

**HONORABLE MAGISTRADA
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA-SALA CIVIL
E. S. D.**

REFERENCIA : PROCESO EJECUTIVO DE MAYOR CUANTIA No. 2020-314
ASUNTO : APELACION SENTENCIA 11-10-2021
DEMANDANTE: MERCEDES BEATRIZ PAUCAR HERNANDEZ
DEMANDADAS: MARIA NELLY BERNAL FUERTES C.C. No. 52.053.480 DE BOGOTA, GLORIA ESPERANZA FUERTES C.C. 41.672.745 DE BOGOTA

Respetado Magistrada:

PIA EUGENIA PACHECO PERDOMO, mayor y vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.663.224 de Bogotá, portadora de la T.P. No. 48.227 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de la Señora **MERCEDES BEATRIZ PAUCAR HERNANDEZ** persona mayor y vecina de esta ciudad, presento ante esa segunda instancia **SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION CONTRA LA PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 19 CIVIL DEL CIRCUITO EL DIA 11 de octubre de 2021,** dentro de la **DEMANDA EJECUTIVA DE MAYOR CUANTIA** instaurada contra **MARIA NELLY BERNAL FUERTES C.C. No. 52.053.480 DE BOGOTA y GLORIA ESPERANZA FUERTES C.C. 41.672.745 DE BOGOTA**, personas mayores de edad y domiciliadas en Bogotá. Para dar fundamento al recurso solicito se tengan en cuenta los siguientes fundamentos de hecho y de derecho, así:

HECHOS

PRIMERO: El documento privado no tachado de falso y base de esta acción, es el **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO LC -1838290 SUSCRITO ENTRE MI PODERDANTE Y LOS DEMANDADOS**, fechado **1º. (PRIMERO) DE JUNIO DE 2000** y referido al inmueble localizado en la **ACTUAL DIRECCION TRANSVERSAL 18 BIS No. 15-12 Y/O ANTIGUA DIRECCION DIAGONAL 12 SUR No. 18-11 SEGUNDO PISO**, inmueble que estuvo

destinado por 20 años para **CLINICA ODONTOLOGICA DENOMINADA "DENTAVIDA"** , de esta ciudad.

SEGUNDO: El inmueble fue ocupado hasta finales de mayo del año 2020, por 20 años, tiempo durante el cual las demandadas pagaron **CUANDO QUISIERON, LO QUE QUISIERON Y COMO QUISIERON**, verdad que se extrae como prueba irrefutable, del mismo contrato, de los recibos allegados por la parte demandada y de la misma lógica, al contrastar los datos matemáticos respecto de una relación contractual con incremento legal mensual y anual , de los cuales se colige fácilmente que no corresponden a lo pactado en el contrato.

TERCERO: La parte demandante durante el tiempo señalado jamás recibió el INCREMENTO ANUAL PACTADO sobre el canon mensual correspondiente habiendo sido asignado UNILATERALMENTE por la parte demandada sin el lleno de los requisitos establecidos en el contrato, por lo cual esta parte demandante, estos pagos los ha relacionado como abonos.

CUARTO: Anteriormente sobre el mismo inmueble se elaboró y firmo el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO No. LC-1600314 el 15 DE MAYO DE 2000, cuya duracion fue de 15 días, pues las partes con libre voluntad y sus firmas novaron, cambiaron la decisión de consuno decidiendo plasmarla en un nuevo contrato el **LC -1838290** que empezó a regir el 1º. de junio de 2000, por errores mecanográficos., decidiendo a su vez BAJAR EL VALOR DEL INCREMENTO ANUAL DEL 25% AL 20%, rebaja que solicito la parte arrendataria y que le era más favorable. Es decir, decidieron NOVAR, CAMBIAR, el contrato anterior el cual quedó extinguido y reemplazado por uno nuevo o posterior.

QUINTO: Obran tambien en el plenario, documentos allegados por la parte arrendataria, a saber:

- CONTRATO DE ARRENDAMIENTO No. LC-1600314 del 15 de mayo de 2000, cuya vigencia fue de 15 días y el cual quedó extinguido al ser novado o cambiado por el CONTRATO LC-1038290, contrato sobre el cual la parte demandante no ve objeción alguna, aparte de haberse extinguido las obligaciones

en el contenidas, al haber sido novado, motivo por el cual no se utilizo como documento base de la acción ejecutiva.

- OTRO SI, suscrito por la arrendadora MERCEDES PAUCAR DE ROSERO CON CC BORROSA Y MARIA NELLY BERNAL FUERTES, en junio de 2001 respecto AL CONTRATO DE ARRNDAMIENTO DEL LOCAL UBICADO EN LA DIAGONAL 12 SUR No. 18-11 LOCAL COMERCIAL 2do piso de esta ciudad, mediante el cual decidieron las dos personas otorgantes "dejar sin efecto la cláusula de un contrato donde se establecía un incremento del 25% anual a la terminación del primer año de celebrado dicho contrato, quedando como canon mensual el valor que actualmente tiene, es decir de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000.00)M/creo mensuales, cuya vigencia data desde el 1 de junio del año dos mil uno (2001)al treinta y uno de mayo de dos mil dos (2002)"

Del texto de este documento se deduce que: 1. la arrendadora en dicho otro si, está relacionada con otro nombre y cédula borrosa, que no corresponden a los datos plasmados en ninguno de los dos contratos traídos al plenario 2. El documento allegado y denominado OTRO SI no indica sin lugar a dudas de cual contrato principal iba a a ser parte. 3. El mencionado OTRO S, no es parte documental de ninguno de los contratos traídos al plenario por cuanto las partes no son las mismas al variar las identificaciones 4. El mencionado otro si, no está suscrito por las partes señaladas en los contratos traídos al plenario.

No fue tachado como falso, pues su contenido seguramente es verdadero para las personas que lo suscribieron, pero el documento en sí no es útil y procedente para ser parte documental en el presente proceso.

- Obran también como pruebas traídas por la parte demandada las copias de consignaciones y de los recibos, que confirman el pago del canon de arrendamiento, los cuales cotejados mes a mes no corresponden matemáticamente al canon que debían legalmente cancelar.

- También obra en el plenario copias de actuaciones ante la PERSONERIA LOCAL DE SUBA y del PROCESO DE RESTITUCION instaurado contra los tres arrendatarios, documentos que fueron ignorados por la Señora Juez de primera instancia.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD SOBRE LA SENTENCIA RECURRIDA

Se trata de la SENTENCIA 11-10-2021 proferida en el JUZGADO 19 CIVIL DEL CIRCUITO, por la Dra. ALBA LUCIA GOYENECHÉ GUEVARA, sobre la cual se precisan los motivos de inconformidad contra la misma así:

1. NO ESTAMOS DE ACUERDO CON LA SENTENCIA POR CUANTO SE PRESENTA DEFECTO FACTICO EL CUAL SURGE CUANDO a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte, no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión, si lo hubiera hecho variarían la decisión, como sucede con la no valoración de los requerimientos ante las autoridades por parte de la arrendadora intentando que fuera escuchada la parte demandada, con resultado negativo.
2. A PESAR DE QUE EL JUEZ NO PUEDE ASUMIR UNA CARGA PROCESAL DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES DENTRO DE UN PROCESO, ES VALIDO QUE ACUDA A SUS Facultades OFICIOSAS CUANDO EVIDENCIE ELEMENTOS DE JUICIO INDICATIVOS DE LA CONFIGURACION DE UNO DE LOS SUPUESTOS FACTICOS RELEVANTES PARA LA PROSPERIDAD DE LAS PRESENTACIONES DE CUALQUIERA DE LAS PARTES.
3. No estamos conforme con las consideraciones en la sentencia por cuanto se presenta un EXCESO RITUAL MANIFIESTO por cuanto la señora Juez realizó una aplicación mecánica de las formas apegándose de manera extrema a las normas y procedimientos sin tomar en cuenta la verdad jurídica objetiva presentada dentro del trámite.

4. La señora Juez encontró, delantadamente, demostrada la excepción denominada "COBRO de lo no debido" decidiendo abstenerse de abordar los demás problemas jurídicos establecidos en la audiencia inicial, así como los restantes medios de defensa en atención a lo establecido en el art. 282 inciso tercero del C.G. del P., sin fundamentar el porqué de la conclusión y in otra justificación no abordo los otros problemas planteados, con el fin de llegar a la verdad real.
5. Para el efecto, la señora Juez, en el acápite referido al caso concreto, se refirió en cada uno de los párrafos, así:

PARRAFOS 1 AL 4: En estos cuatro primeros párrafos la señora Juez se limito a transcribir los datos obrantes en los contratos y en el otro si.

PARRAFO CINCO: En el quinto párrafo, la señora Juez se pronunció indicando que en el plenario no se acreditó que la parte arrendadora efectuará requerimientos constantes durante la ejecución del contrato base de la acción a efectos de que los arrendatarios pagaran en su integridad los aumentos objeto de ejecución, sin que su mero dicho bastare para producir los efectos perseguidos en las pretensiones del introductorio, ello aunado a las declaraciones de las demandadas y de los testigos Germán Espinel Meneses y Jorge Antonio Bernal quienes expusieron en sus intervenciones no haber sido reconvertidos a efectos de que sufragar los aumentos aludidos.

NO ESTAMOS DE ACUERDO con las apreciaciones de la Señora Juez respecto a este tema de los requerimientos.

Al respecto, la parte arrendadora no debía efectuar requerimientos constantes durante la ejecución del contrato o en ambos contratos por cuanto EN LA CLÁUSULA DECIMA PRIMERA, quedó ESTABLECIDO que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el contrato daría

lugar a exigir la entrega inmediata del inmueble sin necesidad del desahucio ni de los requerimientos previstos en la ley.

PARRAFO SEIS: En este párrafo concerniente a la existencia de la NOVACION de los contratos de arrendamiento arrojados al legajo la funcionaria únicamente transcribe las normas relativas al tema.

PARRAFO SEPTIMO: En el párrafo séptimo la Señora Juez expresa que no deduce el animo novatorio de las piezas que componen la actuación, sin agregar una justificación o razón por la que llega a dicho conclusión sin una MOTIVACION CONCRETA CLARA asegurando que no se desprende el cambio de una obligación por otra, expresando razonamientos difusos y que contradicen la verdad real de lo acontecido. Este mismo contrato fue el presentado ante la Personería Local de Suba actuación allegada al procedí, conocida por la Personería y sobre la cual hicieron caso omiso los arrendatarios citados, fracasando en la conciliación.

La parte demandada asegura que el contrato que rigió fue el No. LC-1600324 y la parte que represento asegura que aquel contrato fue cambiado por el que hoy se ejecuta, a saber, el rotulado LC-1038290 ante la presencia de errores en el número de documento de la arrendadora y la disminución del porcentaje por concepto de aumento.

Correspondía a la Señora Juez el dirimir lo sucedido en justicia y derecho, y verificar el hecho notorio de la INUDABLE EXISTENCIA DE LOS DOS CONTRATOS, como las normas lo indican, verificar y conceptual sobre cada uno de ellos y concluir sobre cada uno de ellos.

ANTE LA PRESUNTA NO EXISTENCIA DEL ANIMO NOVATORIO, DEBIO CONSIDERAR LOS DOS CONTRATOS COMO COEXISTENTES, pues considerar que el segundo contrato, NO EXISTE, NO ES LOGICO NI LEGAL, ES BURLARSE DE LAS FIRMAS Y CONTENIDO Y OBLIGACIONES EN ESTE CONTRATO DEBIDAMENTE PLASMADAS.

Respecto al contenido del PARRAFO OCTAVO, aunque NO ES SIMILAR LA SITUACION, no compartimos la sentencia en cuanto a los argumentos de la señora Juez respecto al OTRO SI, nadie objeta que sea verdadero y con efectos jurídicos, pero **únicamente** para las dos personas que lo suscribieron.

El CONTRATO base de la acción ES LEY PARA LAS PARTES, y cualquier cambio, modificación, supresión, etc., debía haberse realizado con el consenso de todos los otorgantes del mismo.

En el PARRAFO DIEZ, la señora Juez le reconoce vigencia al OTRO SI por varios años, cuando dicho documento indico taxativamente como vigencia la de UN AÑO para las partes firmantes de dicho otro si, pero no para todas las partes firmantes del contrato que es motivo de la acción ejecutiva.

En consecuencia, ha de prevalecer en justicia lo acordado en el contrato BASE DE ESTA ACCION, ya sea que sea mirado como NOVADO O COMO COEXISTENTE CON EL ANTERIOR.

En uno u otro caso, el contrato base de la acción, NO se encuentra AFECTADO por ningún OTRO SI vigente firmado de consuno por todas las partes intervinientes en la relación contractual.

CONCLUSIONES

No compartimos la decisión atacada por cuanto es contraria a la verdad real de lo acontecido, al denotar que se resolvió con interpretaciones rigoristas y con ausencia total del análisis probatorio obrante en el proceso a saber:

- No se tuvo en cuenta el PROCESO DE RESTITUCION que, aunque se terminó porque ya habían entregado el inmueble, muestra que desde antes se había intentado y expuesto el caso ante una autoridad, referente a los no pagos de las obligaciones.
- No se tuvieron en cuenta los documentos ante del Personería.
- No se realizó EVALUCION INDIVIDUAL DE:
. CADA HECHO ALEGADO,

- . DE CADA PRONUNCIAMIENTO DE LAS PARTES
- . DE CADA PRUEBA ALLLEFADA
- . DE CADA TESMINONIO RECIBIDO.
- . DE CADA DOCUEMNTO EXISTENTE EN EL PROCESO
- . DEL DOCUMENTO BASE DE LA ACCION.

La prueba es para todos los sujetos procesales, pero la valoración que se realice de esta, es un ejercicio exclusivo del juez, quien tiene la tarea de realizar un análisis completo de los medios de prueba que se allegan al proceso.

Las dos tareas imperiosas del juez son: (i) la obtención del. derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad.

El art. 228 de la C.N. consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho material.

Es una VERDAD, que la parte ARRENDATARIA considero QUE EL SEGUNDO CONTRATO era mas benéfico para ella, pues este tiene inserta una cláusula de INCREMENTO ANUAL inferior a la plasmada en el anterior contrato y siendo los tres arrendatarios personas capaces, adultas, no se puede creer, que la señora Juez, haya valorado sus testimonios como válidos, siendo tan contradictorios frente a la prueba documental contentiva del segundo contrato.

Aunque la relación contractual fue la misma, en el papel, la INTENCION ANTERIOR FUE CAMBIADA A LA INTENCION NUEVA, por las siguientes razones: 1. CORREGIR ERRORES MECANOGRAFICOS Y 2 BAJARLE EL VALOR AL INCREMENTO ANUAL.

Salta a la vista y a simple calculo matemático, que LOS ARRENDATARIOS NO CANCELARON LO DEBIDO MES A MES Y AÑO A AÑO CONFORME A LO PACTADO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, tema sobre el cual no hubo análisis ni pronunciamiento por la señora luz.

LA MOTIVACION DE LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA, NO corresponde a la verdad real inserta en el documento base de la acción CONTRATO DE ARRENDAMIENTO No. LC -1838290.

La MOTIVACION DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA es DEFICIENTE, DEFECTUOSA, APARENTE Y AUSENTE respecto al pronunciamiento que debió hacer la juez a quo sobre todas y cada una de las PRETENSIONES DE LA DEMANDA, respecto de TODAS Y CADA DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PLENARIO Y SOBRE TODOS y cada uno de los pronunciamientos de ambas partes.

La obligación de pagar con el reajuste anual, siguió novada o no, solo que, sustituida o cambiada, donde las partes arrendatarias fueron las mismas y el mismo arrendador, esta vigente y fue exigida en los últimos 5 años por la demandante, su hijo, la suscrita abogada por medio de la Personería Local de Suba y por medio de este proceso.

Aunque las partes siguieron siendo las mismas el cambio fundamental de resultas fue el reajuste del 25% al 20% anual, que configuro una nueva obligación, esta vez favorable a los arrendatarios.

Sobre ninguno de los dos contratos de arrendamiento obra un otro SI legalmente constituido.

Es claro que SI HUBO NOVACION por cuanto las partes, aunque no lo manifestaron en el texto del contrato escrito, fue INDUDABLE SU INTENCION DE NOVAR es decir CAMBIAR EL CONTRATO al sentar su voluntad libre en el segundo contrato con sus firmas, dejando claro y expreso que LE BAJABAN EL PORCENTAJE AL INCREMENTO ANUAL.

Suponiendo que las partes no tuvieron la intención de NOVAR es claro que los contratos se deban CONSIDERAR COEXISTENTES EN LAS DOS OBLIGACIONES, la primera obligación en todo lo que no sea contraria a la segunda.

Se puede concluir fácilmente que de las dos obligaciones la segunda al no contrariar a la primera es más favorable económicamente.

La NOVACION supone, pues, de manera invariable la sustitución de una obligación por otra,

La sentencia adolece del examen crítico con explicación razonada de cada una de las pruebas. La sentencia es un acto del juez que decide sobre las pretensiones y las excepciones propuestas siendo un deber constitucional.

Preceptúa el art. 280 del C.G. del P., que la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas.

ESTE EXAMEN CRÍTICO SOBRE TODAS Y CADA UNA DE LAS PRUEBAS INCLUYENDO RECIBOS no fue pasado en la sentencia

Es mandato constitucional, que el juez siempre deba calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive...; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas....

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación, tampoco quedó consignada en la sentencia.

La MOTIVACION DE LOS FALLOS JUDICIALES es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos como posición jurídica concreta derivada del debido proceso.

Por todas las anteriores alegaciones de conclusión solicito que la sentencia de primera instancia sea revisada por incurrir en ERROR FACTICO, NDEBIDA E INCOMPLETA MOTIVACION y por las demás alegaciones anotadas.

NOTIFICACIONES

- Mi poderdante **MERCEDES BEATRIZ PAUCAR HERNANDEZ** en la **CALLE 188 A No. 21-50**. Barrio Maranta de esta ciudad.
- **MARIA NELLY BERNAL FUERTES**, en la Cra. 70 No. 35 A- 33 SUR APTO. 301
- **GLORIA ESPERANZA FUERTES**, ACTUAL DIRECCION TRANSVERSAL 18 BIS No. 15-12 Y/O ANTIGUA DIRECCION DIAGONAL 12 SUR No. 18-11 SEGUNDO PISO, INMUEBLE OBJETO DE RESTITUCION inmueble **DESTINADO PARA CLINICA ODONTOLOGICA**, de esta ciudad

La suscrita en la secretaria de su despacho o en la **CALLE 188 A NO. 21-50**, barrio Maranta de esta ciudad y en los CORREOS ELECTRONICOS

piaepp@hotmail.com,
piapacheco.1957@gmail.com
luchoegg79@hotmail.com

Con las anteriores argumentaciones dejo fundamentado el recurso de apelación solicitando **REVOCAR LA SENTENCIA RECURRIDA** dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla.

De la Honorable Magistrada, con todo respeto,

Atentamente



PIA EUGENIA PACHECO PERDOMO
C.C. No. 41.663.224 de Bogotá
T.P. No. 48.227 del C.S. de la J.



Bogotá D.C, veintiuno (21) de febrero de 2022.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C – SALA 016 CIVIL

M.P Dra. AIDA VICTORIA LOZANO RICO

E. _____ S. _____ D. _____

REF: PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE JOSÉ GUSTAVO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN Y OTRO Vs. LIOBOV LACHTCHIVSKAIA Y OTROS. (Expediente: 2014 – 0238-01).

ASUNTO: SUSTENTACIÓN REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 4 DE MARZO DE 2021.

TRIBIN ASOCIADOS S.A.S., sociedad legalmente constituida, identificada con N.I.T. 900-210.997-3, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C., Representada Legalmente por el Dr. **CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 92.045 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre y representación de los señores **JOSÉ GUSTAVO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN** y **LUIS ALEJANDRO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN**, en atención al auto de fecha 11 febrero de 2022 y notificada por estado el día 14 de febrero de 2022, en uso de la facultad contemplada en los Inciso 2 y 3 del numeral 3° del artículo 322 del C.G.P. y del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, me permito sustentar los reparos presentados contra la sentencia que profirió el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá a fin de que se **REVOQUE** y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda así:

I. INDICACIÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Se presento recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, quien el pasado 4 de marzo de 2021 que ordeno **DESESTIMAR** las pretensiones de la demanda.

II. RELACIÓN IMPORTANTE DE LOS HECHOS

2.1. Mediante contrato de arrendamiento suscrito el día 13 de diciembre de 2002, el señor **VÍCTOR GUILLERMO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN** concedió el goce del apartamento 410 y Garaje No 29, ubicados en la Calle 34 No. 6 – 59 en la ciudad de Bogotá, D.C., a la señora **LIOBOV LACHTCHIVSKAIA** en calidad de **ARRENDATARIA** y a los señores **GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANDRÉS VELASCO APRAEZ** en condición de **COARRENDATARIOS**.

2.2. El día 27 de febrero de 2012, el señor **VICTOR GUILLERMO GUTIERREZ LEGUIZAMON**, en su condición de arrendador, cedió, endoso y traspaso sin garantía, ni responsabilidad de su parte, en favor de **JOSÉ GUSTAVO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN** el contrato de arrendamiento suscrito el día 13 de diciembre de 2002 con **LIOBOV LACHTCHIVSKAIA**, **GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANRES VELASCO APAREZ** como **COARRENDATARIOS**, sobre el inmueble ubicado en la calle 34 No. 6 – 59 apartamento 410, garaje 29 de Bogotá, D.C, en donde se dejó constancia que los arrendatarios adeudaban cánones de arrendamiento y cuotas de administración.

2.3. La señora **LIOBOV LACHTCHIVSKAIA** en calidad de **ARRENDATARIA** y a los señores **GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANDRÉS VELASCO APRAEZ** en su condición de **COARRENDATARIOS**,



incumplieron la obligación de pagar los cánones mensuales de arrendamiento correspondiente a los meses de junio de 2010 hasta febrero de 2014 para un total de **CINCUENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL VEINTIOCHO PESOS MDA. CTE. (\$55.355.028.00)**.

- 2.4. Además del incumplimiento de la señora **LIUBOV LACHTCHIVSKAIA** en su calidad de **ARRENDATARIA** y de los señores **GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANDRÉS VELASCO APRAEZ** en su condición de **COARRENDATARIOS** en el pago de los cánones de arrendamiento, tampoco generaron el correspondiente pago de las sumas equivalentes a las cuotas de administración de los inmuebles otorgados en arrendamiento, adeudando desde el mes de mayo de 2010 hasta febrero de 2014, para un total de **VEINTICINCO MILLONES VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS PESOS MDA. CTE. (\$25.029.600.00)**.
- 2.5. Aunado a lo anterior, en el contrato de arrendamiento en la cláusula décima, se estipuló la cláusula penal por la suma de 6 salarios mínimos, la cual no requería constitución en mora, ni requerimiento alguno, la cual se configura por el incumplimiento de las obligaciones de la **ARRENDATARIA** y de los **COARRENDATARIOS** por la suma de **TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS MDA. CTE. (\$3.696.162.00)**.
- 2.6. Mediante auto del 29 de abril de 2014, el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., libro mandamiento de pago, por la vía ejecutiva en favor del señor José Gustavo Gutiérrez Leguizamón y Luis Alejandro Gutiérrez Leguizamón y en contra de **LIUBOV LACHTCHIVSKAIA** en su calidad de **ARRENDATARIA** y de los señores **GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANDRÉS VELASCO APRAEZ** por la suma de **CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MDA. CTE. (\$52.730.788.00)** por concepto de cánones de arrendamiento causados entre los meses de junio de 2010 y diciembre de 2013 y por el valor de **TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS MDA. CTE. (\$3.696.162.00)** por concepto de la cláusula penal.
- 2.7. Como pruebas se aportaron el contrato de arrendamiento de vivienda urbana de fecha 13 de diciembre de 2002, el documento de cesión a favor de **JOSE GUSTAVO GUTIERREZ LEGUIZAMON** y **LUIS ALEJANDRO GUTIERREZ LEGUIZAMON** y certificación del 4 de octubre de 2013 expedida por el Edificio Residencial y Comercial la Merced, suscrita por la administradora.

III. SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA

- PRIMER REPARO. EXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA:

La legitimación en la causa es un elemento sustancial relacionado con la calidad o el derecho que tiene una persona como sujeto de la relación jurídica sustancial, para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda.

De esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda (legitimación por activa) frente a quien fue demandado (legitimación por pasiva). Por ello, se entiende que la primera (por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo, quien, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo. Y la segunda (por pasiva) es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado.

Teniendo en cuenta lo anteriormente indicado y contrario a lo señalado por el juez de primera instancia en donde declaro probada la excepción de mérito denominada falta de legitimación en



la causa por activa del demandante exclusivamente por no probarse la notificación o aceptación de la cesión del contrato de arrendamiento y en razón a que aparentemente dentro del material probatorio recaudado dentro del trámite procesal no obra prueba concluyente de relación entre los sujetos de la litis, al respecto, es indispensable indicar que surgieron diferentes actos entre estas comunicaciones y actas que permitieron demostrar que efectivamente la parte demandada conocía efectivamente de la cesión del contrato de arrendamiento, tan es así que daban respuesta y accedían a los requerimientos que le efectuaba la parte demandante, de no conocer de la referida cesión, hubiesen hecho caso omiso a los mismos o hubiesen colocado oposición frente a esta situación.

Por otra parte, es fundamental traer de presente, que en el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, D.C., se cursó un proceso ejecutivo singular No. 11001400304320170061900 entre las mismas partes del referido proceso, pero en lo que concierne a las cuotas de administración, pretensión que fue denegada en su momento por cuanto el juzgado no libro mandamiento de pago por los referidos conceptos. En el juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, D.C., se logró demostrar que los demandados fueron efectivamente notificados de la cesión del contrato de arrendamiento y por esta razón el señor Juez dicto sentencia a favor de los señores **JOSÉ GUSTAVO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN** y **LUIS ALEJANDRO GUTIERREZ LEGUIZAMON**, en donde las excepciones formuladas se declararon no probadas, razón por la cual se constató que la legitimación en la causa por activa está probada y las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada están llamadas al fracaso.

Teniendo en cuenta lo anteriormente indicado, y a fin de probar lo anteriormente aducido, fue la solicitud de la prueba trasladada con fundamento en lo señalado en el artículo 174 del Código General del Proceso, se ordenara la referida prueba trasladada de las probanzas decretadas y practicadas dentro del Proceso Ejecutivo Singular No. 11001400304320170061900 de **JOSÉ GUSTAVO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN** y **LUIS ALEJANDRO GUTIÉRREZ LEGUIZAMÓN** contra **LIUBOV LACHTCHIVSKAI, GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANDRÉS VELASCO APRÁEZ**, que reposan en el Juzgado Cuarenta y Tres Civil Municipal de Bogotá, D.C., para que sean incorporadas en el presente litigio.

Las pruebas que se solicitaron trasladar recaen sobre las mismas partes y se reitera que tienen como finalidad demostrar que los demandados habían sido notificados de la cesión del contrato de arrendamiento a los demandados, lo cual quedó demostrado en el proceso indicado y en el cual ya se profirió sentencia, **pruebas que no se pudieron aportar teniendo en cuenta que fueron hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad procesal para hacerlo.**

Finalmente, es de advertir que se solicitó al Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, D.C. el expediente digital, sin embargo, a la fecha no ha dado respuesta de la respectiva solicitud, pruebas que son fundamentales para demostrar que los demandados estaban notificados de la respectiva cesión y conocían de la misma.

- **SEGUNDO REPARO. FALTA DE VALORACIÓN PROBATORIA – EN LA EXISTENCIA DEL TITULO EJECUTIVO:**

El A-quo no evidenció que el contrato de **arrendamiento** suscrito entre las partes el día 13 de diciembre de 2002, presta mérito **ejecutivo**, por cuanto contiene una obligación clara, expresa y exigible. Así lo dispone el artículo 14 de la Ley 820 de 2003 *“ARTÍCULO 14. EXIGIBILIDAD. Las obligaciones de pagar sumas en dinero a cargo de cualquiera de las partes serán exigibles ejecutivamente con base en el contrato de arrendamiento y de conformidad con lo dispuesto en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. En cuanto a las deudas a cargo del arrendatario por*



concepto de servicios públicos domiciliarios o expensas comunes dejadas de pagar, el arrendador podrá repetir lo pagado contra el arrendatario por la vía ejecutiva mediante la presentación de las facturas, comprobantes o recibos de las correspondientes empresas debidamente canceladas y la manifestación que haga el demandante bajo la gravedad del juramento de que dichas facturas fueron canceladas por él, la cual se entenderá prestada con la presentación de la demanda”.

De igual manera, toda obligación que consista en pagar sumas de dinero a cualquiera de las partes será exigible en un proceso ejecutivo basándose en el contrato de arrendamiento y de acuerdo a lo establecido en el art. 422 del Código General del Proceso: *“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley”.*

Por lo tanto, y de conformidad a lo expuesto, el contrato de arrendamiento suscrito el día 13 de diciembre de 2002, configura en un título ejecutivo que servirá de fundamento para incoar un proceso ejecutivo que pretende que el arrendatario se ponga al día con los cánones morosos, como sucede en el caso en concreto, aunado y de conformidad a lo expuesto en el primero reparo que si existía legitimación en la causa por activa, razón por la cual a los demandados les existe la obligación de generar los pagos de conformidad a lo ordenado en el libramiento de pago de fecha de 29 de abril de 2014 por el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

- **TERCER REPARO. INDEBIDA VALORACIÓN DE LA CESIÓN Y PRUEBAS QUE OBRAN SOBRE SU RECONOCIMIENTO**

Contrario a lo indicado por el despacho en primera instancia y en concordancia al segundo reparo, la cesión si produjo efectos jurídicos es importante tener de precedente que el inmueble fue abandonado en el año 2010 y la cesión se produjo el 27 de febrero de 2012, por lo que la exhibición del título era imposible de hacer en su momento y aunado que la demanda se radico el día 28 de marzo de 2014 y no se logró entablar comunicación con anterioridad con las partes, por las razones indicadas.

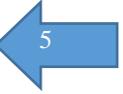
Ahora bien, es necesario resaltar que a posterioridad luego de haber iniciado el correspondiente proceso, existió comunicación entre **JOSÉ GUSTAVO GUTIÉRREZ** y **ANDRÉS VELASCO** el día 28 de julio de 2017 en donde se solicita confirmar la cita para el día 29 de julio de la misma anualidad a las 11:00 a.m. en el Edificio la Merced para sacar la Maquina del Garaje (Garaje del apartamento arrendado). El señor **ANDRÉS VELASCO** manifiesta el día 29 de julio de 2017 día de la cita, que se encontraba en una zona de normalización por un caso de derechos humanos y donde le indica que la maquina la recogería el lunes siguiente a la fecha señalada.

El señor **ANDRÉS VELASCO** incumple de manera constante, las citas acordadas. Finalmente, el señor **GUSTAVO GUTIÉRREZ** y en concordancia a lo hablado con el señor **ANDRÉS VELASCO**, le solicita que le remita la autorización para poder retirar y disponer de la máquina que dejo en el garaje 29 del edificio la Merced a quien este dispusiera.





De esta manera el señor **ANDRES VELASCO APRAEZ** remite la correspondiente comunicación al señor Gustavo Gutiérrez exponiendo lo siguiente:



79

Colombia 14 de agosto de 2.017.

Señor:

Gustavo Gutiérrez :

Ciudad.

Señor Gutiérrez :

Fui contactado por usted, con relación a una máquina que había encargado años atrás a la señora Laschivska, inquilina del inmueble de la calle 34 Edificio la Merced, no volví a tener contacto con la doctora, por eso considere que este equipo lo había dispuesto ella. En este momento usted me dice que ella dejó el mismo en el edificio para que yo lo retire, por encontrarme por fuera de la ciudad, no podría hacerlo, por lo que lo autorizo a usted disponer de él.

Sin otro considerando.

ANDRES VELASCO APRAEZ.

- Este mensaje tiene efectos legales esta enviado desde el teléfono inteligente de Andres Velasco Apraez.

De igual manera, el señor **GUSTAVO GUTIERREZ** mantuvo comunicación con el abogado **JESUS RAIRA** (abogado de los demandados) a fin de coordinar la entrega de la maquina y como persona delegada para retirar la correspondiente demandada.

Finalmente, el quince de agosto de 2017 se suscribe acta de retiro de maquinaria:

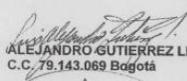
AGTA
RETIRO MAQUINARIA

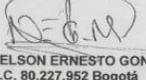
En Bogotá, a los quince (15) días del mes de agosto del 2017, siendo las 3:42 p.m., en las instalaciones del edificio Comercial y Residencial la Merced, se procede a retirar la maquina ubicada en el garaje n. 29 , proceso que se realiza con previa autorización de su propietario Sr. Andrés Velasco Aprez con C.C. 19.489.917 de Bogotá de acuerdo a la autorización verbal dada por celular (a los señores Gutiérrez Leguizamón propietarios del inmueble 410), quien fuera coarrendatario de la ex inquilina del apartamento 410 Sra. Lioubov Lachtchivskaia con Cedula de Extranjería C.E. 224.486 de Bogotá, quien de igual forma autorizo el retiro de la maquina por medio de whatsapp.

La maquina se retira en las mismas condiciones que manifiesta en que fue dejada por el Sr. Andrés Velasco Aprez y la Sra. Lioubov Lachtchivskaia.

En constancia del proceso de retiro de la maquina, firman como testigos:


BEATRIZ MARLEN SABOGAL PULIDO
C.C. 20.485.307 Choachi

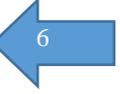

ALEJANDRO GUTIERREZ LEGUIZAMON
C.C. 79.143.069 Bogotá


NELSON ERNESTO GONZÁLEZ
C.C. 80.227.952 Bogotá

Lo anterior denota, también una aceptación de los señores **JOSE GUSTAVO GUTIERREZ LEGUIZAMON** y **LUIS ALEJANDRO GUTIERREZ LEGUIZAMON** como cesionarios del contrato de arrendamiento suscrito el 13 de diciembre de 2002 por parte **LIUBOV LACHTCHIVSKAIA, GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANRES VELASCO APAREZ**, dado que es palmario observar que no hubo oposición al respecto, es decir se configuro lo que se denomina: **“AQUIESCENCIA TACITA”**, lo anterior otra prueba y hecho que configura y demuestra la existencia del



conocimiento de la cesión del contrato de arrendamiento y por lo cual surgen todos sus efectos.



De igual forma se omitió la valoración de la comunicación del señor **ANDRES VELASCO APRAEZ**, quien al igual que las demás demandados conocía que el señor **VÍCTOR GUILLERMO GUTIÉRREZ LEGUIZAMON**, en su condición de arrendador, cedió, endoso y traspaso los derechos del contrato de arrendamiento el contrato de arrendamiento suscrito el día 13 de diciembre de 2002 con **LIUBOV LACHTCHIVSKAIA, GILBERTO CASTRO CORRALES** y **ANRES VELASCO APAREZ** como **COARRENDATARIOS**, sobre el inmueble ubicado en la calle 34 No. 6 – 59 apartamento 410, garaje 29 de Bogotá.

IV. PETICIÓN

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, ruego **REVOCAR** la **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, accediendo a las pretensiones de la demanda manteniendo la orden de pago incólume y por consiguiente declarar imprósperas las excepciones formuladas.

Cordialmente,

TRIBIN ASOCIADOS S.A.S.

N.I.T. 900.210.997 – 3

CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO

Representante Legal.

C.C. No. 80.469.508 de Bogotá D.C.

T.P. No. 92.045 del C. S. J.

Señora

Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

SALA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Ciudad

Referencia: PROCESO VERBAL “PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN ORDINARIA”
de CLAUDIA TORRES Y DEXON LESMES contra MARIA ESTHER BARBOSA RIVERA
E INDETERMINADOS. Radicado. 034-2015-01249-01

HOLLMAN ANTONIO GOMEZ BAQUERO, identificado civil y profesionalmente como reposa al pie de mi respectiva firma, en mi calidad de apoderado judicial de la demandada señora **MARIA ESTHER BARBOSA RIVERA**, y obrando como recurrente, dentro del término legal para ello, atendiendo lo ordenado en el auto de fecha 11 de los corrientes, emitidos por este despacho, nos permitimos presentar las **ALEGACIONES** contentivas de los argumentos con los que se sustenta los reparos indicados ante el A-quo en contra de la sentencia anticipada por éste proferida. Lo que hacemos en los siguientes términos:

Atendiendo el hecho de que, la sentencia anticipada emitida no se podía dar, en el entendido de que el mencionado artículo, la prescripción de la acción contractual no estaba demostrada, pues el término prescriptivo considerado por la señora Juez del Circuito, (el transcurrido desde la fecha de la escritura **pública No.2139 del 6 de agosto de 2003** al **12 de noviembre de 2015**, cuando se radicó la demanda de reconvencción y que reposa en el expediente), no podía serlo así, pues si bien es cierto, la escritura de venta y posterior de rescisión de la misma, son de fecha 6 y 26 de agosto de 2003, respectivamente, (obrantes a folio 1 al 15 del expediente digital), ha de tenerse presente, señores Magistrados, que al interior del proceso reivindicatorio que nuestra cliente adelantó en el año 2003, ante el JUZGADO 28 CIVIL MUNICIPAL de esta ciudad, y que se identificó con el radicado 2003-1560 en el mismo se ORDENÓ Y PRACTICÓ la medida cautelar de inscripción de la demanda, por petición de nuestra prohijada, sobre el inmueble de propiedad de nuestra poderdante y que es el perseguido, irregularmente, por la parte actora el día de hoy; medida cautelar que fue debidamente inscrita por el registrador de instrumentos públicos el 23 de noviembre de 2004, al folio de matrícula inmobiliaria No.50S-

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com

40294380, como consta a **folio 5 expediente digital y 8 del del expediente físico**, y que hoy por hoy, señores Magistrados, **aún se encuentra inscrita, PUES NO SE HA LEVANTADO.**

PUBLICOS DE BOGOTA ZONA SU
DE
INMOBILIARIA
Nro Matricula: 50S-40294380

Impreso el 12 de Mayo de 2015 a las 11:59:47 a.m

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACION JURIDICA DEL INMUEBLE HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICION
No tiene validez sin la firma del registrador en la ultima pagina

Fecha: 23-04-2004 Radicacion: 2004-28482 VALOR ACTO: \$
Documento: OFICIO 0109-04 del: 19-03-2004 UNIDAD JUDICIAL MUNICIPAL de SILVANIA Y TIBACUY CUNDINAMAR
ESPECIFICACION: 0468 DEMANDA EN PROCESO ORDINARIO REF 0196/03. (MEDIDA CAUTELAR)
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio, I-Titular de dominio incompleto)
DE: BARBOSA RIVERA MARIA ESTHER 39665460 X
A: REYES ANILA FLOR MARIA

ANOTACION: Nro 4 Fecha: 23-11-2004 Radicacion: 2004-88656 VALOR ACTO: \$
Documento: OFICIO 04-0646 del: 23-03-2004 JUZGADO 28 CIVIL MUNICIPAL de BOGOTA D.C.
ESPECIFICACION: 0468 DEMANDA EN PROCESO ORDINARIO (MEDIDA CAUTELAR)
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio, I-Titular de dominio incompleto)
DE: BARBOSA RIVERA MARIA ESTHER 39665460
A: TORRES SIERRA CLAUDIA
A: LESMES MEDINA DEXON

NRO TOTAL DE ANOTACIONES: *4*

SALVEDADES: (Informacion Anterior o Corregida)
Anotacion Nro: 0 Nro correccion: 1 Radicacion: C2009-3207 fecha 07-03-2009
SE ACTUALIZA NUMERO CATASTRAL CON EL C.H.I.P.- SE INCLUYE DIRECCION ACTUAL,

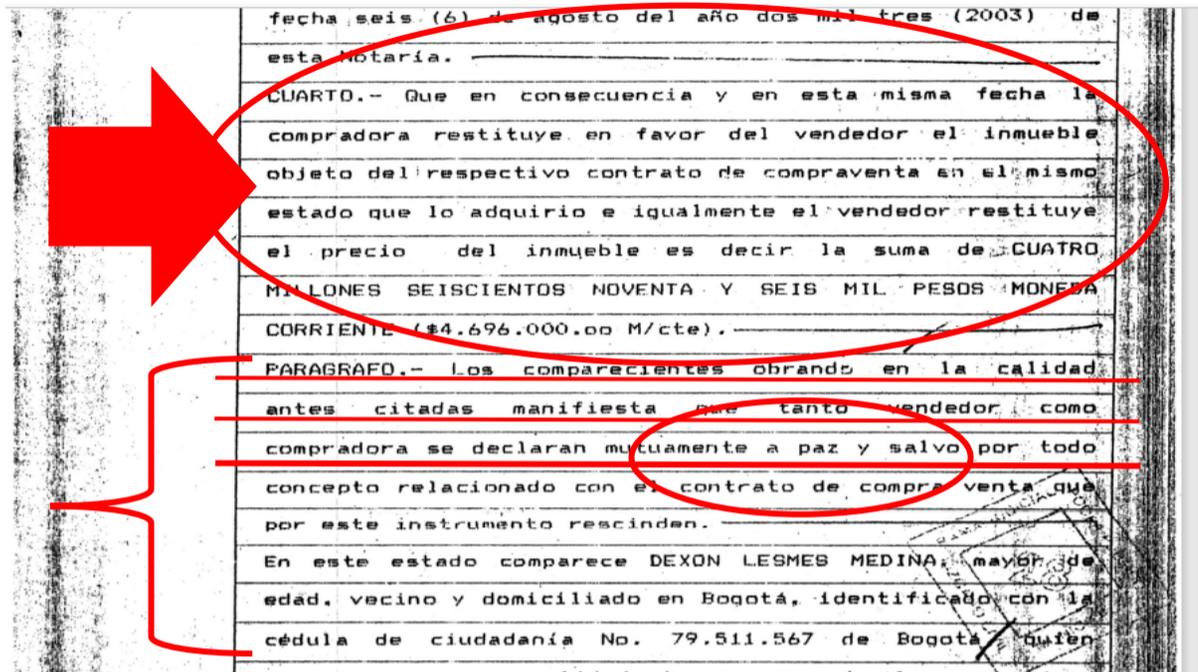
Siendo claro que, ante la existencia y práctica de dicha cautela, el término prescriptivo fue, y continúa siéndolo, interrumpido, permitiéndose así que, por vía de reconvencción en este proceso, se pueda reclamar la devolución del inmueble de propiedad de nuestra cliente, pues ella **aún tiene vigente el derecho de cumplimiento de contrato**, y no se ha extinguido, de conformidad con el artículo 2523 del Código Civil Colombiano.

