 OF 615	BOGOTÁ, D.C. (Bogotá)

11.

C. PAGO

DETALLE		HASTA	31/10/2020	(dd/mm/aaaa)
12. VALOR A PAGAR	VP		2,477,000	
13. INTERESES	IM		0	
14. TOTAL A PAGAR	TP		2,477,000	



(415)7707202600856(8020)20016625223021776579(3900)00000002477000(96)20201031

SERIAL AUTOMÁTICO DE
TRANSMISIÓN (SAT)

SELLO



CONTRIBUYENTE

AÑO GRAVABLE

2019

Factura
Impuesto Predial Unificado

No. Referencia Recaudo

19011866247

401

Factura
Número:

2019201041617473359

Código QR
Indicaciones de
uso al respaldo

A. IDENTIFICACIÓN DEL PREDIO

1. CHIP AAA0054ENRU 2. DIRECCIÓN KR 65A 67 47 3. MATRÍCULA INMOBILIARIA 050C00381410

B. DATOS DEL CONTRIBUYENTE

4. TIPO CC 5. No. IDENTIFICACIÓN 80261484 6. NOMBRES Y APELLIDOS O RAZÓN SOCIAL JAIME SOTOMONTES VARGAS 7. % PROPIEDAD 100 8. CALIDAD PROPIETARIO 9. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN KR 65A 67 47 10. MUNICIPIO BOGOTÁ, D.C.

11.

C. LIQUIDACIÓN FACTURA

12. AVALUO CATASTRAL 426.973,000 13. DESTINO HACENDARIO 61-RESIDENCIALES URBANOS Y RURALES 14. TARIFA 7,2 15. % EXENCIÓN 0 16. % EXCLUSIÓN 0 17. VALOR DEL IMPUESTO A CARGO 3.074,000 18. DESCUENTO POR INCREMENTO DIFERENCIAL 0 19. VALOR DEL IMPUESTO AJUSTADO 3.074,000

D. PAGO

DESCRIPCIÓN		HASTA 05/04/2019 (dd/mm/aaaa)	HASTA 21/06/2019 (dd/mm/aaaa)
20. VALOR A PAGAR	VP	3,074,000	3,074,000
21. DESCUENTO POR PRONTO PAGO	TD	307,000	0
22. DESCUENTO ADICIONAL	DA	0	0
23. TOTAL A PAGAR	TP	2,767,000	3,074,000

E. PAGO CON PAGO VOLUNTARIO

24. PAGO VOLUNTARIO	AV	307,000	307,000
25. TOTAL CON PAGO VOLUNTARIO	TA	3,074,000	3,381,000

G. MARQUE LA FECHA DE PAGO CON APOORTE VOLUNTARIO

HASTA 05/04/2019 (dd/mm/aaaa)

HASTA 21/06/2019 (dd/mm/aaaa)



FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA



(415)7707202600856(8020)19011866247166862695(3900)00000003074000(96)20190405



FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA



(415)7707202600856(8020)19011866247125269443(3900)00000003381000(96)20190621

G. MARQUE LA FECHA DE PAGO SIN APOORTE VOLUNTARIO



HASTA 05/04/2019 (dd/mm/aaaa)



HASTA 21/06/2019 (dd/mm/aaaa)



(415)7707202600856(8020)19011866247091836387(3900)00000002767000(96)20190405



(415)7707202600856(8020)19011866247063241066(3900)00000003074000(96)20190621

SERIAL AUTOMÁTICO DE
TRANSMISIÓN (SAT)

SELLO

BANCOLOMBIA-BOGOTÁ

Fecha y hora: 21/03/2019 14:51:48

Sucursal: 030 - CARRERA OCTAVA

Cajero: 004 Horario: N

Referencia: 19011866247 Adhesivo: 07030010349712

Valor: 2,767,000.00 RECIBIDO CON PAGO

Antes de retirarse favor validar el valor pagado

CONTRIBUYENTE

AÑO GRAVABLE

2020

Factura
Impuesto Predial Unificado

No. Referencia Recaudo

20011087340

401

Factura

Número:

