

Remisión memorial sustentación recurso - 2021-130-00

Juzgado 05 Civil Circuito - Cauca - Popayan <j05ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 04/05/2022 14:10

Para: Sala Civil Familia Tribunal Superior - Popayan <sacftribsupayan@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: juandar_095@hotmail.com <juandar_095@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (225 KB)

Sustentación recurso de apelacion - Marleny vs Isaias.pdf;

Señores

SALA CIVIL FAMILIA**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**

Cordial Saludo

De manera respetuosa me permito remitirle un memorial dirigido al proceso 19001310300520210013001, cuyas partes son MARLENY CUCHILLO PILLIMUE y Otros contra ISAÍAS ARAGÓN, el cual fue repartido el día de ayer al Magistrado JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA, para resolver recurso de apelación formulado contra la sentencia.

Anexo lo anunciado en un (1) archivo en PDF

Atentamente,

ANGELA MARÍA CHACÓN PENAGOS

Secretaria

Con copia al memorialista

De: Juan David Ramirez Collazos <juandar_095@hotmail.com>**Enviado:** miércoles, 4 de mayo de 2022 13:42**Para:** Juzgado 05 Civil Circuito - Cauca - Popayan <j05ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** Sustentación recurso de apelacion - Marleny vs Isaias

Un cordial saludo estimado despacho, presento la sustentación del recurso de apelación que fue interpuesto en audiencia el día 28 de abril de 2022. Agradezco la atención prestada.

Atentamente,

Juan David Ramirez Collazos

C.C. 1.061.783.237 de Popayan

T.P. 353.423 del C.S. de la J.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato,

respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Popayán, 4 de mayo de 2022

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE POPAYÁN – SALA CIVIL FAMILIA

E.

S.

D.

REF.:

ASUNTO	SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN
DEMANDANTE	RONAL NILSON MUELAS Y OTROS
DEMANDADO	ISAIAS ARIAS ARAGON
PROCESO	DECLARATIVO VERBAL DE RESOLUCIÓN DE PROMESA DE CONTRATO DE PERMUTA
RADICADO	2021 – 00130 – 00

JUAN DAVID RAMIREZ COLLAZOS identificado con cedula de ciudadanía No. 1.061.783.237 de Popayán y portador de la Tarjeta Profesional No. 353.423 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en condición de apoderado contractual de la parte demandante, presento ante el Honorable Tribunal Superior de Popayán Sala Civil – Familia, sustentación del recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Honorable Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán el 28 de marzo de 2022, esto en consideración al artículo 14 del Decreto 806 del 2020 en concordancia con los artículos 321 y siguientes del Código General del Proceso, en consideración a lo siguiente:

**SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL
SUPERIOR DE POPAYÁN SALA CIVIL – FAMILIA**

Un cordial y atento saludo a ustedes Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Popayán, ante su Honorable Togado presento sustentación del recurso de apelación, en consideración a lo preceptuado en el artículo 322 numeral 3 inciso 2 y 327 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 14 del Decreto 806 del 2020, en ocasión a los reparos que fueron presentados de manera oral en la audiencia de instrucción y juzgamiento donde fue proferida la respectiva sentencia.

Por lo tanto, desarrollaré cada uno de los reparos presentados por este apoderado judicial contra la providencia que puso fin a este asunto litigioso, los cuales son los siguientes:

I. VULNERACION INDIRECTA DEL ARTÍCULO 967 DEL CÓDIGO CIVIL POR ERROR DE HECHO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA EXPERTICIA TECNICA DE MEJORAS, DEL CONTRATO DE PROMESA DE PERMUTA Y DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Este reparo se formuló Honorables Magistrados atendiendo el contenido de la providencia y las actuaciones procesales que se surtieron dentro del proceso, pues bien, dentro de la providencia que puso fin al presente asunto, se resolvió reconocer todas las mejoras contenidas en la experticia técnica presentada por la Ingeniera Vilma Duymovic Garcia, lo cual no comparte este apoderado judicial, pues bien, el juez de primera instancia no realizó un juicio de valor sobre las clases de mejoras presentadas dentro de este peritaje.