Obsérvese, por demás, que la sentencia de segunda instancia (folio 80 y s.s. expediente físico), emitida al interior del mencionado proceso reivindicatorio 2003-1560, por el **Juez 20 Civil del Circuito de Descongestión**, lo fue el **8 de abril de 2003**, y que, con posterioridad a la misma, nuestra representada adelantó acción de tutela en contra de dicho despacho, pues incurrió en un yerro al considerar que la escritura de rescisión número 2335 del 26 de agosto de 2003, la obligaba a ella a tener que devolver el “precio” indicado en la misma a los hoy demandantes, para recibir el inmueble, y que por ello, la acción debía serlo procurando el cumplimiento de dicho contrato, pasando por alto, señores magistrados, que en ese mismo instrumento, en la cláusula CUARTA se decía que **DEXON Y CLAUDIA ya habían recibido tal pago y los contratantes se encontraban a paz y salvo**; documento que reposa a **folio 5 del cuaderno 1** del expediente digital y retomamos:

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com



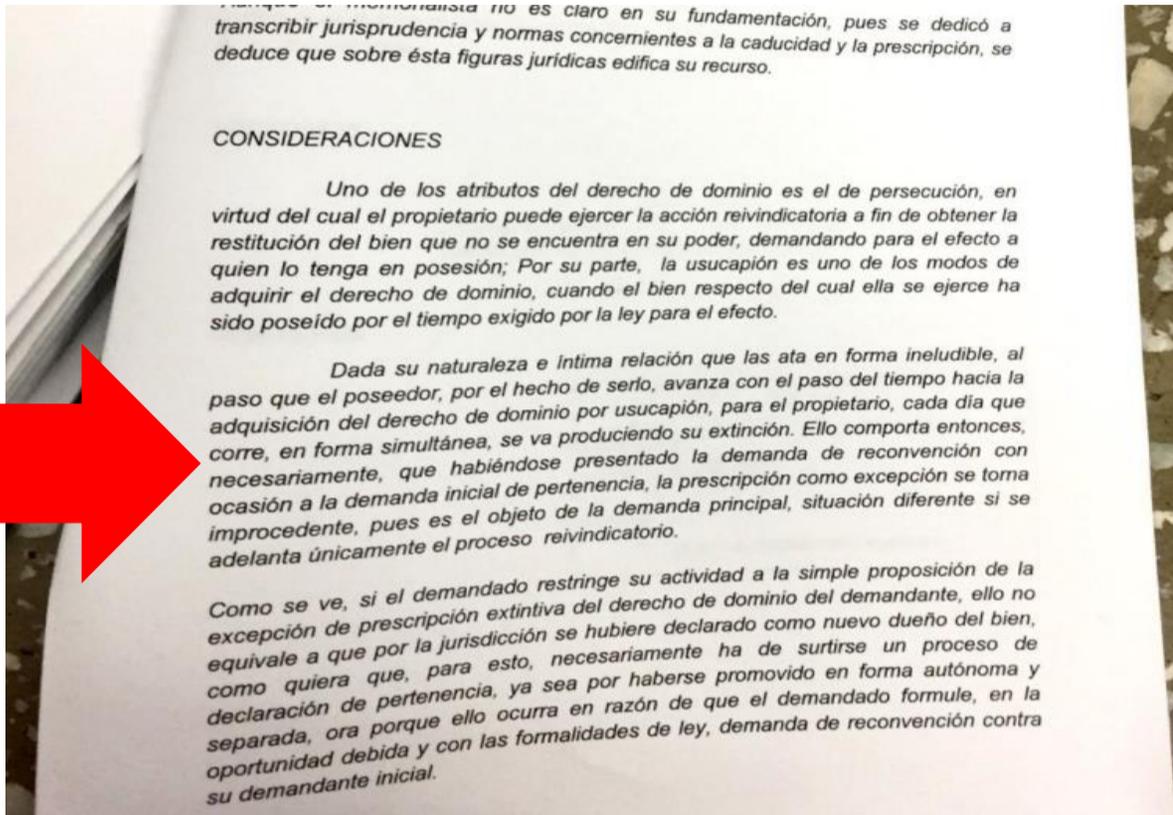
Aunado a lo anterior, señores Magistrados, debe observarse que, en anterior oportunidad, ya la señora Juez de primera instancia, había resuelto la solicitud de declaratoria de prescripción de la acción, que la entonces apoderada de los hoy demandantes, le formuló por vía de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención (**Ver Folio 71 físico y 80 y s.s. digital**); **providencia de fecha 14 de enero de 2017**, que reposa a folio 97 en físico, folio 108 del cuaderno demanda reconvención del expediente digital en este plenario, y en la cual, claramente adujo el despacho:

“...Ello comporta entonces, necesariamente que, habiéndose presentado la demanda de reconvención con ocasión a la demanda inicial de pertenencia, **la prescripción como excepción se torna improcedente, pues es el objeto de la demanda principal, situación diferente si se adelanta únicamente el proceso reivindicatorio**” (Negrilla y subraya propios).

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com



Decisión ésta, señores Magistrados que, quedó ejecutoriada y se encuentra en firme; por lo que, es evidente que, en el momento en que el despacho, por solicitud actual togado demandante, accede a dictar sentencia anticipada, por una supuesta prescripción de la acción, afectó el principio de cosa juzgada de su propia providencia, pues, iteramos (como se observa en la pieza procesal mencionada), tal petición, elevada en el año 2017, había sido negada a la parte actora.

Luego, de conformidad con lo anteriormente expuesto, señores Magistrados, es claro que la sentencia anticipada emitida y que es objeto del presente recurso de alzada, no podía emitirse, ante la falta de cumplimiento de los requisitos que, para ello, el legislador, determinó, en el artículo 278 del C.G.P., particularmente el correspondiente a la prueba de la prescripción extintiva y cosa juzgada.

SOLICITUD DE ALZADA

De conformidad con lo anterior, señores Magistrados, solicitamos se REVOQUE totalmente la sentencia objeto de impugnación, para, en su defecto, ordenar que se ha de resolver la demanda de reconvencción presentada, una vez se practiquen todas

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com

las pruebas decretadas por el A-quo y en el momento de dictarse sentencia que defina la procedencia o no, de la posesión reclamada por los actores principales.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones, tanto al suscrito como a nuestra cliente, suministramos los siguientes correos electrónicos:

h.gomez@medasistabogados.com // hagb36@hotmail.com

Atentamente,



HOLLMAN ANTONIO GOMEZ BAQUERO

C.C.No.3.170.842 de Silvania Cund.

T. P. No. 111.958 del C.S. de la J.

Honorables Magistrados:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C., SALA CIVIL

Magistrada Ponente: Dra. AIDA VICTORIA RICO

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D

Referencia: **Proceso: ORDINARIO**

**Demandantes: ANGELA MARCELA RAMIREZ ARCE Y FERNANDO
GAMBOA CASTILLO**

Demandada: GRADECO CONSTRUCCIONES & CIA S.A.S.

Radicación: 1100131030-28-2013-00083-01

Asunto: Sustentación recurso de apelación

CARLOS ARTURO CASTRO ARGUELLO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, D. C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.217.008 de Bogotá, Abogado en Ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 154.652 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de la demandante dentro del asunto de la referencia, estando dentro del término procesal indicado en el artículo 327 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 14 del decreto 806 de 2020, por medio del presente escrito, me permito sustentar el recurso de apelación contra la sentencia dictada en la audiencia de instrucción de fecha 19 de noviembre de los corrientes, en los siguientes términos:

FUNAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE SUSTENTA EL PRESNETE RECURSO DE ALZADA

1. La señora Juez indicó en la parte resolutive de la sentencia que no se evidenciaba temeridad o mala fe por parte de los demandantes.

Honorables Magistrados, el solo hecho de pretender una cifra tan desbordada e inflada frente a la realidad del asunto que nos atañe, denota de entrada una mala fe por parte de los demandantes. En efecto, la suma pretendida en la demanda por valor de **DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS**

TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENYA Y DOS PESOS M/CTE (\$269.238.472.00), para nada fue consecuente con la realidad de los perjuicios decretados por el despacho (\$31.973.248.00).

Tal como se detalló de manera acuciosa por parte del A quo, los perjuicios pretendidos en su mayoría no tenían asidero fáctico y mucho menos probatorio, por lo que consecuencia solo se evidencia perjuicios por valor de \$31.973.248.00, cifra que escasamente equivale al 11.8% de la cifra total de que trata las pretensiones de la demanda.

Cuando la accionante solo logra demostrar la causación de perjuicios equivalente a solo el 11.8% de sus pretensiones, concluimos que su demanda en lo que tiene que ver con el monto pretendido si denota una mala fe, al exagerar la cifra a la realmente probada para generar a la parte demandada presión y así haber provocado un pago indemnizatorio por una cifra mas alta que la realmente causada.

Así las cosas, considero Honorables Magistrados que los aquí demandantes si incurrieron en una mala fe, excepción que a toda luz fue demostrada y por ende así debe ser declarada.

2. La señora Juez de primera instancia indicó en las consideraciones y en consecuencia en el numeral 5º de la parte resolutive de la sentencia, declaró la prescripción respecto de la llamada en garantía seguros Mapre, indicando básicamente que desde el día 10 de diciembre de 2010, fecha en la que mi prohijada realizó ofrecimiento indemnizatorio a los demandantes en cuantía de \$5.565.733.00, comenzó el termino prescriptivo de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, estando prescrita la acción frente a la llamada en garantía el día 10 de diciembre de 2012, así como que al no encontrarse vigente para la época el inciso final del artículo 94 del Código General del proceso, no

podríamos hablar en esta oportunidad de interrupción de la prescripción por requerimiento a la aseguradora.

El A quo, paso por alto, que desde el momento en que los aquí demandantes dieron noticia de la ocurrencia del presunto siniestro, mi prohijada de igual manera realizó las reclamaciones correspondientes a la aseguradora Mapre, prueba de ello es la constancia de reclamaciones que obra a folio 67 del cuaderno de llamamiento en garantía (pag 87 del formato PDF del archivo 01 llamamiento en garantía); allí se observa que la fecha del aviso del siniestro fue el día 16 de septiembre de 2009 y que la fecha de la reclamación fue el 16 de noviembre de 2009.

En consecuencia de la reclamación efectuada en su momento por Gradeco Construcciones y Cia., la llamada en garantía Mapre comenzó a sostener una comunicación constante con mi prohijada para la acreditación de varios requisitos y documentos requeridos por la aseguradora, para el pago de los siniestros reclamados, entre ellos, el presuntamente causado a los aquí demandantes, siendo apenas evidente que la prescripción se ha visto interrumpida de manera natural en varias oportunidades, ya que Mapre en ningún momento realizó objeciones o rechazos a las reclamaciones que en su oportunidad fueron formulados por Gradeco.

La última de estas interrupciones, según se observa en el folio 73 al 80 del cuaderno de llamamiento en garantía (pag 93 a 100 archivo Pdf) ocurrió en comunicación de fecha 9 de septiembre de 2011, donde el ajustador designado por la llamada en garantía presentó el respectivo ajuste de siniestro, indicando entre otros aspectos lo siguiente:

Bogotá, D.C. 09 de SEPTIEMBRE de 2011.

Señores:

DeLIMA MARSH S.A-

Atn.: Dr. ANDRES FELIPE CORREALES LENIS

Abogado de Indemnizaciones.

Avenida El Dorado No. 69 B 45 piso 10.

Ciudad.

REFERENCIA: EL -

ASUNTO: PRESENTACIÓN ESQUEMA DE LIQUIDACIÓN

PÓLIZA TODO RIESGO CONSTRUCCION No. 220 220 8000 737

ASEGURADO: **GRADECO CONSTRUCCIONES S. A.**

FECHA DE SINIESTRO: 15 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Respetados Señores:

Una vez adelantado el estudio de la documentación y circunstancias de la reclamación presentada por GRADECO CONSTRUCCIONES S. A. ante la Compañía de Seguros y luego de la autorización generada por MAPFRE SEGUROS, se hace envío del respectivo estudio y análisis con las cifras avaladas para su conocimiento y aprobación.

De lo anterior tenemos que la llamada en garantía autorizó y por ende delegó al ajustador contratado para tasar el monto del perjuicio, siendo evidente de manera tácita que la aseguradora interrumpió de manera natural la prescripción de la póliza tal como lo indica el artículo 2539 del Código Civil, situación que la Juez de primera instancia pasó por alto.

Así las cosas, consideramos que deberá revocarse el numeral 5º de la sentencia objeto de reparo.

3. Por último, el despacho no dio aplicación a las consecuencias de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso en el sentido de condenar a los demandantes a pagar el 10% de sanción, al resultar probada una suma muy por debajo del 50% a la estimada en la demanda que nos ocupa

Como lo indique en el punto anterior, respecto de las pretensiones de la demanda, se probó una estimación de perjuicios de apenas el 11.8 % equivalente a \$31.973.248.00, dándose los presupuesto de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

Así las cosas, solicito comedidamente a los Honorables Magistrados se declare la prosperidad de la excepción denominada "TEMERIDAD Y MALA FE DE LOS DEMANDANTES", propuesta por la parte que represento, así como que se revoque el

numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia y en consecuencia de condene a la llamada en garantía a cancelar el monto de los perjuicios decretados por el A quo.

Atentamente,



CARLOS ARTURO CASTRO ARGUELLO
C.C. No. 80.217.008 de Bogotá
T.P. No. 154.652 del C.S. de la J.

Bogotá, febrero del 2022

DOCTOR
RICARDO ACOSTA BUITRAGO
MAGISTRADO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ-
SALA CIVIL.
ESD

R: 11001310300120180037703 PROCESO DE EDIFICIO LINA MARIA CONTRA
LEOPOLDO FORERO POMBO Y MARIA TERESA GUARIN.
SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA.

JAIRO ALCIDES TOLOZA CAÑAS, abogado en ejercicio, en mi condición de apoderado especial del EDIFICIO LINA MARIA, parte demandante en el proceso en referencia, me permito ampliar y sustentar EL RECURSO DE APELACION contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá el primero de diciembre del año pasado con el fin que se revoque en su integridad, se realice un estudio profundo y juicioso y se fulminen las pretensiones que en derecho correspondan.

Con la venia de su señoría procedo a exponer los fundamentos de orden fáctico y jurídico de los cuales disiento de la providencia impugnada y que se contraen a lo siguiente:

El A-quo luego de la revocatoria del fallo anticipado proferido en un principio mediante el cual declaró la prescripción a favor de la parte pasiva. Prescripción que aplicó de oficio en beneficio de los señores Pombo- Guarín, toda vez que esa excepción no había sido propuesta, escudriñó profundamente para denegar las pretensiones, invocando una falta de demostración de la propiedad a nombre del edificio demandante dejando de lado las pruebas aportadas al expediente respectivo. Para debatir esa falta de apreciación del acervo probatorio aportado y ya reseñado en anterior memorial de sustentación de la apelación vale la pena reseñar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia que a continuación transcribo:

NÚMERO DE PROCESO: 18103 CLASE DE ACTUACIÓN: CASACIÓN FECHA: 02/03/2005 «El juicio de legalidad se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar la prueba al proceso, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y las formalidades exigidas para cada medio. El error por falso juicio de legalidad "gira alrededor de la validez jurídica de la prueba, o lo que es igual, de su existencia jurídica (concepto que no debe ser equiparado con el de existencia material), y suele manifestarse de dos maneras: a) cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, le otorga validez jurídica porque considera que cumple las exigencias formales de producción, sin llenarlas (aspecto positivo); y, b) cuando se la niega, porque considera que no las reúne, cumpliéndolas (aspecto negativo)." (Sentencia del 27 de febrero de 2001, radicación 15.402. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll). Para la postulación de este tipo de error no es suficiente indicar el precepto procesal que establece la ritualidad indispensable para el decreto, práctica, aducción o formación de la prueba, sino que de ahí se debe trascender hasta conectar aquella falencia, de

causa a efecto, o de medio a fin, con la vulneración de una norma de contenido sustancial, en atención a que el debido proceso que estatuye el artículo 29 de la Constitución Política no es un fin en sí mismo, sino que tiene como finalidad garantizar los derechos materiales de las personas, de suerte que es la violación de la ley sustancial la que eventualmente podría erigirse en causal de casación. [...] En casos como el presente, donde se denuncia que el Tribunal Superior dejó de apreciar una prueba que sí podía valorarse por ser esencialmente legal, aunque en su producción se hubiese cometido un error insignificante, para el correcto planteamiento de ese defecto in judicando en el marco del recurso extraordinario de casación, el censor tiene que cumplir imprescindiblemente ciertos requisitos:

En primer lugar, debe confrontar el procedimiento real utilizado en el caso concreto para la aducción (decreto, práctica o producción) de la prueba sobre la que hace recaer el yerro, con las exigencias normativas sobre la misma, para de ese modo verificar objetivamente la diferencia entre la manera cómo se produjo el medio de convicción y las formas exigidas en ley que reglamenta la materia. A continuación se debe demostrar, a través de argumentos racionales, que el defecto en la aducción de la prueba no era esencial, por no interferir negativamente en contra de algún derecho o garantía fundamental de los sujetos procesales; por lo cual, pese a su constatación objetiva, el yerro no tenía la entidad para invalidar o comprometer la existencia jurídica de la prueba. Es necesario también, siguiendo la secuencia lógica, demostrar que el Tribunal Superior cometió un error al aplicar la regla de exclusión sobre dicha prueba, porque tal consecuencia sólo es condigna a aquellos eventos donde se constata la vulneración del debido proceso, en cuanto el incumplimiento de las disposiciones que contienen el principio de legalidad en materia probatoria hubiese conllevado indefectiblemente la violación de los derechos fundamentales de los sujetos procesales. De ahí, debe avanzarse hasta verificar la trascendencia del yerro en que incurrió el juzgador, lo cual se cumple demostrando que de haberse apreciado la prueba indebidamente excluida, las declaraciones de la sentencia serían diferentes. Sin embargo, en tratándose del error de hecho por falso juicio de legalidad, la estructuración de la censura en punto de la trascendencia no se cumple con la simple denuncia o advertimiento del error, ni con la opinión que al respecto tenga el libelista; de una parte, porque no es en el error en sí mismo considerado donde radica el motivo casacional, sino en la incidencia e importancia del mismo con relación al resto del acopio probatorio; y de otra, porque de bastar la mención del yerro el recurso extraordinario no distaría en mucho de un alegato de instancia. La demostración de la trascendencia del yerro atribuido al Ad-quem comporta la obligación de enseñar a la Corte que si tal falencia no se hubiese presentado, entonces el sentido del fallo sería distinto; y para ello es preciso demostrar que si la prueba defectuosamente valorada se hubiese apreciado en forma correcta, las restantes pruebas sopesadas por el Tribunal tenían la entidad jurídica necesaria y suficiente para mover hacia la convicción que pretende el casacionista».

En efecto, podemos observar que las pruebas defectuosamente valoradas por el señor Juez 1º Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá en detrimento de la parte actora lo llevó a deducir que el edificio Lina María no había comprobado ser el propietario de la franja de terreno donde se construyó un apartamento adyacente al 402 de propiedad de los esposos Pombo- Guarín. Los análisis ya fueron advertidos en la sustentación del recurso de apelación que en dos oportunidades se realizó ante el juez de primera instancia, una de ellas fue someramente descrita oralmente en la audiencia una vez se notificara el fallo en estrados y la otra dentro del término previsto en la ley y que fue allegado por escrito.

Ahora bien, en esta oportunidad se ratifica lo mencionado y que hace parte del acervo probatorio, del cual no le mereció atención alguna al despacho inicial y que se implora a este tribunal su especial atención. La zona común donde se construyó el denominado apartamento 403 (este término siempre fue dado por los demandados hasta que se enteraron de esta demanda) del conjunto demandante está debidamente comprobada es de propiedad del edificio Lina María y esos documentos reposan en el expediente respectivo. El título del edificio Lina María es entre otros los siguientes:

El certificado de tradición cuyo número de matrícula inmobiliaria es la 50N- 785118 (folio 11 y SS y 26 y SS del expediente) nos describe un apartamento con una área de terreno de 28.50 metros cuadrados y que limita con la cubierta del edificio (esto quiere decir que el área adyacente construida (falso apto 403) fue edificada sobre la cubierta general de la edificación; al respecto me conseguí con esta definición: “El diccionario de la RAE, define a la cubierta, como “Parte exterior de la techumbre de un edificio”. Se trata de una palabra proveniente del latín *coopertus*. Es un elemento constructivo que protege a los edificios en la parte superior y, por extensión, a la estructura sustentante de dicha cubierta”. De acuerdo con eso, podemos deducir que así estos señores hayan comprado con esa construcción accesoria; así ellos lo hayan construido y de hecho que le han realizado modificaciones a ese inmueble, NO se puede legalizar una obra en una zona común del edificio. Este certificado demuestra que la zona de la cubierta del edificio pertenece al EDIFICIO LINA MARIA, así como las cubiertas de todas las edificaciones pertenecen al correspondiente edificio.

En la escritura pública No. 7664 del 7 de noviembre del 2003 de la Notaría 45 del Círculo de Bogotá (folios 45 al 58) nos dice exactamente lo mismo acerca del área del apto (28.50 mts²) 402 y sus linderos con la cubierta del edificio y se repite con la escritura 1677 de octubre 27 de 2011 de la notaría 22 del Círculo de Bogotá (folios 59 al 64).

La escritura pública No. 379 del 2 de febrero de 1984 de la Notaría 9 del Círculo de Bogotá es el instrumento jurídico mediante el cual se constituye el Reglamento de Propiedad Horizontal del Edificio Lina María, y figura a continuación de los anteriores documentos, donde el representante legal de la empresa “RODRIGUEZ ARCINIEGAS Y CIA LTDA”, dueña de la porción terrenal que erigió el EDIFICIO LINA MARIA, donde aportó todos los documentos pertinentes y que precisa el objeto con los derechos y las obligaciones recíprocas de los copropietarios del EDIFICIO LINA MARIA, se determina el inmueble, sus partes de propiedad y usos comunes, las áreas y zonas privadas, la destinación de toda clase de áreas, el régimen de derechos, obligaciones, prohibiciones y limitaciones que se imponen a los copropietarios, las proporciones de los derechos de propiedad y de las cargas pecuniarias de los condueños y lo que concierne al régimen de administración, conservación y preservación del inmueble.

Se describen los bienes privados y los de uso común, para lo cual nos debemos situar en el 4º piso que en estos momentos nos atañe y particularmente en el apto 402, figura un área privada de 28.50 metros cuadrados y en todos los linderos aparece el apto 402 limitando con área común de cubierta del 3er piso del edificio. Aquí honorables magistrados se demuestra en forma fehaciente que la franja de terreno adyacente al apto 402 es de propiedad del EDIFICIO LINA MARIA en forma común. Es decir es de propiedad de todos los copropietarios y nadie se los podía arrebatar. Eso tampoco lo observó el Juez 1º. Civil del Cto.

Repito, el señor juez no quiso mirar esta parte de la escritura, sino lo descrito en forma posterior donde se habla solamente del altillo; es decir no reparó en lo conveniente a la parte actora para desechar sus pretensiones.

Igualmente obra en el expediente la escritura pública No. 4186 del 26 de diciembre del 2003 de la Notaría 36 del Círculo de Bogotá mediante la cual se reforma el reglamento de propiedad horizontal del Edificio Lina María, aquí recoge todas las estipulaciones establecidas en la escritura pública anteriormente descrita, se advierte que estaba regida por la ley 182 de 1948 y se acoge a la ley 675 del 2001 y advierte que habrá continuidad en lo establecido para los bienes privados y los bienes comunes, los cuales se deben respetar en su integridad.

Además de eso, del reglamento de propiedad horizontal original y modificado, los planos que la acreditan y se está reforzando con dos dictámenes periciales aportados al proceso.

Ya lo dijimos y lo reiteramos, es evidente conforme a toda la documentación que solamente existen 14 apartamentos y no 15 como materialmente lo mantienen los demandados y que ellos mismos mantienen conectados los servicios públicos o bien del apto 402 o lo que es peor, de la misma copropiedad.

También insistimos que una construcción NO puede ser inscrita ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con base en declaraciones extrajudiciales y eso es lo que quieren hacer valer los demandados. Los convocados a esta acción carecen de título de propiedad con respecto al inmueble que se solicita reivindicar. Precisamente ellos no tienen título de propiedad del inmueble que se reputan como dueños (mal llamado apto 403), a diferencia que la copropiedad si posee sus justos títulos.

Los demandados realizaron una "CONSTRUCCION ILEGAL, CON VIOLACION AL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, HAY APROPIACION DE AREA COMUN DE USO EXCLUSIVO" de la franja de terreno adyacente al apartamento 402 del Edificio Lina María, para que sea tenido en cuenta en el acervo probatorio que nos compete". Lo anterior es una aseveración del arquitecto EFRAIN SARMIENTO, al conceptuar en una de las querellas que se tramita ante la Inspección de Policía de USAQUEN, ese concepto debe tenerse en cuenta por encima de las formalidades o ritualidades, como quiera que se le debe dar prelación al derecho sustancial.

El acta de la asamblea extraordinaria de copropietarios es legal, no fue impugnada y esa acta REITERA como bien de uso común del edificio Lina María.

A folios 8 y 9 del expediente aparece la parte pertinente del acta de la asamblea de copropietarios y allí se demuestra la falacia del señor juez al afirmar que desde esa fecha se convirtió en zona común el apartamento 403, eso NO es cierto, me permito transcribir lo descrito en ese documento para resaltar que ahí se sostuvo que se ordena recuperar esa zona común: "4. Áreas comunes del edificio decisión de restitución"

"De acuerdo con las inquietudes de varios copropietarios desde hace varios años, se reitera a la administradora del Edificio Lina María para que se restituya en forma inmediata la zona del 4 piso del área común del inmueble adyacente o contiguo al apartamento 402 de este edificio, el cual fue apropiado y utilizado ilegalmente por los propietarios del apartamento 402 y que lo denominaron para algunos casos apto 403 sin serlo....."

Si los honorables magistrados revisan esa acta, se pueden percatar que lo afirmado por el A-quo no es cierto, es completamente distinto lo descrito en el acta a lo dicho en el fallo proferido por el Juez 1º Civil del Cto, que en todo caso va en detrimento de la actora.

Para eso insistimos que se acudió ante la jurisdicción para que se resolviera esa situación, situación que dejó en la incertidumbre el A-quo.

El operador judicial decretó una excepción no propuesta por la pasiva fallando de esta manera más allá de la oposición del demandado a favor de este.

La cubierta del 3er piso se repite en el certificado de tradición del apto 402 en todos los linderos de los 4 puntos cardinales; tampoco fueron valorados los planos; el dictamen pericial ni mucho menos los certificados de tradición.

Si la zona común descrita no es del edificio entonces de quien podrá ser?

Me permito transcribir una consulta resuelta acerca de alguien que edificó en una cubierta de un edificio y publicada por la empresa "COPROPIEDADES E BROQUER- AGENCIA DE SEGUROS LTDA":

CONSTRUCCIÓN EN LA CUBIERTA DEL EDIFICIO – "El propietario del apartamento del último piso construyó encima de la cubierta de su apartamento al parecer dos habitaciones. ¿Cómo podemos proceder jurídicamente contra esta persona?"

"La propiedad horizontal supone la existencia de bienes de diversa naturaleza jurídica, como son bienes privados, bienes comunes, y bienes comunes de uso exclusivo.

Por bienes privados o de dominio particular se entienden aquellos inmuebles debidamente delimitados, funcionalmente independientes, de propiedad y aprovechamiento exclusivo, integrantes de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal, con salida a la vía pública directamente o por pasaje común. Mientras que bienes comunes son aquellas partes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal pertenecientes en pro indiviso a todos los propietarios de bienes privados, que por su naturaleza o destinación permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular.

Respecto de los bienes de dominio particular, la Ley 675 de 2001 consagró expresamente las siguientes obligaciones de los propietarios:

1. Usarlos de acuerdo con su naturaleza y destinación, en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, absteniéndose de ejecutar acto alguno que comprometa la seguridad o solidez del edificio o conjunto, producir ruidos, molestias y actos que perturben la tranquilidad de los demás propietarios u ocupantes o afecten la salud pública.
2. Ejecutar de inmediato las reparaciones en sus bienes privados, incluidas las redes de servicios ubicadas dentro del bien privado, cuya omisión pueda ocasionar perjuicios al edificio o conjunto o a los bienes que lo integran, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por las que deba responder.
3. El propietario del último piso, no puede elevar nuevos pisos o realizar nuevas construcciones sin la autorización de la asamblea, previo cumplimiento de las normas urbanísticas vigentes. Al propietario del piso bajo le está prohibido adelantar obras que perjudiquen la solidez de la construcción, tales como excavaciones, sótanos y demás, sin la autorización de la asamblea, previo cumplimiento de las normas urbanísticas vigentes.

4. Las demás previstas en esta ley y en el reglamento de propiedad horizontal.

De conformidad con lo anterior, **la construcción sin autorización en la cubierta del edificio evidencia una violación a los estatutos de la unidad residencial, a las normas consagradas en la Ley 675 de 2001 y a las normas urbanísticas.**

Quien debe dar la autorización para este tipo de reformas en la propiedad horizontal es la asamblea de copropietarios como máximo órgano de decisión en la propiedad horizontal, teniendo en cuenta que se compone de la totalidad de copropietarios, el poder decisorio primario. Teniendo en cuenta que la reforma implica el cambio de destino de bienes comunes, se requiere la aprobación de la asamblea con quórum decisorio de copropietarios que representen al menos el 70% de los coeficientes de copropiedad y posteriormente debe ser sometido a la aprobación de la autoridad competente, toda vez que resulta necesaria la licencia correspondiente de la autoridad municipal.

La licencia urbanística consiste en una autorización previa para adelantar obras de construcción y demolición de edificaciones expedida por el curador urbano o la autoridad municipal competente, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o complementen, en los Planes Especiales de Manejo y Protección (PEMP) y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno Nacional.

En este caso aplica la licencia de construcción que es la autorización para adecuar un predio con edificaciones o construcciones a la reglamentación vigente. Esta licencia se debe obtener en caso de:

OBRA NUEVA: Es la autorización para desarrollar obras en un terreno no construido.

AMPLIACIÓN: Es la autorización para aumentar el área construida en edificaciones ya existentes que tengan licencia de construcción.

ADECUACIÓN: Es la autorización para cambiar el uso de una edificación o parte de ella, sin alterar la construcción original.

MODIFICACIÓN: Es la autorización para cambiar el diseño arquitectónico o estructural de una edificación ya existente sin aumentar el área construida.

RESTAURACIÓN: Es la autorización para desarrollar obras con el fin de recuperar y adecuar una edificación declarada como bien de interés cultural o parte de ella, manteniendo su uso original o permitiendo el desarrollo de otro garantizando su conservación.

DEMOLICIÓN: Es la autorización para derribar total o parcialmente una o varias edificaciones existentes en uno o varios predios. Esta modalidad de licencia deberá tramitarse de manera simultánea con otra modalidad.

CERRAMIENTO: Es la autorización para encerrar de manera permanente un predio de propiedad privada.

Frente al caso puntual, la administración de la copropiedad se encuentra facultada para iniciar las siguientes acciones:

Agotar las vías directas y mecanismos alternativos de solución de conflictos,

Vía administrativa ante la alcaldía respectiva o

Vía judicial ante un juez civil.

Lo anterior, con el fin de hacer valer lo consagrado la ley y en el reglamento de propiedad horizontal, documento que regula los derechos y obligaciones de los

JAIRO A TOLOZA CAÑAS
Abogado Titulado
Carrera 15 No. 119-11 of 507 - jairotolosa56@hotmail.com
Tel. 3108032712
Bogotá

copropietarios de las unidades privadas de un edificio o conjunto que se encuentre sometido al régimen de propiedad horizontal.

En primera instancia, se considera viable requerir al Copropietario para que restablezca el estado de la cubierta, contemplando un término perentorio, y garantizando en todo caso, el debido proceso. En este requerimiento se le solicitará devolver las cosas a su estado original, atendiendo lo establecido en la Ley y en el reglamento de propiedad horizontal de la copropiedad.

En caso de no poder llegar a ningún arreglo con el copropietario por las vías directas de solución de conflictos; mediante el ejercicio de una acción administrativa, el infractor puede verse avocado a una orden de demolición total o parcial de las obras desarrolladas sin el respectivo permiso o licencia, así mismo, la autoridad competente previo proceso policivo podrá imponer multas sucesivas por el incumplimiento. Conocerán de estas acciones los inspectores de policía de la localidad.

Dentro de los soportes que pueden ser allegados al proceso se encuentran los requerimientos efectuados al infractor, el aparte correspondiente del reglamento de propiedad horizontal, evidencia de las obras realizadas, certificado de existencia y representación legal de la Copropiedad, poder debidamente conferido cuando a ello hubiere lugar, concepto técnico si lo tienen y demás pruebas documentales, testimoniales o solicitud de inspección al inmueble.

Finalmente y como última instancia, será competencia del juez civil resolver las controversias que surjan entre propietarios y entre éstos y la persona jurídica de la propiedad horizontal, con motivo del ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones como propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular.

Normatividad relacionada:

Ley 675 de 2001

Decreto 1469 de 2010

Reglamento de Propiedad Horizontal"

Sin otro particular me suscribo con especial comedimiento y respeto, solicitando la revocatoria de la providencia impugnada íntegramente.

Notificaciones: Carrera 15 No. 119-11 oficina 507 BOGOTA. TEL 3108032712
jairotolosa56@hotmail.com

Así como le envió al correo electrónico del juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá se lo remito al correo electrónico de los demandados, rubielaocampo@yahoo.com para surtir lo ordenado en el Dto. 806 del 2020 y demás normas concordantes.

Atentamente.



JAIRO A TOLOZA CAÑAS.

CC 13443302

TP 56.925 CSJ

Honorable Magistrado

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Sala Civil – Tribunal Superior de Bogotá D.C.

E. S. D.

PROCESO: VERBAL – RENDICIÓN ESPONTANEA DE CUENTAS
DEMANDANTE: MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA
DEMANDADA: LUIS CARLOS CRISPIN VELASCO
RADICADO: 11001310300220160042701
ASUNTO: SUSTENTACIÓN – APELACIÓN SENTENCIA (ART. 14 D. 806/2020)

HAROLD EDUARDO HERNANDEZ ALBARARCIN, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.381.973 expedida en Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 77.560 del C.S. de la J, actuando como apoderado de la parte **DEMANDANTE** dentro del proceso de la referencia, encontrándome dentro del término legal, de conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, procedo a sustentar el recurso de apelación, admitido por su despacho, contra la sentencia anticipada proferida por el juzgado de origen de fecha 22 de noviembre de 2019.

I. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

En síntesis, la sentencia anticipada dio aplicación al numeral 3 del artículo 278 del Código General del Proceso en razón a que el demandado Luis Carlos Crispín Velasco supuestamente carece de legitimación en la causa por pasiva, al haberse vencido el término del de que trata el artículo 45 de la Ley 222 de 1995 y en virtud del Auto No. 400-017589 del 30 de diciembre de 2015, la sociedad Insignia Jurídica S.A.S. , se encuentra en estado de liquidación por lo que la rendición de cuentas deberá ser presentada ante la Superintendencia de Sociedades en el momento oportuno.

II. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos del DEMANDANTE para que se **REVOQUE** la sentencia anticipada de primera instancia y en su lugar, se declare impróspera la excepción de falta de legitimación en la causa del demandado, son los siguientes:

El Juez de primera instancia confundió las calidades de las partes en un proceso de intervención en la modalidad de liquidación judicial, debido a que equipara las funciones del Juez del Concurso (Superintendencia de Sociedades) con las del agente interventor (liquidador) quienes las ejercen sobre el patrimonio del intervenido.

Si bien es cierto por Auto No. 400-017589 del 30 de diciembre de 2015, el Juez del Concurso (Superintendencia de Sociedades) decretó la apertura del proceso de intervención en la modalidad de liquidación judicial de la sociedad Insignia Jurídica S.A.S., no por ello asumió la representación legal de la sociedad, porque dicha función la asume el agente interventor (liquidador) nombrado por dicho Juez Concursal, en virtud del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 1116 de 2008 y del numeral 1º del artículo 9 del Decreto 4334 de 2008:

"ARTÍCULO 48. Providencia de apertura. La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá:

*1. **El nombramiento de un liquidador, quien tendrá la representación legal, advirtiendo que su gestión deberá ser austera y eficaz.**" (Negrilla y subrayado personal).*

"ARTÍCULO 90. EFECTOS DE LA TOMA DE POSESIÓN PARA DEVOLUCIÓN. La toma de posesión para devolución conlleva:

*1. **El nombramiento de un agente interventor, quien tendrá a su cargo la representación legal, si se trata de una persona jurídica, o la administración de los bienes de la persona natural intervenida y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad.**" (Negrilla y subrayado personal).*

Por lo tanto, al encontrarse en liquidación judicial la sociedad Insignia Jurídica S.A.S., no por ello desaparece de la vida jurídica sino simplemente cesa el ejercicio de su objeto social y cesan las funciones de sus administradores, por lo que su representación legal la ejerce su liquidador Alejandro Revollo Rueda tal como está inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá:

***** NOMBRAMIENTOS ****

QUE POR AUTO NO. 2939 DE SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DEL 23 DE FEBRERO DE 2016, INSCRITA EL 20 DE JUNIO DE 2016 BAJO EL NÚMERO 02114610 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

<i>NOMBRE</i>	<i>IDENTIFICACION</i>
<i>LIQUIDADADOR</i>	<i>REVOLLO RUEDA ALEJANDRO C.C. 000000080410666"</i>

Igualmente, la sociedad Insignia Jurídica S.A.S. puede ser demandada porque cuenta con personería jurídica y solo los procesos judiciales de ejecución (ejecutivos) deberán ser conocidos por el Juez del Concurso (Superintendencia de Sociedades) tal como lo señalan

el numeral 12º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2008 y el numeral 9º del artículo 9 del Decreto 4334 de 2008:

"ARTÍCULO 50. Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: (...)

12. La remisión al Juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto. Con tal fin, el liquidador oficiará a los jueces de conocimiento respectivos. La continuación de los mismos por fuera de la actuación aquí descrita será nula, cuya declaratoria corresponderá al Juez del concurso. (...)"

"ARTÍCULO 90. EFECTOS DE LA TOMA DE POSESIÓN PARA DEVOLUCIÓN. La toma de posesión para devolución conlleva: (...)

9. La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la persona o entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, para lo cual se enviará comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva. Igualmente advertirá sobre la obligación de dar aplicación a las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006. (...)"

Por lo anterior, los procesos judiciales contra la sociedad Insignia Jurídica S.A.S., exceptuando los de ejecución, podrán ser conocidos por la jurisdicción ordinaria y no por del Juez del Concurso (Superintendencia de Sociedades).

El día 16 de mayo de 2013 se dispuso que todos los accionistas cedieran sus acciones al señor LUIS CARLOS CRISPÍN VELASCO, quien en consecuencia se constituyó en el único accionista de la sociedad INSIGNIA JURÍDICA S.A.S., con una participación del cien por ciento (100%), hecho que generó que a partir de dicha fecha el señor LUIS CARLOS CRISPÍN VELASCO asumiera y respondiera por todos los actos, obligaciones y demás aspectos de la referida sociedad.

Desde el 27 de junio de 2013, fecha en que mi mandante dejó de desempeñarse como Gerente General y Representante Legal de la sociedad INSIGNIA JURÍDICA S.A.S., la asamblea general de accionistas, constituida por el señor LUIS CARLOS CRISPÍN VELASCO, accionista único, no volvió a reunirse, razón por la cual mi poderdante no tuvo a quien rendirle cuentas de su gestión dentro del mes siguiente de su retiro, conforme lo ordena la ley.

Ahora bien, el demandado Luis Carlos Crispín Velasco argumenta que es extemporánea la rendición espontánea de cuentas en virtud del artículo 45 de la Ley 222 de 1995:

"Artículo 45. RENDICION DE CUENTAS.

Los administradores deberán rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se retiren de su cargo y cuando se las exija el órgano que sea competente para ello. Para tal efecto presentarán los estados financieros que fueren pertinentes, junto con un informe de gestión.

La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales."

Nótese que si bien el demandante no rindió cuentas comprobadas de su gestión dentro del mes siguiente a su renuncia, tampoco la sociedad Insignia Jurídica S.A.S., a través de su Asamblea de Accionistas lo requirió para tal fin ni mucho menos el demandado Luis Carlos Crispín Velasco como accionista único, por lo que mi poderdante está facultado para presentar la rendición espontánea de cuentas de su gestión como gerente de la sociedad en mención durante los años 2012 y 2013.

Teniendo en cuenta que el demandado Luis Carlos Crispín Velasco fungió como accionista único de la sociedad Insignia Jurídica S.A.S., a partir de la cesión de acciones que hicieron los demás socios, pues el demandante está obligado a rendir las cuentas de su gestión al demandado según lo establece el artículo 46 de la Ley 222 de 1995:

"Artículo 46. RENDICION DE CUENTAS AL FIN DE EJERCICIO.

Terminado cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea o junta de socios para su aprobación o improbación, los siguientes documentos: (...)"

Habida cuenta que el día 16 de mayo de 2013, la sociedad la sociedad Insignia Jurídica S.A.S. pasó a tener un accionista único (hoy demandado), dicha persona cuenta con las facultades de órgano de dirección al no existir asamblea de accionistas.

Desde la presentación de la demanda, habían transcurrido tres (3) años desde la fecha en que MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA dejó de desempeñarse como Gerente General y Representante Legal de la sociedad INSIGNIA JURÍDICA S.A.S., y es necesario que el señor LUIS CARLOS CRISPÍN VELASCO, accionista único, proceda a considerar las cuentas rendidas por mi poderdante hasta la fecha en que fungió como Gerente General y

Representante Legal de dicha sociedad, en razón, se insiste, a que no ha sido posible la reunión del accionista único, con el fin de presentar la rendición de cuentas que mandan los estatutos sociales y ordena el artículo 45 de la Ley 222 de 1995.

En gracia de discusión, si la rendición de cuentas debiera presentarse a la sociedad Insignia Jurídica S.A.S., también podrían ser recibidas por su liquidador Alejandro Revollo Rueda dentro del presente proceso, porque al encontrarse en liquidación judicial, sus órganos sociales cesaron sus funciones y no podría darse aplicación al artículo 46 de la Ley 1116 de 2006 por expreso mandato legal según lo establecido en el numeral 2º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2008:

"ARTÍCULO 50. Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: (...)

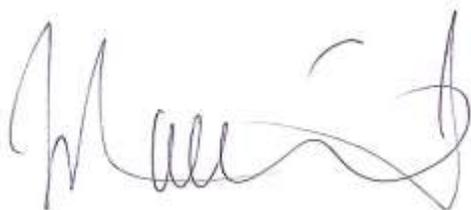
2. La cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere. (...)"

En conclusión, no existe falta de legitimación en la causa por pasiva ni del demandado Luis Carlos Crispín Velasco como accionista único de la sociedad Insignia Jurídica S.A.S., ni mucho menos de esta última porque su representación legal la ejerce su liquidador Alejandro Revollo Rueda, además la Superintendencia de Sociedades conoce de manera exclusiva de los procesos de ejecución contra el sujeto intervenido pero los demás procesos judiciales pueden ser conocidos por la jurisdicción ordinaria.

III. PETICIÓN

Por lo anteriormente expuesto, solicito **REVOCAR** la sentencia anticipada de fecha 22 de noviembre de 2019, y en su lugar, ordene seguir adelante con el trámite normal del proceso.

Del Honorable Magistrado,



HAROLD E. HERNÁNDEZ ALBARRACÍN

C.C. 79.381.973 de Bogotá D.C.

T.P. 77.560 del C.S. de la J.

Bogotá, D.C., febrero de 2022

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
E. S. D.

PROCESO: 2019-00257-00
REFERENCIA: Proceso Ejecutivo Singular adelantado por DAVIVIENDA contra TRAINING TRABAJOS DE INGENIERIA SAS, EDGAR EDUARDO SANTACRUZ y ALEXIS JAVIER MAYORGA RAMIREZ
ASUNTO: Respuesta auto del 28 de enero de 2021-Sustentación Recurso de Apelación

CATALINA HERNÁNDEZ PRADA, mayor de edad y vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 52.885.012 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional de abogada número 146.667 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como abogada inscrita de la firma AC SORAR S.A.S., obrando como apoderada judicial de **ALEXIS JAVIER MAYORGA RAMIREZ y EDGAR EDUARDO SANTACRUZ MORALES**, de manera atenta me permito dar respuesta al auto de fecha 28 de enero de 2022, notificado en estado del 31 de enero de 2022, en los siguientes términos.

1

Sea lo primero manifestar al despacho que reasumo el poder que había sido sustituido a la Dra. KAREN VIVIANA RODRÍGUEZ PÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.016.107.081 de Bogotá, portadora de la Tarjeta profesional No. 363.231.del C.S. de la J.

Aclarado lo anterior, en el auto calendado de 28 de enero de 2022 su despacho establece:

“Ingresadas las diligencias al Despacho, de conformidad con lo normado en el inciso 2° del artículo 14 del decreto 806 de 2020, se corre traslado por el término de cinco (5) días al apelante para que sustente los reparos que, de manera concreta formularon contra la sentencia del a quo, so pena de declararse desierto.”.