202001041608765366

Código QR
Indicaciones de
uso al respaldo

A. IDENTIFICACIÓN DEL PREDIO									
1. CHIP AAA0054ENRU		2. DIRECCION KR 65A 67 47				3. MATRÍCULA INMOBILIARIA 050C00381410			
B. DATOS DEL CONTRIBUYENTE									
4. TIPO CC	5. No. IDENTIFICACIÓN 80261484	6. NOMBRES Y APELLIDOS O RAZÓN SOCIAL JAIME SOTOMONTES VARGAS			7. % PROPIEDAD 100	8. CALIDAD PROPIETARIO	9. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN KR 65A 67 47		10. MUNICIPIO BOGOTÁ, D.C. (Bogotá)
11.									
C. LIQUIDACIÓN FACTURA									
12. VALOR CATASTRAL 58,103,000		13. DESTINO HACENDARIO 61-RESIDENCIALES URBANOS Y RURALES		14. TARIFA 7.2	15. % EXENCION 0		16. % EXCLUSIÓN		
17. VALOR DEL IMPUESTO A CARGO 3,298,000		18. DESCUENTO POR INCREMENTO DIFERENCIAL 0		19. VALOR DEL IMPUESTO AJUSTADO 3,298,000					
D. PAGO									
DESCRIPCIÓN		HASTA 14/08/2020 (dd/mm/aaaa)		HASTA 11/09/2020 (dd/mm/aaaa)					
20. VALOR A PAGAR		VP	3,298,000			3,298,000			
21. DESCUENTO POR PRONTO PAGO		TD	330,000			0			
22. DESCUENTO ADICIONAL		DA	0			0			
23. TOTAL A PAGAR		TP	2,968,000			3,298,000			
E. PAGO CON PAGO VOLUNTARIO									
24. PAGO VOLUNTARIO		AV	330,000			330,000			
25. TOTAL CON PAGO VOLUNTARIO		TA	3,298,000			3,628,000			
G. MARQUE LA FECHA DE PAGO CON APOORTE VOLUNTARIO									
HASTA 14/08/2020 (dd/mm/aaaa)				HASTA 11/09/2020 (dd/mm/aaaa)					



BOGOTÁ SOLIDARIA EN CASA



(415)7707202600856(8020)20011087340158567636(3900)00000003298000(96)20200814



BOGOTÁ SOLIDARIA EN CASA



(415)7707202600856(8020)20011087340158567636(3900)00000003298000(96)20200911

BANCOLOMBIA - BOGOTÁ D.C.

Fecha y hora: 13/08/2020 15:17:30

Sucursal: 168 - TOBERÍN

Cajero: 014 Horario: N

Referencia: 20011087340 Adhesivo: 07168020027792

Valor: \$ 2,968,000.00 *** RECIBIDO CON PAGO

Antes de retirarse favor validar el valor pagado

G. MARQUE LA FECHA DE PAGO SIN APOORTE VOLUNTARIO	
☒ HASTA 14/08/2020 (dd/mm/aaaa)	☐ HASTA 11/09/2020 (dd/mm/aaaa)
(415)7707202600856(8020)200110873409034649879(3900)00000002968000(96)20200814	(415)7707202600856(8020)20011087349067332831(3900)00000003298000(96)20200911

SERIAL AUTOMÁTICO DE TRANSACCIÓN (SAT)	SELLO
CONTRIBUYENTE	

Señores

HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA DE DECISION CIVIL

ATENCION: HONORABLE MAGISTRADA PONENTE NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARON

E. S. D.

REF: RAD. No. 2016 - 00563

PROCESO: SIMULACION ABSOLUTA

DE: HENRY HERNAN RAMIREZ NIETO Y OTROS

CONTRA: JAIME SOTOMONTES VARGAS, NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO Y OTROS.

PROVENIENTE DEL JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA.

ASUNTO: RECURSO DE SUPLICA CONTRA EL AUTO DE FECHA 18 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2020 MEDIANTE EL CUAL SE RECHAZÓ LA NULIDAD PLANTEDA EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE FECHA OCTUBRE 30 DE 2020.

NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO y BERNARDO NUÑÉZ OTALORA, actuando en causa propia la primera de las mencionadas y como procurador judicial el segundo de los nombrados, del señor **JAIME SOTOMONTES VARGAS**, demandados dentro del proceso de la referencia, comedida y respetuosamente acudimos al Despacho de la Honorable Magistrada Ponente, con el fin de manifestarle que nos permitimos interponer **RECURSO DE SUPLICA** conforme lo establece el numeral primero del artículo 331 del C. G. del P., en contra del auto de fecha 18 de diciembre del año 2020, publicado en el estado del 13 de enero del año 2021, por medio del cual se rechazó el incidente de nulidad interpuesto por los suscritos, en contra de la sentencia de segunda instancia de fecha 30 de octubre del año 2020; lo cual nos permitimos sustentar de la siguiente forma:

FUNDAMENTOS:

Como bien lo manifestó la Honorable Magistrada Ponente, las nulidades procesales obedecen al propósito de resguardar las garantías constitucionales a las partes e intervinientes afectadas con el vicio.