Ahora bien, atendiendo esta parte resolutive y el contexto de la providencia, se sobre entiende que el Juez categorizó todas las mejoras presentadas por la ingeniera como útiles, a pesar que no se motivó sobre tal calidad, características que observando el contexto factico, jurídico y probatorio no son propias de lo contenido en el artículo 966 del Código Civil, que como bien lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, independientemente del tipo de solución brindada bien sea la nulidad absoluta del acto o contrato, la resolución por incumplimiento unilateral con indemnización de perjuicios, el mutuo incumplimiento o el desistimiento bien sea expreso o tácito, por interpretación sistemática de la norma sustantiva debe remitirse al capítulo de prestaciones mutuas del reivindicatorio, situación que carece de motivación frente al asunto.

Por lo tanto, la vulneración indirecta se causa en primer momento cuando en la providencia la inferencia probatoria es desacertada, pues bien, referente a la contestación de la demanda, más específicamente cuando la parte demandada aceptó como cierto el hecho 8, reconociendo haber recibido el inmueble que se identifica con matrícula inmobiliaria No. 120 – 87511 como también el establecimiento de comercio situado en este inmueble denominado **HOTEL FAMILIAR NUEVO AMANECER** el cual se encontraba en pleno funcionamiento. Es así, que tal aceptación analizando el contrato de permuta en su clausula primera el cual fue suscrito entre las partes de este

proceso, se tiene que el demandado aceptó haber recibido este inmueble donde se desarrollaba la actividad comercial hotelera y funcionaba el establecimiento de comercio Hotel Familiar Nuevo Amanecer, el cual constaba de 3 pisos, 21 habitaciones, 17 baños, más un apartamento de 3 habitaciones y un apartaestudio.

Por lo mencionado, las presuntas mejoras realizadas no modificaron estructuralmente el inmueble, tampoco se acreditó que estas mejoras fueran realmente necesarias, donde el inmueble sigue siendo el mismo de 3 pisos, 21 habitaciones, 17 baños, con un apartamento y un apartaestudio que fue prometido en permuta y recibido materialmente por el demandado; por lo cual, la providencia al no referir cuales de estas mejoras aumentaron el valor venal de la cosa, tal como lo exige el artículo 966 de la legislación sustantiva civil, teniendo de presente que ninguna de aquellas cambiaron estructuralmente el inmueble y, que mucho menos pudieron haber aumentado el valor venal de la misma, tampoco señaló si estas mejoras se constituían como expensas para ser reconocidas y, que dentro del proceso no obra prueba alguna que señale que estas eran realmente necesarias tal como le exige el artículo 965 del Código Civil.

Ahora bien, encontramos una prueba pericial decretada de oficio por el A – quo, pero que tal prueba, carecía de los elementos estructurales para ser sustentada en debida forma de acuerdo a lo exigido en el artículo 226 del Código General del Proceso y, en tal virtud, se logró establecer con el interrogatorio realizado a la perito que, carecía de documentos que le sirvieran de fundamento para acreditar la realización de mejoras, única y exclusivamente se basó en su inspección ocular y en unas fotografías, como tampoco acreditó dentro del dictamen pericial en sus conclusiones los fundamentos técnicos o científicos para llegar a la convicción técnica de que en realidad se habían realizado las mejoras que se encontraba evaluando y, mucho menos práctico método científico que determinara que esas obras ejecutadas eran recientes.