Atendiendo lo ordenado por su despacho me permito sustentar el recurso en los siguientes términos:

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para efectos de lo anterior, procederé a enunciar la argumentación en que se basó el A-QUO, para proferir sentencia en contra de mi representada. En audiencia del pasado 30 de septiembre de 2021, la Juez resolvió:

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo de la litis, por lo dicho en esta audiencia.

SEGUNDO: ORDENAR seguir adelante la ejecución, en contra de los demandados **ALEXIS JAVIER MAYORGA RAMIREZ y EDGAR EDUARDO SANTACRUZ MORALES**, por la suma de \$487.634. 178.00

Lo anterior, después de entender la firma del pagaré en AVAL de mis representados con los mismos efectos de la firma como deudor solidario.

Por lo anterior, me permito respetuosamente manifestar que:

En la demanda presentada la entidad financiera Davivienda aportó como título base de la ejecución el Pagare No. 68169, el cual según dicha entidad ampara las obligaciones No. 07609096900199082 - 056009669995016, y solicita se libre mandamiento de pago por la suma de \$587.631.178.

También solicitó Intereses causados y no pagados por la suma de \$26.590.485 e Intereses a la tasa máxima legal.

Por lo que el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, el 29 de abril de 2019 libró mandamiento de pago por la suma de \$587.631.178 y 26.590.485 por intereses.

2

Como obra en el expediente, la demandante decidió continuar la ejecución en contra de mis representados, a causa del inicio del proceso de reorganización de la sociedad deudora Traing-Trabajos de Ingeniería.

Es así como se evidencia, que mis representados están aquí demandados en su calidad de avals de acuerdo a la firma suscrita en el pagare base de la ejecución.

Por lo anterior, en la audiencia del 9 de agosto de 2021, hizo el Juzgado la fijación del litigio quedando en CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES, SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL, CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$487.634.178) y no el que se había señalado en el mandamiento de pago.

Conforme al **ARTÍCULO 282**, del Código General del Proceso *“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”* y para el caso que nos ocupa es menester recordar que el título valor que crea la obligación es un pagaré y mis poderdantes están aquí vinculados en su calidad de avalistas”. Ahora bien, el aval no está expresamente definido por la ley, y el código de comercio apenas se refiere a el de la siguiente forma en su artículo 633:

«Garantía mediante aval. Mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título-valor.»

Se evidencia entonces que se refiere la ley comercial a la noción de garantía.

Se puede entender por noción de garantía, como aquella que consiste en que el acreedor, según el doctrinante Pérez (en 1984) además de la responsabilidad personal del deudor, obtiene la de un tercero o la afectación de una cosa para el cumplimiento de la obligación, o la de ambas a la vez.

Por ende, el avalista adquiere las mismas obligaciones que el avalado como bien lo dispone el artículo 636 del código de comercio que señala:

«El avalista quedará obligado en los términos que corresponderían formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea.»

Sin embargo, en sentencia **SC 038-2015** de la H. Corte Suprema de Justicia se señaló:

*“El aval supone una declaración unilateral de voluntad para garantizar el pago de una obligación cambiaria preexistente, consignada en el título valor o por fuera del mismo. Una vez el avalista firma, se ha sostenido pacíficamente, «ocupa la misma posición que el avalado, subrogándose en todos sus derechos, como antes participará de todas sus obligaciones»”. (DE J. TEMA, Felipe. Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, 1990, pag. 505). **Tiene una función económica de garantía.***

De acuerdo con estas definiciones, EL AVAL es una garantía y es una caución:

3

Las garantías son en esencia un contrato accesorio, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Su subsistencia, por tanto, está ligada a la existencia de la principal.

Para el caso específico del crédito, lo que se busca con la garantía es amparar la obligación del deudor de cumplir con el pago del préstamo que se le ha otorgado, disminuyendo de esta forma el riesgo de un eventual incumplimiento.

Por tanto, la función de la garantía es asegurar al acreedor el riesgo implícito en el crédito, es decir, la contingencia de que se produzcan pérdidas como consecuencia del deterioro de la calidad del préstamo que haya otorgado.

Ese amparo en ningún momento debe confundirse con la obligación principal de pago, es decir, la garantía debe restringirse a su función de amparar el cumplimiento de la obligación independientemente de ella y sólo en caso de incumplimiento y, como última alternativa, servir como fuente de pago (básicamente mediante la dación en pago).

Lo que esto quiere decir, es que el contrato del aval es un contrato accesorio, según entiende la jurisprudencia al contrato de préstamo o deuda principal, y solo se activa **en caso de que el deudor principal no afronte** sus obligaciones con el acreedor.

Por ejemplo, en el ámbito hipotecario, cuando el deudor principal deja de abonar las cuotas hipotecarias, la entidad financiera puede prestar ejecución, solicitando el pago judicial al deudor

principal; y en caso de que este sea insolvente y se encuentre en estado inminente de liquidación, acudir luego a reclamar las cantidades a los avalistas.

Dicho lo anterior, se puede determinar que mis representados se encuentran en calidad de avalistas, el aval se encuentra regulado como ya se dijo en el artículo 633 del Código de comercio y siguientes, sin embargo se hace necesario señalar la diferencia con el deudor solidario; ya que en el caso del deudor solidario, tanto el deudor como el solidario son deudores principales y se puede exigir la deuda a cualquiera de ellos pero en el caso que nos ocupa que **es el aval**, el acreedor al momento de perseguir la deuda primero debe ir en contra del deudor principal y luego sí irse en contra de quien firmó como avalista, si es que el deudor efectivamente no tiene patrimonio para poder responder frente al acreedor.

En este caso la sociedad TRAINING quien es la deudora principal reconoció dentro del proceso de reorganización empresarial la acreencia del Banco Davivienda, ya que se encontraba causada en la contabilidad, dando esto como resultado que el aquí demandante puede hacer efectivo el pago de la obligación dentro del proceso del deudor sin necesidad de ir en contra de los avalistas.

Además, de encontrarse esta acreencia reconocida dentro del proceso la misma fue incluida en la fórmula de pago del acuerdo de reorganización que ya se encuentra aprobado por la mayoría de acreedores, es decir, la entidad demandante puede recibir su pago en el marco del proceso de reorganización.

Con lo anterior, se vislumbra que la sociedad como deudora no está evadiendo, ni se encuentra imposibilitada para hacer el pago de dicha deuda, por lo que el cobro a los avalistas no está posibilitado para prosperar.

4

En este caso la obligación y por el contrario el valor que no tiene como asumir el avalista puede ser ejecutado, cobrado y pagado en dicho proceso, conforme a los términos aprobados por la Superintendencia de Sociedades en audiencia de confirmación del acuerdo del día 12 de noviembre de 2021, mediante radicado 2021-01-671019.

A modo de conclusión, si bien dentro del régimen general de obligaciones, el acreedor debe perseguir en primera medida al deudor y luego sí a quienes adquirieron la deuda en aval, en el presente caso, el demandante puede obtener el pago de lo que se adeuda, en el proceso de reorganización de la sociedad TRAINING, ante la Superintendencia de Sociedades, considerando que este crédito se encuentra reconocido y se hará el pago de los créditos conforme al acuerdo de reorganización confirmado.

Por los motivos anteriores, se debe revocar el numeral segundo de la sentencia, toda vez que la ejecución no debe ir en contra de los avalistas, si no del deudor principal, ya que este con el flujo de caja proyectado puede pagar las obligaciones en favor de Banco Davivienda, dentro del marco del acuerdo de reorganización.

Por lo anterior, se solicita se termine la ejecución en contra de mis representados, ya que la juez debió reconocer esta excepción de oficio, toda vez que esta fue probada en el marco del proceso, con base en el ARTÍCULO 282. Del Código General del Proceso.

II. NOTIFICACIONES:

Recibiré notificaciones en la carrera 7 No. 37-25 oficina 502, correo electrónico chernandez@acsorar.com y notificacionproceso@acsorar.com

Cordialmente,



CATALINA HERNÁNDEZ PRADA
CC 52.885.012 de Bogotá
TP 146.667

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

Señores Magistrados
HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
Magistrada: AIDA VICTORIA LOZANO RICO
E. S. D.

REFERENCIA: ORDINARIO
DEMANDANTE: FERNANDO GAMBOA Y OTRA
DEMANDADO: GRADECO CONSTRUCCIONES Y CIA
RADICADO: 11001310302820130008300

ASUNTO: SUSTENTA RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA

DEICY LONDOÑO ROJAS, mayor de edad, domiciliada y residiada en Bogotá D. C, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.539.381 de Bogotá D. C, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 149.847 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada especial de la parte demandante, por medio del presente escrito y estando dentro del termino legal para hacerlo procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia proferida por el despacho en audiencia celebrada el pasado 19 de noviembre de 2021 en los siguientes términos:

Previo a hacer un pronunciamiento de los argumentos que se oponen al fallo proferido por el despacho se hace necesario hacer un relato de los hechos que fundaron la presente acción judicial.

En el año 2000 se construyó el edificio donde se encuentra ubicado el apartamento de los demandantes el cual está ubicado en la localidad Usaquén en el barrio santa bárbara occidental, estrato 5 Edificio el refugio de san juan.

Durante el periodo del año 2000 y febrero del año 2009 la copropiedad donde está ubicado el inmueble no presento ningún tipo de inconsistencia de carácter estructural en sus zonas privadas ni en sus zonas comunes.

En febrero de 2009 la sociedad Gradeco Construcciones sas, inicio construcciones en la avenida 19 No 120 -33 predio contiguo al edificio donde la parte demandante tiene el apartamento objeto de este proceso, momento para el cual se levantaron las actas de vecindad respectivas, en las cuales se evidenciaron en el apartamento de los demandantes unas pequeñas fisuras en baldosas de la cocina, de zona de ropas y el baño de las habitaciones.

Desde los inicios de la construcción más exactamente desde la excavación por parte de la demandada Gradeco Construcciones sas se mostraron serios daños al interior del apartamento de los demandantes, Así como también en el edificio refugio de san juan en general y en sus zonas comunes, tal y como era debido los demandantes efectuaron las respectivas reclamaciones a la constructora Gradeco Construcciones sas, quienes enviaron a su personal para evidenciar los daños ocasionados.

En octubre de 2009 la constructora Gradeco Construcciones sas le ofrece a los demandantes reparar el apartamento, el depósito junto con sus tuberías, es decir ya se estaba admitiendo por parte de la demandada la responsabilidad en los daños que presentaba el apartamento después de las excavaciones.

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

Era tal el nivel de daño que hasta los vidrios del apartamento se rompieron, en noviembre de 2009 la directora de obra de Gradeco Construcciones sas ordeno realizar las reparaciones, en lo que tiene que ver con los vidrios que por los movimientos se habían roto y demás fisuras que presentaba el apartamento y para ello proponen que se realicen en el mes de diciembre de 2009, como la obra a realizar cubría varios lugares del apartamento la misma parte demandada indico que lo mejor era que estuviera desocupado el apartamento y así lo hizo saber a los demandantes.

Las reparaciones ofrecidas no se efectuaron en la fecha referida, a excepción del cambio de los vidrios afectados, con el argumento de que lo mejor era avanzar con la obra y en el caso de que se presentaran nuevos daños o se incrementaran los existentes se podrían hacer todas las reparaciones de manera inmediata y que el fin de la obra se daría a finales del mes de abril de 2010. En Febrero de 2010, mediante comunicación escrita Gradeco Construcciones sas sugiere que las reparaciones sean programadas al concluir las obras básicas de la estructura principal y las excavaciones del proyecto Global Business Center evento que esperaban concluir a mediados del mes de abril de 2010.

La sugerencia que Gradeco Construcciones sas hizo fue que las obras se realizaran en un periodo que el apartamento estuviere desocupado, motivo por el cual los demandantes solicitaron a la constructora colaborar para el traslado y estadía en algún lugar con su menor hija de 8 años, ello debido a que sería absolutamente insostenible realizar las reparaciones del apartamento habitado, a lo cual la constructora se negó argumentando que estos rubros no eran cubiertos.

La afectación ocasionada no solo afecto el inmueble de los demandantes, sino a toda la unidad residencial en lo que a sus zonas comunes refiere, al parqueadero a los depósitos, las terrazas y algunos apartamentos, ya que incluso el edificio estaba presentando inclinaciones, hacia el oriente donde se localiza el proyecto Global Business Center, de acuerdo con el diagnóstico técnico realizado por el DEPAE con fecha 11-08-2010.

Así mismo se afectaron otros edificios que estaban contiguos al edificio, al punto de que una de las casas que estaba al lado de la obra debió ser evacuada, motivo por el cual fue necesario que el DEPAE hiciera presencia, así como el alcalde local de Usaquén.

De tal magnitud fueron los daños que se le ocasionaron a los vecinos que una vez revisadas las condiciones de la obra por parte de la alcaldía y los daños ocasionados a toda la zona de influencia, ordenaron el sellamiento temporal de la obra, mientras que se tomaban las medidas respetivas para la estabilización del terreno lo anterior a finales del mes de julio de 2010.

En vista del sellamiento de la obra y atendiendo a que Gradeco Construcciones sas solicito a los propietarios el informe de los daños causados para así presentar el plan y cronograma para la realización de las reparaciones de unidades privadas como de las zonas comunes, un plan de arreglo de los daños ocasionados, la copropiedad donde está ubicado el apartamento de los demandantes debió contratar una firma de ingenieros estructurales los cuales pudieran determinar los daños ocasionados y las medidas que se podían tomar al respecto para su reparación.

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

Estos ingenieros efectuaron una discriminación de los daños ocasionado por cada zona, determinando que, para el apartamento de los demandantes, los daños fueron de moderados a severos, recomendando tumbar algunos muros por que se encontraban fisurados y estos no admitían reparaciones debido al nivel del daño.

Los demandantes se presentaron ante todas las entidades que para la época estaban encargadas de dirimir y vigilar esta clase de conflictos, tales como la alcaldía de Usaquén, el Fopae, la secretaria de habitad y hasta la estación de policía de Usaquén. El día 30 del mes de junio de 2010 se llegó a un acuerdo conciliatorio respecto de la entrega de los estudios de asentamiento que debía tener Gradeco Construcciones sas sobre los edificios aledaños Compromiso que no fue cumplido, comunicando que no tenían dichos controles de asentamiento.

Para la apertura de la obra Gradeco Construcciones sas nuevamente en agosto de 2010 se compromete a efectuar las respectivas reparaciones, lo cual no cumple argumentado que era necesario que la obra tuviera su respectivo asentamiento, no obstante, los demandantes continuaron requiriendo a la constructora para que se efectuaran las reparaciones en su beneficio y en el de sus vecinos que también estaban gravemente afectados.

La constructora Gradeco Construcciones sas demandada recibió el día 9 de septiembre de 2010 de parte de la administración de la copropiedad el informe técnico que la firma de ingenieros elaboro, en la cual estaban debidamente referidos los daños que la unidad residencial estaba sufriendo en virtud de la construcción que esta estaba desarrollando, en el estudio se logra establecer que el apartamento de los demandantes está afectado hasta en un 90% de su estructura.

Una vez recibido el informe técnico la constructora acepto el informe y lo acogieron en su integridad, así se emitió el cronograma para las reparaciones de las zonas comunes la fachada, la recepción, los estacionamientos y depósitos, en cuanto a las zonas privadas la misma constructora manifestó “que dada la complejidad de los diferentes arreglos a realizar dentro de cada una de las unidades de vivienda, al igual que los tipos de materiales a utilizar debido a la complejidad dentro de las unidades de vivienda propuso la revisión por cada uno de los apartamentos para establecer los requerimientos para cada caso en particular”, este cronograma se cumplió para parte de las zonas comunes pero se incumplió en su totalidad para las unidades privadas

Al mismo tiempo el DEPAE realiza un estudio en el cual indica que en efecto existen fisuras graves en la estructura del edificio columnas de la parte nororiental ubicadas en el parqueadero y que ello se debió a la construcción contigua, en el estudio se observan fotos del apartamento de los demandantes ya que fue uno de los más afectados.

La constructora Gradeco Construcciones sas informo a los demandantes que contrataría a una persona externa independiente a sus funcionarios para que realizara las reparaciones en el apartamento, al cual le permitieron el acceso para que avaluara el monto que generaría el arreglo de los daños, lo cual no se dio como quiera que este contratista no era independiente puesto que tenía contratada con Gradeco la gran mayoría del proyecto que se desarrollaba, en el mes de abril de 2011, más o menos dos años después del inicio de la obra, la constructora informa que el contratista fijo la suma de \$5.500.000 aproximadamente como monto para realizar las reparaciones del inmueble, incrédulos con la cifra, los demandantes recurrieron de manera personal al mismo contratista contratado por la constructora para indagar sobre el monto que habia cotizado

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

para la reparación de los daños, el contratista les informo que el valor entregado a ellos por la constructora Gradeco Construcciones sas no correspondía con la realidad y que no había sido referido por él y que además por el estado en que se encontraban los daños no se comprometía a realizar ningún tipo de reparación por ese valor presentado.

En virtud de lo anterior los demandantes rechazaron la oferta monetaria y nuevamente le solicitaron a la constructora realizar las reparaciones del apartamento por intermedio de sus funcionarios, ya que estos son conocedores de este tipo de situaciones, y contaban con todos los medios, personal y materiales para su realización, así mismo los demandantes informaron a la constructora que no era de su interés recibir ningún tipo de valor en efectivo para realizar las reparaciones, pues ellos lo que solicitaban era la reparación por parte de la constructora de su apartamento para que este quedara en las mismas condiciones en que se encontraba.

Atendiendo a la solicitud de la directora jurídica de Gradeco Construcciones sas se le hizo llegar las cotizaciones que terceros realizaron sobre las reparaciones de los daños del apto 302. Entendido lo anterior la constructora presenta una nueva oferta de pago la cual asciende a un monto un poco más alto en la suma de \$7.200.000 a lo cual también se contactó al mismo contratista y este manifestó que esta cifra no coincidía con el valor de los daños ocasionados y que nuevamente reiteraba que no podía comprometerse a realizar las reparaciones.

Al final la constructora efectuó las reparaciones de las zonas comunes en octubre 2010 las terrazas de dos apartamentos también fueron reparadas a finales de 2010, un año después de que se comprometió a efectuar las reparaciones en el año 2011 reparo las terrazas del segundo piso, los depósitos y la portería, quedando pendiente varias cosas entre ellas el arreglo de la placa de contrapiso, el acceso al parqueadero y las unidades privadas para lo cual la constructora llevo a un acuerdo con la administración por una suma de mínima de tres millones quinientos mil pesos para el arreglo del acceso vehicular, la cual a la copropiedad le genero un costo de quince millones de pesos.

No obstante, lo anterior desde el año 2010 la administración ha debido reparar totalmente 2 veces los depósitos.

En mayo 11 de 2011 la constructora Gradeco Construcciones sas solicita a los demandantes cotizaciones de lo que cuesta el arreglo del apartamento de conformidad con los daños reportados y recomendaciones en los estudios realizados por la firma GUEVARA ALVAREZ INGENIEROS, los demandantes procedieron a hacer 2 cotizaciones con personas independientes, una de las cotizaciones indicaron un monto de \$40.000.000 millones aproximadamente y la otra por valor de \$ 56.000.000, tal y como se observa en el plenario.

En junio de 2011, la constructora dio respuesta a los demandantes en la cual indican que no se atienden las cotizaciones referidas y que no se aceptan, así mismo los demandantes refieren que no tiene la intención de recibir suma alguna de dinero, sino que lo que se pretende y fue el compromiso por ellos asumido desde el inicio de las reclamaciones por los daños presentados es la reparación de los daños en el apartamento.

Luego de tres años y medio conviviendo de manera incomoda con los daños del apartamento los demandantes desocuparon el apartamento y decidieron salir a buscar otra vivienda para habitar con su menor hija.

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

Como quiera que el apartamento se encontraba desocupado y que esta era la mejor forma de efectuar las reparaciones al apartamento, nuevamente los demandantes recurrieron a la constructora para solicitar su colaboración en tal sentido a lo cual la directora jurídica de obra contestó que ya la obra estaba cerrada y que la propuesta que se le había dado no se le podía sostener porque todo el presupuesto había sido evacuado, la recomendación que dio la directora jurídica de obra fue demandar a la constructora Gradeco Construcciones sas.

Como quiera que ya se llevaban varios años insistiendo en las reparaciones y la constructora no había cumplido con sus obligaciones los demandantes iniciaron las acciones legales ante la personería de Bogotá celebrando audiencia de conciliación, en la cual nuevamente se presentó la directora jurídica en calidad de representante legal de la constructora quien manifestó que solo efectuaría el pago y la indemnización con la sentencia judicial que así lo ordenaba.

En virtud de la no conciliación se inició el proceso judicial que hoy nos ocupa, el cual se presentó con el lleno de los requisitos legales dando la oportunidad legal a la demandada para que ejerza su derecho de defensa e incluso efectuar el respectivo llamamiento en garantía.

En la contestación de la demanda la parte demandada hace referencia a los hechos, y manifiesta que acepta algunos y niega varios de ellos los cuales son fácilmente probados por las pruebas documentales que fueron aportadas por los demandantes con la presentación de la demanda, no obstante, lo anterior el punto importante son las excepciones presentadas tales como:

Inexistencia de los perjuicios; a lo cual refiere que los daños ocasionados al inmueble de los demandantes son menores e involuntarios, reconocen abiertamente la responsabilidad en los daños causados, pero argumentan que la intención de los demandantes es lucrarse por la indemnización solicitada

Al respecto señores Magistrados ha de tenerse en cuenta la confesión que hace la demandada respecto de la aceptación de la responsabilidad de los daños efectuados en el inmueble de los demandantes, se cae de todo su peso tal afirmación como quiera que siempre se le ha manifestado por parte de los demandantes que no tenían la intención de recibir suma alguna, que lo único que se pretendía era la reparación del apartamento al mismo estado en que se encontraba al momento de iniciar la obra por parte de la constructora.

Por otro lado manifiesta que la suma de \$261.000.000 millones fijada como indemnización corresponde a prácticamente el valor del apartamento en sí, afirmación que no está ni en aproximaciones de lo que cuesta un apartamento ubicado en la localidad de Usaquén en estrato 5, con una área de 150 mts², actualmente el apartamento catastralmente está en un avalúo de más de \$650.000.000 millones de pesos, es decir de ninguna manera se podría creer que la indemnización pretendida es por el valor total del inmueble cuando comercialmente este supera los \$1.000.000.000 mil millones de pesos.

Es evidente el perjuicio ocasionado a los demandantes ya que desde el año 2013 y en virtud del presente proceso el inmueble permaneció desocupado y adicional a que se debió buscar otro lugar para vivir también se dejó de percibir lo que por concepto de arrendamientos se había podido generar, pero no solo ese fue el daño ocasionado sino

DEICY LONDOÑO ROJAS

ABOGADA

que a la fecha se tiene una deuda con la administración que amenaza con el embargo y posterior remate del inmueble, desde el año 2013 y hasta la fecha por concepto de administración se ha debido cancelar la suma de \$71.000.000 millones aproximadamente, en lo que a cuotas extraordinarias se refiere la suma de \$ 4.000.000 millones de pesos aproximadamente, y en los que respecta a cánones de arrendamiento que pudieran haber percibido los demandantes con el incremento del ipc anual partiendo en Abril de 2013 en la suma de \$2.500.000 a la fecha los demandantes han dejado de percibir la suma de \$260.000.000 millones aproximadamente, en conclusión el dejar el apartamento desocupado por que este se torna inhabitable ha ocasionado a los demandantes un deterioro en su patrimonio en la suma aproximada de \$335.000.000 millones de pesos, ello sin dejar de ver que el apartamento ha sufrido una devaluación en comparación con los demás inmuebles del edificio, y de la zona.

Adicional a lo anterior el perito designado en el presente proceso, en su experticia señala la suma de \$5.600.000 que los demandantes deberían estar recibiendo por concepto de arrendamiento.

En cuanto a las demás excepciones tales como temeridad y mala fe abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, estas tienden a concluir lo mismo, que la parte demandante pretende sacar provecho de la situación presentada haciendo cobros superiores a los que realmente se generaron y que están mostrando situaciones y cifras que no corresponden con la realidad.

Excepciones que reitero se desvirtúan de manera fehaciente con las pruebas recaudadas en el plenario, partiendo por las documentales aportadas con la demanda en la cual se evidencia el daño causado y que quedo documentado no solo por la parte demandante, sino por las entidades incluso del estado que hicieron parte de todo el proceso que fue requerido para que la constructora respondiera por los daños ocasionados en las zonas comunes de la copropiedad y que al final conciliaron por sumas mínimas de dinero, ello no sin apartarnos de las pruebas testimoniales que igualmente fueron recaudadas con las personas que se vieron afectadas por la obra de la constructora, finalmente el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia que fuera designado por el despacho concluye de manera definitiva en los daños causados y relata con cifras expresas el lucro cesante y el daño emergente sufrido por los demandantes.

Nota esta defensora de manera curiosa que pese a que la parte demandada ha reconocido en múltiples oportunidades que en efecto ocasiono un perjuicio a los demandantes y que para su reparación ha incluso ofrecido diferentes sumas de dinero, en su contestación de demanda, en sus pruebas testimoniales y en sus solicitudes de aclaración del dictamen ha pretendido hacer ver que estos daños fueron ocasionados por otra construcción que se efectuó aledaña al edificio donde está ubicado el apartamento de los demandantes, situación que si representa la mala fe que está endilgando a los demandantes como quiera que tal afirmación no es cierta, motivo por el cual me permito aclarar al despacho lo siguiente.

Cuando la constructora demandada inicio las obras en el año 2009 no solo afecto al edificio donde está ubicado el apartamento de los demandados, afecto varios edificios e inmuebles en sus alrededores y cuando llego el momento de que se realizaran las visitas por la alcaldía de Usaquén y otras entidades, se logró evidenciar el estado de peligro en el que se encontraba una casa que quedaba Ubicada al occidente de la construcción en la calle 122 #19-59 muy cerca de la obra realizada por la constructora Gradeco Construcciones sas, tal seria el estado de deterioro en que quedo que por parte del

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

Depae Inicialmente se ordenó la evacuación temporal y preventiva porque presentaba compromiso en su estabilidad estructural y por ende de su habitabilidad, así mismo posteriormente se ordenó su demolición, para esta fecha el apartamento de los demandantes y las demás zonas privadas y comunes ya estaban seriamente afectadas.

En el año 2011 más exactamente en el mes de abril en el inmueble donde se realizó la demolición por los daños ocasionados por la obra de la demandada, se inició una construcción donde se elevaron las respectivas actas de vecindad, ha de aclararse que ya habían pasado dos años después del inicio de la obra de Gradeco Construcciones sas, en junio 08 de 2011 la constructora realiza la segunda oferta monetaria para cubrir los daños a dos meses de averse levantado las actas de vecindad del nuevo proyecto, es decir nada tenía que ver la nueva obra con los daños que ya tenía el apartamento.

La anterior aclaración se hace necesaria porque de manera muy habilidosa la parte demandada pretende hacer ver al despacho que fue esa obra la que genero el daño en el inmueble de los demandantes, entonces después de reconocer el perjuicio causado y después de ofrecer sumas de dinero para el pago de los perjuicios pretenda endilgar la responsabilidad en cabeza de un tercero que inicio sus obras más de dos años después y que no ocasiono daño alguno, para septiembre de 2010 el estado del apartamento 302 ya estaba documentado ampliamente por el estudio realizado por los ingenieros Guevara Alvarez el cual reposa en cd en el expediente.

En cuanto a las pruebas documentales recaudadas y que fueron aportadas durante todo el trámite del proceso no deja la menor duda de la responsabilidad que tiene la demandada en los daños ocasionados en el presente caso al apartamento de los demandantes, los estudios técnicos, realizados por las entidades distritales por los particulares contratados por la copropiedad, así como las constancias de los ofrecimientos para pago dan cuenta de la aceptación de la concurrencia y generación del daño en cabeza de la demandada.

Los testimonios no reflejan cosa diferente a que en efecto se generó un perjuicio generalizado en toda la unidad residencial tanto en las zonas comunes como en las privadas, las cuales debieron ser algunas reparadas por la demandada y otras efectuar apago para la reparación.

En cuanto a las pruebas periciales aportadas y evacuadas estas concluyen con mayor precisión el daño causado y los montos de estos, dejando claramente identificados los perjuicios sufridos, los motivos que los ocasionaron y nuevamente la responsabilidad en cabeza de los demandados.

Finalmente, y en lo que atiende textualmente a los reparos en contra de la sentencia me permito referir lo siguiente:

En punto a lo fundado en la parte considerativa y resolutive de la sentencia proferida y que son objeto del presente recurso me permito manifestar lo siguiente:

En cuanto al numeral primero de la sentencia el cual declara probados los medios exceptivos de inexistencia de los perjuicios en la cuantía estimada por los demandantes, buena fe del demandado y cobro de lo no debido, me permito presentar el reparto en contra de esta decisión atendiendo a que el despacho no realiza un estudio minucioso del acervo probatorio recaudado, ni tampoco le da el valor legal a los dictámenes que obran en el plenario y que fueron aportados con la demanda, así mismo no tiene en cuenta el dictamen pericial practicado aduciendo a que este no contiene aspectos técnicos que

DEICY LONDOÑO ROJAS

ABOGADA

puedan llegar a una conclusión del perjuicio causado a los demandantes, así mismo niega la practica del dictamen que fuere declarado de oficio por parte del anterior juez de conocimiento y que no fue elaborado en virtud de la negativa por parte de la demandada a sufragar los gastos que este ocasionaba.

Ahora bien si considera que el dictamen aportado no es suficiente, no le emite conceptos técnicos que la puedan llevar a una conclusión del daño, el despacho esta en todo el derecho y la facultad de ordenar una prueba oficiosa que le permita dilucidar de manera exacta el problema del litigio, pero no puede simplemente el despacho dejar de valorar una prueba que fue recaudada en legal forma y que contiene claramente detallados los conceptos que le fueron solicitados al auxiliar de justicia.

No puede indicar el despacho que hubo buena fe de la demandada Gradeco Construcciones sas, ya que ofrecieron pago para las reparaciones a los demandantes y fueron estos quienes rechazaron los pagos por esta entidad ofrecidos, sin observar que la razón por la cual no se aceptaron es porque estos son insuficientes para cubrir los arreglos.

No puede indicarse por parte del despacho que no se probó el perjuicio causado ni mucho menos el valor en que fueron afectados los demandantes, cuando claramente en el plenario obran peritares, avalúos y cotizaciones que dan cuenta del monto de las reparaciones de los daños ocasionados al apartamento y que fuera la misma sociedad Gradeco Construcciones sas, quien solicito tanto a los demandantes como a la copropiedad que realizaran la cotización, para conocer de manos de expertos la dimensión de los daños y adicional el valor que costaban tales reparaciones, entonces si se encuentran probados los perjuicios, los demandantes no están cobrando cosas y emolumentos que no corresponden con la realidad, lo anterior adicionado a que nunca se ha solicitado cifra alguna, por el contrario siempre el propósito de los demandantes ha sido que la misma demandada Gradeco Construcciones sas, realice las respectivas reparaciones de manera directa y no entregando suma de dinero alguna, actos que a la fecha ya no pueden ser realizados como quiera que el apartamento fue reparado para arrendamiento entre Julio - Agosto del año 2020 y solo fue dado en arrendamiento en octubre de 2020.

En cuanto al numeral tercero de la providencia y en lo que atiende a la condena por los daños materiales, también se presenta reparo en tal sentido como quiera que erra el despacho en la apreciación cuando afirma que la cotización presentada por Andrés peñuela jamás fue considerada por los demandantes pues así lo hizo saber el testigo Andrés peñuela, al leer la declaración de Andrés Peñuela del 17 de julio del 2015 a la pregunta realizada en la página 5 el contesto “no ellos nunca me dijeron que no a la cotización , ellos ni siquiera han podido tomar una decisión al respecto porque no han podido reparar su apartamento ni Gradeco Construcciones sas les ha respondido y hasta donde tengo conocimiento ese apartamento esta desocupado desde ese entonces”. Adicional a esto, la juez confunde la cotización de la que hablo Andrés Peñuela en su declaración con la presentada con la demanda. La cotización de Andrés Peñuela fue realizada en el año 2011 y la cotización soportada y presentada con la demanda es con otra compañía que se llama “arquitectura e ingeniería del nuevo milenio” y fue realizada en enero 18 de 2013.

Otra inconsistencia del despacho es la que corresponde a que se están presentando cobros dobles respecto de reparaciones asociadas a una área como ocurre en la alcoba principal, su baño y el baño de servicio, el despacho no logro interpretar en debida forma

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

la cotización adecuadamente, si bien es claro en la cotización, describen cual es la actividad a desarrollar, y obviamente en una misma zona por ser daños severos o moderados se pueden presentar en cada uno de los ítems, una cosa es la demolición y la reconstrucción de una área con DAÑO SEVERO y otra cosa son las reparaciones de DAÑOS MODERADOS EN ESA MISMA AREA, por ejemplo en la alcoba principal no se tumban todos los muros porque hay muros con daños severos que se tumban y muros con daños moderados que se reparan, y así sucede con el baño de servicio, basta con ver la columna "cantidad" para comprobar que en ningún caso se repiten puesto que la cantidad en metros cuadrados es diferente. Ejemplo, alcoba principal: reconstrucción de muros con daño severo 29mt², en la misma alcoba principal reparación de muro DIVISORIOS CON DAÑO MODERADO 27mt².)

En lo que atiene a la descripción de materiales, el despacho argumenta la no existencia de los acabados o el no estar acreditado en ninguna parte las pruebas que confirmen los acabados del apartamento en el acta de vecindad o en el estudio estructural como son, área social con pisos en madera y mármol.

Los elementos de mármol y sus correspondientes fisuras causadas por la placa entrepiso inferior se pueden constatar o acreditar mediante los registros fotográficos identificados con los números 65, 66 y 138 del informe realizado por Guevara Álvarez y el identificado con el número 50 en el informe general. Es de anotar que el despacho pone en duda que el apartamento tenga acabados como pisos en madera y en mármol cuando en el edificio todos los apartamentos, el hall de acceso y baño social tienen pisos en mármol, así como también el lobby de ingreso al edificio, es decir que contrario a lo que pretendió mostrar el demandado la parte demandante siempre ha presentado su apartamento tal y como se encontraba al inicio de la obra y no pretende aprovechar la situación para realizar mejoras a su apartamento.

Por otro lado, el despacho afirma que no tiene como afirmar que los denominados "cuarto de ropa o zona de ropas" como es llamado en el estudio por Guevara Álvarez sea lo mismo que en la cotización denominan zona de lavandería y que por ello se niega el pago allí solicitado. También advierte que en la cotización en un ítem lo denominaron zona de ropas dejando la sensación nuevamente que se está haciendo un doble cobro, pero no se lee o no se entiende la descripción del ítem que aparece es en reparación de "muros divisorios con daño MODERADO".

En conclusión el despacho no reconoce o excluye de la cotización que tomo como base para la determinación de los daños materiales un valor equivalente a \$15.409.000 pesos que corresponden a los siguientes ítems: elemento o adecuación daño moderado en baño de servicio dice ella "porque ya se encuentra incluido en el ítem reconstrucción de muros con daño SEVERO", nuevamente tenemos que hacerle entender a la juez que una cosa es el arreglo de un muro con dalo SEVERO y otra cosa es otro muro con daño MODERADO (no se esta repitiendo el cobro).

El juzgado también elimina el costo por desmonte e instalación de balas de iluminación y lámparas, no se entiende como el juzgado pretende que estas balas o lámparas no se desmonten para poder realizar las reparaciones de todas las fisuras que aparecen en los apliques de yeso colocados en el techo de la zona social que son de material hecho en drywall. En la descripción de daños hecha por Guevara Álvarez esta explicito "se aprecian fisuras en los apliques de yeso colocados en el techo de la zona social, también se

DEICY LONDOÑO ROJAS

ABOGADA

presenta gran cantidad de mapas de fisuras no solo en muros sino en techos, en el área social correspondiente a sala comedor y sala se observan mapas de fisuras y fisuras en todas las direcciones, que en la mayoría de los casos empiezan en el muro y se extienden hasta llegar a los elementos del techo ocasionando su fractura". Para poder realizar las reparaciones hay que retirar las balas porque esas están instaladas en los elementos del techo.

El despacho excluye el valor correspondiente a reparación de cielo raso en drywall, así como el ítem por reparación de cielo raso en drywall que incluye desmonte y suministro e instalación en drywall con estructura y pintura de acabado porque en el informe solo se habla de yeso, pero es que las aplicaciones de yeso van en los acabados de drywall y el drywall esta instalado en los techos, y al haber daño en la placa del techo por ende, este afecta el drywall.

El despacho excluye la demolición de mármol carrara en el baño social porque dice que no hay certeza de que ese tipo de material estuviera en el inmueble nuevamente, es importante que se vea el informe general entregado por Guevara Álvarez registro fotográfico número 50 y en el particular para el apartamento 302 los registros fotográficos 65, 66 y 138, en las cuales se observa que los acabos en mármol existen.

El despacho excluye en el baño de alcobas el pañete para muros diciendo que está en un ítem anterior, lo cual no es cierto y es una apreciación errada del despacho. En este mismo baño excluye el valor por reparación de drywall alegando que se habla es de yeso en el informe de Guevara Álvarez.

El despacho excluye el pañete para muros en el baño principal que son 19mt2 diciendo que ya está en el ítem reconstrucción de muros con daño severo, pero nuevamente incurre en el error de no identificar adecuadamente las obras a realizar porque el pañete en la reconstrucción en muros con daño SEVERO fue únicamente para los muros valga la redundancia, con daño SEVERO, y el pañete que está relacionado en el ítem baño principal es para los demás muros.

El despacho excluye el reemplazo de pisos de madera poniendo en duda que este exista en el apartamento, la invitamos nuevamente a revisar el registro fotográfico entregado en el informe de Guevara Álvarez donde podrá observar que los pisos del apartamento en toda su área social son en madera laminada.

El despacho excluye completamente el valor de \$3.000.000 de pesos por el ítem lavandería como esta denominado en la cotización, argumentando que no está plenamente identificado porque en el estudio de Guevara Álvarez lo denominan como cuarto de ropa y cuarto de planchar, y al inicio de la cotización hay un ítem llamado zona de ropas. Entonces para el juzgado la equivalencia cuarto de ropa o zona de ropas o cuarto de planchar no es igual a ZONA DE LAVANDERIA cuando están plenamente identificados y detallados mediante registro fotográfico los daños ocasionados en esta área en el estudio hecho por Guevara Álvarez.

Por lo anterior ha de revocarse la decisión y tenerse en cuenta la totalidad de la cotización allegada al despacho y que contiene todos los ítems de los daños que presentaba el apartamento.

DEICY LONDOÑO ROJAS
ABOGADA

Adicional a lo anterior e independiente de tener en cuenta el total de la cotización para las reparaciones del inmueble a esta cifra se le deberá ordenar el ajuste por CORRECCIÓN MONETARIA que haya lugar y que data del año 2013.

En lo que respecta a la no apreciación por parte del despacho en no referirse al lucro cesante ni el daño emergente, se presenta al igual que en los anteriores numerales reparos en la decisión tomada por el despacho como quiera que el lucro cesante solicitado corresponde o se refiere a los ingresos o ganancias que se han dejado de percibir u obtener a causa de los daños producidos, que para el presente caso es el tener el apartamento desocupado por casi diez años a la espera de que la demandada, que durante este lapso de tiempo no se hayan tenido ingresos por concepto de cánones de arrendamiento y que adicional el apartamento haya presentado una devaluación por el estado de deterioro en comparación con los otros inmuebles de esa misma copropiedad y de esa misma denominación, lo anterior adicionado a que los demandantes de sus propios ingresos y sin obtener beneficio alguno del inmuebles, esto es poderlo habitar o poderlo rentar, deben cancelar todos los rubros por concepto de cuotas de administración tanto ordinarias como extraordinarias. .

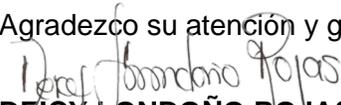
Por otro lado, y en lo que al daño emergente se refiere este tampoco fue de análisis profundo por el despacho y solo se limito a tomar en cuenta el valor que por concepto de honorarios realizaron los demandantes a los peritos que realizaron el estudio de los daños que presenta el inmueble, cuando lo cierto es que el daño emergente es aquel valor equivalente el perjuicio sufrido directamente. Se debe reponer aquel perjuicio que para el presente caso corresponde a los siguientes ítems \$54.559.224 = reparación, \$3.255.000 = bodegas y transporte \$ 8.000.000 = alquiler del apartamento por 60 días \$ 1.424.248 = estudio.

Referido lo anterior deberán estudiarse nuevamente los conceptos de lucro cesante y daño emergente de manera adecuada y con las bases de las pruebas que obran en el plenario.

Los reparos de la presente decisión corresponden a la solicitud de acoger la totalidad de las pretensiones presentadas en la demanda y por consiguiente revocar totalmente la sentencia.

Así las cosas, dejo debidamente presentados los reparos a la sentencia proferida por el despacho, los cuales sustentare a profundidad en el momento procesal oportuno y ante respectivo superior jerárquico.

Agradezco su atención y gestión.


DEICY LONDOÑO ROJAS
C. C. 52.539.381 de Bogotá
T. P. 149.847 del C. S. J.