La Honorable Magistrada Ponente de la Sala de Decisión Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, rechazó el Incidente de Nulidad interpuesto por los incidentantes, fundamentando su actuación en el principio de convalidación previsto en el artículo 136 del Código General del Proceso,

argumentando que a la invalidación del acto procesal solo se llega excepcionalmente, cuando la violación al debido proceso se ha consumado con la salvedad de los vicios de carácter insaneable, como son únicamente: proceder contra providencias ejecutoriadas del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia.

Honorable Magistrado encargado de resolver el presente Recurso de Súplica, si bien es cierto, los argumentos procesales en que se fundamenta la Honorable Magistrada Ponente para rechazar el incidente de nulidad propuesto por los suscritos, son los específicamente nombrados en el sistema procesal vigente, no menos cierto es que, en el incidente de nulidad que nos ocupa, se advirtió al Honorable Cuerpo Colegiado sobre la violación de varios derechos fundamentales de los demandados, como son: el derecho a la administración de justicia, el derecho de defensa y contradicción, todos ellos integrantes del Derecho fundamental al Debido Proceso contemplado en el artículo 29 de nuestra Constitución Política.

Los fundamentos nombrados anteriormente son de carácter supra legal, en cuanto vulneran los derechos constitucionales fundamentales de los demandados, mencionados anteriormente, todos ellos contemplados en el artículo 29 de nuestra Constitución Política.

La violación al debido proceso que se alega, está constituida por el hecho que el Recurso de Apelación que se presentó en contra de la sentencia emitida por el Juez A Quo, se radicó con fecha 18 de septiembre del año 2019, y el mismo, fue resuelto bajo los parámetros previstos en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Honorable Magistrado encargado de resolver el presente recurso de súplica, si como se manifestó anteriormente el Recurso de Apelación se interpuso el 18 de septiembre del año 2019, aquel ha debido resolverse bajo los parámetros previstos en la Ley 1564 de 2012, especialmente en lo previsto en el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, como muy bien lo argumentó la Honorable Magistrada **CLARA INES MARQUEZ BULLA**, en su aclaración de voto de la sentencia emitida por el Cuerpo Colegiado, manifestando la Honorable Magistrada nombrada que: ***“... el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, regula que la nueva ley procesal no tiene aplicación inmediata, ya que en tratándose de ... los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones...***

En estas condiciones la aplicación de dicha preceptiva se revela nítida en lo relativo a los recursos planteados en vigencia de la ley procesal anterior, pues, precisamente, al amparo de aquella norma, si el medio de impugnación se inició bajo el imperio de una determinada norma, debe continuar su

decurso al tenor del procedimiento establecido por ésta disposición, hasta tanto culmine su trámite. Vale decir, no cambiar las reglas procesales de actuaciones que ya estaban en curso. Desconocer estos principios desemboca en que las partes pueden verse afectadas al modificarle las reglas que observaron cuando formularon sus reparos. Sin temor a equivocación, es una vulneración al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la carta magna”. De manera extraña la Honorable Magistrada Ponente, soslayando la obligación que les asiste a los jueces de pronunciarse sobre la totalidad de las peticiones que se les formulen, misteriosa e inexplicablemente omitió pronunciarse sobre la Nulidad Constitucional planteada por los incidentantes, y que con absoluta seguridad debe dar al traste con la sentencia de segunda instancia de fecha 30 de octubre del año 2020.

*Respecto de la Nulidad supra legal y por lo tanto, desde todo punto de vista insaneable que se planteó ante la Sala de Decisión Civil del Cuerpo Colegiado, la Honorable Corte Suprema de Justicia en un caso similar al que nos ocupa, en donde el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales impuso a la apelante a sustentar el recurso de apelación interpuesto, bajo los parámetros fijados en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, a pesar de que el recurso se interpuso en vigencia del artículo 327 del Código General del Proceso, la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, con Ponencia del Magistrado **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**, mediante sentencia STC6687-2020, del 3 de septiembre de la año 2020, con Radicación No. 11001-02-03-000-2020-02048-00, al resolver la acción de tutela impetrada por la afectada, se pronunció de la siguiente manera:*

“(…) 3. Así las cosas, la autoridad convocada lesionó las garantías superlativas de la accionante al no tener en cuenta el tránsito de legislación entre el artículo 327 del Código General del Proceso y el canon 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, en materia de recursos interpuestos.