Por lo tanto, dentro de esta experticia técnica encontramos un acápite relacionado a los presupuestos de obra, donde sin entrar a detallar cada una de las mejoras señaladas y que presuntamente fueron realizadas, debía analizarse de manera individual cada una, pues bien, ninguna de ellas alteró estructuralmente el inmueble, como tampoco que fueran novedosas, sin tener certeza de que se hubiesen realizado en su totalidad. Es así Honorables Magistrados, que en consideración a lo que he manifestado, la providencia vulnera indirectamente el artículo 967 del Código Civil por un error de hecho tangible, tanto en la apreciación de la contestación de la demanda, como también de la prueba documental del contrato de promesa de permuta y la prueba técnica decretada

de oficio, pues bien, este mandato sustantivo refiere que *“el propietario no será obligado a pagar las mejoras voluptuarias al poseedor de mala ni de buena fe”* y, que se entiende por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo y, en general aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante.

Para este apoderado, atendiendo que el demandado recibió un inmueble con las características ya referidas y, que el demandado presuntamente planto unas mejoras, las cuales no modificaron estructuralmente el inmueble, sino simplemente cambio su presentación e instalaron objetos de lujo plausibles a la vista, esto constituyen mejoras voluptuarias, pues bien, esto no aumenta su valor dentro del mercado general y, si lo hiciera lo haría en una proporción insignificante, toda vez que, sigue siendo el mismo inmueble con 3 pisos, 21 habitaciones, 17 baños, con un apartamento y un apartaestudio el cual se encontraba totalmente en obra blanca, situación que fue puesta de presente por el mismo demandado y, por este apoderado en las fotografías que obran dentro del proceso.

Por lo tanto, Honorables Magistrados, se encuentra palpable la transgresión del artículo 967 del Código Civil y, más aún, cuando la providencia no refiere la calidad de cada una de estas mejoras instaladas, pues bien, el inmueble ya contaba con fachada, con baños, con habitaciones, camas, lavamanos, cerámica, puertas y todas las habitaciones tenían sus respectivos televisores, etc., como fue señalado por los testigos de cargo presentados en la audiencia de instrucción y juzgamiento; y más aún, donde lo único que puede verificarse que realizó el demandado, fue el cambio de cerámicas, la aplicación de pintura, la instalación de cielorrasos y de una puerta de vidrio. Cabe resaltar que la Ingeniera en ningún momento presento en su experticia técnica facturas que acreditaran la compra de materiales, contrato para la ejecución de obras y mucho menos un procedimiento técnico para llegar a la íntima convicción técnica que tales mejoras eran recientes.

Ahora bien, si bien es cierto, se observa que el demandado instalo una puerta de vidrio templado, pinto las paredes del 1,2 y 3 piso, instalo cielos rasos, cambio la cerámica de los tres pisos y cambio la fachada del inmueble, esto que se puede percibir en las fotografías, lo cierto es que el inmueble ya contaba con una puerta de entrada, se encontraba pintado en sus 3 pisos, tenía cerámica en todos sus 3 pisos y contaba con una fachada en obra blanca, lo único que se hizo, fue cambiar lo que había por algo más llamativo, lo cual son objetos de lujo y, de no ser el caso, en el mercado en general

esto no constituye un aumento sobre el valor del inmueble porque estructuralmente sigue siendo el mismo, con las mismas adecuaciones que tenía anteriormente.

Por lo expuesto, la inferencia probatorio-contenida en la providencia resulta manifiestamente contraria al contenido objetivo de la experticia técnica, la contestación de la demanda y el contrato de promesa de permuta, pues bien, de ella no se logra catalogar las mejoras como útiles y, mucho menos como expensas. Ahora bien, es menester resaltar que la providencia no se pronuncia sobre la calidad de las mejoras, situación que de ser reconocidas debieron hacerse porque considero el a – quo eran mejoras útiles, aunque del contenido objetivo de los medios probatorios señalados, no se logra determinar tal calidad, siendo evidente y notorio el desacierto de la providencia al reconocer estas mejoras, pues bien, no existe mejora alguna que fuera novedosa, como tampoco que modificara estructuralmente el inmueble y mucho menos que hubiese sido realmente necesaria.

