



John Hernandez Saldarriaga

Especialista en Derecho Procesal
Universidad de San Buenaventura Cali

Edificio Bancolombia - Of. 204
Tuluá - Valle del Cauca
Celular : 315 660 4529
E-mail : johnhernandez136@gmail.com

Doctor

GUSTAVO ADOLFO MENDOZA MARTINEZ

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE RIOFRIO VALLE

E. S. D.

REFERENCIA: DEMANDA RESOLUCION CONTRATO DE CUENTAS DE PARTICIPACION
RADICADO: 2020-00148-00
DEMANDANTES: JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA Y LUZ MARINA QUINTERO
DEMANDADO: WILSON ESCOBAR CORTÉS

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN

Respetado Doctor:

JOHN HERNÁNDEZ SALDARRIAGA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado judicial del demandado, Señor **WILSON ESCOBAR CORTÉS**, estando dentro del término señalado por la Ley, respetuosamente manifiesto a Usted que por medio del presente escrito interpongo **recurso de reposición** contra el Auto N° 077 de fecha 08 de marzo de 2021, a través del cual el Despacho resolvió declarar no fundada la excepción previa planteada (**Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto**), al igual que condenar en costas al demandado Wilson Escobar; con el fin de que se revoque la decisión.

HECHOS

PRIMERO: Mi poderdante el señor **WILSON ESCOBAR CORTÉS** aceptó celebrar en calidad de **GESTOR**, “CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN” con los demandados, señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA** y **LUZ MARINA QUINTERO** en calidad de **PARTÍCIPIES NO GESTORES**, cuyo objeto lícito se estipuló de la siguiente manera:

“...Objeto. - la presente asociación tiene como objeto en el aprovechamiento de materiales de construcción por métodos de minería a cielo abierto, mediante extracción mecánica de los materiales de recarga en el cauce del río, (...)”

SEGUNDO: Debido al incumplimiento del contrato suscrito, por parte de los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA** y **LUZ MARINA QUINTERO** en calidad de **PARTÍCIPIES NO GESTORES**, se interpuso demanda de Cumplimiento del Contrato de Cuentas en Participación con indemnización de perjuicios, pretendiendo como **PRINCIPAL** la declaratoria del cumplimiento del mismo, y en **SUBSIDIO**, ante un

eventual fracaso en el cumplimiento; se declarara **RESUELTO** el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN suscrito el día 13 de marzo de 2020.

TERCERO: En este orden, el **Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tuluá**, toda vez que la demanda reunía los requisitos legales; profirió **Auto N° 659** del día 22 de septiembre de 2020; admitiendo la demanda promovida por mi poderdante, el Señor **WILSON ESCOBAR CORTÉS** en contra de los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA y LUZ MARINA QUINTERO**; surtiéndose lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley 1564 de 2012 de conformidad con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

CUARTO: El día 21 de octubre de 2020, los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA y LUZ MARINA QUINTERO**, a través de apoderado judicial y de conformidad con el artículo 96 de la Ley 1564/2020, **contestaron la demanda**, la cual pretende como principal Cumplimiento del Contrato de Cuentas en Participación, y en **subsidio**, su **Resolución** ante un eventual fracaso en el cumplimiento del mismo.

QUINTO: Los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA y LUZ MARINA QUINTERO**, a través de apoderado judicial, pese a que contestaron la demanda instaurada ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tuluá por el incumplimiento en el Contrato de Cuentas en Participación suscrito, y pese a que hubiesen podido demandar en reconvención, si así lo hubieren dispuesto; decidieron adelantar inexplicablemente demanda de **Resolución** ante este Despacho contra el señor **WILSON ESCOBAR CORTÉS** por un supuesto incumplimiento en el mismo contrato, pese a que la **Resolución** del contrato también estaba incluida en la pretensión de la demanda primera; configurándose con ello un desgaste judicial innecesario.