...

5. En consecuencia, se otorgará el auxilio implorado, previniendo a la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en conductas como la que dio origen a la presente salvaguarda; ordenándosele, además, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de este pronunciamiento, deje sin efecto la decisión proferida el 25 de junio de 2020, así como las providencias que de ella se deriven y, en el mismo término, tramite la apelación formulada por la actora, teniendo en cuenta para ello las razones aquí esbozadas. (…)

Es de anotar que la sentencia de la acción de tutela que se menciona anteriormente, se planteó como referente por parte de los aquí incidentantes,

a la Sala de Decisión Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá en el incidente de Nulidad que nos ocupa, sin que la citada sentencia hubiese sido objeto de algún tipo de pronunciamiento por parte de la Honorable Magistrada Ponente, encargada de resolver el incidente de nulidad, como sí la misma no existiera, demostrando de ésta forma y con sumo respeto lo manifestamos, un total desprecio por la misma.

La Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el Incidente de Nulidad planteado, indica que la nulidad es una institución que “está gobernada por el principio de la convalidación, en tanto la supuesta irregularidad será saneada en los precisos eventos previstos en el artículo 136 ibídem, sin que por tanto haya lugar a su declaración, pues a la invalidación del acto procesal sólo se llega excepcionalmente cuando la violación al debido proceso se ha consumado y aquella es la única manera de salvaguardar la vigencia de tal derecho”. Situación que fue la ocurrida con el incidente de nulidad planteado, toda vez que con el actuar del Despacho se les violó a los incidentantes el debido proceso, contemplado en nuestra Constitución Nacional que es norma de normas.

Nulidad que como bien lo afirma la Corte: “Sólo la parte afectada puede saber y conocer el perjuicio recibido, y de una u otra manera lo revelará con su actitud; más hácese patente que si su interés está dado en aducir la nulidad, es de suponer que lo hará tan pronto como la conozca”; como aconteció, razón de ser, de haber planteado inmediatamente el incidente que nos ocupa, pues, como quedó claro, fue al momento de conocer la sentencia de segunda instancia fechada 30 de octubre del año 2020, cuando se estableció plenamente que el Tribunal había incurrido en una violación al debido proceso, razón de ser de haber interpuesto la nulidad que nos ocupa, lo cual no podía establecerse con antelación, sólo al conocer el fallo de segunda instancia.

El Honorable Tribunal adujo que los incidentantes convalidaron la actuación, por haber presentado el escrito de apelación cuando el mismo fue ordenado por la Corporación, donde realmente lo que se hizo fue ratificar el presentado ante la primera instancia en el mes de septiembre del año 2019; en otras palabras fue el Honorable Tribunal quien indujo en error a los apelantes al ordenarles presentar nuevamente el Recurso de Alzada, cuando este se había allegado dentro del término legal, bajo los parámetros del Código General del Proceso, es decir, los incidentantes actuaron conforme a la ley, fue el Tribunal quien los indujo en error al ordenarles presentar nuevamente el recurso, vuelve y se repite, y una vez ejecutado el acto ordenado, por los apelantes, el Honorable Tribunal les enrostra una supuesta convalidación que como se recalca, fue fruto de la inducción en error que provocó el Tribunal, no obstante, como ampliamente se explicó en el incidente, la alzada debía continuar con el trámite previsto en el artículo 327 del C. G. del P. y no por el Decreto 806 de junio de 2020, de donde se deduce que el Honorable Tribunal no tenía por qué haber emitido ese auto.

Aunado a lo anterior y como quiera, que la Nulidad planteada es de carácter constitucional o supra legal, por lo tanto insaneable, comedidamente

solicitamos solicita al Honorable Magistrado conocedor del recurso de súplica, decretar la nulidad pedida y en consecuencia se ordene convocar a las partes para la realización de la audiencia prevista en el artículo 327 del Código General del Proceso.

En los anteriores términos dejamos interpuesto el Recurso planteado.

Atentamente,



NIDYA JEANNETTE RAMIREZ NIETO
C. C. No. 39'533.066 de Bogotá
T. P. No. 69.846 del C. S. de la J.