Por último, la vulneración indirecta del artículo 967 del Código Civil por error de hecho evidente y notorio en la apreciación de los elementos de prueba ya referidos, conlleva a que la providencia no reconozca este derecho sustantivo en cabeza de la parte demandante, que considera este apoderado era el que debía reconocerse, dándose la alternativa de rehusarse a pagar estas mejoras en mención y, que solamente puedan retirarse aquellas que a la luz de la experticia técnica puedan verificarse que fueron realizadas a través del registro fotográfico, pues bien, como lo he mencionado el inmueble ya contaba con todas sus adecuaciones sanitarias, cerámicas, puertas, televisores, enchapes y demás; lo cual la perito no aportó ninguna certeza técnica de que las demás obras no referidas fueran instaladas por el demandado y, más aún, cuando la venta se trató de un inmueble y un establecimiento de comercio.

II. VULNERACION DIRECTA DEL ARTÍCULO 768 DEL CÓDIGO CIVIL

Este reparo que fue formulado en la audiencia de instrucción y juzgamiento se pone de presente ante esta Honorable Sala, atendiendo que se tuvo como poseedor irregular, pero de buena fe a la parte demandada, atendiendo que el demandado *“adquirió el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”* y, que, además, *“recibió la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”*.

En primer momento, pensaría este apoderado, la providencia no debió haber reconocido una buena fe posesoria, pues bien, si se encontró que dentro del negocio jurídico se demostró el incumplimiento unilateral por la parte demandada y, se resolvió el negocio, la buena fe o mala fe que debía valorarse era la negocial o contractual, por lo tanto, estamos frente una aplicación indebida del artículo 768 del Código Civil, como se expondrá a continuación.

Ahora bien, de haberse decidido que el contrato hubiese estado viciado por nulidad absoluta, debía encaminarse la resolución del caso frente a la buena o mala fe posesoria, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC3966 del 25 de septiembre del 2019, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, sostuvo:

“En el entendido que esa evaluación la realizó el ad quem en procura de efectuar el reconocimiento de las prestaciones recíprocas que debían hacerse las partes como consecuencia de la invalidación contractual que decretó, es evidente que ella está sometida al mandato del artículo 1746 de la obra en cita (...)

(...)

Surge con claridad meridiana, que, para efectos de proveer las referidas prestaciones, la buena o mala fe, que debe examinarse es la posesoria o, más exactamente, la que acompañe la detención de la cosa, que siguiendo los términos del artículo 768 del Código Civil y efectuada la correspondiente adaptación, es la conciencia de haberse recibido un bien por medios legítimos exentos de fraude y de otro vicio.

(...)

Contrastados uno y otro planteamiento, el del Tribunal y el del impugnante, se concluye que mientras dicha autoridad se ocupó de la buena o mala fe con la que los demandados detentaron el inmueble del

litigio, el censor esgrimió su buena o mala fe negocial, que es bien distinta de aquella”¹

En razón a lo expuesto, se encuentra una indebida aplicación del artículo 768 del Código Civil, pues bien, al decidirse la resolución del contrato por incumplimiento de la parte demandada, no debía considerarse la mala o buena fe posesoria, sino la contractual donde el artículo 1932 del estatuto sustantivo civil, establece una presunción de mala fe, en razón que *“para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considera al primero como poseedor de mala fe”*. Siendo, así las cosas, la indebida a aplicación del artículo 768 de la mencionada codificación, no era aplicable al presente asunto, conllevando a reconocer las mejores las cuales no se especificaron su calidad y, sin tener en cuenta que la buena o mala fe que debía ser valorada era la negocial o contractual, más no la posesoria.

Ahora bien, de haber existido el caso de que el contrato de promesa de permuta adolecía de los requisitos contentivos en el artículo 1611 del Código Civil, no podía tampoco considerarse al demandado como poseedor de buena fe, pues bien, el artículo 768 del Código Civil prevé que *“el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”*, situación que este apoderado puso de presente, al momento que el demandado tenía pleno conocimiento de la obligación de registro cuando se trata de bienes inmueble y, más aún, cuando cambia la denominación comercial del establecimiento de comercio y, explota la misma con la reputación del establecimiento de comercio de la parte demandante. Es así, que conceder la buena fe a la parte demanda a pesar de que actúa contrario a la ley y buenos principios, no solo conllevaría al quebrantamiento del ordenamiento legal y constitucional, sino a desconocer que la buena fe es obrar con conocimiento exento de fraude y todo otro vicio, donde no existe una verdadera buena fe posesoria al reconocer el dominio ajeno.