SEXTO: En este orden, y junto con la contestación de la segunda demanda, se propuso excepción previa propuesta de pleito pendiente, con el ánimo de evitar dos juicios paralelos bajo la lupa de dos funcionarios diferentes, con el **grave riesgo de producirse sentencias** contradictorias y con la eventual contrariedad de cosa juzgada respecto del otro proceso. Pese a ello, el Despacho mediante Auto N° N° 077 de fecha 08 de marzo de 2021, resolvió apoyándose en algunos tratadistas, declarar no fundada la excepción planteada; tomando la literalidad de los requisitos para su procedencia y no en el criterio adicional que permite hacer una elaboración mental de la ocurrencia de un posible fallo de uno de los juicios y su contrariedad en la **cosa juzgada** del otro; así

“(…) que para ambas acciones – actualmente en trámite- no concurren las mismas partes, pues su calidad varía entre demandante - demandados < y viceversa>, modificándose así su rol en cada acción, que las pretensiones – objeto de cada litigio- resultan más que disimiles y que los hechos se estructuran en situaciones

disipares por el presunto cumplimiento para pedir la ejecución, o el incumplimiento para solicitar la resolución; refulge claro que en este asunto no ocurre fundada ni procede la declaratoria de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, para lo cual se exige de manera forzosa la concurrencia o simultaneidad de mismas partes, idénticas pretensiones y soporte en iguales hechos.”

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Constituyen argumentos que sustentan este recurso de reposición los siguientes:

El numeral 8 del artículo 100 del Código General del Proceso, reguló la excepción previa referida al pleito pendiente, así:

“**Art. 100.**– Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda
(...)”

**8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto
(...)”**

De igual manera, es pertinente señalar que la doctrina, específicamente el tratadista **Hernán Fabio López Blanco**, “**Código General del Proceso. Parte General**” , quien explica concretamente lo siguiente:

“el pleito pendiente constituye causal de excepción previa según el numeral 8º del art. 100. En efecto, cuando entre unas mismas partes y por idénticas pretensiones se tramite un juicio que aún no ha finalizado y se promueve otro, surge la posibilidad de proponer la excepción llama de litispendencia, la cual, como dice la Corte, se propone para evitar dos juicios paralelos y con el grave riesgo de producirse sentencias contradictorias. (...)”

Para que el pleito pendiente pueda existir se requiere que exista otro proceso en curso, que las partes sean unas mismas, que las pretensiones sean idénticas y que por ser la misma causa estén soportadas en iguales hechos. (...)”

Las partes deben ser unas mismas, porque si hay variación de alguna de ellas, ya no existirá pleito pendiente; las pretensiones del actor deben ser idénticas a las presentadas en el otro proceso, porque si son diferentes, así las partes fueren unas mismas, tampoco estaríamos ante pleito pendiente, como igualmente no lo habría si los hechos son

diversos por cuanto significaría lo anterior que varío la causa que determinó el segundo proceso. En suma, para que haya pleito pendiente los requisitos antedichos tienen que ser concurrentes, o sea, deben darse simultáneamente los cuatro. (...)

“La Corte ha fijado un practico criterio para decidir si puede hablarse de pleito pendiente y dice que existirá cuando “el fallo en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro”, o sea, que cuando haya duda, puede el juez aplicar el criterio indicado y hacer de cuenta que la sentencia que se podría dictar fue proferida no aceptando las pretensiones del demandante y, luego de esta elaboración mental, adecuar el contenido de ese fallo imaginado, a fin de determinar si cabe la excepción de cosa juzgada.” Negrilla y subrayado fuera de texto.

Por su parte, el Código Civil Colombiano señala:

ARTICULO 1546. *<CONDICION RESOLUTORIA TACITA>. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

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

LA EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE Y REQUISITOS PARA SU DECLARATORIA

i) MISMAS PARTES

En la parte motiva del Auto N° N° 077 de fecha 08 de marzo de 2021, el Despacho señaló que no existen las mismas partes en ambos procesos bajo el argumento de que su calidad varía entre demandante - demandados < y viceversa>, modificándose así su rol en cada acción.