Señora

Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

SALA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Ciudad

Referencia: PROCESO VERBAL “PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN ORDINARIA”
de CLAUDIA TORRES Y DEXON LESMES contra MARIA ESTHER BARBOSA RIVERA
E INDETERMINADOS. Radicado. 034-2015-01249-01

HOLLMAN ANTONIO GOMEZ BAQUERO, identificado civil y profesionalmente como reposa al pie de mi respectiva firma, en mi calidad de apoderado judicial de la demandada señora **MARIA ESTHER BARBOSA RIVERA**, y obrando como recurrente, dentro del término legal para ello, atendiendo lo ordenado en el auto de fecha 11 de los corrientes, emitidos por este despacho, nos permitimos presentar las **ALEGACIONES** contentivas de los argumentos con los que se sustenta los reparos indicados ante el A-quo en contra de la sentencia anticipada por éste proferida. Lo que hacemos en los siguientes términos:

Atendiendo el hecho de que, la sentencia anticipada emitida no se podía dar, en el entendido de que el mencionado artículo, la prescripción de la acción contractual no estaba demostrada, pues el término prescriptivo considerado por la señora Juez del Circuito, (el transcurrido desde la fecha de la escritura **pública No.2139 del 6 de agosto de 2003** al **12 de noviembre de 2015**, cuando se radicó la demanda de reconvención y que reposa en el expediente), no podía serlo así, pues si bien es cierto, la escritura de venta y posterior de rescisión de la misma, son de fecha 6 y 26 de agosto de 2003, respectivamente, (obrantes a folio 1 al 15 del expediente digital), ha de tenerse presente, señores Magistrados, que al interior del proceso reivindicatorio que nuestra cliente adelantó en el año 2003, ante el JUZGADO 28 CIVIL MUNICIPAL de esta ciudad, y que se identificó con el radicado 2003-1560 en el mismo se ORDENÓ Y PRACTICÓ la medida cautelar de inscripción de la demanda, por petición de nuestra prohiljada, sobre el inmueble de propiedad de nuestra poderdante y que es el perseguido, irregularmente, por la parte actora el día de hoy; medida cautelar que fue debidamente inscrita por el registrador de instrumentos públicos el 23 de noviembre de 2004, al folio de matrícula inmobiliaria No.50S-

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com

40294380, como consta a **folio 5 expediente digital y 8 del del expediente físico**, y que hoy por hoy, señores Magistrados, **aún se encuentra inscrita, PUES NO SE HA LEVANTADO.**

PUBLICOS DE BOGOTA ZONA SU
DE
INMOBILIARIA
Nro Matricula: 50S-40294380

Impreso el 12 de Mayo de 2015 a las 11:59:47 a.m

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACION JURIDICA DEL INMUEBLE HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICION
No tiene validez sin la firma del registrador en la ultima pagina

Fecha: 23-04-2004 Radicacion: 2004-28482 VALOR ACTO: \$
Documento: OFICIO 0109-04 del: 19-03-2004 UNIDAD JUDICIAL MUNICIPAL de SILVANIA Y TIBACUY CUNDINAMAR
ESPECIFICACION: 0468 DEMANDA EN PROCESO ORDINARIO REF 0196/03. (MEDIDA CAUTELAR)
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio, I-Titular de dominio incompleto)
DE: BARBOSA RIVERA MARIA ESTHER 39665460 X
A: REYES ANILA FLOR MARIA

ANOTACION: Nro 4 Fecha: 23-11-2004 Radicacion: 2004-88656 VALOR ACTO: \$
Documento: OFICIO 04-0646 del: 23-03-2004 JUZGADO 28 CIVIL MUNICIPAL de BOGOTA D.C.
ESPECIFICACION: 0468 DEMANDA EN PROCESO ORDINARIO (MEDIDA CAUTELAR)
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio, I-Titular de dominio incompleto)
DE: BARBOSA RIVERA MARIA ESTHER 39665460
A: TORRES SIERRA CLAUDIA
A: LESMES MEDINA DEXON

NRO TOTAL DE ANOTACIONES: *4*

SALVEDADES: (Informacion Anterior o Corregida)
Anotacion Nro: 0 Nro correccion: 1 Radicacion: C2009-3207 fecha 07-03-2009
SE ACTUALIZA NUMERO CATASTRAL CON EL C.H.I.P.; SE INCLUYE DIRECCION ACTUAL,

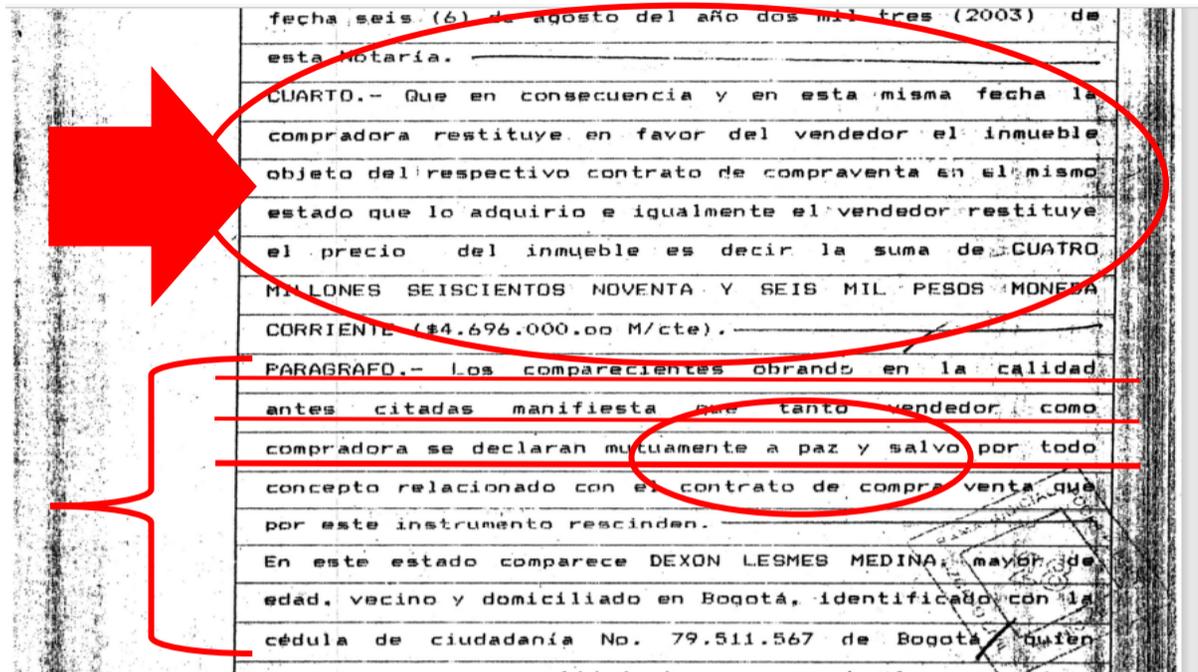
Siendo claro que, ante la existencia y práctica de dicha cautela, el término prescriptivo fue, y continúa siéndolo, interrumpido, permitiéndose así que, por vía de reconvencción en este proceso, se pueda reclamar la devolución del inmueble de propiedad de nuestra cliente, pues ella **aún tiene vigente el derecho de cumplimiento de contrato**, y no se ha extinguido, de conformidad con el artículo 2523 del Código Civil Colombiano.

Obsérvese, por demás, que la sentencia de segunda instancia (folio 80 y s.s. expediente físico), emitida al interior del mencionado proceso reivindicatorio 2003-1560, por el **Juez 20 Civil del Circuito de Descongestión**, lo fue el **8 de abril de 2003**, y que, con posterioridad a la misma, nuestra representada adelantó acción de tutela en contra de dicho despacho, pues incurrió en un yerro al considerar que la escritura de rescisión número 2335 del 26 de agosto de 2003, la obligaba a ella a tener que devolver el “precio” indicado en la misma a los hoy demandantes, para recibir el inmueble, y que por ello, la acción debía serlo procurando el cumplimiento de dicho contrato, pasando por alto, señores magistrados, que en ese mismo instrumento, en la cláusula CUARTA se decía que **DEXON Y CLAUDIA ya habían recibido tal pago y los contratantes se encontraban a paz y salvo**; documento que reposa a **folio 5 del cuaderno 1** del expediente digital y retomamos:

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com



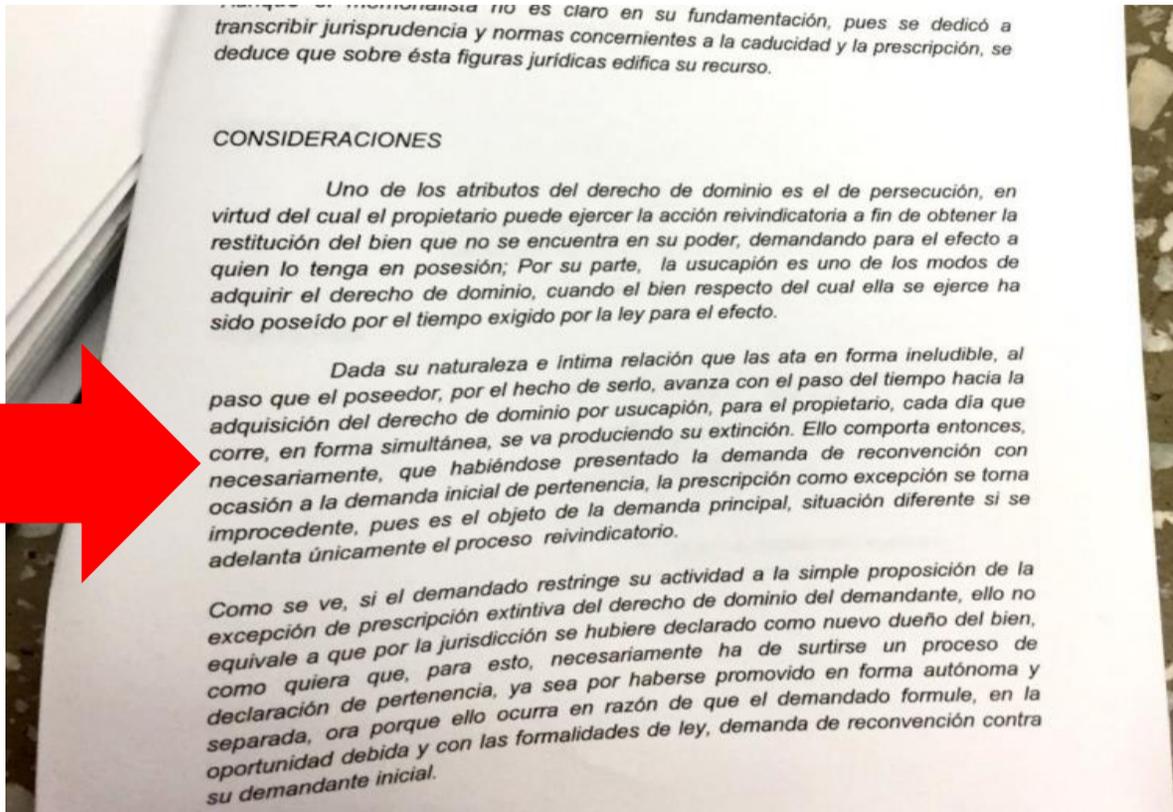
Aunado a lo anterior, señores Magistrados, debe observarse que, en anterior oportunidad, ya la señora Juez de primera instancia, había resuelto la solicitud de declaratoria de prescripción de la acción, que la entonces apoderada de los hoy demandantes, le formuló por vía de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención (**Ver Folio 71 físico y 80 y s.s. digital**); **providencia de fecha 14 de enero de 2017**, que reposa a folio 97 en físico, folio 108 del cuaderno demanda reconvención del expediente digital en este plenario, y en la cual, claramente adujo el despacho:

“...Ello comporta entonces, necesariamente que, habiéndose presentado la demanda de reconvención con ocasión a la demanda inicial de pertenencia, **la prescripción como excepción se torna improcedente, pues es el objeto de la demanda principal, situación diferente si se adelanta únicamente el proceso reivindicatorio**” (Negrilla y subraya propios).

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com



Decisión ésta, señores Magistrados que, quedó ejecutoriada y se encuentra en firme; por lo que, es evidente que, en el momento en que el despacho, por solicitud actual togado demandante, accede a dictar sentencia anticipada, por una supuesta prescripción de la acción, afectó el principio de cosa juzgada de su propia providencia, pues, iteramos (como se observa en la pieza procesal mencionada), tal petición, elevada en el año 2017, había sido negada a la parte actora.

Luego, de conformidad con lo anteriormente expuesto, señores Magistrados, es claro que la sentencia anticipada emitida y que es objeto del presente recurso de alzada, no podía emitirse, ante la falta de cumplimiento de los requisitos que, para ello, el legislador, determinó, en el artículo 278 del C.G.P., particularmente el correspondiente a la prueba de la prescripción extintiva y cosa juzgada.

SOLICITUD DE ALZADA

De conformidad con lo anterior, señores Magistrados, solicitamos se REVOQUE totalmente la sentencia objeto de impugnación, para, en su defecto, ordenar que se ha de resolver la demanda de reconvencción presentada, una vez se practiquen todas

Celular: 304-2501938

Correo electrónico:

h.gomez@medasistabogados.com
hagb36@Hotmail.com

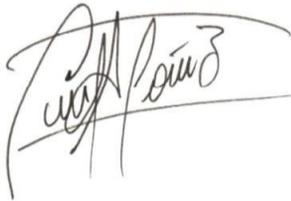
las pruebas decretadas por el A-quo y en el momento de dictarse sentencia que defina la procedencia o no, de la posesión reclamada por los actores principales.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones, tanto al suscrito como a nuestra cliente, suministramos los siguientes correos electrónicos:

h.gomez@medasistabogados.com // hagb36@hotmail.com

Atentamente,



HOLLMAN ANTONIO GOMEZ BAQUERO

C.C.No.3.170.842 de Silvania Cund.

T. P. No. 111.958 del C.S. de la J.

H.M.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil

Magistrada Ponente: Doctora Clara Inés Márquez Bulla

E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal promovido por Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comunicación Celular - Comcel S.A. **Radicación:** 2018-00074-01.

Álvaro Pío Raffo Palau, domiciliado en Cali (Valle), identificado con cédula de ciudadanía 79.143.310, abogado provisto por el Consejo Superior de la Judicatura con tarjeta profesional 30.509, por medio de este escrito manifiesto que sustituyo en el doctor **Edgardo Villamil Portilla**, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía 19.143.423, abogado con tarjeta profesional 13.747 del Consejo Superior de la Judicatura, el poder que me fue conferido por Llama Telecomunicaciones S.A. en el proceso verbal promovido por ésta contra Comunicación Celular - Comcel S.A. citado en la referencia.

Esta sustitución se realiza con las mismas facultades que me fueron otorgadas por Llama Telecomunicaciones S.A.

De la señora Magistrada, atentamente,



Álvaro Pío Raffo Palau

C.C. N° 79.143.310

T.P. N° 30.509 del C. S. de la J.

Febrero 16 de 2022.

Señores,

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL

Magistrado Juan Pablo Suárez Orozco

E. S. D.

Ref.: Acción de protección al consumidor No. 11001319900120212945501 de IT Experts S.A.S y Edificio Torre la Merced P.H. en contra de Inversiones Alvero S.A.S

Asunto: Recurso de súplica en contra de la providencia que negó la práctica de pruebas en segunda instancia.

Diego Fernando Gómez Giraldo, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.375.708 de Bogotá y tarjeta profesional No.183.409 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de representante legal de la sociedad **ABRIL GÓMEZ MEJÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.**, sociedad constituida bajo las leyes colombianas mediante documento privado No. 1 de Asamblea de Accionistas del veintisiete (27) de enero de 2020, inscrita el cuatro (4) de febrero de 2020 bajo el número 02548932 del libro IX de la Cámara de Comercio de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 901.362.501-1, en condición de apoderada judicial de la sociedad **INVERSIONES ALVERO S.A.S.**, identificada con Nit. 830.049.591-4, sociedad legalmente constituida mediante Escritura Pública No. 000154 del dieciséis (16) de septiembre de 1998 de la Notaria 44 de Bogotá D.C., representada legalmente por el señor **Luis Felipe Alarcón Palacio**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.198.950 de Bogotá, por medio del presente escrito nos permitimos formular recurso de súplica en contra de la providencia del 18 de febrero de 2022, mediante la cual se negó la práctica de la prueba documental en segunda instancia, con fundamento en las siguientes breves consideraciones:

I. Consideraciones

Su despacho considera que en el presente asunto no está comprobado que las circunstancias que impidieron la agregación de la prueba documental en primera instancia obedezcan a un caso fortuito o fuerza mayor. Respetuosamente consideramos que sí obra prueba dentro del expediente, y es suficiente la constancia de radicación de la contestación de la demanda en la que se anunció el aporte de

PBX : (+57-1) 3464002 - 3176568093 / info@agmabogados.co

www.agmabogados.co

Carrera 19A No.90 - 13 Of. 401. Bogotá D.C. – Colombia

pruebas, así como el acuse de recibido del correo electrónico remitido en su momento.

En el expediente obra la constancia de radicación de la contestación de la demanda, junto con el acuse de recibo en debida forma de dicha contestación. Esto generó en este extremo procesal el convencimiento invencible de que los documentos se habían radicado en debida forma. Esta prueba es suficiente para acreditar la ocurrencia de un hecho imprevisible e irresistible para la parte demandante, externo a la órbita de su control.

Pero no es menos cierto que el despacho, o al menos la secretaría de este, no desplegó actuación alguna que hiciera prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho procesal, y fundamentalmente el derecho de las partes a que prevalezca la verdad dentro del proceso, pues se abstuvo de requerir al extremo que represento para que adjuntara los documentos echados de menos solo en la audiencia inicial, de manera sorpresiva. No se puede desconocer que para el momento en que se aportó la contestación de la demanda nos encontrábamos en el inicio de la vigencia del Decreto 806 de 2020, momento en que los sujetos procesales se estaban adecuando a los mecanismos de radicación implementados gracias a las nuevas tecnologías.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha dicho:

"La jurisprudencia constitucional, ha caracterizado el defecto procedimental para señalar que este se configura cuando el juzgador viola derechos fundamentales al negar el derecho sustancial, ya sea por no aplicar la norma procesal acorde con el procedimiento de que se trate, o cuando excede la aplicación de formalidades procesales que hacen nugatorio un derecho.

En esos casos, el funcionario aplica los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esta vía sus actuaciones devienen en una denegación de justicia, causada por la aplicación de disposiciones procesales opuestas a la vigencia de los derechos fundamentales, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales o por un rigorismo procedimental en la

apreciación de las pruebas. En estas situaciones se presenta una violación de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.”¹

Estamos pues ante un hecho imprevisible e irresistible, que no fue subsanado en la oportunidad por el despacho de primera instancia, muy a pesar de tener el deber de hacer prevalecer la verdad procesal al interior del proceso, tal y como lo prescribe el artículo 42 del C.G.P.

II. Petición

Con fundamento en lo anterior, solicito respetuosamente se revoque la decisión calendada el 18 de febrero de 2022 y, en consecuencia, se decrete la prueba documental aportada en segunda instancia.

En subsidio de lo anterior, solicito al despacho que acudiendo a las facultades oficiosas incorpore dicha prueba documental, para que prevalezca el derecho sustancial sobre el procesal.

Respetuosamente,



Diego Fernando Gómez Giraldo

C.C. 1.032.375.708 de Bogotá D.C.

T.P. 183.409 C. S. de la J.

ABRIL GÓMEZ MEJÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

NIT. 901.362.501-1

dgomez@agmabogados.co

Tel. 321 465 0617

¹ Sala de Casación Penal Sala de Decisión de Tutelas Corte Suprema de Justicia ID. 528879 M.P. José Francisco Acuña Viscaya

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,
D.C.
Sala de Decisión Civil
Magistrado Ponente: Dr. GERMAN VALENZUELA VALVUENA
E. S. D.

REF. RADICACIÓN N° 2020-0064
PROCESO VERBAL MENOR CUANTIA
DEMANDANTE: LUIS IGNACIO RINCON PEREZ
DEMANDADA: COMUNITARIA DE TRANSPORTES DE
SUBA S.A.
PROVENIENTE DEL JUZGADO 1 CIVIL DEL
CIRCUITO

Honorable Magistrado:

INGRID DAHIAM PELÁEZ CASALLAS, de condiciones civiles y profesionales conocidas en el proceso de la referencia, respetuosamente me permito sustentar encontrándome dentro de la oportunidad procesal, el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia, así:

MOTIVACION

Como ha quedado debidamente demostrado Honorable Magistrado, la empresa comunitaria de suba abuso de su posición dominante realizando cobros indebidos durante el tiempo que duro el contrato de vinculación con mi representado, **tal y como la ratifica la resolución N°43079 expedida por la Dirección de Investigaciones Administrativas Al Tránsito Y Transporte De La Secretaria Distrital De Movilidad de Bogotá** en la cual se reitera que “ **NO SE EXPLICA ESTE DESPACHO EL PORQUÉ DEL SOBRE COBRO POR CONCEPTO DE**

RODAMIENTO EVIDENCIADO EN LOS FOLIOS ANTERIORMENTE DESCRITOS". (...)

Conforme lo anterior La Honorable Corte Suprema de Justicia ha reiterado que las clausula abusivas o el abuso del derecho, el abusar de la posición dominante ha sido entendido como aquellas previsiones particulares que rompen el equilibrio justo de las relaciones privadas, cuyo efecto es, en principio la ineficacia de pleno derecho pues generan un desequilibrio que emanan del contrato, como es el caso en comento.

Así las cosas, y conforme a las pruebas arrimadas al plenario no queda duda que le empresa demandada debe reintegrar las sumas que cobro y que hizo de más al señor LUIS IGNACIO RINCON PEREZ, así como también lo correspondiente al dinero perteneciente al fondo de reposición, pues tal y como **lo indica el Subdirector de Investigaciones de Transporte Público de la Secretaria Distrital de Movilidad en la resolución anteriormente señalada se tiene:**

DECIMA SEXTA: CUOTA DE RODAMIENTO. EL PROPIETARIO pagara a la empresa por rodamiento, una cuota del valor correspondiente al 35.5% de un salario mínimo legal mensual vigente, suma global que se descontara la empresa de los recaudos de que trata la cláusula decima quinta de este contrato.

Lo anterior en el entendido que si para el año 2016 el valor legal fijado el salario mínimo era de \$689.455 y bajo ese orden de ideas se da aplicabilidad a lo pactado en la cláusula decima sexta, el cobro por rodamiento seria del 35.5% de un salario mínimo legal mensual vigente o sea \$ 244.756 y así mismo si para el año 2017 el valor fijado para el salario mínimo mensual era de \$ 737.717 una vez más dando aplicabilidad a lo pactado en la referida clausula, 35.5% de un salario mínimo legal mensual vigente sería de \$261.889, No se explica este despacho el porqué del sobre cobro por concepto de rodamiento evidenciado en los folios anteriormente descritos.



La Honorable Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar en decantadas jurisprudencias que, aunque el contrato de vinculación es un contrato de derecho privado, ello no es óbice para que alguna de las partes abuse de su posición dominante realizando cobros injustificados y cláusulas abusivas, pues bien, tal y como ha quedado debidamente probado y sustentado; a mi representado se le realizaron cobros injustificados. Mal estaría entonces Honorable Magistrado realizar un contrato y señalar en el mismo que los cobros se realizaran por un monto o porcentaje equilibrado como es el caso del 35.5% y al mismo tiempo establecer que dichas sumas pueden ser las que se señalen en la junta de socios, puesto que no hay exactitud frente al porcentaje.

Sin perjuicio de lo anterior, mi representado no ostenta la calidad de socio de la compañía. Seguidamente considero con mi habitual respeto que hay mala fé de la parte demandada al no ser exacta en el contrato sobre el porcentaje que podría establecer la junta de socios para después, abusar de su posición dominante con los cobros a los que se vio sometido mi representado.

Contrario a lo señalado por el Ad quo frente a que el demandante no realizo las acciones legales, claro está que el mismo a través de múltiples solicitudes espero que la hoy demandada ajustara dichas sumas que hoy alega, sin que la misma las realizara. Presento hasta acciones Constitucionales que fueron falladas en favor del hoy demandante, hasta que se interpuso la presente demanda.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el Decreto 170 de 2001 artículo 52, se estableció que la resolución que ordena la desvinculación del automotor reemplazara **El Paz Y Salvo** que debe expedir la empresa, sin perjuicio de las acciones civiles y comerciales que se desprendan del contrato de vinculación.

Así las cosas, y conforme a las pruebas arrimadas al plenario no queda duda que la empresa demandada debe reintegrar las sumas que cobro y que hizo de más a el señor LUIS IGNACIO

RINCON PEREZ así como el dinero correspondiente y perteneciente al fondo de reposición.

Considero el juez en primera instancia que la demandada utilizaba el rodamiento en infraestructura o terminales, contrario a lo plasmado Honorable Magistrado considero que esa era su obligación, por lo que respetuosamente solicito a su señoría revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda presentada contra COMUNITARIA DE TRANSPORTES DE SUBA S.A.

Del Honorable Magistrado,

Sin otro Particular,



INGRID DAHIAM PELÁEZ CASALLAS

C.C.N° 52780177 de Bogotá

T.P.N° 280057 del Consejo Superior de la Judicatura

Honorable Magistrada:

CLARA INES MARQUEZ BULLA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL-

E.

S.

D.

Referencia: Proceso Verbal promovido por Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.

Radicación: N° 2018-00074.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA abogado portador de la Tarjeta N° 13.747 y cédula 19.143.423, como apoderado sustituto de la parte demandante, Llama Telecomunicaciones S.A., por medio del presente escrito acudo ante su señoría para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, por medio de la cual esa autoridad negó las pretensiones de la demanda y acogió las súplicas de la demanda de reconvención.

Para aumentar la eficiencia en la comunicación y la interacción con el contenido de la sentencia, enseguida me permito presentar la transcripción de la parte considerativa del fallo, bajo la garantía de fidelidad que me impone el numeral 1° del artículo 78 del C.G.P., y los artículos 28, numeral 6° y 33 numeral 10° de la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado.

Luego de las síntesis del proceso, la parte considerativa empieza en el minuto 25 de la grabación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

"En cuanto a la pretensión de la demanda principal hemos de decir lo siguiente: de hecho sí, la doctrina ha establecido que una parte en un proceso ordinario o ejecutivo que resulte

afectada con unas medidas cautelares excesivas puede pedir prioritariamente los perjuicios devenidos de esas medidas así ordenadas y practicadas, esa actuación no se puede solicitar en cualquier época y a voluntad de la parte que se dice afectada. Desde el Código de Procedimiento Civil y aún en el Código General del Proceso, se han establecido reglas para, -inaudible... y aún la doctrina de las altas cortes ha establecido reglas para poder hacer el reclamo de estos perjuicios devenidos de una actuación o de una conducta procesal de una parte con matiz de un abuso de su derecho en contra de la parte demanda o que tiene que resistir las medidas cautelares. Es así que frente a este respecto, los juicios ejecutivos en concreto, el artículo 443-3 del Código General del Proceso, hoy establece lo siguiente: "La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso." Esta regla, que a su tenor literal no...no admite ninguna clase de interpretación, dice sentencia de excepciones totalmente favorable... total, implica que el juez y la parte afectada por la ejecución soliciten además del pago de las costas, los perjuicios por la ejecución así iniciada en su contra, revisada la sentencia que dictó el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali, observamos que en esta sentencia al analizar las excepciones planteadas por la parte demandada, si bien se tuvo que la obligación no era de la cuantía que inicialmente había planteado la ejecutante COMCEL, también lo es que al estudiar su conducta procesal en el marco de la buena o la mala fe de la actuación tanto contractual como procesal, se llegó a la conclusión por el juzgador de instancia, que aquí efectivamente no había prueba, prueba de una actuación de mala fe de parte de la ejecutante y que debía existir ese rastro procesal de mala fe y de temeridad de la ejecutante para que el juzgado pudiera obviamente hacer La declaración de esa excepción pedida como temeridad o mala fe de la ejecutante en la ejecución y en las medidas cautelares. Ese fallo que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, pues obviamente sólo condenó en costas, lo vemos así en los documentos que las partes aportaron para acreditar su dicho en las oportunidades correspondientes, ese juzgado o la jurisdicción sólo condenó en costas, no condenó en perjuicios.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali confirmó esa determinación el 21 de julio de 2017, según da cuenta de esa determinación o de la constancia de la actuación, la certificación de la actuación y tampoco adicionó la sentencia en ese sentido de hacer una condena en perjuicios. Por lo tanto, la ejecución continuó, que por demás era una ejecución mixta, porque también traía unas garantías, reales o de algunos inmuebles de la parte demandada que se habían otorgado como garantía para el cumplimiento de las obligaciones devenidas del contrato de distribución o últimamente de agencia, así considerado por el Tribunal de arbitramento al que ya hice alusión. Continúa entonces el proceso sin que la parte demandada en la ejecución hubiere pedido adición del fallo, o hubiere logrado revocatoria del fallo en punto de la negativa de la declaración de no probada de la excepción de mala fe, entonces la sentencia no tuvo condena en perjuicios. Por lo tanto, la regla del artículo 443-3 del Código General del Proceso en este caso no se dio. Ahora bien, finalmente qué sucedió con el proceso, según se ve de las copias que nos adosaron al expediente, finalmente el proceso terminó el 21 de julio de 2017, con el fundamento legal de que se terminaba la causa acorde con el artículo 461 del Código General del Proceso que dice que si una parte paga antes del remate, así lo determinó el juzgado levantó las medidas cautelares, ordenó entregar los bienes y dineros que se habían cautelado, salvo la suma que finalmente se estableció en algo más de 600 millones de pesos como la acreencia causada, algo que tampoco contuvo al levantarse las medidas cautelares, ninguna de las órdenes que establece el artículo 597 del Código General del Proceso, en su numeral 10 inciso 2º que reza, creo que es tercero `Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1, 2, 4, 5 y 8º del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa.` Tampoco hubo condena de perjuicios mediante éste proveído que les acabo de citar del 21 de julio de 2017, proferido por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali, o y la parte afectada que se dice ahora afectada en este juicio ordinario con esa medida cautelar no recurrió, ni tampoco pidió adición de la providencia. Por lo tanto, las ocasiones en las que se pueden pedir liquidación de perjuicios, generalmente se hace la condena in genere, o sea no en concreto, no se

presentaron en este caso. Si la doctrina ha abierto paso a una posibilidad de que se puedan liquidar esos perjuicios en los términos del artículo 283 del Código General del Proceso que también reza lo siguiente: 'En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia a lo ordenado por superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho. El derecho a qué, a reclamar los perjuicios liquidados in genere, entonces, decía que la única posibilidad que la doctrina ha permitido que haya liquidación o manifestación o declaración judicial posterior, o en proceso posterior, como en este caso se solicita respecto de perjuicio causados por medidas cautelares, lo es siempre y cuando haya procedencia legal en los casos en que ya advertí que de su lectura normativa, y el juez se haya negado a efectuar esa declaración en el proceso correspondiente o en la instancia correspondiente, lo cual aquí no sucedió, la parte que ahora en la demanda se considera afectada con aquellas medidas cautelares, en aquella ocasión tal vez no lo consideró que de haberlo hecho, habría solicitado que emitiera la declaración que corresponde a la única manera como puede liquidarse esos perjuicios es mediante el incidente so pena de que el derecho se extinga. Entonces esas todas esas situaciones que estamos planteando jurídicamente hablando con disposiciones normativas respecto del problema de perjuicios por medidas cautelares, nos llevan a concluir que las pretensiones de la demanda principal no tienen vocación de prosperidad, no cumplen las disposiciones que la ley sustancial y la ley procesal exigen para que se dé paso a una condena por medidas cautelares abusivas del ejecutante, en el transcurso de un proceso de ejecución. Esto entonces se dirá o se concretará en la parte resolutive de esta actuación. Por esta razón se hace innecesario entrar a estudiar las excepciones planteadas por la parte demandada en la demanda principal, sin perjuicio de que en la segunda instancia conforme lo prevé el Código General del Proceso, sea el juzgador de ese estadio, quien manifieste si es

del caso ante una revocatoria de esa determinación, proceder entonces al estudio del asunto. Por ahora se hace absolutamente innecesario ante la situación que acabo de plantear sobre la falta de concurrencia de los presupuestos de ley para que haya una declaración por perjuicios devenidos de las medidas cautelares establecidas en proceso de ejecución.

La única posibilidad de que la doctrina ha permitido que haya liquidación o manifestación o declaración judicial posterior o en proceso posterior como en este caso se solicita respecto de perjuicios causados con medidas cautelares lo es siempre y cuando haya procedencia legal en los casos en que ya advertí en su lectura normativa y el juez se haya negado a efectuar esa declaración en el proceso correspondiente o en la instancia correspondiente, lo cual aquí no sucedió, la parte que ahora se considera en la demanda afectada con aquellas medidas cautelares en aquella ocasión tal vez no lo consideró, porque de haberlo hecho habría solicitado que se hiciera la declaración que corresponde porque la única manera como pueden liquidarse esos perjuicios es mediante el incidente so pena de que el derecho se extinga”

LA RESOLUCIÓN SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Bien, entonces proseguimos – argumenta el Juzgado 9º- con el estudio de la demanda de reconvencción. Ya anotamos que lo que pretende la parte demandante lo que pretende aquí es que se diga entonces que ella si es más bien es la que tiene la posición de acreedora frente a una suma devenida de un contrato de distribución que entre las mismas partes se sostuvo y estaba vigente desde el año 2005 hasta el año 2010, en que se transó todo lo relacionado con esa negociación. Bueno, para ello es necesario entonces encaminarnos a revisar la fuente de la obligación que cita la parte demandante ‘Comcel’ en esta demanda de reconvencción, que pues necesariamente es el laudo arbitral que expidió la Cámara de Comercio de Bogotá el 15 de mayo de 2013, una extensa providencia, entre otras cosas muy juiciosa sobre las relaciones comerciales entre las mismas partes que hoy actúan en esta causa procesal ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito. Nos decía la parte demandante ‘Comcel’ en la demanda de reconvencción que no..., pese a que

en el laudo arbitral el juez correspondiente conoció la existencia de la obligación y demás, él no pudo hacer mayor pronunciamiento sobre la misma ni compensación frente a las declaraciones en favor de 'Llama Telecomunicaciones' por más de 9000 millones de pesos hizo en aquella actuación, en razón a que el demandado no contestó la demanda en tiempo y por lo tanto, pues no pudo haber hecho ningún alegato frente a la compensación que es una de las excepciones que la ley prevé o dispone que debe ser alegada por la parte. Bien, entonces el juzgado para acreditar esta afirmación del actor en la demanda de reconvenición se dio a la tarea de revisar efectivamente todas las consideraciones que efectuó el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá en la fecha que ya indicamos, y en efecto encontró que en algunas de las consideraciones, las que no les cito aquí al texto, ni se las leo porque son bastante extensas, bastante extensas, pero en efecto en la foliatura, digamos del expediente digital a folios 462, 465 y 471, en efecto, se encuentra que el Tribunal hace referencia a un escrito de transacción efectuado por las partes con fecha 30 de marzo de 2010, en el cual estas retrotrajeron una voluntad contractual de 'Llama Telecomunicaciones' de no seguir vinculada en el contrato de distribución para con 'Comcel' y allí especificaron además su voluntad ineludible o inconfundible de continuar con el contrato, especificar todas y cada una de las obligaciones en sumas esas que están a cargo de las partes porcentualmente hablando para esa misma fecha. A efecto de establecer la competencia sobre cual iba a pronunciarse el Tribunal, pues necesariamente analizó con alguna profundidad este acuerdo o esta transacción, se adentró a examinar si se trataba de una conciliación, si se trataba de un acuerdo de pago, pero finalmente, en las conclusiones que ustedes podrán y ya las conocen con mucha mayor minucia que este despacho judicial para a fuerza de no ir a leer allá al texto, lo que dijo el Tribunal concluyó, que en efecto se trataba de una transacción en todos los alcances que este negocio jurídico tiene previstos en la ley sustancial. En efecto, así hizo alusión el Tribunal que es una transacción y a su vez llamó la atención a la demandante en aquella actuación arbitral, en el sentido de pretender desconocer esa transacción, le llamó la atención, no puede negociar y después retrotraerse y pretender aducir una situación diferente ante la jurisdicción, como en efecto lo

planteó frente a esta transacción del 30 de marzo de 2010 a que llegaron 'Comcel' y 'Llama telecomunicaciones' respecto de sus contratos vigentes para aquella época, de distribución agencia comercial y lo demás, que para los fines de esta actuación no es necesario dilucidar. Bueno, entonces, habiendo dado validez a esa negociación, pues obviamente estableció que lo que allí pactaron las partes como deuda a cargo de 'Llama Telecomunicaciones' y a favor de 'Comcel' ascendía a la suma de \$2.461.525.132 pesos, eso fue la transacción. En lo demás, el Tribunal no va a adentrarse, en las cuentas anteriores y lo demás, y por allá y por acá, ésa es la suma. Entonces, declaró la existencia de esa obligación y sobre ese aspecto dijo hay transacción, no es de mi incumbencia decir absolutamente nada más, seguiré entonces el análisis de las vicisitudes contractuales a partir del 1º de abril del 2010 y hasta la terminación del contrato en febrero de 2011, así lo hice y se ocupó de toda su competencia planteada en la demanda principal por la parte actora 'Llama telecomunicaciones' para finalmente terminar haciendo condenas como primas, cesantías etc. Etc. En un ítem de la parte resolutive bastante extensa que las partes aquí conocen a la minucia, luego sobra que me ponga a releer lo que ya conocen. Sin embargo, el Tribunal tuvo la precaución de no dejar a salvo esa suma así no más, sino que también encontró que había algunas sanciones o penalizaciones que se habían cobrado indebidamente por 'Comcel' y dispuso que esas sumas reconocidas en el acuerdo de 30 de marzo de 2010, se restara esa suma por penalizaciones, lo dispuso allí mismo y dijo, lo voy a restar para efectos de reconocer ésa suma indebidamente pagada y sus intereses, en la parte resolutive del laudo arbitral por que eso sí sería de su competencia, reconocer que en ese acuerdo se incluyó un ítem que no debía estar, que debía devolverlo entonces 'Comcel' y que además sobre ese ítem debería de pagar los intereses de mora como era del caso. Qué suma dijo entonces el Tribunal de arbitramento que debería descontarse de ese acuerdo del 30 de marzo de 2010, \$547.518.226 pesos, que a su vez, al momento de la sentencia del laudo arbitral había generado unos intereses de \$204.671.702 pesos. Eso fue lo que en últimas consideró o contuvo el acuerdo del marzo 30 de 2010, en la parte resolutive del laudo arbitral, porque se insiste en el entendimiento de la sentencia de los árbitros, la suma reconocida a favor de Comcel

no era de su competencia y ya había sido digamos zanjada por las partes mediante uno de los mecanismos que la ley establece con efecto de cosa juzgada frente a las relaciones contractuales cual era, la transacción, luego cualquiera otra disposición del Tribunal sobre ese particular redundaba, en razón de la autonomía de la voluntad de las partes que intervinieron en la transacción. Bien, ese acuerdo a su vez fue aportado al expediente, aunque lo anunciaron los extremos de la litis, el demandante, 'Llama' dijo a haberlo allegado con la demanda, no lo encontré, la demandada lo pidió Comcel, como exhibición, se le fue negado, pero finalmente el testigo, que ya les anoté único que rindió aquí testimonio el abogado de la compañía 'Comcel' él tuvo la actuación procesal de allegarlo y milita en el expediente, lo cual entonces huelga para que el juzgado pueda concretar la declaración de las pretensiones que hace la parte demandante en la demanda de reconvencción. Entonces, en suma, como quiera que en efecto esa obligación reconocida en el acuerdo del 30 de marzo de 2010 no fue objeto de ejecución, cómo también se adujo en las excepciones planteadas por la demandada 'Llama Comunicaciones' frente a la demanda de reconvencción en punto de decir que había caducidad, en razón a que esta obligación estaba contenida en el pagaré cobrado ante el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali, entonces que aquí ya no sería de recibo esa declaración sobre la existencia de esa deuda reconocida en la transacción, lo cual a juicio de este despacho resulta contradictorio. El alegato que planteó la parte demandada en esa ejecución precisamente descartaba que se tuviera en cuenta este ítem en el pagaré y de allí que declararon probada la excepción y de allí que redujeron a tan solo 200, no sé a una cifra de 200 que se me escapa en este momento, millones, la ejecución que inicialmente era de más de 3000 millones, excluyeron necesariamente en la transacción, entonces, cómo es posible que aquí en el proceso de declaración de la existencia de esta deuda, con fundamento en la transacción, venga a alegar exactamente lo contrario, de que esa deuda caducó o prescribió porque ya fue cobrada en el pagaré. A Juicio de este despacho eso es contradictorio, absolutamente contradictorio. En esa medida, si se pide aquí que se declare, que efectivamente el Tribunal reconoció esa obligación por todas las deudas que estaban vigentes para el momento de la transacción, 30 de marzo de 2010, entonces

pues la obligación existe y si acaso fue solucionada de una u otra manera ,parcial o totalmente, este no es el escenario para declarar que hubo pago o hubo pago parcial, lo que sí vamos a decir, es que no hay caducidad porque de todas maneras las ejecuciones contenidas en el pagaré de esa obligación, fueron reducidas a una relación contractual de una zona específica, lo cual entonces considera el despacho podrá ser alegado por la parte a la cual se redujo esa obligación o ese pago, en la oportunidad procesal correspondiente, pero la declaración en concreto que aquí se pide es qué si efectivamente existe esa declaración y la declaración que el juzgado va a hacer es que efectivamente que esa obligación sí existe, que esa obligación sí fue declarada, que esa obligación no fue compensada y que esa obligación entonces deberá analizarse en el juicio correspondiente, una vez quien sea el titular entre a materializarla, por que este escenario declarativo no es el llamado por la ley para hacer efectivo un cobro o materializar un cobro frente a esa deuda. Bueno, en estos términos entonces considera el despacho que las excepciones planteadas por la parte demandada frente a las pretensiones de la demanda de reconvención no tienen vocación de prosperidad, y que, entonces esta pretensión de la demanda de reconvención debe ser declarada y así se dirá entonces en la parte resolutive de la sentencia. Entonces procedemos al efecto:

De acuerdo con lo anterior el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1. Negar las pretensiones de la demanda principal presentada por la sociedad 'Llama Tele Comunicaciones' en contra Comcel S.A.*
- 2. En razon a las consideraciones expuestas para la negativa de las pretensiones indicadas, el Juzgado, por sustracción de materia, se abstiene de analizar las defensas exceptivas planteadas por COMCEL S.A., en razón a esa pretensión.*
- 3. Se condena en costas a la parte demandante en la demanda principal, las que se tasan en 12 millones de*

pesos. Por la Secretaría del Juzgado se hará la liquidación correspondiente.

Frente a la demanda de reconvención planteada por COMCEL S.A., se declara que en efecto, y de acuerdo con lo pretendido en el libelo, según las pruebas aportadas en el expediente, consistentes en la sentencia del laudo arbitral dictada por la Cámara de Comercio existe un reconocimiento de una suma a cargo de la demandada en la demanda de reconvención 'Llama Telecomunicaciones' y a favor de COMCEL S.A., que asciende a la suma de \$1.914.006.906 originada en el acuerdo de pago del 2 de febrero de 2019 y 30 de marzo de 2010, cuyo ejemplar de este último aparece adosado a este expediente.

5.- Declarar en consecuencia que esta obligación aparece insoluta a favor de la demandante COMCEL S.A., y a cargo de 'Llama Telecomunicaciones' en la cuantía indicada.

6.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condena a 'Llama Telecomunicaciones' a pagar a COMCEL S.A. la suma de \$1.914.006.906 de acuerdo con las consideraciones efectuadas en esta providencia.

7.- Se condena a 'Llama Telecomunicaciones' a pagar a COMCEL S.A. el valor de los intereses moratorios que se hubiesen causado por dicha suma a la tasa certificada por la autoridad bancaria correspondiente, desde la fecha de la demanda de reconvención, y hasta que su pago se realice por parte de la obligada.

No se hará pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias, en razón a que se accedió respecto de las pretensiones principales.

8.- Se condena en costas a la demandada en reconvención 'Llama Telecomunicaciones' en la suma de 10 millones de pesos. Por la Secretaría se hará la liquidación correspondiente.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

La metodología para desarrollar la sustentación del recurso de apelación, atiende a la división temática del proceso, la cual se refleja en la sentencia, es decir, un primer segmento comprende la demanda principal y uno segundo la demanda de reconvención.

REPAROS A LA SENTENCIA SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL.

Enseguida se desarrolla la impugnación contra las consideraciones de la sentencia, en cuanto desechó las pretensiones de la demanda principal sobre abuso del derecho a litigar.

El argumento fundamental que esgrimió el juzgado para negar las pretensiones de la demanda principal por abuso del derecho, consiste en que recrimina a la demandante 'Llama telecomunicaciones S.A.', demandada en el proceso ejecutivo, por que en el momento de emisión de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, no pidió la adición del fallo, para que el juez tomara alguna decisión sobre la condena al pago de perjuicios en la aplicación del numeral tercero del artículo 443 del Código General del Proceso.

Igualmente le recrimina por no haber interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia que dirimió el juicio ejecutivo, en la cual el Juzgado omitió la condena al pago de los perjuicios causados.

La cuestión litigada sobre el abuso del derecho, plantea entre otros los siguientes interrogantes:

I.- El juez de la sede en que se produjo el daño con las medidas cautelares, Juez 17 Civil del Circuito de Cali que conoció de la ejecución, tiene la competencia privativa y excluyente para condenar al pago de los perjuicios irrogados a la víctima?

El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá que dictó la providencia que en este escrito se impugna, es del criterio de que si las medidas cautelares fueron decretadas y practicadas en el proceso ejecutivo promovido por Comcel S.A. contra 'Llama telecomunicaciones S.A.', proceso ejecutivo que se siguió ante Juzgado 17 Civil del Circuito de la ciudad de Cali, esta autoridad era **la única competente** para proferir la condena y proceder a la

liquidación de los perjuicios causados con las cautelas y con el proceso.

El criterio expresado por el Juzgado en la providencia que hoy es materia de impugnación, en cuanto afirma el criterio monopólico y excluyente del juez de la ejecución para resolver allí, internamente, sobre los perjuicios causados afecta varios valores constitucionales.

En efecto, reservar de modo excluyente la competencia al juez que conoció del proceso ejecutivo en que se produjeron los daños, desarrolla el principio de economía procesal en tanto aprovecha el conocimiento que ese juez tiene de la controversia para que contribuya con su saber a una decisión más acertada y justa. Esa es la razón fundamental para preservar la competencia monopólica del juez de la ejecución, pues siendo la jurisdicción una sola, no hay mayor diferencia en que el asunto sea planteado ante otro juez de la misma especialidad y categoría, salvo por el principio de economía procesal que se privilegia residenciando la competencia de modo exclusivo en el mismo juez de la ejecución.