Por lo tanto, la vulneración directa del artículo 768 del Código Civil se debe a la indebida aplicación, pues como se ha expuesto no era la norma sustantiva aplicable al asunto y, se concedió una calidad en cabeza del demandante inexistente, al analizar la buena o mala fe posesoria y no la negocial o contractual. Es así, como para garantizar la debía aplicación del ordenamiento sustantivo se debe resolver tal situación con la norma

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SC 3966 del 25 de septiembre del 2019. Magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo.

aplicable al asunto y, que tal norma, es aquella que la consagrada en el artículo 1932 del Código Civil como se explicara en el cargo respectivo.

III. VULNERACION DIRECTA DEL ARTÍCULO 964 DEL CÓDIGO CIVIL

El presente reparo se presenta dentro de la providencia en conjunto con el anterior, pero este se sustenta de manera separada toda vez que, a pesar de que parcialmente fue acertado el fallo, respecto de las prestaciones mutuas, se establece como un lucro cesante los ingresos del establecimiento de comercio y, en realidad, los ingresos tanto del inmueble, como del establecimiento de comercio son frutos civiles, pues bien, al respecto el artículo 717 del Código Civil refiere:

“Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o canones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran”

Bajo estas consideraciones, la providencia que decide el caso presente, atribuye a los ingresos por arriendos del inmueble y de la actividad comercial hotelera de los demandantes, la calidad de un lucro cesante, los cuales a la luz de las normas sustantivas aplicables al asunto tienen la calidad de frutos civiles, pues bien, frente a este punto en específico el artículo 1932 del Código Civiles refiere que *“la resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor 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”,* en tal sentido, este apoderado considera que debía observarse el artículo 964 del Código Civil en lo que refiere a que *“en toda restitución de frutos se abonará al que hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.*

De esta manera, frente a las prestaciones mutuas en lo que exclusivamente se refiere a los frutos civiles debían observarse los lineamientos establecidos en el artículo 964 del Código Civil, pues bien, existe una carga demostrativa de la parte demandada frente a esos gastos ordinarios que invirtió para la producción de los frutos civiles, por lo tanto, al encontrar que el comprador tiene una presunción de mala fe en la posesión contractual o negocial, debían reconocerse los frutos civiles, pero como el artículo 1932

del Código Civil no señala que se deban imputar los gastos ordinarios de producción debía observarse el artículo 964 de la codificación sustantiva civil; esto por interpretación sistemática, que si bien es cierto se aplica en los casos de nulidad absoluta del contrato, considera este apoderado que tal situación debía observarse, pues bien, los gastos y costos que se reconocieron son de los demandantes y el demandado no apporto prueba alguna que considerara que había incurrido en ellos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Civil – Familia en sentencia SC2217 del 9 de junio de 2021, con ponencia del Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, sostuvo:

“Lo que sí resulta pertinente agregar es que, si de aplicar el criterio de equidad en toda su extensión se trata, no se puede soslayar que, en general, la producción de frutos civiles igualmente demanda gastos, los que a falta de prueba en contrario se presume razonablemente son del 15% del valor actualizado de aquellos, como se expresó en SC5235 – 2018, al señalar que el consolidado final sería objeto de una disminución del 15%, que se estima justa y equitativa, atendiendo los gastos normales que hay que realizar para la obtención de frutos durante una administración de los bienes productores de rentas”²