Para fundamentar los reparos a este argumento del Despacho, respetuosamente pongo de presente nuevamente lo señalado en el numeral 8 del artículo 100 del Código General del Proceso, así:

8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

De igual forma, pongo de presente, aparte de lo traído por el Despacho con relación a lo explicado por el tratadista, **Hernán Fabio López Blanco**.

“Para que el pleito pendiente puede existir, se requiere que exista otro proceso en curso, que las partes sean unas mismas, (...)”

Así las cosas, no encuentra el suscrito en el código procesal vigente, ni tampoco en la doctrina traída por parte del Despacho, fundamento jurídico que permita inferir que para que se configure el requisito de “**Mismas partes**”, también se deba además, tenerse las mismas calidades en todos los procesos. Pues entenderlo de esta forma, equivaldría a que para que se cumpla este requisito, una misma parte deba iniciar erróneamente dos o más procesos en contra de la misma parte; a todas luces comportamiento contrario al Derecho, pues se estaría inobservando principios tales como la cosa juzgada, debido proceso, pleito pendiente y buena fe. Es por esta razón, que del numeral referido y del aparte de la doctrina señalada por el juzgado, se desprende únicamente el concepto “**mismas partes**” como requisito inequívoco entre otros, de la configuración del “**pleito pendiente**”; requisito cumplido en los procesos que nos ocupan.

ii) MISMOS HECHOS

De igual manera, el Despacho en la parte motiva del Auto N° N° 077 de fecha 08 de marzo de 2021, motivó la falta de cumplimiento de este requisito, bajo el argumento que los hechos se estructuran en situaciones dispares por el presunto cumplimiento para pedir la **ejecución**, o el incumplimiento para solicitar **la resolución** del Contrato de Cuentas en Participación suscrito el día 13 de marzo de 2020.

Así las cosas, el suscrito no comprende cristalinamente a que se refiere el despacho con situaciones dispares, pues como se expuso en precedente, el artículo 1546 del Código Civil Colombiano dispone que:

ARTICULO 1546. <CONDICION RESOLUTORIA TACITA>.En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

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

En este orden, y bajo el amparo del citado artículo, se tiene, que quien pretenda demandar un contrato incumplido, puede entonces a su arbitrio pedir, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sin que con ello se entienda que se configuren hechos dispares en uno o en otro, pues la estructuración de los hechos en la elaboración demanda están constituidos por los acontecimientos que se desarrollaron, que para el caso del Contrato de Cuentas en Participación suscrito el día 13 de marzo de

2020, son la entrega de los aportes por parte del gestor del contrato, al igual que los requerimientos realizados a los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA** y **LUZ MARINA QUINTERO** para que diera cumplimiento al contrato y a su vez, la audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Tuluá el día 10 de agosto de la anterior calenda, para que un tercero objetivo e imparcial facilitara el cumplimiento del contrato; hechos que se encuentran en ambas demandas.

Entonces, puede observarse sin mayores esfuerzos, que en ambas demandas se refieren a la existencia del contrato suscrito el día 13 de marzo de 2020, la existencia de unos aportes, de los cuales en ambos procesos se solicitaron y decretaron medidas cautelares sobre los mismos bienes, requerimientos mutuos y audiencia de conciliación ante Cámara de comercio. En este orden, se tiene que lo único dispar se encuentra en los argumentos para solicitar una u otra cosa en virtud de la Condición Resolutoria Tacita, como es de lógica natural, por un lado, en la primera demanda se encuentra documentado en extenso el incumplimiento de los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA** y **LUZ MARINA QUINTERO**, y por parte de la segunda demanda, se cuentan hechos un tanto histriónicos sin soporte legal o probatorio, pero que en suma, refieren a los mismos hechos.