BERNARDO NUÑEZ OTALORA
C. C. No. 19'328.402 de Bogotá
T. P. No. 83.731 del C.S.J.

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
Magistrada Ponente: doctora Ruth Elena Galvis Vergara
E. S. D.

REF: Proceso Ordinario (Fase Ejecutiva) del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA PROSPERIDAD SOCIAL (Antes AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL) contra SEGUROS CÓNDOR S.A. LIQUIDADA No.12-2006-085-02.

ASUNTO: RECURSO DE SÚPLICA.

Obrando como mandatario judicial del extremo pasivo de la litis, dentro del asunto de la referencia, me permito formular recurso de súplica frente al auto del 12 de enero de 2021, a través del cual negó la nulidad de la actuación procesal respecto de la fase ejecutiva propuesta en este asunto, a efecto de que se revoque y en su lugar se acceda a lo pretendido, para lo cual hago alusión a los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

1.- El Tribunal no accede a la declaratoria de nulidad, alegando que las decisiones relacionadas en el incidente de nulidad fueron anteriores a la orden de pago dictada el 8 de abril de 2019 "es más, vanos años antes de que por la jurisdicción se resolviera la demanda declarativa que impuso la condena que se cobra... precisamente bajo la previsión de la existencia en contra de la sociedad liquidada, se constituyó el patrimonio autónomo para la administración y pago de las obligaciones, del que se encargó a Fiduagraria S.A., su vocería, por lo cual entre otros compromisos ésta asumió la atención de procesos, la provisión y pago de las obligaciones cargo de Cóndor "en el momento que se hagan exigibles producto de procesos judiciales o administrativos". Terminando con la conclusión de que para este evento no era aplicables los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006.

2.- Para no hacer extensivo este escrito, me permito ratificar todos los argumentos relacionados en los hechos sustento de la nulidad, dentro de los cuales se resalta que en la Resolución de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de Seguros Cóndor S.A. se dispuso oficiar a los jueces de la república para efectos de que suspendieran los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de la toma de posesión, con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida. Y precisamente, las obligaciones impetradas en la fase ejecutiva tuvieron ocurrencia con anterioridad a la toma de posesión.

3.- De otro lado y para acreditar que la decisión atacada no corresponde a la realidad jurídica ni procesal, complemento los argumentos esgrimidos en los hechos de la nulidad con el siguiente análisis jurídico:

Conforme lo acreditan los documentos que obran en el expediente, referidos a la Liquidación de CONDOR S.A., los demandantes en el proceso ordinario se hicieron parte en la liquidación y su acreencia fue rechazada, por lo que para ellos y para aquellos que no se hicieron parte en la liquidación, conforme a la Ley 1116 de 2006, el Decreto 2555 de 2010 y disposiciones del Código de Comercio, el Liquidador debía determinar el pasivo cierto no reclamado (artículo 9.1.3.2.7. Decreto 2555 de 2010) de acuerdo con la contabilidad, para ser pagado una vez atendidas las obligaciones reconocidas en la liquidación, agregando además que el contrato de fiducia suscrito con la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA, debía ejecutarse con respeto de las reglas legales de la liquidación, entre otras las que contienen los derechos de los acreedores sobre el pasivo cierto no reclamado.

La liquidación forzosa administrativa de CONDOR S.A., se rigió por las reglas de los artículos 9.1.1.1., y 9.1.3.1.1., del Decreto 2555 de 2010; en cuanto al proceso de reclamación de acreencias, el artículo 9.1.3.2.1. del mismo Decreto dispone un amplio grado de publicidad de

la medida de liquidación, a través de emplazamiento, a quienes tuvieran reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida.

No puede desconocer el Despacho que el contrato de fiducia suscrito entre la extinta aseguradora y la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA, definió unos procedimientos que las decisiones judiciales adoptadas no pueden desconocer, afectando con ello los intereses legítimos de acreedores debidamente reconocidos en su momento por la liquidación.

El 30 de diciembre de 2015 entre Cóndor S.A., Compañía de Seguros Generales (hoy liquidada) NIT 890.300.465 y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario Fiduagraria S.A. NIT 800.159.998, se suscribió el contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pago de Remanentes No. FID-0087 DE 2015 con sus respectivos anexos, cuyo objeto de conformidad con la cláusula TERCERA del mencionado contrato, la cual indica:

"TERCERA: OBJETO: El objeto del presente CONTRATO es la constitución de un Patrimonio Autónomo de Administración y Pagos de Remanentes bajo la administración y vocería de la FIDUAGRARIA destinado a:

(...)

d. Atender los procesos judiciales, arbitrales y administrativos, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte el FIDEICOMITENTE. (...)"