Pero disociar en dos foros distintos, la sede en que tuvo ocurrencia del abuso del derecho a litigar y la sede del reclamo por ese acto, no desquicia las reglas básicas de la jurisdicción, si se entiende que la jurisdicción es una sola, aunque dividida en distintos juzgados por razones puramente operativas y accidentales. La majestad de la jurisdicción, su preeminencia e imperio, se encarnan por igual en el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali, que estaba llamado potencialmente a conocer del reclamo por los perjuicios, como en el Juzgado 9º del Circuito de Bogotá que finalmente asumió una competencia de la cual no podía despojarse por el principio de la *perpetuatio iurisdiictiones* y porque los jueces también se hallan vinculados al principio *venire contra factum proprium nulla conceditur*, regla lógica de coherencia y buena fe que protege las expectativas legítimas que un sujeto crea con sus actos en el imaginario de quienes le rodean. Tanta jurisdicción ejerce el Juez de Cali como el de Bogotá, para resumir las cosas.

Sobre el principio *venire contra factum proprium nulla conceditur*, cuando el Juzgado Noveno Civil del Circuito admitió la demanda para el establecimiento de los perjuicios a cargo de Comcel y su cuantía, tenía plena conciencia de que los hechos fundantes del perjuicio reclamado ocurrieron en un proceso del que conoció el Juzgado 17

Civil del Circuito de Cali, el cual se hallaba terminado por pago de la obligación. A pesar de ello, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda sin poner reparo alguno, ni exigir como condición de procedibilidad que se hubieran agotado los recursos y se hubiere hecho la solicitud de adición de la sentencia ante el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali. En suma, el Juzgado Noveno, al admitir la demanda juzgó definitivamente sobre su competencia y con ello creó un estado de confianza legítima del cual no puede abdicar sino por razones de estricto orden legal, atinentes a la nulidad, que en este caso no existe por carecer de creación legal.

Obsérvese a ese propósito que el Código General del Proceso en el artículo 16, flexibilizó la prórroga de la competencia, la que aparece saneada cuando emerge de factores distintos al subjetivo y funcional. En últimas, lo que en verdad determinó la Jueza Novena Civil del Circuito es una modalidad singular de negación de jurisdicción o declaración de nulidad por la carencia de competencia, en contravía de lo previsto en el artículo 16 del Código General del Proceso y la regla de taxatividad de las nulidades.

Con el criterio expresado por el Juzgado Noveno en la sentencia apelada, se estableció un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, consistente en agotar recursos imposibles contra una providencia inexistente, pues si bien se recuerda, en materia de perjuicios causados con las medidas cautelares el Juzgado 17 Civil del Circuito de la ciudad de Cali no produjo ninguna determinación, guardó absoluto silencio, luego mal podría un sujeto procesal apelar protestando la nada.

Pero lo que resulta fundamental en este asunto es el conflicto evidente entre el principio de economía procesal y el de acceso a la administración de justicia, y ningún esfuerzo ha menester para demostrar que en esa colisión de principios, debe primar el acceso a la justicia, pues entre otras cosas, la economía procesal es una regla técnica y no un principio o un derecho fundamental, como sí lo es el acceso a la justicia. La firma 'Llama telecomunicaciones S.A.' tiene el derecho al pronunciamiento sobre los perjuicios que no hizo el Juzgado 17 Civil del Circuito de la ciudad de Cali.

Además de lo anterior, el criterio expresado por el Juzgado Noveno en la determinación ahora impugnada, agravia otro principio

constitucional, que privilegia la primacía de lo sustancial sobre las formas.

El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que propende porque las normas procesales sean el medio que permita concretar o efectivizar los derechos sustanciales de los ciudadanos. Copiosa jurisprudencia constitucional ilumina el criterio que privilegia lo sustancial frente a los ritos.

Ocurre en este caso que la víctima de los perjuicios quedó desprotegida, así como impune el poderoso victimario, por una cuestión simplemente formal, formalidad que ni siquiera fue creada por el legislador, sino que en este caso es fruto de la invención judicial. En efecto, no hay norma procesal alguna que imponga a la víctima la obligación de pedir al juez la adición del fallo para que haga la condena en concreto al pago de perjuicios o de impugnar una determinación inexistente. Se trata entonces de un formalismo de creación pretoriana, que tiene como efecto dejar expuesta a la víctima e impune al victimario, lastimando de ese modo el derecho fundamental de acceso a la justicia y en desarrollo de la primacía de lo sustancial.

Además, el criterio formalista acogido por el juzgado para negar el derecho de la víctima, agravia exigencias conexas con el derecho internacional de los derechos humanos. Dicho brevemente, los instrumentos internacionales han concebido los principios de reparación integral y equidad en materia de daños. Así lo consagran, el artículo 63.1 de la Carta Americana de Derechos Humanos, el artículo 41 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, que involucra el concepto de satisfacción equitativa, así como el sistema africano derechos humanos que en su artículo 27 consagra el derecho a una justa compensación.

Y aún para la responsabilidad contractual no es ajena la equidad en tanto la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, reafirma su razonabilidad.

La referencia que acaba de hacerse no es antojadiza, pues el proceso de recepción de valores internacionales, hizo que Colombia adoptara,

primero en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y ahora en el artículo 283 del C.G.P., los principios de **reparación integral y equidad**.

Preceptúa la norma, artículo 283 del C.G.P que "*En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*" Fruto de esa migración del derecho internacional al derecho doméstico, enseña la norma que una cosa son los criterios técnicos y otra cosa muy distinta los principios. Puestas en esta dimensión las cosas, la técnica procesal exigida por el Juzgado, consiste en imponer a la víctima la función de suplir las carencias del juez, de modo que si este no hizo la condena preceptiva que le ordena **la ley**, quien corre la contingencia de la omisión judicial es la víctima que debe enmendarle la plana al juez omiso, pidiendo la adición del fallo. Igualmente es una sofisticación técnica, exigir a la víctima que recurra una providencia inexistente, y que si no lo hace, su derecho se extingue, sanción de creación puramente judicial, la cual contraviene además el principio no la *poena sine legem*.

En conclusión, el exceso de ritos creados por el propio juez y no por el legislador, llevó al sacrificio de derechos fundamentales, de modo principal el acceso a la justicia en demérito de la equidad como valor fundamental de una sociedad.

Los precedentes judiciales sobre la condena preceptiva.

Además, el criterio de la Jueza Novena Civil del Circuito de Bogotá, sobre una competencia privativa de juez de la ejecución para resolver sobre los perjuicios causados con las medidas cautelares, va en contravía de la jurisprudencia vigente sobre la materia.

1.- La sentencia más reciente sobre la materia, proferida el 19 de octubre de 2020 la que por tanto debe gobernar el caso, pues resulta ser una pieza más de una construcción jurisprudencial reiterada y consistente. Se trata del fallo dictado en el proceso radicado bajo el número 6801-31-03-005-2012-00047-01, de la que fue ponente el H. Magistrado Aroldo Quiroz Monsalvo. Dijo la H. Corte: "*En estos casos, el afectado debe reclamar la indemnización de perjuicios a través de **alguna de las siguientes vías**, según el orden de prelación establecido por la codificación procesal: i) Por medio de un incidente en el proceso ejecutivo, en los casos en que el juez del coactivo en el auto de desembargo imponga al acreedor el deber de pagar los*

perjuicios resultantes de las medidas cautelares practicadas, como lo permiten, de forma ejemplificativa, los cánones 510 y 687 del Código de Procedimiento Civil -actuales 443 y 597 del C.G.P.- De esta forma en el compulsivo deberán resolverse todas las cuestiones relativas al mismo, en aplicación del principio de **economía procesal**, para lo cual basta que el afectado presente la liquidación de los perjuicios, junto con las pruebas que permitan demostrar su causación. Ha dicho este órgano de cierre: [L]a Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que se trata de **alternativas procesales** de un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, en sentencia del 12 de julio de 1993 (Cas. en proceso de Guillermo A. Salazar contra la Soc. Cial. Franco Hermanos Ltda. aún sin publicar) dijo esta Corporación: 'Nada distinto de lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el; artículo 510 del C. de P.C., pues si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma el **privilegio de no tener que acudir a proceso diferente** para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño.' (SC, 2 dic. 1993, exp. n.º 4159). De existir la condena y no procederse de la manera descrita, se aniquilarán las vías judiciales para exigir la reparación, en tanto «la extinción o pérdida del derecho [deviene] como consecuencia del simple transcurso del plazo 22 Radicación n.º 68001-31-03-005-2012-00047-01 perentorio e impostergable para presentar la liquidación motivada, especificada y con petición de pruebas de la cuantía determinada», debido a que «la caducidad extingue el derecho, y por ende, la acción por el simple paso del tiempo, al no hacerse valer dentro del plazo legal perentorio, esto es, basta el dato objetivo del transcurso del último día del término para generar el efecto jurídico consecencial de la pérdida ex tunc» (SC, 28 ab. 2011, rad. n.º 2005-00054-01). **(ii) La otra vía es un proceso de conocimiento**, en el cual se pruebe la existencia, cuantificación y atribución de los daños causados, cuando no ha habido condena al pago de los perjuicios en el proceso de ejecución (cfr. SC, 15 dic. 2009, rad. n.º 2006-00161-01) o se trate de un tercero a este último (SC, 28 ab. 2011, rad. n.º 2005-00054-01). Recálquese que no resulta admisible hacer uso de estos mecanismos de forma simultánea o sucesiva, en tanto el primero es de imperativa aplicación al punto que, sólo en ausencia de

éste, podrá hacerse uso del último.” [resaltado intencional del recurso]

Concurren entonces las dos posibilidades de reclamación y la competencia bifronte, porque así lo ha determinado la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia.

Además, de lo aleccionadora que resulta esta sentencia, es claro que se trata de un **privilegio** -concepto usado por la Corte- de no acudir a otro proceso, privilegio que no puede erigirse en una prohibición, como equivocadamente se decidió en la sentencia recurrida.

2.- Igualmente en la sentencia dictada del 2 de diciembre 1993, expediente 4159, de la que fue Magistrado Ponente el Dr. Pedro Lafont Pianetta, la H. Corte Suprema de Justicia afirmó nítidamente la doble vía para reclamar los perjuicios causados con las medidas cautelares, de modo que para privilegiar el derecho de acceso a la justicia como valor constitucional, la víctima puede agotar el trámite interno en la sede judicial del daño, o acudir a otro foro, el proceso declarativo. para reclamar allí por el abuso del derecho derivado de la promoción de un proceso inicu y la práctica desmesurada de medidas cautelares. Desde luego no se trata de acciones acumulativas o simultáneas, sino de una alternativa plausible constitucionalmente, pues el principio de economía procesal implícito en el reclamo incidental en el interior del proceso, es subordinado del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia.

Dijo la Corte en el citado fallo de 2 de diciembre de 1993:

*"1.2.1. En efecto, es evidente que el legislador, tanto al expedir el [Código de Procedimiento Civil](#) en 1970 ([Decreto 1400](#) y 2019 de ese año), como al reformarlo posteriormente ([Decreto 2282](#) de 1989), impuso al juzgador el deber jurídico de condenar al demandante a pagar al demandado triunfante en las excepciones propuestas en proceso ejecutivo, los perjuicios sufridos con ocasión de las medidas cautelares decretadas y practicadas a petición del primero, perjuicios cuya liquidación, durante la vigencia del [artículo 510](#), núm. 4º del [Código de Procedimiento Civil](#) en su redacción original, habría de realizarse con sujeción a lo dispuesto por el artículo 308 del mismo código. Pero también lo es que la legislación procesal civil patria, **ni antes ni ahora, restringió** en manera alguna el derecho del perjudicado con medidas ejecutivas practicadas en proceso*

adelantado en su contra y terminado por resultar victorioso en las excepciones propuestas, a reclamar luego, en proceso ordinario, que su pretendido acreedor fuese condenado al pago de tales perjuicios, que encuentran su fuente en la responsabilidad aquiliana derivada del abuso del derecho a litigar.

(...)

*1.2.2. Con todo, la Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que se trata de **alternativas procesales** de un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, en sentencia del 12 de julio de 1993 (Cas. En proceso de G.A.S. contra la Soc. C.. F.H.L... aún sin publicar) dijo esta Corporación: "Nada distinto a lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el [artículo 510](#) del [Código de Procedimiento Civil](#), pues si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma el **privilegio** de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño". [Remarcado intencional hecho para esta sustentación]*

3.- La descripción que enseguida se presenta, fue hecha por la H. Corte Constitucional¹, y revela la forma como operan las alternativas procesales en favor de la víctima. La Corte Constitucional hace suya la construcción dogmática hecha por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema.

*"Brotando de lo precedente que como el ataque formulado contra la sentencia en este cargo está orientado a notar la naturaleza de condena preceptiva ostentada en la parte analizada del art. 510 del [Código de Procedimiento Civil](#), lo mismo que a hacer ver cómo en esa norma se consagra una presunción del daño sufrido por el ejecutado, el cargo no está llamado a abrirse paso, porque esa consideración no es suficiente para producir por sí sola el derrumbamiento del fallo, edificado sobre el criterio del ad quem consistente en que **los perjuicios debían ser probados tanto en el proceso ejecutivo como en el ordinario**, criterio en el que, por*

¹ Sentencia de 24/2 1002 expediente 61 40 51, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

*lo dicho, no se advierte el desacierto combatido por la censura». ". (CSJ, sent. jul. 12/93. M.P.N.B.S.) En esta ocasión, la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia en la cual el Tribunal Superior de Bogotá había negado el pago de perjuicios por el embargo de un local comercial, en virtud de la interposición de un proceso ejecutivo. **Tal proceso ejecutivo** había terminado por prosperar las excepciones del ejecutado. No obstante, las medidas cautelares habían continuado sobre el bien en virtud de que con el terminado proceso se había acumulado otro ejecutivo. **Dentro del proceso ejecutivo no se había hecho uso del incidente de liquidación de perjuicios porque los bienes seguían embargados como garantía del ejecutivo acumulado. En proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual, el Tribunal por no haber encontrado probado perjuicio alguno** por las medidas cautelares impuestas -deber del cual no se eximía la persona a la cual se le habían impuesto medidas cautelares sobre un bien-, no había condenado en perjuicios. La Corte Suprema de Justicia no casó por estimar que la apreciación dada por el Tribunal a unos documentos aportados como prueba no era suficiente para el derrumbamiento del fallo." [Resaltado para este escrito]*

4.- La Sala de Casación Civil, en sentencia de 12 de Julio de 1993, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Bechara Simancas, reiteró una línea constante que señala la alternatividad en el uso de los mecanismos internos del proceso ejecutivo, esto es el incidente, o la migración a un proceso declarativo, ordinario en la nomenclatura de entonces:

*"Como especie particular de culpa aquiliana, el empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, cuando, simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquéllas. De manera que ésta sigue la regla general predicable en materia de responsabilidad civil extracontractual, esto es, que el perjuicio sólo es indemnizable en la medida de su comprobación. Nada distinto a lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, pues si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma **el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización**, no por eso debe*

*entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño. Dicho de modo diverso, el hecho de imponer la ley una condena preceptiva como la consagrada en el artículo 510 del C. de P. C. no implica para el beneficiario de la misma un tratamiento favorable en materia probatoria, que lo libere del deber de acreditar los elementos configurativos de la responsabilidad aquiliana. Fluye de lo expuesto que la condena preceptiva de que se habla no es tampoco de aplicación rígida ni automática, sino que está sujeta a la comprobación, por parte del interesado, de los elementos que la estructuran. (...) 5. Dígase, pues, una vez más que la condena preceptiva consagrada en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil no sólo no está exenta de la carga de demostrar el daño, sino que aun cuando lo fuera, cual lo plantea el recurrente, **ese criterio no podría argüirse con idéntico propósito dentro del ámbito del proceso ordinario adelantado por el ejecutado con miras a obtener la indemnización que cree merecer y de la que se vio privado por el comportamiento omisivo del juez de la ejecución, pues aun bajo ese supuesto tendría que someterse el actor al amplio debate probatorio propio de aquel proceso.** 6. Brota de lo precedente que como el ataque formulado contra la sentencia en este cargo está orientado a notar la naturaleza de condena preceptiva ostentada en la parte analizada del art. 510 del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que a hacer ver cómo en esa norma se consagra una presunción del daño sufrido por el ejecutado, el cargo no está llamado a abrirse paso, porque esa consideración no es suficiente para producir por sí sola el derrumbamiento del fallo, edificado sobre el criterio del ad quem consistente en que **los perjuicios debían ser probados tanto en el proceso ejecutivo como en el ordinario**, criterio en el que, por lo dicho, no se advierte el desacierto combatido por la censura». ". [Remarcado intencional para este recurso]*

5.- De esta construcción dogmática se ha valido la H. Corte Constitucional en varias ocasiones, entre ellas la sentencia T-114 de 2002.

En conclusión, la jurisprudencia acompaña la tesis de la dualidad de caminos para adelantar el reclamo por los perjuicios ocasionados por abuso del derecho a litigar, de modo que carece de razón el Juzgado

para crear como requisito de procedibilidad de la pretensión, agotar en el proceso ejecutivo la petición de adición del fallo emitido por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali, e intentar como condición previa el recurso de apelación ante una decisión inexistente.

II.- Sobre el recurso de casación comprometido con la decisión de la Juez Novena del Circuito de Bogotá en la providencia apelada.

Dispone el artículo 334 del Código General del Proceso que son susceptibles del recurso de casación las sentencias "***dictadas en toda clase de procesos declarativos.***"

Si bien ahora el incidente de liquidación de perjuicios termina con una sentencia, artículo 283-3 del C.G.P., será en todo caso una sentencia dictada en un proceso **ejecutivo**, no epílogo de un proceso **declarativo**.

Entonces, atender el criterio expresado por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá en la sentencia ahora impugnada, implica forzar a la víctima a ejercer su pretensión en un escenario procesal desprovisto del recurso de casación, mientras que la migración al proceso declarativo, como efectivamente ocurre en este juicio declarativo, preserva el recurso de casación.

Erró entonces el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá en la sentencia recurrida, al exigir que la víctima debía forzar la competencia interna del juez de la ejecución y renunciar al recurso de casación que le provee la iniciación del proceso declarativo con el propósito de reclamar los perjuicios causados con las cautelares.

III.- Sobre la ausencia de decisión por parte del Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali.

En la sentencia recurrida sibilinamente el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, argumenta que por allá en un resquicio de las motivaciones del fallo, sí hubo decisión sobre la responsabilidad del promotor de las medidas cautelares.

Dispone el artículo 280 del C.G.P. sobre el contenido de la sentencia que, "*La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la*

*ley”; **deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.**”*

Con sujeción al texto legal previsto en el artículo 280 del C.G.P. no hay algo así como la cosa juzgada implícita que el Juzgado halló en un *obiter dicta* de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, pues lo que no está en la parte resolutive no existe como decimum.

Pero si se admitiera que hay esa cosa juzgada implícita, debe tenerse en cuenta que el juez del proceso ejecutivo parece limitó su reflexión marginal al análisis de la ausencia de mala fe y la responsabilidad por el abuso del derecho a litigar comprende hasta la simple negligencia, sin necesidad de que haya mala fe, de modo que no hay identidad entre aquello que en criterio de la Jueza Novena fue decidido implícitamente, la mala fe, y los fundamentos de las pretensiones de la demanda actual que atañen también a la negligencia.

Que el juez del proceso ejecutivo se hubiera ocupado marginalmente, en la parte considerativa del tema de la mala fe, no excluye que una nueva decisión toque temas conexos, por sí suficientes para fundar la responsabilidad como el descuido, la negligencia y la pigracia.

Entonces, la cosa juzgada no está en la sede que debe de estar, la parte resolutive del fallo, ni hay identidad temática, pues el primer fallo trató marginalmente sobre la mala fe y la presente demanda alude a otros temas como el descuido o la negligencia.

En qué momento el primer juez exoneró a la demandada del cargo de actuar culposamente, con descuido o negligencia la respuesta es, nunca.

IV.- Sobre la imposibilidad de reclamar el resarcimiento en el proceso ejecutivo en que se produjo el daño.

El problema en este segmento atañe a la interpretación del artículo 443 del C.G.P. norma según la cual *"La sentencia de excepciones **totalmente favorable al demandado** pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará*

al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.”

Como se aprecia, esta norma pertenece exclusivamente al proceso ejecutivo, pues de modo general este solo termina en su fase contenciosa, cuando la sentencia es **totalmente** favorablemente al demandado, pues cuando apenas lo beneficia **parcialmente**, el proceso seguirá y ya las cosas operan de modo distinto.

En efecto, cuando el proceso prosigue después de la sentencia que dispone seguir adelante la ejecución, porque las excepciones o defensa no prosperaron **totalmente**, no necesariamente en dicha sentencia debe hacerse la condena al pago de perjuicios. Si se hiciera, resulta que ello desencadenaría un primer trámite incidental para los perjuicios causados **con el proceso**, no con las cautelas, pues estas no se levantan, pues el remate y la vigencia de las cautelas que viene luego nutre el concepto “seguir adelante con la ejecución.” Si la ejecución siguió, así sea parcialmente, puede ser que más adelante se levanten las medidas cautelares con ocasión de algunos de los eventos previstos en el artículo 597 del C.G.P. Como cada uno de los casos previstos en los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 597 del C.G.P. puede suceder en tiempos distintos, podríamos estar en presencia de 5 incidentes de liquidación distintos y cinco sentencias diferentes, lo cual muestra que las cosas no suceden dentro de la cuadrícula que describe el Juzgado Noveno Civil del Circuito en la providencia recurrida.

Como quiera que en el presente caso, el levantamiento de las cautelas no tuvo fundamento en ninguno de los motivos incardinados en los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 597 del C.G.P., no era posible que el demandado reclamara contra la decisión del Juzgado por la omisión de la condena.

No existe regla alguna en el Código General del Proceso que imponga al Juez el deber procesal de condenar al pago de perjuicios como secuela de la terminación del proceso ejecutivo por pago de la obligación. El Juzgado Noveno, en la sentencia acusada cree lo contrario por una indebida lectura del artículo 597 del C.G.P.

Las medidas cautelares que son aquí la fuente del daño, se levantaron por la terminación del proceso por pago de la obligación, motivo que

no está enlistado en los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 597 del C.G.P., entonces el demandado **no estaba obligado a pedir la adición de la providencia para que se hiciera la condena in genere**. En este caso, el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali nada omitió, y si nada omitió, no era procedente pedir adición del auto ni recurrir la providencia como erradamente lo exige el Juzgado Noveno Civil del Circuito en la providencia apelada, error que le llevo a negar la indemnización pedida.

A este propósito, el argumento del Juzgado Noveno del Circuito de Bogotá es del siguiente tenor: *“establece el artículo 597 del Código General del Proceso en su numeral 10 inciso 2º que reza “Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa.” Tampoco hubo condena de perjuicios mediante éste proveído que les acabo de citar del 21 de julio de 2017, proferido por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali y la parte afectada que se dice ahora afectada en este juicio ordinario con esa medida cautelar **no recurrir, tampoco pidió adición de la providencia.**”*

La indebida aplicación del artículo 597 del Código General del Proceso es manifiesta, por cuanto el caso de terminación de un proceso por pago, no se acompasa con ninguna de las hipótesis previstas en el numeral 10º inciso segundo del artículo 597, que imponen la condena automática. En efecto, la terminación por pago de la obligación, no se pueden subsumir en los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del numeral 10º, inciso segundo del artículo 597 del CC.G.P., razón por la cual el Juzgado 17 Civil del Circuito nada omitió, y la demandante de aquí ni tenía, ni podía pedir adición del fallo, como se exige en la sentencia recurrida

De ello surge irrefragable, que el argumento del juzgado que reprocha a la parte demandada por **“no recurrir, tampoco pidió adición de la providencia”** es equivocado. En suma, si un juez termina un proceso ejecutivo por pago de la obligación, el demandado no puede pedirle que adicione la providencia para condenar por los perjuicios causados con las medidas cautelares, pues tal condena es imposible en este caso, pues la ley tiene prevista esa condena para otros eventos y no para aquel en que la terminación del proceso se origina

en el pago de la obligación. Si el proceso termina por pago se excluye que la cautela sea abusiva, a diferencia de lo que cree el Juzgado en la sentencia recurrida.

Tampoco puede reprocharse a un demandado por no recurrir la providencia que pone fin al proceso por pago de la obligación, bajo el argumento de que no hizo la condena preceptiva prevista en el artículo 597 del código, pues en el caso de terminación por pago no procede esa condena. Éste es uno de los casos adicionales en que se conserva el que se ha considerado por la jurisprudencia como "privilegio" de la víctima para acudir a otro proceso en procura de obtener el resarcimiento de los perjuicios recibidos con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.

VI.- Distinción conceptual entre perjuicios causados con el proceso y perjuicios irrogados con las medidas cautelares.

El artículo 510 del código de procedimiento civil expedido mediante el decreto 1400 de 1970, en su versión original decía: "*4.- La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares.*"

Como se aprecia, la partícula "**del proceso**", no estaba en la versión original del Código de Procedimiento Civil, sino que apareció a partir del Decreto Legislativo N° 2282 de 1989.

La distinción no es una sutileza retórica, sino que su cabal entendimiento significa que cuando el reclamo de perjuicios se hace consistir en la desmesura de las medidas cautelares, el momento para hacer la reclamación de la condena in genere, está vinculado al levantamiento de las medidas cautelares, y no a la sentencia, pero exclusivamente cuando dicho levantamiento se ajusta a las previsiones de los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del numeral 10º, inciso segundo del artículo 597 del C.G.P. como en el caso de ahora, el proceso terminó por pago de la obligación y esa es la explicación para el levantamiento de las medidas cautelares, la víctima no tenía otro camino que acudir a un proceso diferente, como efectivamente lo hizo. Emerge de lo anterior el yerro del juzgado Noveno Civil del

Circuito de Bogotá, cuando afirma de modo generalizado y sin reserva alguna, que el monopolio para la condena al pago de perjuicios causados con medidas cautelares, corresponde al juez que conoció del proceso de ejecución y que por ello debían fracasar las pretensiones de la demanda principal.

VII.- Discrecionalidad de la víctima en el uso de recursos judiciales para realizar el derecho de acceso a la administración de justicia.

Además de los argumentos expresados ut supra, hemos de considerar que el artículo 284 del Código General del Proceso contiene el siguiente mandato: *"Si no se hiciera en la sentencia la condena en concreto, la parte favorecida **podrá** solicitar dentro del término de su ejecutoria, que se pronuncie sentencia complementaria."*

Con sujeción al tenor de la norma que acaba de copiarse, si se manda que el agraciado con una condena en abstracto **podrá** a su discreción solicitar que esa condena se haga en concreto, sin que por ello pierda su derecho, igualmente conserva la posibilidad de promover un proceso posterior para concretar la condena, todo a partir de la expresión condicional "podrá" inserida en el artículo 284 del C.G.P.

VIII.- Reserva de ley en materia de sanciones procesales.

Corresponde al legislador la creación de los casos de preclusión de las oportunidades procesales por incumplimiento de ciertas cargas, que no deberes y obligaciones.

Es una desmesura presuponer, como lo hizo el Juzgado en la decisión recurrida, que el litigante a quien la ley otorga un derecho, abdica de ese derecho cuando se reserva la posibilidad de promover un nuevo proceso para concretar la condena, menos, si era imposible el reclamo en el proceso ejecutivo como ya se demostró.

El silencio de la parte no crea derecho sino en los casos en que el legislador así lo haya dispuesto. No puede entonces entenderse que el litigante a quien la ley otorga el derecho a la indemnización, que supuestamente no pidió la adición de la sentencia, desiste por ello de su pretensión.

Siguiendo el derecho convencional y a la Corte interamericana en materia de daños, el artículo 283 del C.G.P. estableció como principio rector la equidad. Presumir el desistimiento para quien declina el reclamo dentro del proceso ejecutivo, para plantear en un nuevo juicio la condena del abusador convicto, no se compadece con los dictados que deben gobernar una sociedad sedienta de equidad.

No puede el interprete comportarse como un alquimista del inciso, y no ver el notorio desequilibrio entre el Goliat de las comunicaciones y uno de sus insignificantes súbditos contractuales, ni estar desvelado por ahondar la desigualdad material entre el coloso de las comunicaciones y su juguete contractual.

Así, un juez logró salvar al débil de las secuelas perversas de las prácticas abusivas que impusieron a "Llamas Telecomunicaciones S.A." el giro de títulos en blanco, otro, el de este proceso, arrasó con la obra redentora de aquel.

De que valió la cruzada justiciera del primer juez que reconoció el derecho, si el segundo, el de ahora, aniquiló una condena redentora.

El artículo 283 del C.G.P. en la concepción equivocada vertida en la decisión recurrida llega a este texto inaceptable: *"En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente – o si el juez no hizo la condena en la **sentencia**- se extinguirá el derecho."* Este añadido que bien pudo haber hecho el legislador, fue asumido por el juez investido a su arbitrio de la función de legislador.

Con este criterio la Señora Juez agravió el artículo 31 del C.C. según el cual, *"Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes."* Acontece que según el pensamiento de la Señora Jueza Novena Civil del Circuito, el

segmento odioso del artículo 283 del Código General del proceso, en cuanto consagra para una hipótesis la extinción del derecho, es aplicable a una situación distinta.

IX.- Sobre La cosa juzgada.

La sentencia emitida en el proceso antecedente, en la que se determinó la improsperidad parcial de la ejecución promovida por Comcel S.A. hizo tránsito a cosa juzgada y no podía la señora Juez Novena Civil del Circuito, aniquilar sus efectos para exonerar ex post por los perjuicios causados, pues se trata de la llamada condena preceptiva. Quiere decir lo anterior que la condena al pago de los perjuicios causados con las medidas cautelares y con el proceso, es un mandato legal vigente ope legis, luego una decisión de la justicia posterior, interpretando el fallo tomado en el proceso ejecutivo, no puede cambiar la inexorable condena que proviene de la propia ley. Como quedó copiado en abundante jurisprudencia, la condena preceptiva no exonera a la víctima del deber de probar la existencia y cuantía de los perjuicios, pero la responsabilidad emerge por el solo fracaso de la ejecución y la adopción de medidas cautelares. Entonces el reclamo de la víctima puede discurrir por dos vías, una, como extensión de la competencia del juez que produjo la sentencia adversa a las pretensiones de la demanda, o de manera independientemente en otro proceso como aquí aconteció, pues tal es el resultado de la colisión entre la economía procesal y el acceso a la justicia.

Carece de competencia el Juzgado Noveno para aniquilar una sentencia, que en materia de la fuente de la responsabilidad hizo tránsito a cosa juzgada, para mediante nuevo fallo hacer ino cuos sus efectos, como si los hechos dañinos no hubieran ocurrido. Las supuestas omisiones de la parte demandante en el proceso anterior, solo podrían ser calificadas por el juez que dictó la primera sentencia, si no lo hizo, la controversia relativa a la fuente de los perjuicios no podía ser dirimida implícitamente por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali, de modo que el derecho a la jurisdicción habilitaba la promoción de un nuevo proceso para la demostración de la existencia de los perjuicios y su cuantía, que no de la responsabilidad del autor, pues esta la establece la ley en la llamada condena preceptiva.

Como no hubo pronunciamiento alguno del juez del proceso ejecutivo respecto de la magnitud económica del daño recibido, sobre ese tema no se ha agotado la jurisdicción del Estado, lo cual habilita a la víctima para acudir a la jurisdicción en procura de una decisión que garantice el acceso a la justicia. No hay norma alguna que haya reservado la competencia exclusivamente para el juez que conoció del proceso en el cual se produjeron los hechos fuente de la responsabilidad civil extra contractual.

El derecho de la víctima a ser resarcido por los perjuicios causados con ocasión del proceso abusivo, verdaderamente nacen cuánto cobra ejecutoria la sentencia adversa a las pretensiones de la demanda ejecutiva, como aquí ocurrió aunque sea de manera parcial. De este modo estaban habilitadas dos vías para hacer el reclamo, una, pidiendo la adición del fallo, y otra acudiendo a la jurisdicción mediante una demanda autónoma. No hay norma que reproche o prohíba este tipo de acción, menos con la caducidad que creó la señora Jueza Novena Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá, violando el principio de que no hay pena sin ley que la establezca previamente.

REPAROS CONTRA LA SENTENCIA EN CUANTO A LA PROSPERIDAD DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

I.- Sobre la incompetencia de los árbitros y cómo el Juez Noveno abdicó del ejercicio de la jurisdicción.

La sede arbitral estaba restringida a pronunciarse sobre el contrato suscrito el 7 de julio de 1998, porque así lo impone el rigor de la cláusula compromisoria pactada, y así lo reconoció el Tribunal mismo, cuando declinó hacer pronunciamientos marginales. Si ello es así, no podía el Juzgado Noveno otorgar el carácter de cosa juzgada a manifestaciones marginales hechas en la periferia por los árbitros en materia aledañas, fuera de su competencia, menos si están totalmente equivocadas.

II.- Sobre la prescripción de las acciones derivadas del contrato de transacción del 30 de marzo de 2010.

Nos proponemos demostrar en este acápite, que las obligaciones reconocidas en la sentencia impugnada, están afectadas de prescripción de varias maneras.

En primer lugar, llamamos la atención sobre que en los ítems 3, 3.1, 3.2 y 3.3 del laudo arbitral qué sirvió de inspiración al juzgado para adoptar la providencia recurrida, el dicho laudo desarrolló a espacio la argumentación tendiente a demostrar que el contrato existente entre las partes es un contrato de agencia mercantil. El laudo está saturado de referencias a que la relación existente entre las partes es de agencia mercantil. Es más, los estrados judiciales y arbitrales del país están plagados de casos semejantes en que es protagonista Comcel y se ha definido que se trata de un contrato de agencia mercantil.

Cómo quiera que sí era competencia de los árbitros la caracterización del contrato como agencia mercantil, las conclusiones vertidas en el laudo sobre esta concreta materia, desde luego hacen tránsito a cosa juzgada y son inmodificables para cualquiera autoridad. En conclusión, es cosa juzgada que las obligaciones reconocidas en la sentencia ahora recurrida, tienen fuente en un contrato calificado como agencia mercantil, en providencia arbitral que hace tránsito a cosa juzgada.

Como en el fallo dictado por el Juzgado Noveno Civil de Circuito de Bogotá, ahora recurrido, el fundamento capital de la pretensión que nutre la demanda de reconvención alude a la transacción celebrada el 30 de marzo de 2010, en la que entre otras cosas se dispuso dar continuidad al contrato de agencia mercantil, las acciones derivadas de dicha transacción prescribieron el 30 de marzo de 2015.

En efecto, dispone el artículo 1329 del C. de Co. que "***Las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años.***" Así, contando desde la celebración del acuerdo que dispuso el finiquito parcial de las cuentas de la agencia, 30 de marzo de 2010, hasta el día de presentación de reconvención hecha en el año 2019, fue superado el tiempo de vigencia de la acción,

Significa lo anterior que cuando se promovió la demanda de reconvención en el año 2019, la acción ya estaba prescrita y así lo deberá declarar el H. Tribunal Superior de Bogotá, como respetuosamente lo estoy solicitando en este escrito. Ruego entonces al H. Tribunal Superior de Bogotá, revocar lo decidido para resolver la demanda de reconvención y en su lugar declarar probada la excepción de prescripción que oportunamente propuso la parte demandada en reconvención.

III.- Sobre la prescripción de las Obligaciones residentes en el acuerdo de pago.

Las partes contratantes en la estipulación DÉCIMA QUINTA convinieron que el acuerdo de pago de 30 de marzo de 2010 prestaba el mérito ejecutivo. Por esta circunstancia, dando aplicación al artículo 2536 del código civil, la acción ejecutiva habría prescrito el 30 de marzo de 2015, como expresamente reclamo para que sea declarado por el H. Tribunal Superior de Bogotá.

IV.- Sobre la prescripción de las acciones derivadas del título valor creado por la demandante.

Dispone el artículo 884 del C. de Co. que *"la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.*

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.

La obligación reconocida equivocadamente por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá implica que 'Llama Telecomunicaciones S.A.' le adeuda a 'Comcel S.A.' la suma de \$1.914'006.906 moneda corriente.

Esta deuda sin duda migró para ser integrante del pagaré que diera lugar al proceso ejecutivo del que conoció el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de la ciudad de Cali y que originó una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada.

Sin duda, la obligación por \$1.914'006.906, por decirlo así tiene, una doble vida, existe como obligación originaria o fundamental fruto de un contrato y residente probatoriamente, según el juzgado, en una

transacción realizada entre el acreedor y el deudor el 30 de marzo de 2010.

Pero la obligación por valor de \$1.914'006.906, también reside en el pagaré que sirvió de título ejecutivo en el proceso del que conoció el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de la ciudad de Cali.

Cabe indagar entonces, cuál es la razón para que la obligación tuviera una vida paralela y a quién beneficiaba la migración por haber sido inserida en el pagaré. La respuesta es simple, incorporar la deuda de \$1.914'006.906 en el pagaré, beneficiaba a la demandante en reconvención Comcel S.A., y el beneficio es tan obvio, que le permitió procurarse ilícitamente el privilegio de un título ejecutivo y evitar las evidentes dificultades de un proceso declarativo como el que finalmente dio lugar a la demanda de reconvención en el proceso que originó este recurso. Igualmente le permitió el uso y el abuso de las medidas cautelares, que originan la condena pedida. En resumen, con evidente abuso e ilicitud, Comcel S.A. incorporó la deuda en el pagaré, es decir, la titularización es obra y fue hecha para beneficio de Comcel S.A.

En ese contexto, no hay duda de que Comcel S.A., ejerció la acción ejecutiva cuando intentó el cobro del pagaré, lo que ocurrió antes del 6 de junio de 2013, fecha que según la sentencia apelada, se decretaron las medidas cautelares en el juicio ejecutivo del cual conoció el Juzgado 17 Civil del Circuito de la ciudad de Cali.

Puestas así las cosas, una vez ejercida la acción ejecutiva, en junio de 2013, se inició el término de cinco años de la prescripción de la acción causal.

Se dirá entonces que la presentación de la demanda ejecutiva interrumpe toda prescripción. No obstante, el artículo 95 del C.G.P. que regula la ineficacia de la interrupción establece que *"No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos:*

4. Cuando el proceso termine con sentencia que absuelva al demandado."

Acontece que la sentencia absolvió al demandado de la misma obligación hoy demandada, pues reconoció que Comcel S.A. abusó del derecho al llenar el pagaré e incorporar allí el mismo guarismo que hoy reclama en el proceso declarativo que da origen a la sentencia impugnada mediante este escrito.

Por lo demás, sería absolutamente inmoral, que la justicia patrocinara que la promoción del proceso ejecutivo con un título valor creado a su antojo por quien ejerce la posición dominante, tuviera la virtud de conducir a un proceso ejecutivo e interrumpir la prescripción. La mala fe del tenedor del instrumento no puede ser premiada, de modo que la demanda ejecutiva como intento fraudulento que es, sirvió para agotar desde su misma promoción la vía ejecutiva, luego después del uso ilegal del instrumento ejecutivo, no quedó remanente sino la acción declarativa, para acudir a la fuente causal, es decir a la obligación extra cartular.

Como quiera que desde la fecha de promoción del frustrado proceso ejecutivo, juicio estéril para interrumpir la prescripción, lo cual ocurrió en junio de 2013, hasta la presentación de la demanda del juicio declarativo para establecer la existencia de la obligación originaria o

fundamental, lo que aconteció el 9 de febrero de 2019, pasaron más de cinco años lo cual significa que esta acción causal prescribió.

Dispone el artículo 2536 del código civil que *"La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5)."*

De ese modo, la acción en su existencia como ejecutiva, se agotó con su promoción de una demanda ejecutiva estéril para interrumpir la prescripción, lo que ocurrió en junio de 2013 con la presentación de la demanda, por lo cual la acción declarativa inherente al negocio jurídico causal prescribió en junio de 2018. Y no se diga que era menester esperar el resultado del proceso ejecutivo, pues ya sabemos que su promoción fue estéril para interrumpir la prescripción, y además porque la duración de un proceso ejecutivo, en el cual el acreedor utilizó un título espurio, en contravía de la buena fe y con abuso de medidas cautelares, no puede ser fuente de derechos ni servir de vehículo para interrumpir la prescripción en contravía de lo dispuesto en el artículo 95 del Código General del Proceso.

En ese contexto ,solicito muy respetuosamente al honorable tribunal, revocar la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda de reconvención y declarar, que también por este concepto, ha prescrito el derecho de la demandante en reconvención.

V.- Sobre la inexistencia, indeterminación y falta de prueba del estado de la deuda reconocida al decidir la demanda de reconvención.

Se afirma en la providencia que los \$1.914.006.906 que se reconocen como una acreencia a cargo de 'Llama Telecomunicaciones S.A.' y a

favor de Comcel S.A., fue declarada en el laudo arbitral del 15 de mayo de 2013. Esto es falso en la parte resolutive nada se dice al respecto.

El hecho de que en la parte motiva se hubiese reconocido la existencia de ese contrato, para efectos de delimitar que a partir del 1º de abril de 2010 el Tribunal podía analizar los conceptos que hubieren podido causarse a favor de Llama Telecomunicaciones, no prueba la existencia de una obligación dineraria.

Pero aún en la hipótesis de que los árbitros hubiesen expresado claramente en la parte considerativa que había una obligación de pago a cargo de Llama Telecomunicaciones y a favor de Comcel por \$1.914.006.906, esa manifestación que no estuvo reflejada como una condena en la parte resolutive, no podía ser trasladada como un hecho probado al proceso del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, como si esa parte motiva del laudo lo fuera también para la sentencia de este último juzgado.

De otro lado, si se tratara de una acción ejecutiva, como la que intentó Comcel S.A. abasteciéndose abusivamente de un título valor, desde luego que demostrar el pago sería tarea de 'Llama telecomunicaciones S.A.' No obstante como se trata de un proceso declarativo, en el cual la demandante Comcel S.A. pretende derivar la existencia de la obligación del contrato celebrado el 30 de marzo de 2010, es menester adentrarse en su contenido.

En el considerando segundo del contrato, se estableció el estado de la deuda en cantidad correspondiente a los conceptos de cartera vencida y el saldo de los acuerdos de pago celebrados el 2 de febrero de 2009.

En el ítem segundo del contrato se consignó lo siguiente: "*como consecuencia del anterior reconocimiento, `Llama Telecomunicaciones` se obliga a pagar a Comcel S.A., la suma de \$2.470. 525.132 en un periodo máximo de 24 meses contados a partir de los cuatro meses calendario siguientes a la fecha de suscripción del presente acuerdo de pago, tiempo durante el cual no se generarán intereses a cargo de Llama Telecomunicaciones sobre dicha suma, la cual se pagará en máximo 24 cuotas mensuales consecutivas de igual valor, equivalentes a la suma de \$102.563.547.17, en la siguiente forma...*"

Se reitera aquí que, como no se trata de un proceso ejecutivo, tampoco de un proceso monitorio en el cual el demandante en reconvención hubiese jurado el saldo, era de su cargo acreditar, inclusive acudiendo a sus propios libros de contabilidad, el estado de la deuda para el día de la presentación de la demanda de reconvención.

Si bien se examina el acuerdo de pago de 30 de marzo de 2010, este acto de rendición y claudicación de la firma "Llama a Telecomunicaciones S.A.", contiene obligaciones que en un altísimo porcentaje, para no decir la totalidad, gravan a esta firma. El estudio de dicho contrato arroja que el flujo de caja de `Llama Telecomunicaciones` proviene de `Comcel S.A.`, y que ésta en el acuerdo de pago, se apropió de todo el control de las cuentas y comisiones, es decir, la demandada en reconvención quedó prisionera de Comcel S.A., que desde ahí comenzó a manejar el flujo de caja de `Llama Telecomunicaciones`. Así, toda la existencia societaria de la demanda de reconvención quedó subordinada a esta forma moderna de esclavitud societaria consignada en el abusivo acuerdo, incluido el

pago de los impuestos, lo cual refleja que el discurrir de la actividad empresarial de 'Llama Telecomunicaciones' paso por las arcas y el control de 'Comcel S.A.'