En tal sentido, el artículo 1932 y 964 del Código Civil debían interpretarse de manera conjunta, si bien es cierto, el demandado pago parte del precio del inmueble lo justo y equitativo, sería que se devolvieran en razón a los frutos civiles los gastos ordinarios que aquel empleo en la producción de aquellos, lo cual estaría en armonía con el artículo 1932 ya referido. Es así, como al no contar con prueba alguna que corroborara que el demandado había incurrido en gastos de producción lo único que debía aplicarse era le deducción del 15%, como única prerrogativa con el fin de no conceder doble beneficio y, vulnerar el principio del *non bis in idem* de los demandantes, atendiendo que el artículo 1932 prevé que se devolverán lo frutos civiles en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada, situación que indiscutiblemente causaría un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandado y una doble sanción sin se imputan los gastos y costos de producción, más aún cuando se es apelante único y se está bajo la garantía constitucional del principio de la *non reformatio in pejus*.

² Corte Suprema de Justicia Sala Civil – Familia. Sentencia SC2217 del 9 de junio de 2021. Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Bajo estas consideraciones y atendiendo que el presente cargo solo se presente con base en la falta de aplicación del artículo 964 del Código Civil y, más exactamente, que se atribuyeron gastos ordinarios de producción frente a los frutos civiles que obtenían lo demandantes del establecimiento de comercio **HOTEL FAMILIAR NUEVO AMANECER** sin tener soporte factico, jurídico y probatorio, se hace indispensable armonizar de manera sistemática las normas aplicables al presente asunto.

Por último, la vulneración directa de este mandato sustantivo se debe a que la providencia recurrida en ningún momento resuelve aspectos jurídicos sobre este asunto y, reconoce los ingresos netos como se explicó anteriormente, sin contener la providencia motivos jurídicos y probatorios suficientes para acreditar la imputación de gastos y costos en cabeza del demandado.

IV. VULNERACION INDIRECTA DEL ARTICULO 964 DEL CODIGO CIVIL POR ERROR DE HECHO EN LA INTERPRETACION DEL DICTAMEN PERICIAL CONTABLE

El presente reparo se propuso de manera separada al anterior, por cuanto, a pesar de la falta de aplicación y armonización del artículo 964 del Código Civil, encuentra este apoderado se incurrió en una vulneración indirecta del artículo 964 del Código Civil por error de hecho en la interpretación del dictamen pericial contable.

Al practicarse la respectiva prueba pericial contable, queda de manera clara y suficiente que existen y se siguen produciendo frutos civiles del establecimiento de comercio denominado HOTEL FAMILIAR NUEVO AMANECER. Es así, que la inferencia probatoria brindada es la que encuentra este apoderado es contraria a la realidad jurídica y probatoria, pues bien, avala el Juzgador de Primera Instancia los ingresos netos, es decir, los que resultaron después de haberse incurrido en gastos y costos, pero tales gastos de producción son aquellos en que incurrieron los demandantes, pues bien, del acervo probatorio el demandado no puso en conocimiento ningún elemento de prueba que conllevara a verificar que tuvo gastos en la producción de los frutos civiles del establecimiento de comercio.

Por lo expuesto, este apoderado considera se debió observar el artículo 964 del Código Civil más puntualmente en su inciso 4, donde se le atribuye una carga procesal al demandado de poner en conocimiento esos gastos de producción, los cuales no podían

mediar como prueba de oficio, pues bien, era una carga probatoria de la parte interesada, disposición que tiene un carácter inquisitivo por su estructuración legislativa. De esta manera, al reconocer los frutos civiles con imputación de gastos y costos, desconoce el a – quo que era deber de la parte acreditar la existencia de gastos ordinarios en la producción de aquellos, más aún cuando desde la presentación de la demanda se juramentaron tales conceptos.