Seguidamente, se encuentra en el artículo TERCERO, PARÁGRAFO TERCERO que:

"Las partes dejan expresa constancia, que ni el Patrimonio Autónomo ostenta la calidad de cesionarios o subrogatorios de las obligaciones del FIDEICOMITENTE. La FIDUAGRARIA, únicamente actúa en calidad de vocera y administradora de los recursos y activos fideicomitidos".

Ahora bien, continuando con el mencionado contrato de fiducia mercantil celebrado entre Cóndor S.A., en liquidación con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario FIDUAGRARIA S.A., se hace necesario destacar la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA, que contempla:

"DOCUMENTOS DEL CONTRATO: harán parte del contrato, además del texto con sus anexos, i) La invitación pública de fecha 22 de Octubre de 2015 y la información adicional presentada por el liquidador de CÓNDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES EN LIQUIDACIÓN. ii) La oferta comercial presentada por FIDUAGRARIA S.A. iii) Las modificaciones o cambios que se convengan por escrito entre las partes durante la ejecución del contrato y iv) la relación de los activos que se entregan al patrimonio autónomo. En caso de discrepancia entre los documentos se acudirá, en primer lugar, al texto del contrato y en segundo término a la oferta presentada.

Anexos No 1.

(...)

Anexos No. 6. Reclamaciones por procesos judiciales y de responsabilidad fiscal presentados a Cóndor S.A. dentro del plazo de la liquidación.

Anexos No. 7. Procesos judiciales notificados después del 27 de diciembre de 2013.

Anexos No. 8. Proceso de responsabilidad fiscal iniciados después del 27 de diciembre de 2013.

Anexos No. 9. Procesos administrativos iniciados después del 27 de 2013.

Anexo No. 10. Resoluciones de reconocimiento de acreencias dentro del proceso de liquidación".

Respecto de los procesos entregados a FIDUAGRARIA S.A. para su administración, se debe indicar que, sobre los cuales se hace mención en la CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCERA, no corresponden a la totalidad de los procesos que sean iniciados en contra de la compañía de seguros liquidada; estos procesos, corresponden única y exclusivamente a los que fueron oportunamente reclamados dentro del proceso de liquidación y a los que fueron debidamente notificados en vigencia del proceso de liquidación de la compañía.

Así las cosas, la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S. A. no podría extralimitar las facultades otorgadas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil No. FID-0087 de 2015, pues debe puntualizarse que las obligaciones de Fiduagraria se encuentran enmarcadas en el mencionado Contrato Fiduciario, sin que ello permita una extralimitación de las funciones u obligaciones acordadas en dicho documento, conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Jaime Alberto Arrubla, en Sentencia del 15 de septiembre de 2009. Referencia C-1100131030121991-15015-01:

"(...) La fiducia mercantil, en cuyo beneficio se forma un patrimonio autónomo, con las consecuencias que ello comporta, es un negocio jurídico de sustitución, en virtud del cual una persona, el fiduciante, encarga a otra, llamado fiduciario, el cumplimiento de una finalidad específica, respecto de unos bienes concretos, mediante la transmisión condicional de la propiedad para el efecto propuesto, a favor de terceros o del constituyente, quienes reciben el nombre de beneficiarios.

El fiduciario, por lo tanto, es un gestor profesional de intereses ajenos, en cuanto actúa en representación de ese patrimonio autónomo. De ahí que, en principio, tiene todas las facultades necesarias para cumplir la finalidad señalada en el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos estipulados o de las reservas efectuadas por el fiduciante al momento de la constitución, inclusive con las incompatibilidades que se presenten al logro de esa finalidad.

El artículo 1234, numeral 1º del Código de Comercio, señala como un deber indelegable del fiduciario, "realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia". No obstante, dada la amplitud de la disposición, se entiende que el cargo no puede ejercerse sin limitación alguna, sino que debe circunscribirse a las instrucciones que se hayan impartido en el acto constitutivo, si las hay, obviamente, o en función de la finalidad misma del contrato, es decir, de la voluntad del constituyente.