En semejante escenario, no es posible afirmar que la situación para el momento de la presentación de la demanda de reconvención hecha por 'Comcel S.A.', era la misma que existía para el 30 de marzo de 2010, pues afirmar tal cosa, sería negar la existencia y actividad posterior de "Llama comunicaciones S.A.", y negar inclusive que 'Comcel S.A.', pagó las comisiones convenidas en el acuerdo de pago de marzo de 2010. Todas estas dudas y vicisitudes sobre el discurrir dinámico del pacto contractual originario de 2010, fueron obviadas por el Juzgado, que simplemente repudió su propia competencia, para ampararse en el *obiter dicta* que distraídamente dejó caer el Tribunal de Arbitramento.

Pero no solamente el juzgado incurrió en el error de tener como prueba de la existencia de la obligación, lo que simplemente fue materia de un *obiter dicta* del laudo, sino que el supuesto valor tampoco serían los \$1.914.006.906 como se explica a continuación:

Ciertamente en la parte motiva del laudo arbitral del 15 de mayo de 2013, en la página 178 se hace referencia a un contrato de transacción que se celebró el 30 de marzo de 2010 entre Comcel S.A. y Llama Telecomunicaciones, en el cual las partes reconocieron que con esa fecha de corte, las obligaciones a cargo de esta última y a favor de la primera tenían un valor de \$2.461.525.132.

Debe quedar claro que no es cierto por lo tanto, como lo dice la sentencia del juzgado, que el Tribunal Arbitral declaró la existencia de esta obligación, puesto que si se revisa la parte resolutive de su fallo en ninguna de los 47 prolijos ordenamientos que realiza se

encuentra contenida una declaración que indique que Llama Telecomunicaciones S.A. le debía a Comcel la citada cantidad.

Por otra parte, cuando el Tribunal Arbitral se refiere a ese contrato de transacción en la parte considerativa y no en la resolutive, está indicando que se trataba de un contrato en ejecución, o sea que los saldos que podían existir el 30 de marzo de 2010, necesariamente iban a cambiar, porque se trataba de un saldo provisional y no definitivo.

Así se lee en la página 178 del laudo: *"En conclusión, el Tribunal reconoce que los acuerdos firmados el 30 de marzo de 2010 con sus otrosí del 29 de abril del mismo año, tienen fuerza de transacción entre las partes sobre todos los conceptos causados hasta el 30 de marzo de 2010. Como consecuencia, el Tribunal negará todas las pretensiones de indemnización hasta el 30 de marzo de 2010, para entrar a analizar los conceptos que pudieren haberse causado a favor de la convocante (Llama) a partir del 1 de abril de 2010 y hasta la terminación del contrato el 9 de febrero de 2011" (Paréntesis y texto subrayado fuera del original).*

Es más, de la lectura de la misma parte considerativa del laudo se advierte que no solamente a la suma de \$2.461.525.132 había que restarle los \$547.518.226 de multas y penalizaciones que reducían su monto a \$1.914.006.906 sino que habían otras cuentas que también se debían deducir de este saldo.

Al respecto se lee en la página 178 del Laudo en el capítulo denominado *"5.6. Descuentos y penalizaciones aplicadas por la parte convocada sobre comisiones causadas con anterioridad al 30 de marzo de 2010 y conceptos causados y no pagados a favor de la convocante"*:

"En consecuencia, el Tribunal accederá a la pretensión 3.5 y condenará a Comcel y pagar a Llama la suma de \$343.654.898, por las razones expuestas. No se decretará actualización monetaria ni

condena al pago de intereses sobre dicha cifra, desde la fecha en que se debió haber efectuado cada pago, por cuanto no obran en el expediente las fechas de causación de las bonificaciones y comisiones pendientes de pago. Por lo anterior se condenará a intereses de mora desde la fecha de terminación del contrato, esto es desde el 9 de febrero de 2011 y hasta su pago efectivo, intereses que a la fecha de este laudo ascienden a la suma de \$271.951.626”

Es decir, entre las penalizaciones y estos últimos conceptos a los \$2.461.525.132 no solamente hay que restarle \$547.518.226 sino también los \$615.606.524 anteriores lo que de entrada dejaría el saldo en \$1.298.400.382.

Por otra parte en el referido contrato de transacción, que contiene una liquidación parcial de cuentas, se pactó un acuerdo de pago con unas comisiones especiales y temporales que 'Comcel S.A.' se comprometió a pagar a 'Llama Telecomunicaciones' para que no diera por terminada su relación comercial y que se empezaron a aplicar a partir del 1º de abril del 2010.

Las comisiones especiales que generaba el acuerdo no eran desembolsables a Llama Telecomunicaciones, eran única y exclusivamente para atender la cartera que tenía con Comcel, por lo que, afirmar que no se abonó absolutamente nada a la cartera, es lo mismo que decir que Comcel no pago ninguna de las comisiones especiales y temporales a las que se comprometió a pagar en el acuerdo celebrado el 30 de marzo de 2010.

Dicho en otras palabras el saldo de \$1.298.400.382 fue pagado con esas comisiones, por lo que necesariamente hay que concluir que no hay pasivo a cargo de Llama Telecomunicaciones y a favor de Comcel.

En conclusión, la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda de reconvencción exigía que la demandante Comcel S.A. no solo acreditara que el 30 de marzo de 2010 se celebró un acuerdo de pago y que allí se consignó el estado de la deuda, sino que también

en el mismo acuerdo se establecieron mecanismos de pago, comisiones, compensaciones y otras adehalas, correspondía a la parte demandante en reconvención, demostrar que el estado actual de la deuda era exactamente el mismo existente cuando se dictó la disposición o 'acuerdo de pago', es decir, que no se había cumplido con los pagos en las periodicidades consignadas en el acuerdo, que no se habían devengado comisiones, ni se habían generado compensaciones de ningún tipo. Admitiendo en gracia de discusión, la vigencia del acuerdo, incumplido por Comcel S.A., según definió con alcance de cosa juzgada el Tribunal Arbitral, la sola cláusula que reflejaba el estado de la deuda era insuficiente para acreditar la existencia del obligación, habida cuenta del carácter dinámico de las relaciones existentes entre las partes, es decir la evolución planeada desde el mismo contrato por el cual las partes concertaron la continuación del contrato de agencia mercantil, continuidad que niega el Juzgado al congelar toda relación al estado existente el 30 de marzo de 2010. Dicho metafóricamente, el acuerdo de 30 de marzo de 2010 es apenas una fotografía, de una relación que el propio acuerdo reconoce es dinámica, de modo que era carga de la demandante en reconvención, demostrar el finiquito o estado de la deuda para el momento de presentación de la demanda, pues el pacto inicial previó y planeo minuciosamente su evolución en beneficio de 'Comcel S.A.'.

Significa lo anterior que se equivocó Juzgado, cuando abdicó de su competencia para subrodinarse al Tribunal Arbitral y tomar un dato estático de la relación contractual dinámica, según el mismo acuerdo reconoce, dejando de probar los pagos por comisiones y otros rubros.

Entonces, era carga de la parte demandante en reconvención, no sólo demostrar el punto de partida de las obligaciones, sino acreditar

fehacientemente que la parte demandada como deudora no cumplió el contrato y que por tanto el estado de la deuda en el momento de presentar la demanda de reconvención seguía siendo el mismo que hubo el día de celebración del acuerdo de pago, esto es, el 30 de marzo de 2010. El error del Juzgado consiste en haber relevado a la demandante en reconvención de la carga de demostrar el estado de la deuda para el momento de presentación de la demanda. Se insiste en que si se tratase de un proceso ejecutivo, correspondía al deudor demandado demostrar el pago, pero cómo se trata de un proceso declarativo, en el cual el demandante reconvención pretende acreditar que la obligación originada en el acuerdo de pago del 30 de marzo de 2010 no se cumplió, tenía que formular la pretensión de incumplimiento, reclamar, por ejemplo, que las comisiones no se cumplieron, que ninguna parte de la deuda consignada en el acuerdo de pago se cumplió y que la deuda continuaba estática e idéntica al dato generado el 30 de marzo de 2010.

VI.- Efectos del incumplimiento del acuerdo celebrado el 30 de marzo de 2010.

El Tribunal Arbitral en la VIGÉSIMA PRIMERA de las resoluciones del laudo arbitral, que desde luego ha hecho tránsito a cosa juzgada, declaró que Comcel S.A. incumplió el acuerdo del 30 de marzo de 2010.

En ese contexto, no es admisible que el Juzgado hubiese tomado un dato aislado del contrato, haciendo eco de un balbuceo incoherente y periférico del Tribunal Arbitral, renegando el Juzgado de su propia competencia judicial, pero lo que es más grave, olvidando el contexto.

El Tribunal Arbitral lanzó desgaire, la tesis de la deuda a cargo de la demandada en reconvención, sin compromiso y con esa conclusión en la parte resolutive del fallo arbitral. El Juzgado Noveno Civil del circuito de Bogotá en el fallo recurrido, quedó seducido por esa martingala, con desprecio de su propio juicio y competencia, sin paramientos en que el propio Tribunal Arbitral, ahí sí con alcance de cosa juzgada, había declarado que Comcel S.A. incumplió el acuerdo de pago. Significa lo anterior que para el juzgado no fue obstáculo que la demandante en reconvención derivara derechos ciertos de un contrato que ella misma había incumplido.

Corolario de todo ello es que la deuda reconocida en la sentencia, en cuanto esta acogió las pretensiones de la demanda de reconvención, pasó por alto sobre la indeterminación y falta de prueba de la obligación para el momento en que fue presentada la demanda, permitiendo que la demandante en reconvención derivara derechos de un contrato que ella misma incumplió, según lo determinó el Tribunal Arbitral, todo para reconocer una obligación que por si fuera poco estaba prescrita.

Por todo lo anterior de la manera más atenta solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá, revocar la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, por medio de la cual esa autoridad negó las pretensiones de la demanda y acogió las súplicas de la demanda de reconvención, para en su lugar acoger las súplicas de la demanda principal y desechar los ruegos de la demanda de reconvención.

Atentamente,

Edgardo Villamil Portilla
T.P. N° 13.747
Cédula N° 19.143.423

Silvia Rojas Vargas
Abogada

Bogotá, D.C., enero 13 de 2022

Doctor

BERNARDO LOPEZ
Magistrado Ponente
SALA CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

En su Despacho.

Correos Electrónicos: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: No. 11001310301620170054101
REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO
ASUNTO: AUTO DEL 12 DE ENERO DE 2022 QUE DECLARA
DESIERTO EL RECURSO DE APELACION
DEMANDANTE: AUGUSTO NIETO GUTIERREZ
DEMANDADAS: PAORY NIETO DUQUE, CAROLINE NIETO DUQUE, JESSICA
NIETO DUQUE, ERIKA NIETO DUQUE, ORIETTA DUQUE
PION.

SILVIA ROJAS VARGAS, abogada, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada como lo expreso enseguida de mi firma, conocida como apoderada judicial de las demandadas dentro proceso de la referencia, enterada como me encuentro del auto proferido por el Despacho el día 12 de enero del presente año, notificado en el estado del día de hoy, respetuosamente solicito a su Señoría se sirva ordenar la rectificación correspondiente, dejando sin valor y efecto el auto al que me refiero, toda vez que si bien los argumentos serían de recibo para otros eventos no lo son para el asunto de la referencia por las siguientes razones:

1. Es equivocada la manifestación del Despacho en torno a que el auto mediante el cual se corre traslado al apelante para la sustentación del recurso es de fecha 24 de agosto del 2021, siendo lo correcto que el auto mediante el cual se me dio traslado es de fecha **24 DE NOVIEMBRE DE 2021, NOTIFICADO EN EL ESTADO DEL 25 DE NOVIEMBRE 2021.**

2. Oportunamente, **el día dos (2) de diciembre de 2021**, o sea, dentro del término de traslado, la suscrita atendí la sustentación del recurso, mediante escrito

Silvia Rojas Vargas
Abogada

firmado y enviado por correo electrónico a las siguientes direcciones reportadas por el despacho en el mismo auto del 24 de noviembre de 2021 y también en el directorio de la rama judicial: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co y des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

3. El escrito que contiene dicha sustentación fue enviado por la suscrita en archivo PDF, radicado **el día jueves, 2 de diciembre de 2021 a las 16:46 pm.**, y aparece enviado sin devolución en el correo que me permito reenviar. Igualmente, estoy aportando la captura de pantalla donde consta la radicación a la hora indicada anteriormente y a la dirección referida en el auto del Despacho.

4. De la misma manera, en este mismo correo estoy adicionando el presente escrito, con el fin de que el Despacho pueda verificar con mayor agilidad la veracidad de mi afirmación. Hasta el día de hoy no ha habido devolución.

5. Si lo anterior fuera poco, también en forma oportuna y ante el juez de conocimiento, Dieciséis (16) Civil del Circuito de Bogotá, propuse y sustenté el recurso de apelación el 6 de octubre de 2020, el cual también envié por correo electrónico a la dirección correspondiente y no fue devuelto.

6. Significa lo anterior que, habiendo atendido en forma oportuna los términos procesales, no debe declararse desierto el recurso. Pues no habido descuido de mi parte y de mantenerse la decisión, se estaría menoscabando el debido proceso y derecho de defensa a la parte que represento, lo cual solicito a Usted atender, con todo respeto y consideración.

Por tanto, H. Magistrado, pido se sirva reponer el auto motivo de inconformidad y en su lugar, dar trámite al recurso de apelación.

Agradezco su atención y me suscribo, cordialmente,



SILVIA ROJAS VARGAS
CC 41.771.542 de Bogotá
TP 33.832

Silvia Rojas Vargas
Abogada

Bogotá, D.C., diciembre 2 de 2021

Doctora

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Magistrada Ponente

SALA CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

En su Despacho.

Correos Electrónicos: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: No. 11001310301620170054101
REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO
ASUNTO: SUSTENTACION APELACION SENTENCIA JUZ 19 CC
DEMANDANTE: AUGUSTO NIETO GUTIERREZ
DEMANDADAS: PAORY NIETO DUQUE, CAROLINE NIETO DUQUE, JESSICA NIETO DUQUE, ERIKA NIETO DUQUE, ORIETTA DUQUE PION.

SILVIA ROJAS VARGAS, abogada, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada como lo expreso enseguida de mi firma, conocida como apoderada judicial de las demandadas dentro proceso de la referencia, estando dentro de la oportunidad procesal, respetuosamente sustento ante usted, Honorable Magistrada, el **RECURSO DE APELACION** que oportunamente interpuse en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 30 de septiembre de 2020, que ordena seguir adelante la ejecución, con el fin de que revoque en su integridad y en su lugar se absuelva a mis representadas de todo cuanto se ha solicitado en el petitum de la demanda y sentencia condenatoria.

Para ingresar en mi sustentación, permítame H. Magistrada remitirme a lo expresado al a-quo en el momento procesal en que se profirió la sentencia que impugno, para reiterar paso a paso los argumentos expuestos, solicitando a su Señoría tomarlos en consideración y en punto de ello revocar el fallo.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los siguientes son los motivos de inconformidad con la providencia recurrida, la cual consideramos está incurriendo en flagrante violación de los derechos al debido proceso y defensa de mis representadas, por estas razones:

1. En las consideraciones emitidas en el fallo, respecto de la legitimación en la causa, que fue materia de excepción, el juzgado manifiesta que “...no existe duda alguna, pues en la escritura pública objeto del presente cobro judicial, las demandadas se reconocen como hijas y cónyuge supérstite del causante ...”, lo cual es cierto, pero el q-quo olvidó que así la escritura pública que es la de la sucesión, cumpla con los requisitos de tener a la cónyuge y herederas como parte de la misma y sea la primera copia, el instrumento protocolizado como supuesto título donde consta la obligación, no fue suscrito por el causante y supuesto deudor, sino que consta en una certificación expedida por el mismo acreedor, como se planteó en la contestación de la demanda, lo cual ha debido ser materia de análisis como prueba documental que es y son todas las del proceso, apreciarse con diligencia y bajo las normas de la sana crítica que exige a los jueces tomar decisiones fundamentadas en hechos probados utilizando la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos, situación fáctica que se halla establecida en el mismo instrumento público arrimado y que por ello mismo debió conducir a su prosperidad.
2. Además de lo anterior, expresa el fallador de primera instancia que “... El proceso ejecutivo parte de la existencia del título base de ejecución, con fuerza suficiente por sí mismo de plena prueba (nulla executio sine títulos), toda vez que mediante él se pretende obtener el cumplimiento forzado de la prestación debida, motivo por el cual junto con la demanda debe, necesariamente, anexarse título que preste mérito ejecutivo, acorde con las previsiones contenidas en nuestro ordenamiento, es decir apoyarse inexorablemente, no en cualquier clase de documento, sino en aquellos que efectivamente produzcan en el fallador un grado de certeza tal, que de su simple lectura quede acreditada, al menos en principio, una obligación indiscutible que se encuentra insatisfecha..” apreciaciones que bien pueden aplicarse a otros casos más no al presente, pues es obvio y salta a la vista que el documento que pretende contener una obligación en contra del causante, para ser incorporada en la sucesión, debe provenir del deudor (causante Pablo Emilio Nieto, generando una obligación clara, expresa y exigible) y, groseramente, en el presente asunto PROVIENE ES DEL ACREEDOR,

vislumbrándose con un simple examen del documento que el pretendido para cobro ejecutivo carece de todos los requisitos para tal fin.

3. Si lo anterior no fuera suficiente, en el inciso segundo del numeral 4 de la parte considerativa del citado fallo, refiere que PAORY NIETO ILLIDGE, CAROLINE, JESSICA y ERIKA NIETO ILLIDGE, personas diferentes a mis representadas, que se apellidan NIETO DUQUE Y NO NIETO ILLIDGE, supuestamente *“aceptaban la herencia con beneficio de inventario”* y así mismo se reconocía, entre otras, *“certificación expedida por el señor AUGUSTO NIETO GUTIERREZ (...), En la que consta que el señor PABLO EMILIO NIETO ILLIDGE, tenía una deuda al momento de su fallecimiento, la cual asciende a la suma de \$539.000.000”*, afirmación que riñe con la verdad pues, de una parte, las nombradas en esa parte del fallo no son mis representadas y si no son las mismas personas tampoco puede creerse y tenerse como proveniente de ellas un documento suscrito por el mismo acreedor. Aquí expreso con sumo respecto y me refiero al dicho de marras que *“el papel puede con todo”*, de tal suerte que no puede legitimarse como cierto un documento proveniente del mismo acreedor y jamás del presunto deudor (q.e.p.d).
4. El juzgado expresa que *“... la parte actora allegó con la demanda, un instrumento público que demuestra la existencia de una acreencia a su favor y a cargo de las convocadas...”* circunstancia bien cuestionable, pues la presunta acreencia no proviene de título suscrito por el supuesto deudor, reitero FUE ELABORADO POR EL ACREEDOR A SU COVENIENCIA, aunado a que, mis mandantes, como lo he dicho ya, ni son las mismas que aparecen en esa parte del fallo ni tampoco son quienes supuestamente suscribieron una obligación que, como lo dijimos desde la contestación de la demanda, no se originó de la firma ni de la voluntad del causante sino que, *“paradójicamente”*, proviene del mismo acreedor, quien la certificó obviamente para cobrar un dinero que mis representadas, desgraciadamente, solo en el momento de la demanda pudieron establecer. Pero quiero hacer énfasis en que las citadas en el fallo no son las personas a quienes represento.
5. El a-quo desestima los demás argumentos planteados en la contestación de la demanda bajo el argumento que *“...el mandamiento de pago se encuentra debidamente ejecutoriado, habiéndose concluido la etapa pertinente para su discusión...”*, olvidando que la certificación contentiva de la pretendida obligación no fue suscrita o manuscrita, NI FIRMADA POR EL CAUSANTE y

que, quien la emite es el mismo acreedor, que las personas mencionadas no son mis representadas, lo cual plantea serias dudas sobre el proceder de esa persona, amén que el mandamiento de pago solo será posible siempre y cuando el acreedor o demandante (Augusto Nieto) tenga en su poder un título idóneo, que preste mérito ejecutivo (proveniente de Pablo Nieto), que contenga una obligación clara, expresa y actualmente exigible y el aludido que no goza de estas virtudes, por lo cual, la excepción planteada debe prosperar y el fallo ser revocado por el superior, para evitar continúe cometiéndose una brutal injusticia con las demandadas a quienes represento.

6. Igual sucede con los demás aspectos del fallo, en especial lo relativo a las adjudicaciones a la cónyuge sobreviviente y herederas, donde, salta a la vista que, antes de emitir sentencia, el despacho no tuvo para nada en cuenta o no se percató de una realidad incontrovertible, que dimos a conocer en la contestación de la demanda y sin que las demandadas reconocieran la deuda por las razones expresadas a lo largo de este escrito, el pretendido pasivo fue adjudicado a la cónyuge supérstite en su totalidad por lo que resulta igualmente equivocada la afirmación del despacho en la parte considerativa para condenar a las hijas del causante, que deben ser absueltas.
7. En este orden de ideas, si el fallador de primera instancia le dio plena validez a la escritura de liquidación de la sucesión con un pretendido título ejecutivo que proviene del mismo acreedor, no suscrito por el causante de su puño y letra por como deudor y que, es el que sirve de base de recaudo ejecutivo, resulta que, no es descabellado como lo pretende el a-quo que, si la supuesta deuda a favor del demandante le fue adjudicada en su totalidad a la cónyuge supérstite, ¿cuál es la razón para que se condene a sus hijas y herederas del causante? ¿No es esto desacertado e injusto? ¿Si los títulos ejecutivos fueran creados por los mismos supuestos acreedores, cuántas personas no serían dejadas en bancarrota, o defraudadas como ahora quedan mis representadas?
8. Se equivoca el fallador en las supuestas afirmaciones respecto del título valor, cuando en la contestación de la demanda y en forma puntual justamente hicimos una extensa manifestación desvirtuando la existencia de este pretendido título, el cual obviamente no se tachó de falso porque la firma allí contenida es la del demandante, es decir la del señor AUGUSTO NIETO y **NO LA DEL CAUSANTE PABLO EMILIO NIETO**, certificando el

mismo demandante que le deben una abrumadora suma de dinero y al no aparecer la firma del causante no había lugar a la pretendida tacha, pues resulta apenas lógico que quien firma iría a corroborar la veracidad de SU FIRMA y lo que se alega de nuestra parte justamente ES LA AUSENCIA DE LA FIRMA DEL CAUSANTE y por ello mismo, la ausencia de la firma de la esposa o las hijas del señor Nieto.

9. Final y lamentablemente, observamos que, como se expuso al comienzo, no fueron apreciadas y valoradas juiciosamente las pruebas documentales aportadas al proceso por el mismo actor, por lo cual somos reiterativos e insistimos en todo cuanto expresamos en la contestación de la demanda y excepciones propuestas por lo que los argumentos del fallo quedan sin piso y por ello mismo el fallo debe revocarse.
10. En este orden de ideas, es claro que se ha violado el debido proceso y el derecho legítimo de defensa a mis representadas.

II. SOLICITUD DE PRUEBAS

Acorde con lo previsto por el artículo 327 del Código General del Proceso, respetuosamente solicito decretar y practicar como pruebas de segunda instancia las siguientes que al parecer no fueron examinadas detenidamente por el fallador de primera instancia:

2.1. Documentos:

La escritura pública No. 2264 otorgada en la notaría 16 de Bogotá el 5 de octubre de 2008, incorporada al proceso, que contiene la protocolización de la liquidación de la sucesión del esposo y padre de las demandadas, en concreto los siguientes aspectos:

- 2.1.1. El instrumento y documentos que sirven como base de recaudo ejecutivo, que no fueron suscritos por el señor Pablo Emilio Nieto, causante.
- 2.1.2. La inexistencia de documento que reconozca la deuda a favor del demandante.

Silvia Rojas Vargas
Abogada

2.1.3. La IV. ADJUDICACION, correspondiente a la señora ORIETTA DUQUE PION, donde se observa lo siguiente:

“PRIMERA HIJUELA PARA LA SEÑORA ORIETTA DQUE PION. Para la cónyuge supérstite, señora ORIETTA DUQUE PION, a quien le corresponde por gananciales la suma de MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$1.152.298.695) y para pagar el pasivo que le va a ser adjudicado la suma de QUINIENTOS VEINTITRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS UN PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MCTE (\$523.365.601.50) para un total de MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$1.675.664.297).

Valor total de la adjudicación \$1.675.664.297”

2.2. Declaración de parte:

Respetuosamente solicito se decrete y practique el interrogatorio a cada una de las demandadas, señoras **PAORY NIETO DUQUE, CAROLINE NIETO DUQUE, JESSICA NIETO DUQUE, ERIKA NIETO DUQUE, ORIETTA DUQUE PION**, quienes comparecerán a la audiencia virtual que a través de la suscrita se les notifique, y darán a conocer a la H. Corporación las circunstancias de modo, tiempo y lugar relacionadas con la pretendida deuda que se cobra en el proceso y cuyos detalles han sido omitidas por el actor.

Mis representadas pueden ser citadas a los siguientes correos electrónicos:

- **PAORY NIETO DUQUE, ERIKA NIETO DUQUE y ORIETTA DUQUE PION**, al siguiente correo electrónico: oriettaduque@hotmail.com
- **JESSICA NIETO DUQUE**, al siguiente correo electrónico: jess.niee@live.com
- **CAROLINE NIETO DUQUE**: caroline.nieto@gmail.com

Silvia Rojas Vargas
Abogada

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso y solicito respetuosamente a los H. Magistrados revocar íntegramente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la parte que represento.

Agradezco su atención y me suscribo, cordialmente,

Atentamente,



SILVIA ROJAS VARGAS
CC 41.771.542 de Bogotá
TP 33.832

MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA CIVIL
ORIGEN JUZGADO QUINTO (05) CIVIL CIRCUITO DE BOGOTA
E. S. D.

REFERENCIA: **PERTENENCIA N° 2017-0692**
DEMANDANTE: **DUVAN SARMIENTO MAFLA**
DEMANDADO: **NANCY JANETH Y OTROS.**

SOLICITUD: **SUSTENTO RECURSO APELACIÓN SENTENCIA**

DIEGO ADOLFO FORERO DIAZ apoderado de la parte demandante, identificado tal como se evidencia al pie de mi firma, con el debido respeto, me permito allegar **SUSTENTO A LOS REPAROS SOMEROS DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia proferida por el *a quo*, en los siguientes términos:

Primero. Como sustento de la decisión tomada por el *a quo*, se encuentra la sentencia SC 12323- 2015, en el sentido de que allí se establece por la alta Corte, que el contrato de compraventa contiene una obligación de hacer, lo que conlleva a esto, a una mera tenencia que no muta en el tiempo, a menos que exista repudio hacia los que aparecen como titulares del inmueble.

La sentencia SC 12323-2015, si bien establece lo manifestado por *a quo*, se debe tener en cuenta que allí también se establece que:

*Quien deriva por virtud del negocio jurídico, derechos del verus domini y se pretende poseedor, debe mostrar sin penumbra alguna que interversó su condición de tenedor por la de poseedor. Muy por el contrario, si pretende el cumplimiento del contrato, debe aceptar expresamente la existencia del mismo y pregonar que su tradente es verdaderamente propietario para que haya tradición válida; ahora, si repudia el negocio jurídico para amotinarse contra la convención debe aportar prueba convincente de su disintimiento de los derechos del causahabiente, **demostrando la transformación de tenedor por la de propietario**. Solamente rechazando ese negocio jurídico puede tornar su condición de tenedor en poseedor.*

(Doble entintado y subrayado no hace parte del texto original, es con el fin de hacer énfasis)

De entrada, se evidencia que no se cumplen los parámetros establecidos por dicha sentencia, para que fuese sustento jurisprudencial de la negación de las pretensiones de la demanda, pues el simple hecho de radicar acción de prescripción extraordinaria de dominio refleja, por simple analogía, que el demandante NO pregonó de ninguna manera que quien en su momento le dio en venta el inmueble objeto de litis, sea el propietario de este. Por el contrario, su deseo, a todas luces, es el de no hacer uso de acción alguna que logre retrotraer la compraventa del bien.

Ahora bien, estableció el *a quo* que al otorgar el contrato de compraventa la mera tenencia, esta no muta en el tiempo como posesión. Situación que no es del todo

cierta. En sentencia SC 5187 de 2020, Magistrado ponente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, se estableció que:

En relación con las cosas la persona puede encontrarse en una de esas tres posiciones o situaciones, cuyas consecuencias jurídicas varían en cada caso y confieren a su titular derechos subjetivos distintos. En la tenencia, simplemente se despliega poder externo y material sobre el bien (artículo 775 Código Civil), pues se "(...) ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño", como el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el habitador. En la posesión, a ese poder material se une el comportarse respecto del bien como si fuese propietario (canon 762, ibídem) "con ánimo de señor y dueño". Y en la propiedad, que por excelencia permite usar (ius utendi), gozar (ius fruendi) y disponer (ius abutendi) de la cosa, es derecho in re, con exclusión de todas las demás personas dentro del marco del precepto 669, ejúsdem, caso en el cual se tendrá la posesión unida al derecho de dominio, si se es dueño; y en caso de no serlo, se tratará del poseedor material.

El ánimo de señorío sobre el bien, marca la diferenciación entre la mera tenencia y la posesión, a tal punto que el propio legislador así lo consagró en el derecho positivo, al disponer que el simple transcurso del tiempo "no muda la mera tenencia en posesión" (artículos 777 y 780 el Código Civil). La posesión urge la presencia de dos elementos el corpus y el ánimos (artículo 762 del Código Civil); en cambio, la mera tenencia sólo requiere uno de esos dos elementos, el corpus. Es mero tenedor quien tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Para que exista la mera tenencia solo se exige la detención material, mientras que la posesión requiere no solo la tenencia, sino el ánimo de tenerla obrando como señor y dueño.

Lo anterior no quiere decir que la mera tenencia, por virtud de la mutación o transformación en la aprehensión de las cosas por parte del sujeto de derecho, no pueda convertirse en posesión, según lo indica el artículo 2531 del Código Civil, cuando permite obtener el dominio de las cosas comerciales, no adquiridas por prescripción ordinaria, por la extraordinaria, cuando clarifica y connota: "(...) "3) Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: "1. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción. "2. Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo" (subrayado y resaltado ex texto).

De modo que un tenedor puede convertirse en poseedor siempre que se rebele expresa y públicamente contra el derecho del propietario desconociéndole su calidad de señor y empezando una nueva etapa de señorío ejercido no sólo a nombre propio sino con actos nítidos de rechazo y desconocimiento del derecho de aquél a cuyo nombre con antelación ejercía la tenencia, intervirtiendo, innovando y trocando su situación jurídica, en forma ostensible, porque, por ejemplo, el mero no pago de los cánones por un arrendatario no significa que adquiriera su condición de poseedor, únicamente se convierte en tal cuando de manera pública, abierta, franca, niega el derecho que antes le reconocía al propietario.

(Doble entintado no hace parte del texto original, es con fin de hacer énfasis).

En ese orden de ideas, no cabe asomo de duda que el que alega la prescripción extraordinaria de dominio, ha venido ejerciendo actos de señor y dueño tales como pago de impuestos y mejoras necesarias al inmueble; los cuales han sido públicos (tal como consta de las declaraciones de los testigos). Sin embargo, cabe

revisar si estos actos han sido como repudio hacia quien aparece como titular del inmueble.

Para lo anterior se presentan dos situaciones, la primera es que quien realizó la venta del inmueble, falleció al año siguiente de dicha venta, sin que se hubiese podido finiquitar el negocio con las correspondientes escrituras. En tal sentido, es diáfano como la luz solar que desde allí comienza el repudio de quien funge como propietario, pues los herederos de este nunca iniciaron acción la sucesión necesaria para que el señor Duvan supiese o conociese quienes son sus herederos, en aras de repudiar públicamente contra estos la transmisión de señor y dueño del bien. Por consiguiente, desde el fallecimiento del vendedor, no existía persona alguna a la cual el señor Duvan debía repudiar como dueña, diferente a la señora Nancy, quien también funge como propietaria registrada dentro del bien.

Ahora bien, las situaciones fácticas se presentan por dos situaciones, o de manera expresa o de manera tácita. Para el caso en concreto, si bien de entrada se puede apreciar que el señor Duvan no repudió directamente a la señora Nancy como dueña, desde el momento de inicio de la posesión; se evidencia con la declaración de esta, que de manera tácita esto si sucedió, en razón a que la señora manifestó bajo la gravedad de juramento, que después del fallecimiento de su "esposo"¹ **ella fue hasta el inmueble cuatro (04) veces**, y dio cuenta que allí vivían varias personas.

Además de esto, manifestó de manera clara, que ella **si supo que su esposo había vendido ese inmueble** (objeto de Litis). De dichas manifestaciones, no cabe asomo de duda alguna que esta acepta de manera tácita que en el bien había unos nuevos dueños, es decir, que estos ya ostentaban la posesión. Por consiguiente, estas manifestaciones debieron tenerse en cuenta por parte del despacho, en el entendido de que esas visitas, y el conocimiento de que el inmueble había sido vendido, son prueba irrefutable del repudio público hacia ella como dueña del bien.

Retomando lo establecido en la sentencia SC 5187 de 2020, allí se establece que:

*4.3.3. Algunas razones para proteger la posesión. **Mudándose un sujeto de derecho en poseedor, en el ordenamiento surgen razones para proteger también al poseedor**, las cuales, procuran explicar la existencia y procedencia de las acciones posesorias, como la examinada en esta ocasión por la Sala. Se trata de motivos que aún cuando, algunos se enuncian a continuación, no constituyen la materia de análisis aquí: a) Al proteger al poseedor se protege un presunto propietario. **El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo** (artículo 762 del Código Civil). b) Un ataque injusto a la posesión es una agresión a sus derechos. c) **El orden público puede comprometerse si no se protege al poseedor** y se afecta y se torna arbitrario cuando los particulares aplican justicia por su propia mano. d) La posesión es la manifestación exterior del derecho. Si no existiera las relaciones jurídicas serían absolutamente abstractas. **Sin la posesión los derechos patrimoniales no tendrían significado.***

(Doble entintado no hace parte del texto original, es con el fin de hacer énfasis).

¹ Se estipula en comillas, toda vez que así lo manifestó de entrada en la declaración la demandada. Sin embargo, en la misma audiencia esta manifestó que eran compañeros permanentes.

Lo anterior aterriza al caso que nos ocupa, trae algunas connotaciones; una es que la demandada Nancy no logró justificar ser la propietaria del bien, esto por dos situaciones, la primera es que en su declaración aceptó sin titubeos, que los impuestos eran pagados por el señor Duvan; y la segunda, porque la declaración de haber ido hasta el inmueble en 4 ocasiones, y saber que ese bien había sido vendido, se limitó a eso, sin que lograra demostrar que con posterioridad a dicha situación haya ejercido acto alguno que busque reivindicarle la propiedad dejando transcurrir los años, sin que se lograra evidenciar los motivos por los cuales no ejerció acción alguna para recuperar el bien objeto de Litis, ni mucho menos, haber manifestado los motivos por los cuales no se ha iniciado el correspondiente juicio de sucesión de quien era su compañero, dueño y vendedor inicial del bien.

Téngase en cuenta que en sentencia CSJ SC16250- 2017, 9 oct:

*Esta Corte, sobre el particular bien ha señalado que 'del detenido análisis del art. 2531 del C.C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es (...) suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia o clandestinidad' (Lxvg 466), **posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello desde este punto 'de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad"** (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)».*

(...)

6. *El abandono de la condición inicial de tenedor.*

En algunos litigios, sirva este como evidencia, quien persigue la declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio inició su relación de hecho con la cosa sobre la que recae su petitum en virtud de algún título de mera tenencia, tales como el arrendamiento, el comodato, o la simple tolerancia de que trata el artículo 2520 del Código Civil, entre otros.

Ahora bien, como «el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión», en estos eventos es ineludible determinar que esa condición inicial (mera tenencia) fue abandonada, como respuesta a una manifestación posterior de animus domini sobre el bien aprehendido, renovada voluntad que permite el surgimiento de una nueva relación entre la persona y la cosa (la posesión), en la que ya no media título o convención subyacente alguna, y que, por lo mismo, autoriza a iniciar el cómputo del plazo prescriptivo.

Pero, como puede intuirse, para el quiebre de una situación jurídica anterior (como los contratos de arrendamiento o comodato ya citados) será forzoso acreditar la dejación de la tenencia, con el surgimiento de la posesión, sin reconocimiento expreso o tácito del dominio del dueño, desplegada por el término de ley, sin violencia ni clandestinidad (ordinales 2° y 3°, ibidem); ello significa que, en el juicio de pertenencia, quien se hizo materialmente a una cosa como mero tenedor debe satisfacer un baremo demostrativo superior respecto del que la aprehendió, de inicio, con ánimo de señorío.

Cabe señalar que, en las primeras aproximaciones de la Sala a esta problemática, esas exigencias probatorias resultaban ciertamente estrictas, como puede advertirse en el fallo CSJ SC, 22 ago. 1957, G.J. t. LXXXVI, p. 11:

«La posesión, como simple relación de dominio de hecho, amparada por el orden jurídico, implica la vinculación de la voluntad de una persona a un "Corpus", como si esa relación emanara del derecho de propiedad. Por eso, se ha dicho con razón, que la posesión no es otra cosa que una exteriorización del dominio, un reflejo de este derecho fundamental, ya que el poseedor se vincula a la cosa, como si fuera un propietario y ejecuta los actos como si fuera dueño, sin respeto a determinada persona (...).

El tenedor precario está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión; ello exige la intervención de un título proveniente de un tercero que, considerándose también dueño, le confiera la posesión inscrita, y le dé una base a su declaración de que ejerce la posesión como dueño; pero solo desde el momento en que ocurra la intervención mencionada podrá oponer esa nueva situación jurídica a la posesión de aquel cuyo dominio siempre ha reconocido».

«[Q]uien (...) admite, sin más, que alguna vez fue tenedor (...) asume la tarea de acreditar cuándo alteró su designio y cómo fue que abandonó la precariedad del título para emprender el camino de la posesión (...).-Como el cambio de ánimo que inspira a quien pasa de ser tenedor a poseedor está confinado a la reconditez de su conciencia, no puede ser resistido o protestado por el dueño mientras no se exprese abiertamente por actos inequívocos o señales visibles cuya demostración tórnase rigurosa en extremo.

Segundo. Inaplicabilidad de las facultades ultra petita y extra petita del juez a quo, por inaplicación del artículo del artículo 2536 del código civil, en el sentido que desde la fecha de suscripción del contrato de compraventa, cada una de las partes contaba con el termino de diez (10) años para hacer uso del derecho a retracto u obligación de hacer (como lo manifiesta dicho despacho).

En tal sentido, bajo esas facultades en el caso en concreto existen varias posibilidades de declarar el inicio de la posesión, diferente a la fecha establecida dentro de la demanda.

- Por un lado, debía declararse como tiempo inicial, el momento en que fenecieron los 10 años para hacer uso del derecho a retracto u obligación de hacer, respecto al contrato de compraventa. Pues desde allí claramente muta de mera tenencia a posesión. Es decir, la posesión inició desde el año 2002, por lo cual, a la fecha de presentación de la demanda, se contaba con el término de diez años ininterrumpidos para declararla.
- Por otro lado, debió declararse desde el momento de fallecimiento del vendedor, en razón a que ninguno de sus herederos inició acción alguna que buscara hacerse señor y dueño de dicho inmueble. Más aún, desde la fecha de fallecimiento del vendedor, el señor Duvan desconocía por completo contra quien debía ejercer actos de repudio de dueño. Adicional a esto las manifestaciones hechas por la señora Nancy, dan cuenta que, al ir al inmueble, y saber que este había sido vendido por su esposo, era el señor Duvan legitimo poseedor del bien.

Téngase en cuenta para esto, sentencia más reciente que la establecida por el a quo, SC3727-2021, Magistrado ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA, en la que se enuncia que:

Pero, como puede intuirse, el quiebre irregular de una situación jurídica anterior (como los contratos de arrendamiento o comodato previamente citados) no es visto con buenos ojos por el ordenamiento, lo cual explica que se haya instituido, como regla general, que «la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe y no dará lugar a la prescripción» (artículo 2531-3, Código Civil). A esa pauta escapa una excepción particular: la dejación de la tenencia, con el surgimiento posterior de la posesión, sin reconocimiento expreso o tácito del dominio del dueño, como es natural, desplegada por el término de ley, sin violencia ni clandestinidad (ordinales 2º y 3º, ibidem).

...

A pesar de la diferencia existente entre la tenencia y la posesión y la clara disposición del artículo 777 del C.C. en el que se dice que “el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión”, puede ocurrir que cambie la intención del tenedor de la cosa (...) colocándose en la posibilidad jurídica de adquirir el bien por el modo de la prescripción, [lo] que debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del propietario, y que debe acreditarse plenamente por quien se dice poseedor, tanto en lo relativo al momento en que operó (...), como en los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, pues para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el bien a título de mera tenencia, que no conduce nunca a la usucapión y sólo a partir de la posesión podría llegarse a ella, si se reúnen los dos elementos a que se ha hecho referencia, durante el tiempo establecido en la ley

Bajo estas situaciones, es evidente que el a quo debía decretar la posesión, porque en uno u otro momento antes enunciado, se cumplía con los diez (10) que ordena la ley para declararla.

Ahora bien, como estamos hablando que para el a quo la promesa de compraventa solo otorga la mera tenencia del inmueble. Se debe tener en cuenta que el juzgado, en las facultades ultra y extra petita, debía analizar las pruebas recaudadas. En tal sentido la promesa de compraventa fungía como mecanismo para demostrar la buena fe. Requisito indispensable para declarar la pertenencia. En ese orden de ideas, el a quo debió tener presente que acá lo que se alega es la prescripción extraordinaria de dominio, la cual, a diferencia de la ordinaria, el tiempo de posesión es mayor, y además, debe contar con un justo título.

En ese orden de ideas, el juez de primera instancia procedió de manera errónea a tener como *justo título* la promesa de compraventa firmada. Esto en razón a que la sala civil de la Corte suprema de justicia en sentencia 41001 del 19 de diciembre de 2011 con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena estableció que:

«La jurisprudencia ha entendido por justo título “todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que, en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no obrase la adquisición del dominio” (G.J.t. CVII, pág.365; en similar sentido, G.J.t.CXLII, pág.68 y CLIX, pág.347, sentencia de 23 de septiembre de 2004, entre otras). En otras palabras, será justo título aquel que daría lugar

a la adquisición del dominio de no mediar el vicio o el defecto que la prescripción está llamada a subsanar.»

Sin embargo, si tenemos en cuenta la teoría del *justo título*, es factible haber determinado que la posesión inició desde el momento del fallecimiento del vendedor, en razón a que, para la jurisprudencia, es factible que en una prescripción ordinaria se tenga en cuenta la promesa de compraventa como justo título para declararla, pero erróneamente no se tenga en cuenta como medio probatorio de posesión de buena fe para la prescripción extraordinaria. *Según la Corte, surgen en los casos en que se «exige, para demostrar un acto o un hecho, una prueba especial que la ley no reclama; o cuando viendo la prueba en su exacta dimensión no le atribuye a ella el mérito que la ley le asigna para demostrarlo; o, en fin, cuando se lo niega por estimar que el medio fue ilegalmente producido cuando así no sucedió»*,², así entonces, la promesa de compraventa fue erróneamente interpretada como prueba dentro del proceso que nos ocupa.

La buena fe que enunciamos, esta descrita en la sentencia SC 5065 DE 2020, ASÍ:

4.4.3. En materia posesoria, rige la presunción de "buena fe simple" conforme al artículo 768 del Código Civil. Es la "conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato" (se subraya). Para la Corte:

"La buena fe (...) es la creencia en el poseedor de ser propietario de la cosa. [De esa manera], el precepto [art. 778 C. C.] (...) concluye que 'en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato'. Entonces, para que un adquirente a non domino sea de buena fe, es necesario que haya creído que su autor era propietario, pues no podría recibir de él un derecho de que no fuese titular. De donde es inevitable concluir que el conocimiento por el poseedor, de los vicios del título de su autor, es excluyente de la buena fe, porque infirma esta creencia', anotando también que la Corte tiene explicado que 'por justo título se entiende todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no obrase la adquisición del dominio. Si se trata, pues de un título traslaticio, puede decirse que éste es justo cuando al unírsele el modo correspondiente, habría conferido al adquirente el derecho de propiedad, si el título hubiese emanado del verdadero propietario. Tal el caso de la venta de cosa ajena, diputada por el artículo 1871 como justo título que habilitaría para la prescripción ordinaria al comprador que de buena fe entró en la posesión de la cosa (...)"