De lo expuesto inmediatamente anterior, se tiene que una cosa es como se narran los hechos para que calen en lo pretendido y otra cosa es, la existencia verificable de los mismos a través de pruebas que reposan en extenso en el plenario. Así las cosas, lo que debe entenderse es que son hechos iguales, en el sentido que delimitan el modo exacto de la realidad en torno al Contrato de Cuentas en Participación suscrito y a la pretensión a las que se refiere, por lo tanto, esto es lo que permite al juez determinar cuál es su ámbito particular de ocurrencia y en el que la pretensión trata de asignarse; requisito cumplido en los procesos que nos ocupan.

iii) LAS PRETENSIONES DEBEN SER IDENTICAS A LAS PRESENTADAS EN EL OTRO PROCESO.

Pues si bien es cierto que ambas demandas se rotularon de forma diferente, en torno al Contrato de Cuentas en Participación suscrito el día 13 de marzo de 2020 entre el señor **WILSON ESCOBAR CORTÉS** y los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA** y **LUZ MARINA QUINTERO**, lo cual no las hace dispares en sus pretensiones, también es cierto que en ambas se pidieron bajo el arbitrio que otorga la **Condición Resolutoria Tacita**, o la resolución, o el cumplimiento del contrato suscrito, y como es el caso, en subsidio de este último; su **resolución**.

En este orden, y con respecto de igualdad de pretensiones, se tiene que si el Despacho verificó las utilidades mensuales netas antes de distribución a cada parte plasmadas en la primera demanda, de conformidad con el contrato suscrito, la licencia ambiental otorgada por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - CVC y considerando el valor del precio promedio del metro cubico de **arena gruesa**, se tiene que en la primera demanda se liquidaron por un valor mensual de Un Millón Quinientos Veinte Mil Cuatrocientos Pesos (\$1.520.400) M/Cte., y en la segunda demanda presentada a este Despacho, se presenta el mismo valor a efectos de estimar los perjuicios pretendidos sin señalar en la misma como se llegó a este valor, pero que permiten inferir, que estamos frente a pretensiones conexas, que en suma buscan la declaratoria del incumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, los cuales se estiman en parte por valor de las utilidades mensuales dejadas de percibir ante la no ejecución del contrato.

Es por esta razón, y ante la duda del Despacho, se debió acudir al criterio de la Corte para decidir si existía “pelito pendiente” , toda vez que aplicarlo en sentido riguroso y literal se estaría desconociendo su naturaleza preventiva para el caso que nos ocupa. El mismo **Hernán Fabio López Blanco** explica el criterio fijado por la Corte así:

“La Corte ha fijado un practico criterio para decidir si puede hablarse de pleito pendiente y dice que existirá cuando “el fallo en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro”, o sea, que cuando haya duda, puede el juez aplicar el criterio indicado y hacer de cuenta que la sentencia que se podría dictar fue proferida no aceptando las pretensiones del demandante y, luego de esta elaboración mental, adecuar el contenido de ese fallo imaginado, a fin de determinar si cabe la excepción de cosa juzgada.” . Negrilla y subrayado fuera de texto.

Debe entenderse entonces, que la pretensión comprende el objeto del litigio, es decir la causa jurídica que sirve de base a la petición, en el entendido, que la pretensión es el objeto del litigio. Así las cosas, pueden existir sobre un mismo objeto litigioso, pretensiones diversas o análogas, pero con distintos fundamentos o causas, pero que no llegan a ser disimiles. Para el caso, las pretensiones en ambas demandas se refieren al mismo negocio jurídico (**Contrato de Cuentas en Participación suscrito el día 13 de marzo de 2020**); persiguiendo en ambos procesos en esencia; el incumplimiento del contrato suscrito respecto de la contraparte; requisito cumplido en los procesos que nos ocupan.