Entonces, de acuerdo con los postulados de Honorable Corte Suprema de Justicia, es claro que la Sociedad de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A., en su calidad de vocero de los fideicomisos a su cargo, no puede jamás extralimitarse en el cumplimiento de las obligaciones y funciones establecidas en el contrato fiduciario y sus anexos.

Al respecto resulta oportuno citar también un pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, donde refiriéndose de manera puntual a la liquidación de CONDOR S.A., estableció límites a las acreencias que estaban por fuera de la liquidación, en los siguientes términos, "al interpretar el alcance de este tipo de contratos, no puede desconocerse la posibilidad de que los titulares de acreencias ciertas hagan valer sus derechos contra el remanente del patrimonio autónomo una vez se hayan pagado los acreedores reconocidos en el procedimiento liquidatorio, dado que la finalidad del contrato fiduciario es evidentemente la de concluir los pagos a cargo de la entidad liquidada y extinta"¹. (Subrayado y negrillas fuera del texto). Y a renglón seguido la misma providencia estableció que, "la parte ejecutante en estos casos está supeditada para el pago a la existencia de los remanentes que quedan después de atender las acreencias de los acreedores que se presentaron al procedimiento liquidatorio, porque los efectos de su no comparecencia en el citado procedimiento la colocan en un orden de pago quirografario posterior al de aquellos que si obtuvieron la graduación y calificación de créditos; ello es así toda vez estos últimos tienen el beneficio legal que se deriva

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, Consejera Ponente MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Auto de marzo 5 de 2019, Expediente 66001-23-31-000-2000-00131-02 (63376).

del reconocimiento de sus acreencias para efectos del pago, como beneficiarios del fideicomiso."

En este orden de ideas, la Fiduciaria como vocera y administradora del Patrimonio de Remanentes y Contingencias Cóndor S.A., no puede afectar los recursos comprometidos con una destinación específica y antes por el contrario debe cancelar en su orden y prelación a los acreedores de la extinta CONDOR S.A., que se hicieron parte dentro del proceso de liquidación de ésta.

Sobre los contratos de fiducia, la Ley 1105 de 2006, que modificó el Decreto – Ley 254 de 2000, estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 19. El artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 35. A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.

La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley. (...)"
(Subrayado y negrillas fuera del texto).

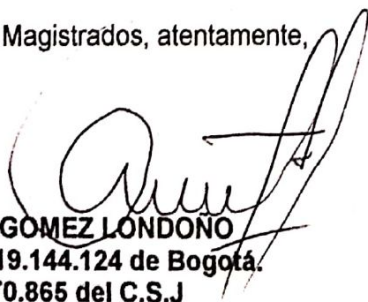
Ahora, tratándose de un liquidación forzosa administrativa de una aseguradora privada, no cabe la menor duda que el Liquidador tuvo siempre la potestad para celebrar un contrato de fiducia cuya finalidad es eminentemente instrumental respecto de lo ya decidido por el Liquidador, lo cual imposibilita de tajo que el fideicomiso se le dé el tratamiento de sucesor procesal, o lo que es igualmente inexacto, trata de litis consorte necesario de las resultas de proceso que le son diametralmente ajenos.

Estos argumentos no pueden ser desconocidos por el Tribunal al momento de decidir la nulidad impetrada, toda vez que desconocería todo el sustento legal y jurisprudencial expuesto, que llevaría a FIDUAGRARIA S.A., en su calidad de vocera y administradora del PAR CÓNDOR, a realizar un pago a un acreedor no reconocido en la liquidación, vulnerando todas las estipulaciones legales y contractuales que rigen su actividad.

4.- Es claro que, contraviniendo los cánones jurídicos, tal como se indicó en los hechos sustento de la nulidad se ordenó pagar a través de la acción coactiva, la obligación impuesta en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, cuando con ese fallo ha debido acudir a la masa liquidatoria para que se reconociera la prelación del crédito reconocido, pues de lo contrario se estaría violando el orden jurídico sustancial contenido en los artículos 2488 y siguientes del Código Civil.

5.- En consecuencia, le solicito a los honorables Magistrados se atienda favorablemente la súplica impetrada revocando el auto atacado y en su lugar, se acceda a la nulidad solicitada.