El poseedor de buena fe, en suma, es quien detenta el bien como propietario. Cree haberlo recibido de su dueño en virtud de un justo título "cuyos vicios ignora"¹⁶. Se trata de una convicción formada de que ninguna otra persona, salvo él, tiene derecho sobre el terreno. De ese modo, la "buena fe no es solamente la ignorancia del derecho de otro en la cosa, sino la certidumbre de que se es propietario"

² CSJ. Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 2000, expediente 5442, reiterada en fallos de 25 de febrero de 2008, radicación 006835, y de 17 de mayo de 2011, expediente 00345

En síntesis, al momento del fallecimiento del vendedor, por las razones ya expuestas, debía comenzar el fenómeno de la posesión, ya sea ordinaria (por contar con justo título de la promesa de compraventa), o extraordinaria, por contar con el tiempo para esto. Siendo esta segunda opción el camino tomado desde el inicio de la demanda. Se hace diáfano determinar que la promesa de compraventa tan solo era un mecanismo para demostrar otras situaciones (buena fe, inicio de posesión sin violencia), y no, para declarar la prescripción (ordinaria)

Tercero. Según lo manifestado por el *a quo*, al haberse realizado el contrato de compraventa con una sola de las partes, debió este despacho decretar la prescripción adquisitiva en contra de la señora Nancy Janeth, pues esta no firmó la promesa de compraventa.

Lo anterior debido a que la señora Nancy no ha ejercido acto de señor y dueño alguno desde el momento en que el señor Duvan inicia la posesión del inmueble.

En tal sentido, al ser una de las propietarias inscritas, debía declararse la posesión en contra de esta.

Del Señor Juez, Respetuosamente,



DIEGO ADOLFO FORERO DIAZ
C.C. 80.214.022 de Bogota D.C.
T.P. 231.239 del C.S.J.
diego.miabogado@gmail.com

FF C114-136).
4 Decad



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

SC3925-2020

Radicación n.º 11001-31-03-020-2009-00625-01

(Aprobado en sesión de 23 de julio de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020).

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Pedro Nel Carvajal Álvarez frente a la sentencia de 1 de febrero de 2019, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que promovió el recurrente contra Cemex Colombia S.A. (en adelante, Cemex) y terceros indeterminados.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones y fundamento fáctico.

El señor Carvajal Álvarez reclamó que se declarara que adquirió, por el modo originario de la prescripción extraordinaria, el dominio del inmueble con folio de

matrícula 50C-1459043, ubicado en la Avenida Centenario n.º 90-89 de la ciudad de Bogotá.

En sustento de su súplica, relató que ha poseído el aludido fundo *«quieta y pacíficamente, (...) desde el año 1987»,* fecha desde la cual ha venido realizando *«actos de señor y dueño, sin reconocer derecho a otro, explotándolo económicamente, utilizándolo para la crianza de algunos semovientes (...), actos continuos e ininterrumpidos, públicos, ejercidos a nombre propio y sin que se le haya reclamado (sic) por persona alguna».*

Agregó que su posesión perduró *«hasta el día 1 de marzo de 2008, ya que el señor José Arcenio Ramírez incurrió en actos perturbatorios»,* y que, debido a ello, *«el día 2 de abril de 2008 se promovió ante la Secretaría General de Inspecciones de Policía de Fontibón querrela solicitando el lanzamiento de ocupación de hecho contra el señor José Arcenio Ramírez y la empresa de vigilancia Oncor Ltda.»*, que fue resuelta en forma favorable a sus intereses.

2. Actuación procesal.

2.1. Enterada de la admisión de la demanda, Cemex se opuso a su prosperidad, y formuló las excepciones denominadas *«ausencia de requisitos para la prescripción adquisitiva de dominio»* y *«mala fe del demandante».*

2.2. A su turno, el curador *ad litem* de las personas indeterminadas se limitó a manifestar que no le constaban los hechos relatados en el escrito inicial.

2.3. La primera instancia finalizó con fallo de 13 de diciembre de 2017, en el que se desestimaron todas las pretensiones. Contra esa decisión, el actor interpuso recurso de apelación.

SENTENCIA IMPUGNADA

El tribunal confirmó lo resuelto por el juez *a quo*, con apoyo en los siguientes razonamientos:

(i) La fecha de inicio de la posesión alegada *«no logra obtener certeza en el curso del debate probatorio, pues el demandante adujo en su declaración de parte que llegó al terreno a usucapir en el año 1982, en calidad de cuidador del terreno, y a partir de 1983 empezó labores de aumento con equinos y porcinos, y aclara que su posesión se remonta al año 1987, pues desde esa época dejó de percibir salario como cuidador y asumió la posesión con ánimo de señor y dueño (...), aspectos que no dan certeza de la posesión para la época determinada (sic)»*.

(ii) Aunque el impugnante se quejó de la pretermisión de *«los documentos correspondientes a la querrela de lanzamiento por ocupación de hecho (...), esta circunstancia tampoco le es suficiente para demostrar los actos posesorios, si en cuenta se tiene que el de lanzamiento es un trámite policivo a través del cual se pone fin a la ocupación arbitraria de un inmueble y se restituye su tenencia a favor del tenedor legítimo, mas no para (sic) decidir las controversias suscitadas con ocasión de los derechos de dominio o posesión»*.

(iii) En cualquier caso, *«en el proceso administrativo (sic) no se logró demostrar que él hubiera dejado el predio al cuidado del señor Olivo Vásquez, pues otra cosa dijo él mismo en la denuncia de 4*

de marzo de 2008 (...), interpuesta contra José Arcenio Ramírez, donde el señor Vásquez manifestó "estar viviendo en ese sitio desde hace más de 13 años, y los que me dejaron aquí fueron los antiguos cuidanderos, Pedro Carvajal y Juan Ortega"».

(iv) El mismo deponente «agregó que José Arcenio Ramírez era quien le había manifestado que era el nuevo propietario, de manera entonces que Olivo Vásquez no reconoció estar en el predio a nombre de Pedro Carvajal, sino al contrario, acepta que Pedro era el cuidandero anterior. Así las cosas, entre Olivo Vásquez y Pedro Nel Carvajal no media ni se acreditó la tenencia otorgada en virtud de un mandato, fuera este verbal o escrito, en el que se estableciera que [el demandante] era el poseedor del bien».

(v) La diligencia de inspección judicial practicada en este juicio «fue atendida por Luis Abel Roncancio, quien fungía como cuidandero del lote, y quien dijo conocer a Pedro Carvajal hacía apenas seis años», a lo que se suma que «al verificar la existencia de mejoras, el funcionario de primera instancia encontró en el lugar una construcción urbanística, y posteriormente en el informe pericial se determinó que esta consistía en una casa de habitación de una sola planta en obra negra, con servicios de agua y luz, con mejoras que databan de una fecha de dos años (...))», sin que se observara «rastros de cultivos recientes», o acometida de servicios públicos.

(vi) Similarmente, «se verificó (...) que sobre el predio se registraron actos de división material entre Metroconcreto y Cementos Diamante S.A. (que se convirtió luego en Cemex S.A.), de donde se concluye que, si bien se constató la existencia de algunas mejoras en el predio, también queda la certeza de que las mismas no fueron realizadas en la extensión del tiempo de posesión que alega el recurrente, como época en que ha ejercido la posesión».

(vii) Asimismo, las fotografías aéreas de los predios de la zona, que reposan en el archivo del IGAC, «no dan cuenta de la existencia de construcciones u obras en el predio, lo que permite inferir que se ha mantenido en su mayor extensión como un potrero», y que «los pocos cambios que presenta del predio datan de los años 2007 a 2011».

(viii) Los testimonios recaudados «fueron apreciados de manera idónea por el a quo, pues si bien se presentaron las declaraciones de Efraín Barreto, Juan Manuel Ortega, Orlando Muñoz Quiroga, José Vicente Vanegas Barbosa, Eliberto Casas, Misael Roncancio y José González Hernández, la parte actora no cumplió con la carga de poder extraer de dichas declaraciones (sic) elementos contundentes que permitieran realmente determinar con certeza que la posesión de Pedro Nel Carvajal se ha extendido por un período superior a 20 años».

DEMANDA DE CASACIÓN

Al sustentar el recurso extraordinario de casación que interpuso contra la sentencia del tribunal, el señor Carvajal Álvarez formuló dos cargos, por la senda de la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO PRIMERO

Adujo el demandante que la corporación de segundo grado incurrió en errores de hecho que, en forma indirecta, quebrantaron los artículos 762, 764, 769, 770, 2512, 2513, 2518, 2527, 2531 y 2532 del Código Civil. Lo anterior con apoyo en los siguientes razonamientos:

(i) El *ad quem* dejó de valorar «la constancia del comandante de estación de bomberos de Fontibón y [la] bitácora enviada por dicha entidad», documentos en los que «se describe el incidente de incendio en el que hizo presencia el cuerpo de bomberos (...) y en los que se consignó como damnificado al “vigilante Olivo Vásquez Ayala”», a lo que cabe agregar que «en la descripción del propietario se consignó el nombre de “Pedro Carvajal y Juan Ortega”, es decir, que sí existió un reconocimiento por parte del señor Olivo, de que él se encontraba en ese momento de la ocurrencia de los hechos en calidad de vigilante por mandato de los que él consideraba propietarios».

(ii) Es necesario precisar que «la relación existente entre Pedro Nel Carvajal y el señor Juan Ortega era la de socios de las actividades de ganadería y porcicultura que se desarrollaron en el predio, como lo dio a conocer el propio Ortega en su declaración (...), en las (sic) que narró que a partir del año 1994 hicieron una sociedad en el lote para el cuidado (sic) de cerdos y vacas[,] que duraron 8 años con esa sociedad», y que «reconoce como poseedor es al señor Carvajal».

(iii) El 31 de agosto de 2015, Avalúos Nacionales S.A. visitó el predio en disputa por encargo de Cemex y registró la existencia de cercas, así como fotografías de algunas reses en ese lote, detalle que pretermitió la colegiatura de segundo grado, porque «si el predio se encontraba demarcado perimetralmente con una cerca es porque se ejercía sobre el mismo actos de señorío, ya que como se ha manifestado (...) el demandante efectuó sobre el bien actividades de pastoreo y cuidado de reses y cerdos, para lo cual resultaba necesario el mencionado cercamiento».

(iv) Tampoco se tuvo en cuenta que, en diligencia de lanzamiento de 22 de julio de 2009, el apoderado de la hoy

demandada adujo que el inmueble referenciado era de propiedad de Metroconcreto S.A., de modo que *«Cemex Colombia no sabía ni siquiera si el predio era de propiedad de ellos»*.

(v) Dentro de la referida querrela se recibieron varios testimonios, como los de José Gonzalo Hernández Moreno, quien afirmó conocer al actor desde el año 1989; Orlando Muñoz Quiroga, que admitió *«la presencia del aquí demandante para finales de los años 1980»*; y Nelson Enrique Calvo Corredor, que dio fe de las actividades de ganadería desarrolladas en el predio.

(vi) En esa misma dirección declaró Juan Manuel Ortega Rodríguez, *«quien comentó que él llegó en el año 1985 al predio y que a partir de 1994 armó sociedad con Pedro Nel (...) para la cría de cerdos y vacas»*, de modo que *«si se hubiera analizado y valorado este testimonio (...) se habría llegado a la potísima conclusión que (sic), en efecto, Pedro Nel Carvajal si es el poseedor»*.

(vii) Por último, *«existe fallo que reconoció posesión ejercida por el demandante señor Pedro Nel Álvarez, que la misma fue amparada y ordenada su devolución, [por lo que] era imposible que el tribunal concluyera, sin incurrir en yerro alguno, que la querrela policiva es un proceso en el cual únicamente se protege una tenencia»*.

CARGO SEGUNDO

Denunciando el quebrantamiento indirecto de los mismos preceptos citados anteriormente, pero ahora como

resultado de la «apreciación errónea» de los medios de prueba, el casacionista adujo que:

(i) Se equivocó el *ad quem* al valorar el interrogatorio de parte del demandante, pues con lo que allí expuso el señor Carvajal Álvarez quedaron demostrados «los actos de posesión ejercidos por él, y que los mismos se hicieron por un lapso de tiempo en la ley (sic)».

(ii) Se tergiversó la manifestación de Olivo Vásquez Ayala, pues si bien este dijo que «los que me dejaron ahí [en la heredad] fueron los antiguos cuidanderos Pedro Carvajal y Juan Ortega», lo cierto es que «nunca se le preguntó ni él hace referencia en calidad de que está en el predio o en representación de quién, lo que impide (...) concluir que el declarante no estaba en nombre del demandante».

(iii) En la inspección judicial no se encontraron vestigios de mejoras con más de tres años de antigüedad, dado que, «para el año 1998, se presentó una inundación que acabó con las construcciones existentes, así como en el año 2008 se presentó una nueva destrucción de lo edificado, siendo imposible que al momento de la inspección judicial se encontraran construcciones que dataran de antes del año 2009».

(iv) Los dictámenes periciales recaudados «cumplen con todos los requisitos legales, no adolecen de ningún tipo de error, y con ellos se encuentra probada la posesión ejercida por el demandante (...) sobre el predio pretendido, desde mucho antes del año 2009, por lo que la querrela y [su] fallo son la recolección histórica real que demuestran posesión anterior, por ello fallaron a favor».

(v) Finalmente, las aerofotografías debieron desecharse, porque *«fueron aportadas por el testigo Oscar Orlando Briceño Amarillo, quien manifestó tener estudios universitarios en geología con maestría y especialización (...), sin embargo, no probó esas calidades, tal como lo exige la norma por remisión al artículo 237 (sic) numeral 3 del Código General del Proceso (...), pues fungió en este caso como una prueba pericial»*.

CONSIDERACIONES

1. Régimen aplicable al recurso.

Es pertinente advertir que el recurso de casación en estudio se interpuso en vigencia del Código General del Proceso, de manera que todo lo concerniente al mismo se ha de regir por esa normativa.

2. Sistemática de resolución de los cargos.

Como viene de verse, el actor expuso sus cuestionamientos en segmentos separados. Sin embargo, en ellos abordó aspectos complementarios de la misma denuncia: de un lado, señaló las pruebas que consideró pretermitidas por el tribunal, y de otro, enlistó las que, en su opinión, fueron valoradas de manera contraevidente por ese cuerpo colegiado.

La Corte, entonces, prescindirá de esa disociación, y estudiará las acusaciones simultáneamente, atendiendo la regla contenida en el parágrafo 2 del artículo 344 del Código

General del Proceso, a cuyo tenor *«si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto»*.

3. El error de hecho como modalidad de violación indirecta de la Ley sustancial.

La comisión de un yerro fáctico de tal magnitud que comporte la violación indirecta de una norma sustancial presupone para su acreditación que, entre otras exigencias, se compruebe que las inferencias probatorias cuestionadas sean manifiestamente contrarias al contenido objetivo de la prueba; es decir, que el desacierto sea tan evidente y notorio que se advierta sin mayor esfuerzo ni raciocinio.

Además, como las sentencias llegan a la Corte amparadas por una presunción de legalidad y acierto, le incumbe al recurrente desvirtuarla, para lo cual debe realizar una crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que considera desacertados, con indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley, amén de hacer evidente la trascendencia del desacierto *«en el sentido del fallo»* y atacar, de modo eficaz e integral, todos los pilares de la decisión impugnada.

En esta precisa materia, la Corte ha explicado:

«El error de hecho (...) ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el

juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error "atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho" (G. J., t. LXXVIII, pág. 313). Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada (...).

Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, "cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio" del juez "está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio", lo que ocurre en aquellos casos en que él "está convicto de contraevidencia" (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es "de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso" (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que "se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía" (G. J., T. CCXXXI, página 644)» (CSJ SC 21 feb. 2012, rad. 2004-00649-01, reiterada en CSJ SC131-2018, 12 feb.).

Con similar orientación, se ha sostenido que

«(...) partiendo de la base de que la discreta autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas conduce a que los fallos lleguen a la Corte amparados en la presunción de acierto, es preciso subrayar que los errores de hecho que se les endilga deben ser ostensibles o protuberantes para que puedan justificar la infirmación del fallo, justificación que por lo tanto no se da sino en tanto quede acreditado que la estimación probatoria propuesta por el recurrente es la única posible frente a la realidad procesal, tomando por lo tanto en contraevidente la

formulada por el juez. Por el contrario, no producirá tal resultado la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como afirmación ilógica y arbitraria, es decir, cuando sólo se presente apenas como una posibilidad de que se haya equivocado. Se infiere de lo anterior, entonces, que cualquier ensayo crítico sobre el ámbito probatorio que pueda hacer más o menos factible un nuevo análisis de los medios demostrativos apoyados en razonamientos lógicos, no tiene virtualidad suficiente para aniquilar una sentencia si no va acompañado de la evidencia de equivocación por parte del sentenciador (...) (CSJ SC, 8 sep. 2011, rad. 2007-00456-01).

4. La prescripción extraordinaria como modo de adquirir el dominio.

4.1. Acorde con el artículo 2512 del Código Civil, «*lla prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas (...) por haberse poseído las cosas (...) durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales*». Aquella, además, puede ser ordinaria o extraordinaria, según si la posesión procede de justo título y buena fe (posesión regular¹), o no (posesión irregular); pero dados los contornos de este litigio, la Sala circunscribirá su análisis a la segunda modalidad, por haber sido la invocada en la demanda.

Con ese propósito, se resalta que el éxito de reclamos como el que ahora se estudia pende de la demostración del cumplimiento de varios requisitos concurrentes, a saber:

(i) **Poseción material (o física):** La prescripción adquisitiva encuentra su fundamento en el hecho jurídico

¹ Artículo 764, Código Civil, «*s]e llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión*».

denominado posesión, que no es otra cosa que la coincidencia de la aprehensión de la cosa por el poseedor (elemento *objetivo*), con la intención de este último de comportarse como dueño –o hacerse dueño– de aquella (elemento *subjetivo*).

La posesión, entonces, está conformada por dos elementos estructurales: el *corpus*, esto es, el ejercicio de un poder material, traducido en un señorío de hecho, que se revela con la ejecución de aquellos actos que suelen reservarse al propietario (*v.gr.*, los que refiere el artículo 981 del Código Civil²); y el *animus domini*, entendido como la voluntad o autoafirmación del carácter de señor y dueño con el que se desarrollan los referidos actos.

Así, mientras el *corpus* es un hecho físico, susceptible de ser percibido –directamente– a través de los sentidos, el *animus* reside en el fuero interno del poseedor, por lo que ha de deducirse de la manifestación de su conducta. Por consiguiente, no bastará con que el pretendido usucapiente pruebe que cercó, construyó mejoras o hizo suyos los frutos de la cosa, entre otros supuestos, sino que deberá acreditar que, cuando lo hizo, actuó prevalido del convencimiento de ser el propietario del bien.

(ii) **Posibilidad de apropiación privada de la cosa poseída:** Aunque el precepto 2519 del Código Civil consagraba solamente la imprescriptibilidad de los bienes

² «Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación...».

de uso público, el Código de Procedimiento Civil extendió esa limitación a toda la propiedad estatal, al consagrar en su artículo 407-4 que «[l]a declaración de pertenencia **no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público**», regla que reprodujo el canon 375-4 del Código General del Proceso.

Sobre el punto, tiene dicho la jurisprudencia que

*«[l]os bienes públicos (de propiedad pública, fiscales, de uso público o afectados a uso público), **están desligados del derecho que rige la propiedad privada**, y en cuanto tales comparten la peculiaridad de que son inembargables, **imprescriptibles** e inalienables. Es decir que el régimen de la usucapión **es exclusivo de los bienes susceptibles de dominio particular**, o, lo que es lo mismo, los bienes de dominio público no están cobijados por las normas que rigen la declaración de pertenencia, por lo que un eventual proceso de esta índole no tiene la aptitud de cambiar la naturaleza jurídica de un bien del Estado de imprescriptible a prescriptible» (CSJ SC1727-2016, 15 feb.).*

Consecuente con esa regulación, es necesario que en el trámite de pertenencia se verifique, suficientemente, la naturaleza privada del bien sobre el que recae la alegada posesión, pues de lo contrario, la frustración del *petitum* es ineludible.

Inclusive, la normativa procesal vigente facultó al juez para **«rechaz[ar] de plano la demanda o declar[ar] la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de**

alguna entidad de derecho público», habilitación que se erige como herramienta adicional de salvaguarda de la titularidad estatal.

(iii) Ejercicio ininterrumpido de los actos posesorios, por el término de ley: Acorde con la legislación civil, la presencia simultánea del *corpus* y el *animus* debe extenderse en el tiempo, sin interrupciones (naturales³ o civiles⁴), por un lapso predefinido por el legislador, de acuerdo con diversos ejercicios de ponderación entre los intereses abstractos en disputa.

Así, por ejemplo, son más breves los plazos de la prescripción ordinaria, o de la agraria que prevé el artículo 4 de la Ley 4 de 1973, pues el ordenamiento se decantó por privilegiar el acceso a la propiedad de poseedores que obraron de buena fe; en el primer caso, por la existencia del justo título antecedente, y en el segundo, por la legítima creencia de estar explotando tierras baldías, pese a ser realmente de propiedad privada (no aprovechadas por su dueño durante la ocupación).

³ Artículo 2523, Código Civil: «*La interrupción es natural: 1. Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada. 2. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título "De las acciones posesorias, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído"».*

⁴ Artículo 94, Código General del Proceso: «*La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado».*

Ya en lo que toca con la prescripción extraordinaria de inmuebles –que es la que interesa a este litigio–, el ordenamiento exige un mínimo de 10 años de posesión continua, siempre que los mismos se computen con posterioridad a la promulgación de la Ley 791 de 2002, lo que ocurrió el 27 de diciembre de ese año.

Por ende, si la demanda de pertenencia fue presentada antes del 27 de diciembre de 2012 (primera data en la que sería viable una hipotética prescripción extraordinaria decenaria), la suerte de la prescripción adquisitiva pendería de la acreditación de actos posesorios extendidos por 20 años, conforme lo disponía el texto anterior del artículo 2532 del Código Civil

Ello en obediencia a la pauta de tránsito legislativo que recoge el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, según la cual: *«La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir».*

4.2. Tampoco puede perderse de vista que la sentencia de pertenencia tiene efectos *erga omnes*, lo que ha motivado que este tipo de trámites contenga regulaciones especiales, orientadas a garantizar el debido proceso tanto de los titulares de derechos reales sobre el bien a usucapir,

como de los demás miembros de la comunidad que patenten un interés legítimo en esa disputa.

Verbigratia, la Ley 1564 de 2012 incluyó en el proceso verbal de pertenencia (artículo 375) reglas de publicidad, oponibilidad y verificación, como la necesaria inscripción de la demanda –cuando fuere procedente–, la noticia de la iniciación del juicio a entidades estatales como la UARIV o la Superintendencia de Notariado y Registro, el emplazamiento de los terceros, la instalación de vallas en lugares visibles de los predios y la práctica ineludible de la inspección judicial.

Para que todas estas previsiones no resulten inanes, y se frustre, por tanto, su finalidad –íntimamente ligada con el derecho a la defensa, que integra el bien *iusfundamental* del debido proceso–, es imperativo que en el escrito inicial se precisen, de forma prolija⁵, las características de la cosa poseída, de modo que puedan determinarse, *ab initio*, los verdaderos alcances de la pretensión de usucapión.

Con similar orientación, en la etapa probatoria deberá establecerse la identidad entre el bien descrito y aquel sobre el cual el convocante ejerció actos posesorios por el tiempo de ley, con el propósito de garantizar –cuando menos– que

⁵ Todo ello en armonía con lo dispuesto en el artículo 83 del Código General del Proceso, que dispone: «Las demandas que versen sobre bienes inmuebles los especificarán por su ubicación, linderos actuales, nomenclaturas y demás circunstancias que los identifiquen. No se exigirá transcripción de linderos cuando estos se encuentren contenidos en alguno de los documentos anexos a la demanda. Cuando la demanda verse sobre predios rurales, el demandante deberá indicar su localización, los colindantes actuales y el nombre con que se conoce el predio en la región. Las que recaigan sobre bienes muebles los determinarán por su cantidad, calidad, peso o medida, o los identificarán, según fuere el caso».

lo efectivamente poseído esté comprendido entre lo reclamado, todo ello en armonía con el principio de congruencia que deben observar los jueces civiles⁶.

4.3. En síntesis, como se elucidó en CSJ SC16250-2017, 9 oct.,

«(...) [s]iendo la propiedad tan trascendente, toda mutación en la titularidad, y con mayor razón, cuando se edifica a partir de la posesión material alegada por vía prescriptiva, aparece comprobar certera y límpidamente la concurrencia de los componentes axiológicos que la integran: (i) posesión material actual en el prescribiente; (ii) que el bien haya sido poseído durante el tiempo exigido por la ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; (iii) identidad de la cosa a usucapir; (iv) y que ésta sea susceptible de adquirirse por pertenencia.

A propósito de los señalados elementos, dijo esta Corte que “(...) para el éxito de la pretensión de pertenencia por prescripción extraordinaria, se deben comprobar cuatro requisitos: 1) Posesión material en el usucapiente. 2) Que esa posesión haya durado el término previsto en la ley. 3) Que se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida. 4) Que la cosa o derecho sobre el que se ejerce la acción sea [identificable y] susceptible de ser adquirido por usucapión (...)” (CSJ SC sentencia de 14 de junio de 1988, G. J. Tomo CXCI, pág. 278. Reiterada en sentencias 007 de 1 de febrero de 2000, rad. C-5135 y SC 8751 de 20 de junio de 2017, rad. 2002-01092-01).

De ahí, toda fluctuación o equivocidad, toda incertidumbre o vacilación en los medios de convicción para demostrar la prescripción, torna deleznable su declaración. Por esto, con prudencia inalterable, la doctrina de esta corporación en forma uniforme ha postulado que “(...) [n]o en vano, en esta materia la prueba debe ser categórica y no dejar la más mínima duda, pues si ella se asoma no puede triunfar la respectiva pretensión. De allí la importancia capital que ella reviste en este tipo de causas judiciales, más aún cuando militan razones o circunstancias que tornen equívoca o ambigua la posesión, la que debe ser

⁶ Artículo 281, Código General del Proceso: «No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último».

inmaculada, diáfana y exclusiva, rectamente entendida, de lo que se desprende que no debe arrojar la más mínima hesitación. En caso contrario, no podrá erigirse en perceptor de derechos.

Esta Corte, sobre el particular bien ha señalado que 'del detenido análisis del art. 2531 del C.C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es (...) suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia o clandestinidad' (LXVII, 466), posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad" (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)».

5. Posesión y tenencia.

Según el artículo 775 del Código Civil, la mera tenencia es aquella «*que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño*», como lo hacen el acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario, etc. En consecuencia, el mero tenedor carece del *animus domini*, reservado –como previamente se explicó– al fenómeno posesorio.

Tenencia y posesión tienen en común la manifestación de un poder de hecho sobre una cosa, pero carecen de comunicabilidad o interdependencia, porque la primera comprende apenas los actos que derivan de las facultades jurídicas conferidas en la convención que le sirve de fuente (esto es, usar y gozar de un bien conforme a su naturaleza y función intrínseca, en el marco de una relación obligacional

subyacente). La posesión, a su turno, vincula ese poder de hecho con la creencia de señorío, de modo que se desenvuelve 'sin limitaciones'⁷, como el dominio.

El *corpus* posesorio es de tal entidad que permite a cualquier observador razonable concluir que la conducta del poseedor es el trasunto directo y natural del ejercicio del derecho de propiedad. Y como este es de naturaleza *erga omnes*, sus actos de ejecución no pueden confundirse con los de quien hace uso de un bien, o lo disfruta, pero en desarrollo de un acuerdo intersubjetivo, o por la simple tolerancia o mera facultad del *verus dominus*.

Debe insistirse en que la tenencia solamente posibilita –y a eso aspiran los sujetos negociales– el ejercicio de las prerrogativas propias del acto jurídico que le antecede, el cual no comporta vocación o entidad traslativa –o constitutiva– de derechos reales, limitación que, además, no varía por el transcurso del tiempo, conforme lo dispone el artículo 777 del estatuto sustantivo civil⁸.

6. El abandono de la condición inicial de tenedor.

En algunos litigios, sirva este como evidencia, quien persigue la declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio inició su relación de hecho con la cosa sobre la que recae su *petitum* en virtud de algún título

⁷ Exceptuando, entre otras, las que deriven de la función social de la propiedad, reconocida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta Política.

⁸ «El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión».

de mera tenencia, tales como el arrendamiento, el comodato, o la simple tolerancia de que trata el artículo 2520 del Código Civil, entre otros.

Ahora bien, como «*el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión*», en estos eventos es ineludible determinar que esa condición inicial (mera tenencia) fue abandonada, como respuesta a una manifestación posterior de *animus domini* sobre el bien aprehendido, renovada voluntad que permite el surgimiento de una nueva relación entre la persona y la cosa (la posesión), en la que ya no media título o convención subyacente alguna, y que, por lo mismo, autoriza a iniciar el cómputo del plazo prescriptivo.

Pero, como puede intuirse, para el quiebre de una situación jurídica anterior (como los contratos de arrendamiento o comodato ya citados) será forzoso acreditar la dejación de la tenencia, con el surgimiento de la posesión, sin reconocimiento expreso o tácito del dominio del dueño, desplegada por el término de ley, sin violencia ni clandestinidad (ordinales 2º y 3º, *ibidem*); ello significa que, en el juicio de pertenencia, quien se hizo materialmente a una cosa como mero tenedor debe satisfacer un baremo demostrativo superior respecto del que la aprehendió, de inicio, con ánimo de señorío.

Cabe señalar que, en las primeras aproximaciones de la Sala a esta problemática, esas exigencias probatorias resultaban ciertamente estrictas, como puede advertirse en el fallo CSJ SC, 22 ago. 1957, G.J. t. LXXXVI, p. 11:

«La posesión, como simple relación de dominio de hecho, amparada por el orden jurídico, implica la vinculación de la voluntad de una persona a un "Corpus", como si esa relación emanara del derecho de propiedad. Por eso, se ha dicho con razón, que la posesión no es otra cosa que una exteriorización del dominio, un reflejo de este derecho fundamental, ya que el poseedor se vincula a la cosa, como si fuera un propietario y ejecuta los actos como si fuera dueño, sin respeto a determinada persona (...).

*El tenedor precario está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión; ello exige **la intervención de un título proveniente de un tercero que, considerándose también dueño, le confiera la posesión inscrita, y le dé una base a su declaración de que ejerce la posesión como dueño; pero solo desde el momento en que ocurra la intervención mencionada podrá oponer esa nueva situación jurídica a la posesión de aquel cuyo dominio siempre ha reconocido**».*

En esa oportunidad, esta Corporación estimó censurable que el demandante, hijo del *verus dominus*, quebrantara la confianza de su padre, que le había permitido habitar temporalmente un predio de su propiedad⁹. Por ello, exigió la mediación de un tercero, que, diciendo ser el verdadero dueño, le ofreciera al tenedor originario un nuevo título, que además debía ser inscrito, como justificante para abandonar la tenencia y hacer surgir, de forma excepcional, la posesión.

Posteriormente, y tras establecer que tan inflexible requerimiento podría reñir con la naturaleza factual de todo acto posesorio, la Sala morigeró su postura, aunque sin desconocer el parámetro demostrativo más estricto que establece el artículo 2531-3 del Código Civil, y que supedita

⁹ Artículo 220, Código Civil: «*Constituye también precaria la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño*».

el triunfo de quien se afirma poseedor, habiendo sido alguna vez mero tenedor, a la prueba de:

(i) Las circunstancias de tiempo y modo en las que surgió su posesión (y feneció, correlativamente, la relación tenencial), debiéndose insistir que solo desde el instante en el que se pruebe que ello ocurrió, podrá iniciar el conteo de cualquier lapso prescriptivo;

(ii) La revelación de esa novedosa condición al propietario –o a la contraparte de la relación de tenencia–, a través de un acto inequívoco de rebeldía, que contraríe el reconocimiento tácito de dominio ajeno que derivaría de la aparente inalterabilidad del vínculo tenencial inaugural; y

(iii) El desarrollo de actos posesorios sin vicios de violencia o clandestinidad, a los que se refiere el artículo 774 del Código Civil, así: *«Existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la posea sin serlo, o contra el que la tenga en lugar o a nombre de otro. Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento, o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente. Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella».*

Con relación a esta temática se ha pronunciado la Sala, diciendo:

*«[Q]uien (...) admite, sin más, que alguna vez fue tenedor (...) asume la tarea de acreditar **cuándo** alteró su designio y **cómo** fue que abandonó la precariedad del título para*

emprender el camino de la posesión (...). Como el cambio de ánimo que inspira a quien pasa de ser tenedor a poseedor está confinado a la reconditez de su conciencia, no puede ser resistido o protestado por el dueño mientras no se exprese abiertamente por actos inequívocos o señales visibles **cuya demostración tórnase rigurosa en extremo.**

A pesar de la diferencia existente entre la tenencia y la posesión y la clara disposición del artículo 777 del C.C. en el que se dice que "el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión", puede ocurrir que cambie la intención del tenedor de la cosa (...) colocándose en la posibilidad jurídica de adquirir el bien por el modo de la prescripción, [lo] que debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del propietario, y que debe acreditarse plenamente por quien se dice poseedor, tanto en lo relativo al momento en que operó (...), como en los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, pues para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, **no puede computarse el tiempo en que se detentó el bien a título de mera tenencia, que no conduce nunca a la usucapión y sólo a partir de la posesión podría llegarse a ella, si se reúnen los dos elementos a que se ha hecho referencia, durante el tiempo establecido en la ley.**

Sobre este particular, en sentencia del 15 de septiembre de 1983 esta Corporación dijo: "Y así como según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquel. **Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil exige, a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad.**"

En pronunciamiento posterior sostuvo así mismo la Corte: (...) "Los actos de desconocimiento ejecutados por el original tenedor (...) han de ser, como lo tiene sentado la doctrina, que contradigan, de manera abierta, franca e inequívoca, el derecho de dominio que sobre la cosa tenga o pueda tener la persona del contendiente opositor, máxime que no se puede subestimar, que de conformidad con los artículos 777 y 780 del Código Civil, **la**

existencia inicial de un título de mera tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella. (Sent. de abril 18 de 1989)» (CSJ SC, 24 mar. 2004, rad. 7292).

7. Análisis del cargo.

7.1. Reseña de las pruebas recaudadas.

Para facilitar el abordaje de los cuestionamientos propuestos, resulta necesario relacionar el contenido de los medios de convicción que militan en el expediente, para verificar, a partir de su análisis conjunto, los hechos que a partir de allí pueden entenderse demostrados:

(i) El señor Carvajal adosó a su demanda la escritura pública n.º 2354 de 21 de junio de 1996, que recoge el acto de división material del predio con folio de matrícula 50C-1419223¹⁰ (dando lugar a la parcela materia de usucapión); el certificado de tradición del predio¹¹, y el de existencia y representación legal de Cemex¹².

(ii) También arrimó un plano arquitectónico del fundo¹³, el «formulario para declaración sugerida del impuesto predial unificado», que corresponde al año 2009 (sin pago)¹⁴, y copia de la «querrela policiva consistente en lanzamiento de ocupación de hecho contra el señor José Arcenio Ramírez», que

¹⁰ Folios 2 a 6, cdno. 1.

¹¹ Folio 7, *ib.*

¹² Folios 12 a 31, *ib.*

¹³ Folio 39, *ib.*

¹⁴ Folio 32, *ib.*

formuló el actor ante la «*Secretaría General de Inspecciones de Policía de Fontibón*»¹⁵.

(iii) Cemex acompañó a su escrito de excepciones algunas aerofotografías de la zona donde se encuentra el predio en contienda¹⁶, así como los «*formulario[s] para declaración sugerida del impuesto predial unificado*» y facturas del tributo «*valorización por beneficio local "plan formar ciudad"*» de las anualidades 2002 a 2009¹⁷, con constancia de pago.

(iv) Igualmente, presentó varias misivas que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (en adelante, EAAB) había dirigido a la demandada, relacionadas con la oferta de compra del inmueble y la autorización para iniciar algunas obras de construcción, documentos acompañados de varios planos y fotografías del terreno¹⁸.

(v) El 28 de marzo de 2012 se recaudó la declaración de Efraín Martín Barreto, quien dijo conocer al actor «*de trato vista y comunicación, en Fontibón, en el predio que él tiene en posesión desde hace más o menos 27 años. Yo llegaba ahí a trabajar donde él, en el predio que tiene en posesión, haciendo mandados, ayudando a reforzar cercas, ver el ganado, llevar leche a los vecinos, quehaceres del lote*», anotando luego que el poseedor «*llegó [al inmueble] porque estaba desocupado, no se la fecha exacta, él tenía una casa prefabricada como en el año 85, 86*»¹⁹.

¹⁵ Folios 33 a 38, *ib.*

¹⁶ Folios 80 a 85, *ib.*

¹⁷ Folios 89 a 95, *ib.*

¹⁸ Folios 96 a 117, *ib.*

¹⁹ Folios 245 a 247, *ib.*

(vi) En la misma fecha testificó José Vicente Vanegas Barbosa, manifestando que conocía al señor Carvajal Álvarez «hace como unos 27 o 28 años, ahí en la finquita casi pegada a la Y del Vergel», a quien consideraba poseedor porque «yo no he visto nadie más ahí». Sin embargo, no recordó cómo fue que aquel ingresó al predio, y luego convino que visitó el sector solamente «desde el 98 y hasta el 2005»²⁰.

(vii) Juan Manuel Ortega Rodríguez dijo que «hace 25 años lo conozco [al demandante], porque yo llegué a Fontibón en el año 85. Llegué a trabajar a una finca llamada San Alejo que queda a cuatro cuadras de donde él vivía. Cuando yo llegué a trabajar a esa finca, yo llegué a cuidar animales, como cerdos, vacas o gallos. La manera de conocernos con él es porque los animales que yo cuidaba se pasaban p'al (sic) predio donde él estaba, igual pasaba de allá para acá. De ahí adquirimos una buena amistad (...). A partir del 94 hicimos una sociedad dentro del lote donde él cuidaba cerdos y vacas. Él vivía ahí en una casita prefabricada con su señora y sus tres hijas. De ahí duramos 8 años en una sociedad (...). Él tenía muy bien arreglada su casa, me parece que tenía cocheras. Los vecinos lo admiraban porque la señora tenía un jardín muy bonito (...), sembraban para el gasto de la casa, sembraban hortalizas tales como cebolla, maíz, zanahoria, tenían pollos, gallinas».

Y concluyó diciendo que los vecinos identifican al actor «como dueño, yo creo, porque ha sido el poseedor de ahí»²¹.

(viii) El 22 de mayo de 2012 se llevó a cabo la inspección judicial, diligencia que fue atendida por Misael Roncancio, quien manifestó ser «el cuidandero» de la finca

²⁰ Folios 248 y 249, *ib.*

²¹ Folios 250 a 252, *ib.*

desde el 10 de diciembre de 2009; además, reconoció como propietario al aquí demandante, porque *«paga los impuestos (...) y él me dijo que [el inmueble] era de él»*²².

(ix) El 26 de junio de esa anualidad declararon José Gonzalo Hernández Moreno y Eliberto Casas. El primero exteriorizó que *«al señor Pedro Nel Carvajal Álvarez lo conozco desde 1987, porque él me recogía los desperdicios (...), nosotros se los llevábamos a una finca donde él estaba allá por la calle 13, a la entrada del río Fucha, él vivía ahí en una casita prefabricada y ahí cerca tenía las corralejas del ganado y las cocheras de los marranos (...). Después al tiempo yo volví y había un señor, un tal Olivo Vásquez, que era el que le ayudaba a cuidar la finca a don Pedro. Como yo la iba con don Pedro, y al darme cuenta yo que el trabajo era como bueno, entonces yo le dije [que] me diera un rinconcito para quemar también (...) y duré trabajando con ellos como unos ocho años. Durante ese tiempo, él nos dio permiso de hacer unos cambuches para acampar cuando llovía»*.

Finalmente, al responder la pregunta *«¿a quién considera usted el dueño del inmueble objeto de usucapión?»*, contestó que *«a don Pedro Nel Carvajal Álvarez, pues siempre él ha estado ahí, eso hace como 25 años, yo nunca he visto a nadie más por allá»*²³.

El segundo testigo anotó que *«cuando yo tenía 11 o 12 años yo iba con mi padrino, él [se refiere al demandante] tenía su casa prefabricada y donde guardaba los marranos, que era de madera eso, las cocheras y el lote era encerrado, para la entrada tenía un broche, que cuando no estaba él nos abría la esposa, doña Bernarda. Después del 95, cuando los señores que hacían carbón como ellos prácticamente se mantenían haciendo carbón, yo les compraba (...). Desde esa edad*

²² Folios 259 y 260, *ib.*

²³ Folios 267 a 270, *ib.*

de 11 años lo conozco, y siempre lo he visto a él en ese terreno, sí, porque tenía la casita ahí, y era el que mandaba a la otra gente que hacía carbón (...). Yo considero que [el predio] es de don Pedro Nel Carvajal Álvarez, porque siempre él mantuvo ahí en el terreno y hasta la fecha 2008, cuando quemaron la casita que estaba cuidando el celador»²⁴.

(x) El 11 de julio de 2012 declaró el geólogo Oscar Orlando Briceño Amarillo, quien manifestó haber sido contactado por la sociedad demandada en el decurso de este juicio para «realizar un análisis multitemporal del predio», el cual aportó en el decurso de la audiencia, y cuyas conclusiones, construidas a partir de aerofotografías del archivo del IGAC, expuso así: «La primera fotografía que es del año de 1976, permite reconocer el predio como un potrero rural con cobertura principalmente de pastos, con un rellano en la parte sur, posiblemente para el control de inundaciones. Para el año 1990, se mantiene una situación muy parecida al año 1976, en la que el predio es básicamente un potrero sin ningún tipo de vegetación o intervención, ni siquiera hay bullas (sic). Para 1998 se mantiene una situación muy parecida a 1976, con un predio básicamente siendo un potrero. Para el 2004 el predio sigue siendo un potrero con pastos, y se observa que el proceso de urbanismo se le va acercando por el norte. Quiere decir esto que predios ubicados al norte fueron rellenados, y se están usando como parqueadero de tractomulas, pero el predio sigue siendo un bajo que no ha sido rellenado, solo con pastos básicamente (...). Según las fotografías aéreas 323 y 324 del vuelo IGAC R1131, realizado en abril de 1990, no se observa ningún tipo de construcción en el predio»²⁵, situación que se mantuvo, según el testigo, hasta después del año 2007.

²⁴ Folios 271 a 273, *ib.*

²⁵ El trabajo aportado obra a folios 282 a 315, y la declaración a folios 316 a 326, cdno. 1.

(xi) El perito designado, Carlos Julio Vergara Huertas, aportó su experticia (junto con algunos planos y fotografías adicionales), precisando que *«el inmueble que se encuentra en el terreno (...) es una casa de habitación en obra negra, de una planta, puertas metálicas rústicas, zona de comedor, piso en cemento, techos en concreto, muros sin pañetar, dos alcobas, baño, hall de escaleras que sube a la plancha que da al segundo piso, el cual se encuentra sin construir. Las mejoras datan de dos años, se encuentran en regular estado de conservación»*²⁶.