Por lo tanto, al momento en que la providencia reconoce la totalidad de los frutos civiles del establecimiento de comercio de acuerdo con la experticia contable, pero en relación con los ingresos netos, se atribuye una realidad probatoria inexistente, pues bien, como se ha expuesto con anterioridad la parte demandada no aportó al proceso prueba alguna que corroborara que existieron esos gastos ordinarios de producción en los frutos civiles. Es así, como al haberse reconocido estos gastos y costos de producción, no solo se erró en la interpretación del dictamen pericial sino también en el contenido de la contestación de la demanda, pues bien, en esta última ni como excepción, como tampoco petición especial y mucho menos elementos de prueba, corroboran la existencia de estos gastos y costos; se asumieron los mismos que tenía la parte demandante.

Por lo expuesto, considera este apoderado debían reconocerse la totalidad de los frutos civiles, es decir, los que se produjeron sin imputación de gastos y costos, que en el año 2020 que se entregó el inmueble tuvo unos ingresos de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000, 00) en 7 meses, como fue expuesto en la experticia técnica presentada por el Contador John Ennio Aldana, es decir, la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SETESIENTOS CATORCE PESOS (\$4.285.714, 00) mensuales, por lo tanto, desde que se entregó el inmueble materialmente al demandado el 7 de agosto de 2020 hasta el 7 de mayo de 2022, han transcurrido 21 meses, es decir, que se deberían un total de OCHENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$89.432.994, 00), suma de dinero que debía ser indexada como lo realizó debidamente el Juez de Primera Instancia en su providencia, pero sobre la suma anterior referida. Que a esta suma de dinero al no existir gastos ordinarios de producción debía ser reconocida íntegramente a los demandantes y, en caso de existir un descuento debía hacerse sobre el 15% como fue expuesto en el cargo anterior, siendo este descuento justo y equitativo.

V. VULNERACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1932 DEL CÓDIGO CIVIL

Este reparo que fue propuesto en su contenido factico en la respectiva audiencia de manera verbal constituye en general el pilar de como debió resolverse el presente asunto, pues bien, el artículo 1932 del Código Civil establece lo referente a las prestaciones mutuas en la resolución por no pago, es así, como la Corte Suprema de Justicia en Sentencia con radicado 11001310300119850013401 del 6 de abril de 2011, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, sostuvo:

“Ya en punto de las prestaciones mutuas, la Corporación entre otras consideraciones, estimo que “como lo ha destacado la jurisprudencia, uno de los casos en los que el ordenamiento ha establecido una solución particular en materia de frutos luego de producida la resolución contractual, es en el contrato de compraventa, toda vez que el artículo 1932 establece el criterio específico que debe atenderse para la restitución de los frutos a que haya lugar como consecuencia de la resolución de un contrato de compraventa, cuando la misma se haya originado en la falta de pago del precio convenido” y que “a partir de la sentencia de 6 de julio de 2000 (expediente 5020), la Corte fijó como “doctrina oficial” suya, la aplicabilidad del contrato de promesa de compraventa cuando ella obedezca al incumplimiento del promitente comprador en el pago del precio del bien, realizado anteladamente en virtud de dicho negocio jurídico”.

*Con tal fundamento y previa transcripción de otros de sus fallos, la Sala estableció, en relación con dicha norma, “por una parte, que **no puede el comprador entonces recibir el tratamiento de poseedor de buena fe**, que si se merece el que cumplió o estuvo allanado a cumplir lo de su parte (Cas. Civ., sentencia del 29 de noviembre de 1963) y, por otra, que ‘...’... en el contrato de compraventa **[igual en el de permuta]**, la legislación colombiana previo en forma específica sus consecuencias jurídicas, (...) Y ello es así, porque la materia relacionada con las restituciones mutuas, en el evento de incumplimiento del precio pactado gira exclusivamente en torno de lo dispuesto en el artículo 1932 antes citado y no alrededor de lo reglado en el artículo 1746 del mismo estatuto, ‘de allí que para el juzgador de una resolución por mora en el pago del precio, sea imperativo sujetarse no solo a lo normado por aquel precepto, sino también a su espíritu’ (Sentencia antes citada)”*