Señores Magistrados, atentamente,



JAVIER GOMEZ LONDOÑO
C.C.No.19.144.124 de Bogotá.
T.P.No.70.865 del C.S.J

**Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
Sala civil
Magistrada Ponente Dra NUBIA ESPÉRANZA SABOGAL
E. S. D.**

**REF: Verbal de JUAN CARLOS RAMOS BUITRAGO
Contra: RADIO TAXI AEROPUERTO Y OTRO
Nro. 11001-3103-041-2007-00629-03
ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION**

HOSMAN FABRICIO OLARTE MAHECHA, en mi calidad de apoderado de la parte actora, y estando dentro del término de ejecutoria del auto que concedió el recurso de casación y fijo el monto de la caución para suspender el cumplimiento de la Sentencia proferida por la Sala, en forma respetuosa me permito interponer recurso de Reposición parcial en contra de la decisión, es decir frente al específico punto de la fijación del monto de la caución por valor de **\$450'000.000.oo.**

SON RAZONES DEL RECURSO DE REPOSICION PARCIAL

Dentro de la decisión atacada, la H. Magistrada Ponente, fijo la póliza de seguros para impedir el cumplimiento total de la sentencia, en la suma de \$450'000.000.oo

Es de advertir que el auto atacado no es susceptible de súplica, ya que de acuerdo a la normatividad procesal, es apelable el auto que fija la caución para el decreto de medidas cautelares (Nral 8 art 321 C.G.P.), pero No, el auto que fija el monto de la caución para impedir el cumplimiento de la sentencia, una vez admitido el recurso extraordinario de casación.

No comparto la decisión a la que llegara el Honorable Tribunal, ya que esta se opone al inciso 4 del Art 341 del C.G.P. y al mismo auto censurado como pasara a demostrarse:

El inciso 4 del Art 341 del C.G.P., dispone:

“En la oportunidad para interponer el recurso, el recurrente podrá solicitar la suspensión del cumplimiento de la providencia impugnada, **ofreciendo caución para garantizar el pago de los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquella.** El monto y la naturaleza de la caución serán fijados en el auto que conceda el recurso, y esta deberá constituirse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquel, so pena de que se ejecuten los mandatos de la sentencia recurrida. Corresponderá al magistrado sustanciador calificar la caución prestada. Si la considera suficiente, decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la providencia impugnada. En caso contrario, la denegará.” (La negrilla es mía)

En el auto materia de impugnación el H. Tribunal informó:

“ La resolución desfavorable al aquí recurrente se contrae al monto de la indemnización impuesta como condena para

resarcir el daño a su contenedor, la cual ascendió a \$1.118'698.429.09 (lucro cesante, daño vida de relación y perjuicio moral), cifra que supera ampliamente los 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha que fue proferida la sentencia combatida (10 de noviembre de 2020), es decir, 4877.803, como lo exige el art 338 del C.G.P"

De las dos citas y al contrastar la exigencia de la norma y los presupuestos allí establecidos, con los del auto atacado para fijar la caución, se ve con claridad que el valor ordenado no cumple con los requisitos de la normatividad adjetiva.

La norma exige que la caución garantice el pago de los perjuicios de la suspensión, incluyendo lo frutos civiles y naturales que se causen durante la suspensión.

La condena de la sentencia asciende como bien lo indica el Tribunal a \$1.118'698.429.09 (lucro cesante, daño vida de relación y perjuicio moral), como capital, sin tener en cuenta los frutos civiles y naturales de la suspensión, y al fijar el monto de la caución en \$450'000.000.00, esta niquiera alcanza a garantizar el 50% de las condenas solidarias impuestas en la sentencia.

PETICION

Por lo anterior se ve con suficiencia, que se deberá revocar parcialmente el auto, en el sentido de modificar el valor de la caución que la recurrente en casación deba allegar, y que esta garantice el valor de las condenas impuestas en la sentencia de segundo grado, más sus frutos civiles y naturales, ya que la ordenada es insuficiente y contravía los postulados de la norma estudiada.

En consecuencia, solicito en forma respetuosa al Honorable Tribunal se sirva revocar parcialmente el auto atacado, esto es, incrementado el valor de la caución decretada, ya que el valor ordenado es insuficiente y contravía los postulados del Inciso 4 del Art 341 del C.G.P.

Del H. Tribunal, atentamente.,

HOSMAN FABRICIO OLARTE MAHECHA
CC.79137.384 de Bogotá.
Tp.93.148 del C.S.J.

De conformidad con los preceptos del inciso 2 del Artículo 2 del Decreto 806 del 2020: "... las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales..." en consecuencia no es necesaria de firma alguna.