A manera de conclusión, piénsese entonces, que sucedería si el Juez del Circuito declara el incumplimiento del contrato por parte de los señores **JOSÉ HUMBERTO CARDONA ESCARRIA** y **LUZ MARINA QUINTERO**, y por ende se condenara a estos a **cumplir** con el contrato suscrito, y por otra parte, este Despacho procediera a declarar **resuelto** el mismo contrato; inequívocamente se configuraría contradictoriamente la cosa juzgada respecto de cada uno de los juicios.

Se advierte entonces, que proceder con los dos procesos ante despachos diferentes, se incurriría en un desgaste judicial que va en contravía de la economía procesal, toda vez que un mismo litigio estaría bajo la lupa de dos funcionarios judiciales diferentes, con el grave riesgo de producirse sentencias contradictorias y sin los efectos de la cosa juzgada respecto del otro proceso.

CONDENA EN COSTAS

Es sabido que el concepto de costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios dentro de actuación y comprende los denominados gastos o expensas del proceso y otros, como son traslado de testigos y practica de prueba pericial, honorarios de auxiliares de la justicia, transporte de expedientes, pólizas, copias, etc., igualmente, incluye las agencias del derecho, los cuales el juez reconoce de manera discrecional a la parte vencedora, así lo señala el artículo 361 del Código General del Proceso, que dispone que las costas estén integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho

El artículo 365 del Código General del Proceso, fijó las reglas para que proceda la condena en costas, y su numeral 8 señaló cuando habrá lugar a su condena así:

***ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

En concordancia, la Corte Constitucional en Sentencia C-089/02, fijó criterio objetivo para su condena y determinación así:

Aun cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” Negrilla fuera de texto

(...)

La utilidad del gasto debe ser entendida como una utilidad razonable y proporcionada, tomando en consideración tanto la naturaleza del proceso como la finalidad de la actuación desplegada, a fin de atender los principios de justicia material y equidad. Así, aun cuando el juez tiene cierto margen de discrecionalidad, de ninguna manera puede considerarse que esa facultad supone arbitrariedad, pues su decisión deberá sujetarse a las exigencias de (i) comprobación, (ii) utilidad, (iii) legalidad y (iv) razonabilidad y proporcionalidad del gasto, con lo cual se garantiza el mandato constitucional que impone a los jueces, en sus decisiones, estar sometidos al imperio de la ley. Negrilla fuera de texto

Así las cosas, como fue expuesto anteriormente, el legislador señaló criterios objetivos para la condena en costas y su cuantificación en el proceso civil, incluidas las agencias en derecho. Sin embargo, no puede olvidarse que las costas solamente serán decretadas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

PETICIÓN

Solicito respetuosamente señor juez,

PRIMERO: REVOCAR el Auto N° 077 de fecha 08 de marzo de 2021, proferido por este Despacho, mediante el cual se resolvió entre otros, **DECLARAR** No fundada la excepción previa planteada por la pasiva, dispuesta en el numeral 8º art. 100 CGP. Al igual que **CONDENAR** En costas al demandado Wilson Escobar Cortes y a favor de los demandantes José Humberto Cardona E. y Luz Marina Quintero.

SEGUNDO: Disponer en su lugar, a declarar fundada la excepción previa Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, a fin de evitar el grave riesgo de producirse sentencias contradictorias y sin los efectos de la cosa juzgada respecto del otro proceso.

DERECHO

Invoco como fundamentos de derecho los siguientes:

PROCEDIMENTALES: Numeral 8 del artículo 100 y 365 del Código General del Proceso.

OTROS: López Blanco, Hernán Fabio. (2016) Código General del Proceso. Parte General. Bogotá D.C., Colombia., Dupre Editores.

PRUEBAS

Ruego tener como pruebas la actuación surtida en ambos procesos.

Del señor(a) Juez

Atentamente,



JOHN JAIRO HERNÁNDEZ SALDARRIAGA
C. C. N° . 94.395.912 de Tuluá.
T. P. N° . 253.567 del C.S.J
Email: johnhernandez136@gmail.com (SIRNA)