En tal virtud, queda con suficiencia y claridad, que el mandato legal a aplicar para la solución del presente asunto era aquel artículo 1932 del Código Civil que brillo en ausencia dentro de la providencia y, que como consecuencia se reconoció una buena fe, no contractual o negocial, sino posesoria en cabeza del demandado. No siendo tal

calidad viable si el presente asunto se resolvió por incumplimiento unilateral de las obligaciones contenidas en la promesa de contrato por parte del demandado. La falta de aplicación de esta disposición sustantiva, que era claramente vinculante en la decisión, establece el marco resolutivo de los asuntos cuando el comprador se sustrae de pagar el precio acordado dentro del acto o contrato suscrito entre las partes; siendo entonces, ninguna otra norma sustantiva reemplazable de aquella, pues bien, las consecuencias jurídicas cuando se está frente al no pago por parte del comprador se resuelve en virtud del artículo 1932 del Código Civil.

Por lo expuesto, resulta indispensable dar aplicación a este mandato sustantivo, con lo cual en primer momento se edifica la presunción de mala fe del comprador que incumple su obligación de pagar el precio convenido, desestimando entonces el reconocimiento de mejoras en favor del demandado y, más aún, que ninguna de ellas fue realmente necesaria para la conservación de la cosa. En consecuencia, la aplicación de las demás normas expuestas en la providencia para resolver el asunto, debían armonizarse con el artículo 1932 del Código Civil pero no dejar de aplicar el mismo, pues bien, ya se ha planteado con suficiente claridad que esta norma sustantiva establece el marco legal cuando el motivo de la resolución es el no pago del comprador.

VI. OTORGARLE AL DEMANDADO MÁS DE LO PEDIDO AL CONCEDER EL DERECHO DE RETENCIÓN SIN SER ALEGADO EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA O NO ESTAR LA SENTENCIA EN CONSONANCIA CON LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL DEMANDADO AL RECONOCER EL DERECHO DE RETENCIÓN

Este apoderado en virtud del derecho constitucional a la doble instancia recurrió la sentencia proferida por el Honorable Juzgador de primer grado, formulando el reparo que se sustentara a continuación, atendiendo que, dentro del trámite procesal donde se garantizó el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada, aquella omitió la alegación del derecho de retención. Situación que conforme al artículo 96 numeral 3 del Código General del Proceso, era un deber de la parte demandada solicitar tal derecho, sin detrimento del deber demostrativo de acreditar los créditos que debían ser devueltos a aquel y, que estarían pendientes.

En razón a lo anterior, la providencia reconoció en favor del demandado el derecho de retención, sin haberse propuesto en la contestación de la demanda y, ni siquiera en los

alegatos de conclusión. Es así, como la providencia no tiene consonancia en razón a este aspecto, pues bien, en ningún apartado de la actividad procesal que se surtió se encuentra que hubiera sido alegado por la parte demandada y, como lo exige el artículo 96 numeral 3 del Código General del Proceso era una carga de la parte interesada, que no podía ser reconocido de oficio, al ser requisito de la contestación de la demanda si se buscaba que fuera reconocido.

En tal virtud, reconocer este derecho de oficio no solo constituye en incongruente la sentencia, sino por el contrario, menoscaba ese preciado derecho constitucional de la parte demandante de pronunciarse cuando se alega, situación que desconoce la providencia y, a pesar de aquello, se reconoció al demandado con menoscabo de los derechos constitucionales de defensa y contradicción que tiene la parte demandante.

Para finalizar la sustentación de este reparo que no es extensa, pues bien, no hay derecho donde no se pide y, se da al que lo solicita, se hace indispensable revocar en la sentencia ese reconocimiento del derecho de retención, pues bien, no guarda relación con lo pedido por el demandado, esto con el fin de garantizar la congruencia de la sentencia y los derechos constitucionales a la defensa y contradicción de la parte demandante.

De los Honorables Magistrados,



JUAN DAVID RAMIREZ COLLAZOS
C.C. 1.061.783.237 de Popayán
T.P. 353.423 del C.S. de la J.