(xii) El 14 de agosto de 2012 declaró Álvaro Urrea Peñalosa, contador público que se desempeñó como jefe de activos fijos de Cemex. En su testimonio, indicó: *«Dentro de mis funciones en el área fiscal estaba la de cumplir con las obligaciones generadas en los inmuebles, específicamente el pago del impuesto predial de los predios de propiedad de la compañía. En esto mi función correspondía a (sic) preparar las declaraciones del impuesto predial y pagarlas (...), por lo que debía hacer inspección física de cada uno de los inmuebles de la compañía. En el año 2000 fue la primera vez que hice una visita de reconocimiento al predio, de igual forma, y para ese mismo año, Cemex debía preparar el avalúo corporativo de todos los activos fijos de la compañía en Colombia. Este trabajo fue adelantado por la compañía Corporación Inmobiliaria, y personalmente acompañé a los funcionarios para que adelantaran la inspección física del predio (...). Debo anotar que en la inspección inicial que hice, y posteriormente con los funcionarios de la corporación inmobiliaria que presentaron el avalúo se evidenció que el predio no tenía ninguna ocupación, que por estar al lado del río Fucha, permanecía anegado y, además, el olor era bastante fétido (...). Como Cemex Colombia debe realizar avalúos corporativos cada 3 años, para el año 2003 este avalúo fue preparado por la compañía Cemex Administraciones Ltda., y personalmente hice la inspección del avalúo; de igual forma, en la inspección física se*

²⁶ Folios 329 a 368, *ib.*

evidenció que el inmueble no tenía ninguna ocupación. En el año 2006 fui notificado por parte de la Empresa de Acueducto para iniciar los trámites de compra de parte del predio, para adelantar la canalización del río Fucha. De esta oferta me notifiqué personalmente, y en el avalúo de la Sociedad Colombiana de Arquitectos (...) en ninguna parte se cita que hubiese ocupación del inmueble. Cumpliendo con las funciones de mi trabajo, seguía efectuando visitas a los inmuebles, aproximadamente en el año 2007 encontramos en la parte sur occidental y sobre la orilla del río Fucha unas personas que desarrollaban funciones de quema de madera (...). En alguna ocasión me entrevisté con este señor con el fin de solicitarle que tenía que desalojar el predio (...), y él me manifestó que el área y la zona en que estaba ubicado era la zona de protección de la ronda del río»²⁷.

(xiii) El 25 de junio de 2013 se recibió el interrogatorio de parte del demandante. En esa oportunidad, el señor Carvajal Álvarez afirmó haber ingresado al predio «por intermedio de un cuñado que tengo, trabaja con los Echavarría de Medellín, y él me contactó con el administrador general de la familia Díaz Canal en 1982, y ellos me contrataron y yo seguí trabajando ahí. Trabajé todo ese año 1982, y parte del 83, y hasta ahí me pagaron y ellos no me volvieron a pagar sueldo ni nada. Yo llegué ahí a una casa prefabricada (...). Desde esa época, al yo verme sin sueldo, opté por recibir unas vaquitas en aumento e hice unas cocheras, y hubo gente que me dieron (sic) unos marranos en aumento».

Más adelante dijo que «esta gente empezó a vender los lotes, los dueños de la finca como que comenzaron a vender los lotes por partes, a diferentes dueños, y yo me fui quedando allí en ese rincón donde estoy (...). Como que los que compraron comenzaron a rellenar, y es lógico que el lote que yo cuido quedó fue un hueco, un hoyo, en ese sentido nos perjudicaron (...). Pero esa esquina quedó ahí, y yo la seguí

²⁷ Folios 373 a 382

cuidando y eso no me han dicho sálgase, vendimos, en ninguna forma me han dicho»²⁸.

(xiv) Por último, se anexó en copia la totalidad del expediente contentivo de la actuación policiva a la que se ha hecho previa referencia, foliatura dentro de la que reposan, entre otros, los siguientes medios de convicción:

a) Diligencia de descargos del señor Olivo Vásquez Ayala, llevada a cabo el 13 de diciembre de 2007, en la que este aseveró: *«Yo prácticamente llevo viviendo en ese lugar doce años (...). Yo llegué a trabajar ahí sin nadie llevarme, llegué solo y en forma voluntaria (...). Lo único que sé es que dicen que el propietario de este terreno es Cemex, pero en los doce años que llevo en este terreno a la fecha no ha aparecido nadie a reclamar».*

Además, al ser informado sobre la posibilidad de restituir voluntariamente el espacio que ocupaba en la ronda del río Fucha, el señor Vásquez Ayala dijo: *«No. Yo no estoy en condiciones de restituir ese terreno, pues yo le di poder a un abogado para que me represente ante las autoridades, de tal manera que el abogado se responsabiliza del caso y me reclama lo que me pertenece por ley»²⁹.*

b) Denuncia formulada el 4 de marzo de 2008 por el mismo Olivo Vásquez Ayala (ante la Estación de Policía Fontibón), donde este puso en conocimiento de las autoridades lo siguiente: *«Yo denuncié al señor José Arcenio Ramírez porque el día de ayer, como a las ocho y media de la noche, yo había salido a comer, y cuando yo iba de regreso, encontré la casa*

²⁸ Folios 456 a 459, cdno. 1-A.

²⁹ Folios 8 y 9, cdno. 1-B.

ardiendo, y lo hago responsable a él, porque él me había dicho ayer como a las dos de la tarde que me fuera, que no respondía por la vida mía, y me trató hasta de desechable, y me dijo que me quemaba el rancho, y trató mal al señor abogado que se encontraba ahí en ese momento haciendo una diligencia con nosotros por la posesión del lote, que ya hace trece años viviendo ahí y los que me dejaron ahí fueron los antiguos cuidanderos Pedro Carvajal y el señor Juan Ortega»³⁰.

c) Declaraciones extraprocesales, rendidas el 31 de marzo de 2008 ante el Notario 55 del Círculo de Bogotá, en las que Efraín Martín Barreto, José Gonzalo Hernández Moreno y Orlando Muñoz Quiroga afirmaron conocer al hoy demandante desde hace 24, 20 y 17 años, respectivamente, considerándolo como *«poseedor del predio ubicado en la calle 13 (Avenida Centenario) # 90-89, denominado “Finca El Vergel”, detrás de la estación de bombeo del acueducto y detrás del parqueadero “El Playón” de la localidad de Fontibón»*³¹.

d) Diligencia de verificación por ocupación de hecho de 3 de julio de 2008, que fue atendida por José Arcenio Ramírez Prado, quien señaló: *«Nunca he sido dueño del predio querellado, el señor Pedro Nel Carvajal no ha sido dueño del predio querellado [y] nunca ha estado durante los últimos cinco años en el predio que yo he cuidado desde el lado occidental, donde hay un parqueadero de mulas (...). Lo cuidé durante los últimos cinco años, y me consta que durante ese tiempo la única persona que estuvo ahí viviendo en la ronda del río es el señor Olivo Vásquez. A partir de hace cuatro meses, un domingo el señor Olivo con casi todas las personas reunidas, uno de ellos el señor Edilberto Casas, el señor Gonzalo Hernández, el señor Alejandro Cañón vinieron a cercar el lote ubicado ahí en el occidente (...), no lo dejé cercar, llamé a la policía y que no*

³⁰ Folio 11, *ib.*

³¹ Folios 12 a 14, *ib.*

podían hacerlo porque no eran propietarios, yo como cuidandero llamé a Cemex, empresa de concreto dueños del predio, para que trajeran celadores para cuidar el lote por los problemas que estaban sucediendo»³².

7.2. Plausibilidad del análisis del tribunal.

Con apoyo en lo consignado previamente, emerge que varios de los testimonios trasuntados parecerían respaldar la versión del demandante, según la cual él habría ocupado el lote de la Avenida Centenario n.º 90-89 a partir del año 1987, sembrando allí pastos, edificando construcciones rústicas y ejerciendo actividades como la quema de carbón vegetal y la ganadería de reses y cerdos.

No obstante, obran también múltiples evidencias que apuntan en la dirección opuesta, como las declaraciones de Oscar Orlando Briceño Amarillo y Álvaro Urrea Peñalosa o las fotografías aéreas que tomó el IGAC entre 1990 y 2007, que refieren a la inexistencia de mejoras o vestigios de posesión antes de esa última anualidad; así como los documentos de soporte de las negociaciones adelantadas entre Cemex y la EAAB, en los que no aparece constancia de edificaciones u ocupantes, pese a la importancia que supone elucidar esos puntos en el marco de una compraventa.

Asimismo, en las actuaciones policivas milita una denuncia formulada por Olivo Vásquez Amaya, que se

³² Folios 97 y 98, *ib.*

atribuyó reiteradamente la condición de poseedor del predio, y señaló al hoy convocante como el anterior «cuidandero»; y reposa la versión de José Arcenio Ramírez Prado, quien apuntó que el inmueble había sido invadido en el año 2007 por varias personas, encabezadas por el mismo Vásquez Amaya y algunos de los testigos que comparecieron a este juicio por solicitud del señor Carvajal Álvarez.

En ese escenario, emerge con claridad que el entendimiento del material demostrativo que propone el recurrente no era el único posible, lo que a su vez revela que los cargos estudiados buscaban, simplemente, un replanteamiento del debate probatorio, para que, de los distintos cauces fácticos que muestra la evidencia, la Corte eligiera aquel que favorece los intereses del usucapiente, propósito ajeno a este recurso extraordinario.

Recuérdese que la jurisprudencia inalterada de esta Corporación ha especificado que

«(...) la acusación por la comisión de un error de hecho (...) representa una interpelación a uno de los sentidos del tribunal (...), ya porque no vio lo que en el expediente refulgía, o porque engañado vio lo que en él no hallaba refugio, guiado así por una mera ilusión. Se trata de una crítica a la percepción material, a la apreciación física o, si se quiere, a la contemplación objetiva de las pruebas, siempre que ello lleve al juzgador a adoptar una decisión contraria a las normas de derecho sustancial que han debido gobernar el caso sometido a su consideración.

*(...) De ahí que con insistencia se recuerde que la invocación del error de hecho **no sirva al propósito de reabrir el debate sobre el alcance o el sentido que debe darse a las pruebas, porque eso va mucho más allá de su contemplación física.** Es más, la naturaleza extraordinaria del recurso, que autoriza a*

las partes para valerse de la casación en las concretas hipótesis autorizadas por el legislador, al amparo siempre de las causales taxativamente señaladas para ese efecto, restringe la competencia de la Corte al examen material de las pruebas cuando se alega la ocurrencia de un error de hecho, análisis que se habilita más allá de las instancias **solo para ver de establecer si acaeció un desacierto mayúsculo y trascendente en su contemplación.**

No es posible en esta sede y en un evento tal, **abordar el entendimiento o el alcance que el tribunal le dio a los elementos de juicio, porque de ser así, ya no haría un control objetivo sobre la existencia de las pruebas —como autoriza con estrictez la ley—, sino que la Corte entraría a juzgar un acto intelectual, como sin duda es asignar sentido o interpretar los vestigios de una determinada información para verificar la posible existencia de un hecho, tarea en la cual, valga decirlo, es posible la concurrencia de diferentes conclusiones fácticas, como que, al fin y al cabo, las vivencias, la perspicacia, la experiencia y las diferentes herramientas del proceso cognoscitivo, no son iguales en todos los individuos y, de contera, tampoco han de serlo en los juzgadores. De ahí la necesidad de respetar la valoración de las pruebas que hacen los jueces de instancia, porque sería insostenible que solo el juez de la casación tuviera el monopolio de la razón a la hora de elucidar el recto entendimiento de las pruebas allegadas.**

Es más, si al amparo del error de hecho la Corte hiciera una nueva valoración de las pruebas para encontrar el que pudiera ser su más genuino **sentido, la casación, extraordinaria por antonomasia, pasaría a convertirse en una tercera instancia, lo cual, desde luego, se opone a las formas y finalidades propias del recurso y, de paso, desconocería el principio de la doble instancia, así como la independencia y autonomía judicial, que la misma Constitución consagra de manera expresa en los artículos 29 y 228.**

Y aunque en ocasiones se haya dicho que la interpretación arbitraria de las pruebas es susceptible de atacarse por esta vía, ello solo es posible en aquellos eventos, en los cuales la estimación de los diversos elementos de juicio que obran en el expediente **es tan absurda y contraevidente, que se asimila en un todo a su falta de observación material.** En ese camino, le corresponderá al recurrente demostrar que la

valoración de las pruebas que él presenta ante la Corte es la única posible y que, por lo mismo, excluye tajantemente la que hizo el tribunal, que pecaría entonces por ser un agravio a la razón.

No se olvide que "cuando se clausura la primera instancia, es posible que las partes, apoyadas en razonamientos plausibles o, incluso, validas de una infundada obstinación, tomen las pruebas que militan en el expediente e intenten, a su manera y bajo su siempre interesada perspectiva, una nueva lectura, diferente a la que hace el juez en su sentencia, para construir razonamientos distimiles a partir de los mismos elementos de convicción.

Sin duda, el escenario democrático del proceso debe permitir en el curso de las instancias ese tipo de ejercicios, pues la confrontación dialéctica enriquece el debate judicial y provoca reflexiones de gran valía a la hora de dar solución a la controversia, lo cual hace del diálogo un instrumento fundamental en el afán de hallar la verdad. Para ello, precisamente, se llama a las partes con el fin de que ilustren con fundamento la alzada –cuando ella procede–, recurso en cuya decisión han de analizarse los argumentos oportunamente expuestos, con miras a someter la sentencia al veredicto de la razón, en un escenario crítico en el que los contendientes procesales han de expresarse en identidad de circunstancias.

Pero si así sucede en las instancias, no pasa lo mismo cuando el asunto llega al estrado de la Corte, y las quejas del censor se enfilan por la vía indirecta de la causal primera de casación, por la existencia de un error de hecho. En este último evento, el debate sobre los supuestos fácticos de la controversia ha de ser algo más que una simple confrontación de pareceres, pues la estimación de la prueba que en segunda instancia hace el tribunal –en principio– pasa a ser la última posible en sede judicial, en tanto que de ahí en adelante queda excluida toda conjetura alrededor de los medios de convicción, de modo que por esta vía no podrían privilegiarse nuevas representaciones a partir de las mismas probanzas, ni reabrirse discusiones en torno a la valoración de las pruebas, máxime cuando la finalidad de esta impugnación extraordinaria es corregir la contraevidencia del fallo, si es que hay un error desmesurado que se alce ante los ojos de la Corte con su sola descripción.

*La discusión asume entonces otros perfiles, porque aquella reconstrucción histórica que hace el tribunal en relación con los hechos debatidos ha de prevalecer sobre la que intentan hacer las partes en el estrado de la Corte, en tanto que según se ha dicho desde antaño, **aquí se predica del fallo la presunción de acierto y, por lo mismo, se da por averiguado que las pruebas fueron correctamente contempladas y valoradas, en forma individual y en conjunto.***

*(...) Por ende –se insiste– la prosperidad de la acusación, cuando se denuncia la eventual comisión de un error de hecho atribuible al tribunal, **solo puede abrirse paso cuando se pone en evidencia, de manera palpable, que la reconstrucción sobre los hechos que hizo el juzgador de segundo grado es completamente absurda, infundada y alejada por completo de lo que dejan ver los medios de convicción, porque las pruebas fueron, ya pretermitidas, ora supuestas, o porque se traicionó su contenido material, haciéndolas decir lo que no dicen. Cualquier otro intento por erosionar el fallo con base en interpretaciones posibles de los medios de convicción que obran en el expediente, resulta infructífero, en tanto que la argumentación que se debe traer a la Corte no se debe limitar a emular al tribunal en la elaboración de una lectura de la prueba con la pretensión de que sea más aguda y perspicaz, ni debe contentarse con demostrar que existe otra posible representación de los hechos, sino que el casacionista debe ofrecer la que por fuerza de la razón es la única interpretación posible y que, además, el tribunal no vio**” (Sent. Cas. Civil, mayo 25/2010, Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01) (CSJ SC, 15 abr. 2011, rad. 2006-00039-01).*

En adición a lo expuesto, la Sala estima necesario abordar algunos aspectos puntuales de las acusaciones del demandante, con el fin de ratificar la plausibilidad de la tesis en la que se fincó la sentencia de segunda instancia:

(i) Es cierto que a uno de los avalúos practicados en el marco de la negociación entre la demandada y la EAAB se anejó una fotografía panorámica, donde aparecen algunas

reses en el predio, así como una cerca desgastada³³. Pero la sola presencia de esos elementos dista mucho de corresponder a los vestigios de una posesión veintenaria, como la que defiende el señor Carvajal Álvarez.

Ciertamente, el mencionado soporte gráfico muestra un lote en estado de abandono, carente de cerramiento adecuado, con pastos en mal estado y sin rastro alguno de «cuidanderos», edificaciones, «cambuches», jardines o corrales, como los que se describieron en la demanda y en algunos testimonios, de modo que dicho documento pictórico carece de la significación que el actor pretende darle.

(ii) Respecto a las declaraciones de Olivo Vásquez Ayala ocurre algo similar. La transcripción compendiada en el acápite anterior muestra que este jamás convino en la posesión que alega el casacionista, y que, de hecho, pareció considerarse a sí mismo como propietario del bien, según se sigue de afirmaciones como *«yo le di poder a un abogado para que me represente ante las autoridades, de tal manera que el abogado se responsabiliza del caso y me reclama lo que me pertenece por ley»*.

(iii) En atención a lo dispuesto en el artículo 228-7 del Código de Procedimiento Civil, entonces vigente, el juez de primera instancia dispuso que el testigo técnico Oscar Orlando Briceño Amarillo entregara varios de los documentos que mencionó en su declaración (puntualmente las aerofotografías del IGAC y el «análisis

³³ Folio 210, cdno. 1-B.

multitemporal del predio» que le encargó Cemex), para incorporarlos a la foliatura.

Contra esa determinación, que luce ajustada al ordenamiento, el demandante no expresó su inconformidad, ni realizó manifestación durante el término de traslado correspondiente, de modo que resulta novedoso cualquier alegato relacionado con la ilegalidad de las documentales; ello sin que sobre insistir en que lo atinente a la adecuación formal de la incorporación de una prueba al proceso pertenece al ámbito del error de derecho, no al de hecho.

(iv) Como colofón, el señor Carvajal Álvarez narró ante esta sede excepcional que la ausencia de vestigios de mejoras anteriores al año 2007, patentizada en la inspección judicial y las aerofotografías, obedeció a que *«las construcciones efectuadas por el demandante entre el año 1987 al año 2008 las hacía en madera, teja de zinc y paroy (...) y pasaron por varias inundaciones y un incendio»*.

Para la Sala, si bien esa sucesión de calamidades sería posible, igualmente lo sería deducir, en contraposición, que sobre ese inmueble no hubo intervención del hombre antes de la mencionada calenda, inferencia que coincidiría con el dicho de Álvaro Urrea Peñalosa, el trabajo técnico del geólogo Briceño Amarillo y las fotografías aéreas y avalúos especializados que estos aportaron, y que a pesar de registrar –objetivamente– el estado de la heredad en distintas épocas, no dan cuenta de ninguna obra civil.

7.3. La falta de trascendencia de la censura.

Si, en gracia de discusión, se concluyera que los yerros de hecho denunciados tuvieron lugar, un elemento adicional impediría la prosperidad de la impugnación extraordinaria: que el señor Carvajal Álvarez entró a la finca objeto de su *petitum* como mero tenedor (según él mismo lo admitió), sin que medie en el expediente prueba alguna relacionada con el abandono de esa condición primigenia.

Nótese que, en su interrogatorio de parte, el actor confesó que fue encargado por «*el administrador general de la familia Díaz Canal*» para el cuidado de la finca, reiterando luego que «*esa esquina quedó ahí, y yo la seguí cuidando*». Análogamente, en la demanda de sustentación insistió en que «*el señor Olivo Vásquez conocía la forma como ingresó al predio Pedro Nel, lo era como otrora vigilante*», todo lo cual refrenda la versión de Vásquez Ayala, quien dijo que «*los que me dejaron fueron los antiguos cuidanderos Pedro Carvajal y Juan Ortega*».

Así las cosas, habiendo aprehendido la heredad en virtud de una expresión de voluntad subyacente de quien él reconocía como propietario (el encargo del «*administrador general de la familia Díaz Canal*»), al convocante le era ineludible acreditar que esa relación jurídica se extinguió en un punto determinado, para que germinaran los actos posesorios, en el sentido explicado en la sexta de las consideraciones que anteceden. Pero nada de eso se probó en el decurso del proceso.

En adición, como el simple paso del tiempo no muda la tenencia en posesión, el señor Carvajal Álvarez debió establecer el momento específico en el que la aprehensión material del predio empezó a ser acompañada de su intención de hacerse dueño, lo que no hizo, pese a que la indeterminación de tal hito temporal conlleva la imposibilidad de establecer si la alegada posesión se habría extendió por el tiempo que exige la ley.

Y siendo ello así, resulta inviable caracterizar las conductas que dijo haber desplegado el convocante como verdaderas manifestaciones de repudio de su rol inicial (de mero tenedor), o como signos de obrar a título de dueño, porque la citada orfandad probatoria termina encubriendo la naturaleza de actos que pudieran ser comunes a tenencia y posesión (como el cercamiento, la construcción de «cambuches» o la crianza de animales de granja).

Por consiguiente, aun si se quebrara el fallo del *ad quem*, el de reemplazo que dictaría la Corte tendría que desestimar –de nuevo– la demanda, lo cual muestra la futilidad de la acusación, y sella la suerte adversa de los cuestionamientos, porque tal como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala,

«(...) en sede casacional, los errores no sólo deben ser evidentes, sino también trascendentes, lo que significa que el recurrente debe acreditar que el yerro "fue determinante en relación con la decisión judicial que se combate" (cas. civ. de 27 de octubre de 2000; exp: 5395), "hasta el punto de que su verificación en el recurso conduzca por necesidad a la infirmación del fallo con el fin de restablecer por este medio la legalidad

sustancial quebrantada” (CCLII, pág. 631), de donde se colige que si la equivocación es irrelevante, “*la Corte no debe ocuparse del examen de los errores delatados, dada su inocuidad*” (CCXLIX, pág., 1605)” (SC17154-2015, 14 dic.).

8. Conclusión.

Comoquiera que no se acreditó la comisión de pifias evidentes en la labor de valoración probatoria del tribunal, ni se demostró tampoco la trascendencia de las censuras en el sentido del fallo confutado, los cargos no se abren paso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia de 1 de febrero de 2019, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que promovió Pedro Nel Carvajal Álvarez contra Cemex Colombia S.A. y terceros indeterminados.

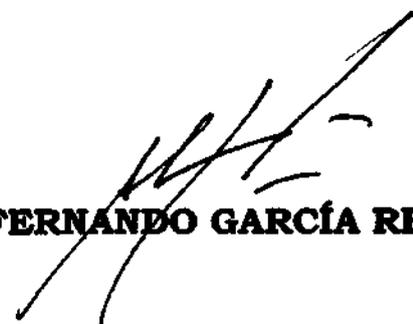
SEGUNDO. COSTAS a cargo de la parte demandante. Liquidense en la forma que prevé el artículo 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta la suma de \$6.000.000 como agencias en derecho de esta actuación.

TERCERO. REMÍTASE el expediente a la autoridad judicial competente.

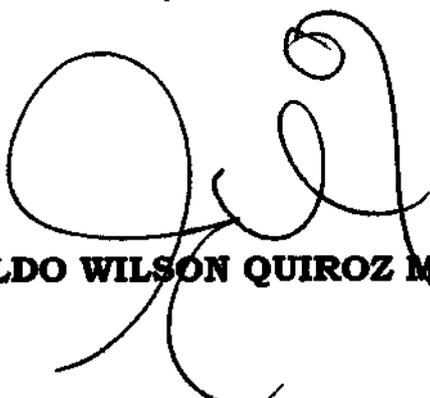
Notifíquese y cúmplase



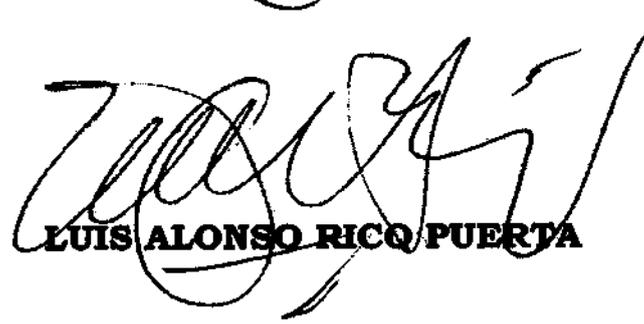
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



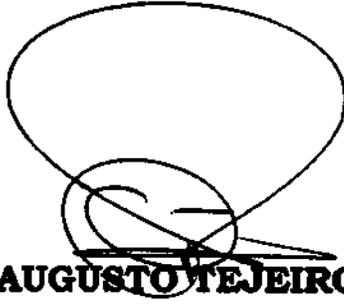
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



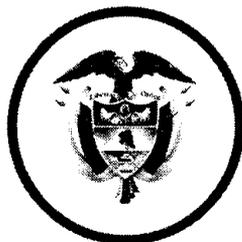
LUIS ALONSO RICO PUERTA

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, rounded loop at the top, followed by several smaller loops and a horizontal stroke at the bottom.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

A handwritten signature in black ink, featuring a large, elongated loop on the left side, followed by a series of smaller, more intricate loops and a long, sweeping tail on the right.

FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC5065-2020

Radicación: 50001-31-03-001-2012-00437-01

Aprobado en Sala virtual de once de noviembre de dos mil veinte

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Rito Antonio Mariño Rodríguez, respecto de la sentencia de 25 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario promovido por el recurrente contra Diógenes Parrado Parrado y Gloria Lucía Tiuso Niño.

1. ANTECEDENTES

1.1. *Petitum*. El demandante solicitó condenar a los interpelados a restituir el inmueble “*San Francisco*”, ubicado en Villavicencio, con los frutos civiles y naturales.

1.2. Causa petendi. Mediante escritura pública 4679 de 17 de octubre de 1970, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, el actor adquirió de la Sociedad Inversiones Agropecuarias del Meta Ltda., a título de compraventa, el inmueble denominado “*San Gerardo*”.

El 12 de enero de 1993, el Instituto de Valorización Municipal de Villavicencio –IVAM-, en ejercicio de su facultad coactiva, remató el predio “*Gerardo B*”, resultado de una segregación efectuada. Lo adjudicó a Luis Ángel Castillo Figueroa. El adquirente empezó a figurar como dueño desde el registro de la subasta, el 14 de enero, siguiente.

Según escritura pública 464 de 10 de febrero de 1993, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Villavicencio, Luis Ángel Castillo Figueroa vendió el lote escindido a Vicente Emilio Jaramillo Martínez y a Carlos Arturo Poveda Fajardo. Empezaron a llamarla “*Hureda*”.

El Consejo de Estado, en providencia de 25 junio de 1993, decretó la nulidad de lo actuado en el juicio coactivo, todo, a partir de la almoneda. El IVAM, como consecuencia, dejó sin efectos la inscripción de la subasta.

Previo al registro de la decisión, el fundo sufrió enajenaciones y divisiones. El lote “*San Francisco*”, materia de reivindicación, devino de todas esas secesiones.

Finalmente, luego de una cadena ininterrumpida de títulos de dominio, el terreno fue adquirido por la Empresa Agrícola Ganadera y de Construcción Emagacons S.A., mediante escritura pública 3921 de 29 de septiembre de 2006 de la Notaría Segunda de Villavicencio.

La citada sociedad, a su vez, enajenó el lote a los demandados, Diógenes Parrado Parrado y Gloria Lucía Tiuso Niño, según escritura pública 305 de 26 de febrero de 2007, otorgada en la Notaría Cuarta de Villavicencio. Actualmente lo poseen materialmente.

Los interpelados no eran propietarios del predio segregado de “*San Gerardo B*”. Derivaban el título y la posesión de quien nunca fue dueño. La razón se encontraba en la nulidad decretada por el Consejo de Estado.

1.3. La réplica. Los convocados se resistieron. Adujeron “*posesión regular y buena fe*”, “*prescripción adquisitiva ordinaria y subsidiariamente la extraordinaria de derecho de dominio*”. Formularon, además, demanda de mutua petición a fin de obtener en su favor la pertenencia.

A su vez, plantearon la excepción previa de prescripción extintiva. La sustentaron en la posesión regular por más de cinco o diez años, según se trate de la Ley 791 de 2002 o del artículo 2529 del Código Civil, con suma de posesiones. Por esto, dicen, el derecho del actor se extinguió, bien ordinariamente, ya extraordinariamente.

1.4. La sentencia anticipada. El 11 de junio de 2015, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, declaró probada la excepción previa. Ultimada, consecuentemente, la acción de dominio, no así la pretensión de pertenencia de la demanda de reconvención.

Argumentó que el Consejo de Estado no dispuso cancelar los títulos ni el registro de las ventas posteriores a la subasta. Tampoco, acotó, existía decisión judicial anulando las enajenaciones anteriores al remate.

Señaló que la prescripción invocada era la ordinaria de cinco años de la Ley 791 de 2002. Término que encontró cumplido el 27 de diciembre de 2007, en tanto, la demanda fue presentada hasta el 19 de diciembre de 2012. Lo mismo, el justo título y la buena fe. Requisitos que halló probados en la escritura pública de 27 de febrero de 2009, citada. Además, la *“posesión (...) es reconocida por el mismo actor”*.

1.5. La apelación. El reivindicador protestó la anterior decisión. Consideró desvirtuada la buena fe. En su sentir, la inscripción de la nulidad del remate, el 4 de enero de 1994, permitía conocer a los actores que la sociedad enajenante no era dueña del bien controvertido.

1.6. La decisión de segundo grado. Confirmó lo decidido, al resolver la alzada del demandante.

2. RAZONES DEL TRIBUNAL

2.1. La anotación número dos del certificado de tradición 230-73181 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Villavicencio, es cierto, contenía la cancelación de la diligencia de remate.

2.2. Esa circunstancia, sin embargo, no servía para derivar la mala fe de los demandados. Los medios probatorios dejaban entrever que tuvieron la conciencia de adquirir el inmueble “*San Francisco*” por “*medios legítimos y exento de fraude, amparado por justo título, que a la postre configura el requisito echado de menos por el apelante*”.

El proveído del Instituto de Valorización Municipal de Villavicencio –IVAM-, dejando sin efecto el remate, no sacó el fundo del comercio. Tampoco hizo extensiva a terceros la nulidad declarada por el Consejo de Estado. Se podía, por tanto, ejecutar actos de disposición sobre el mismo.

2.3. En suma, para el *ad-quem*, la buena fe posesoria, no fue desvirtuada.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

3.1. En los dos cargos formulados se acusa la violación de los artículos 764, 768, 769, 770, 2512, 2513, 2528, 2529, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil.

3.1.1. En el primero, enderezado por la vía directa, el recurrente sostiene que la prescripción extintiva de las acciones es la única pasible de ser alegada a través de excepción previa. La adquisitiva, en cambio, solo es dable reclamarla mediante demanda o como excepción de mérito.

En el caso, planteada la prescripción extintiva del derecho de dominio como mecanismo dilatorio, no había lugar a aplicar el justo título y la buena fe posesoria, cual lo hizo el Tribunal. Se trataba de requisitos instituidos para la posesión regular adquisitiva del derecho de dominio que debían ser analizados al definirse la instancia.

Para el impugnante, cuando a la reivindicación se opone la prescripción extintiva y adquisitiva, primero debe analizarse los requisitos de esta última. En la hipótesis de hallarse acreditados, ante todo, corresponde “*declarar la usucapión y, a su vez, la extinción del derecho de dominio*”. El error ocurre cuando se obra a la inversa.

3.1.2. En el segundo, la transgresión denunciada tuvo lugar como consecuencia de la infracción medio los preceptos 174, 177 y 183 del Código de Procedimiento Civil.

Según el impugnante, para el *ad-quem*, la carga de probar la mala fe posesoria de los demandados correspondía al pretensor. Esto es cierto. Sin embargo, esa oportunidad fue soslayada, pues “*ni siquiera se ha abierto una etapa*

probatoria que permita acreditar este elemento característico de la posesión irregular”.

En el mismo error se incurrió al recibir la prescripción extintiva vía excepción previa. El juzgador tomó los elementos esenciales de la adquisitiva. No obstante, “*sin siquiera abrir el escenario para la práctica de pruebas y así brindar al demandante la posibilidad de debatir las pruebas que oportunamente solicitó en su demanda”.*

3.2. La censura solicita en el contexto, casar la providencia recurrida, revocar el fallo anticipado apelado y negar el impedimento dilatorio propuesto.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Los cargos compendiados, replicados por los demandados en el litigio, se despacharán aunados, así se hayan formulado por caminos distintos. La razón estriba en que ambos tienen por mira unas mismas disposiciones sustanciales, lo cual, por sí ameritan consideraciones comunes. En adición, son sucesivos, en tanto, como en su momento se verá, el estudio del primero se supedita al análisis probatorio planteado en el segundo.

4.2. Ante todo se advierte, ninguna polémica existe en torno a la posesión material de los demandados sobre el inmueble controvertido, sumada la ostentada por sus predecesores, durante un término superior a cinco años,

necesario, en principio, para adquirir el dominio de los bienes raíces por el modo de la prescripción ordinaria. La precisión es de capital importancia. El tema controvertido nada tiene que ver con el justo título. Se entronca con la buena o mala fe de la posesión que se dejó establecida.

La competencia funcional, en efecto, se abrió solo para elucidar el particular. Según el apelante, la buena fe que cobijaba a los demandados había quedado desvirtuada. Blandió como razón, únicamente, la anotación dos del certificado de tradición, contentiva del registro de la nulidad del remate. En su sentir, ese hecho, ocurrido el 4 de enero de 1994, frente al 27 de febrero de 2009, fecha del título de los poseedores, informaba a éstos que no estaban adquiriendo el derecho de su legítimo dueño.

Lo que está en juego, entonces, son los hechos de la buena fe posesoria y su prueba, lo asentado por el Tribunal para declarar la prescripción extintiva de la acción de dominio, no la posesión misma, ni el justo título. Esto denota también que ese medio liberatorio no puede descansar en el simple paso del tiempo. Se requieren, además, las circunstancias que reputan al poseedor dueño mientras otra persona no demuestre serlo.

4.3. La prescripción cumple una doble función social, en tanto, ceja incertidumbres. Por una parte, posibilita adquirir las cosas ajenas cuando sus dueños las han abandonado y se han poseído materialmente. Por otra, es un

modo de extinguir las acciones o derechos de los demás ante la falta de ejercicio por parte de sus titulares. En común, exigen un tiempo determinado. Claro está, concurriendo los demás requisitos legales.

La usucapión o prescripción adquisitiva cumple su rol fundamental en el campo de los derechos reales y, de manera especial, en la propiedad. La extintiva, en el terreno de los derechos personales y en los mecanismos dispuestos para ejercerlos. En palabras de esta Corporación:

“Como la prescripción legalmente está concebida como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos de los demás, de entrada, queda averiguada su finalidad, que no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. En relación con la prescripción extintiva o liberatoria (...), la regla general es que el plazo fijado en la ley debe computarse a partir de cuándo podía ejercitarse la acción o el derecho (...)”¹.

Lo importante es que, relacionado con el derecho de dominio, la prescripción extintiva y adquisitiva, se encadenan. En sentir de la Corte, *“en forma simultánea corre tanto el término para que se produzca la usucapión, de un lado y del otro, la extinción del derecho de dominio sobre el mismo bien, en el entendido de que en forma consecucional, al propio tiempo, se extingue también la acción reivindicatoria de que era titular el antiguo propietario de aquel”².*

El escenario donde haya lugar al estudio es indiferente. Así lo ha entendido la jurisprudencia; y el legislador, viendo

¹ CSJ. Civil, sentencia de 3 de mayo de 2002, expediente 6153.

² CSJ. Civil. Sentencia 085 de 11 de noviembre de 1999, radicado 18822.

la senda perfilada por la doctrina de la Sala, al adicionar el artículo 2513 del Código Civil, en el inciso segundo con el artículo 2 de la Ley 791 de 2002, consignó: *“La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquél renunciado a ella”* (subrayas ex texto).

En un caso, con alguna analogía al de ahora, donde el demandado en un proceso reivindicatorio formuló la excepción de prescripción extintiva y los juzgadores de instancia le dieron la razón; no obstante, como no contrademandó la usucapión, entabló la respectiva acción por separado. En ese caso, para la Corte:

“Deviene así palmario que dentro del proceso de pertenencia no se planteó ni discutió ningún tema que no hubiera sido considerado por la jurisdicción dentro del litigio previo, pues, en realidad, aflora que lo único que inspiró el adelantamiento de esta nueva acción fue la necesidad de obtener una declaración o reconocimiento judicial que no fue solicitado, a manera de demanda de reconvención, dentro del pleito anterior, pero que, de haberlo sido, habría conducido insoslayablemente al mismo pronunciamiento estimatorio que en las instancias cerró el debate hoy estudiado por la Corte.

“Evidentemente, no puede negarse, como lo ha pregonado la doctrina jurisprudencial, que “si el demandado expresamente opone a la pretensión del demandante el hecho de haber poseído quieta y pacíficamente por veinte años o más el bien que aquél pretende reivindicar, obviamente está alegando en su defensa que el derecho alegado por el demandante se extinguió, como consecuencia evidente de haberlo ganado él” (G.J. t. CLXXXVIII, pag. 95).

“Por lo demás, es fundamental tener en cuenta que la naturaleza originaria o constitutiva de la prescripción adquisitiva apareja que la posesión pacífica, pública y continua, por el término

legalmente previsto, es el fenómeno que engendra directamente el derecho de dominio, sin que, para este efecto, sea necesario título traslativo alguno, pues éste podrá llegar a ser menester pero para otros fines; con otras palabras, es evidente que el prescribiente se convertirá en dueño del bien con la única condición de haberlo poseído en la forma impuesta por el artículo 2518 y siguientes del Código Civil, de lo cual surge que la prescripción cumple la función de ser simultáneamente título y modo; por lo mismo, emerge forzosamente que la sentencia estimatoria dictada en los procesos de pertenencia, cual lo es éste, viene a ser un mera declaración que, por ministerio de la ley, hace el juez de los hechos posesorios consumados, sin que, por tanto, sea constitutiva de derecho alguno, dado que el origen de éste es, per se, la misma prescripción, como modo de adquirir las cosas ajenas.

“Tal como lo ha señalado la Corte, “siendo la prescripción adquisitiva título constitutivo de dominio (artículo 765 del C.C.) y además un modo de adquirir las cosas ajenas, bajo ciertas condiciones determinadas por la ley, por la sola circunstancia de cumplirse esas condiciones se adquiere el dominio de las cosas, y el favorecido con la prescripción puede alegarla, ya como defensa o como fundamento de una acción de propiedad, de la misma manera que puede alegarse cualquier otro título de dominio” (G.J. t. XXX, pag. 72)”³ (destacado fuera de texto).

La prescripción de la acción de domino, por tanto, puede ser propuesta como excepción previa o de fondo. Solo que, en cualquier caso, debe apoyarse en los hechos de la prescripción adquisitiva, sea ordinaria o extraordinaria. Por lo mismo, el análisis de sus requisitos, por ejemplo, el justo título y la buena fe, el fundamento de la posesión regular, se reserva para el escenario donde fue planteada.

4.4. El justo título y la buena fe, tienen contenido propio, no obstante, se encuentran correlacionados. El

³ CSJ. Civil. Sentencia de casación de 15 de noviembre de 2005, expediente 9647.

primero, inclusive, sirve para explicar el otro, según la Sala, “cuando no exista circunstancia alguna contraindicante”⁴.

4.4.1. Los artículos 765⁵ y 766⁶ del Código Civil, aluden al justo título. Para esta Corte, es “todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que, en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no abraza la adquisición del dominio”⁷.

⁴ CSJ. Civil. Sentencia 26 de junio de 1964 (CVII-365). Se trata de los términos previstos en el sistema fundacional del Código Civil, y luego de la Ley 50 de 1936, anteriores a la Ley 791 de 2002.

⁵ “El justo título es constitutivo o traslativo de dominio. Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

“Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición.

“Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

“Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes no forman un nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado constituyen un título nuevo”.

⁶ “No es justo título:

“1°. El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende.

“2°. El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo.

“3°. El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido (...)”.

4o.) El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario, cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

⁷ Sentencia *ibídem*. En igual sentido, sentencia de 29 de febrero de 1972 (CXLII-68); fallo de 4 febrero de 2013, radicado 00471. Por supuesto, con relación al título, caben distinciones; en algunos coinciden el título y la tradición en el derecho real, como ocurre en el mutuo, o el constitutivo de la prenda civil; otros, en el caso de la compraventa, la donación o la permuta son la fuente de la obligación de dar para materializar la tradición; otros no son traslativos, como el arrendamiento y el comodato, pues no buscan transferir el dominio, resultan la causa de la obligación de hacer; al mismo tiempo que la promesa de contrato no genera la obligación de dar, sino la prestación de hacer: celebrar el contrato futuro. En consecuencia, el título no siempre es traslativo del derecho del dominio porque en verdad lo traslada la tradición. El título en realidad obliga a dar o hacer, o no hacer, según el caso.

El justo título, en consecuencia, es el que actúa como causa y obliga a materializar el modo. Da lugar a adquirir el dominio de las cosas de no mediar un vicio o defecto que la usucapión estaría llamada a remediar.

4.4.2. La buena fe, por su parte, como baluarte del sistema normativo, es principio y derecho. Tiene por finalidad integrar el ordenamiento y regular *“las relaciones entre los particulares, y de éstos con el Estado”*⁸.

Se distinguen dos categorías. La simple y la cualificada. La primera, es la conciencia de obrar con lealtad, rectitud y honestidad. Se exige y presume normalmente en todas las conductas desplegadas por las personas naturales y jurídicas (públicas o privadas). Así lo establece el artículo 83 de la Constitución Política⁹.

La segunda, corresponde a la máxima *“error communis facit jus”*¹⁰. Si alguien adquiere un derecho y comete una equivocación, y el yerro *“es de tal naturaleza, que cualquier persona prudente o diligente también lo hubiera cometido, nos encontramos ante la llamada buena fe cualificada o exenta de toda culpa, que permite que la apariencia se vuelva realidad y el derecho se adquiera”*¹¹.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2004.

⁹ *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*.

¹⁰ El error común hace derecho.

¹¹ CSJ. Civil. Sentencia de 23 de junio de 1958, citada entre muchas otras, en el fallo de 27 de febrero de 2012, radicado 14027. También ha sido invocada por la Corte Constitucional en sus decisiones de control abstracto de las normas con fuerza de ley, como C-1007 de 2002, C-071 de 2004, C-740 de 2003, y recientemente C-330 de 2016.

Para quien pretenda beneficiarse de la “buena fe cualificada”, la Corte ha pregonado la obligación de demostrar concurrentemente tres condiciones: i) Cuando el derecho o situación jurídica aparente, “tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona [aplicada] (...) no pueda descubrir la verdadera situación”¹². ii) Una prudencia de obrar, diligente, en la “adquisición del derecho”, al punto de ser imposible descubrir el error al momento de su consecución¹³. Esto requiere el convencimiento de actuar conforme a los requisitos exigidos por la ley. Y iii) la persuasión de recibir “el derecho de quien es legítimo dueño”¹⁴.

La labor de ponderación de esos requisitos en un determinado asunto debe tener en cuenta los usos corrientes. Sobre todo, los medios de enteramiento que han rodeado el error y que han llevado a terceros a atenerse o no a las decisiones contenidas en los actos publicitarios.

4.4.3. En materia posesoria, rige la presunción de “buena fe simple” conforme al artículo 768 del Código Civil. Es la “conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la

¹² “La apariencia de los derechos no hace referencia a la creencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijieran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error communis, error común a muchos” (CSJ. SC 27 de febrero de 2012, expediente 14027, entre muchas otras.

¹³ Sentencia *idem*.

¹⁴ *Ibidem*.

facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato” (se subraya). Para la Corte:

“La buena fe (...) es la creencia en el poseedor de ser propietario de la cosa. [De esa manera], el precepto [art. 778 C.C.] (...) concluye que ‘en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato’. Entonces, para que un adquirente a non domino sea de buena fe, es necesario que haya creído que su autor era propietario, pues no podría recibir de él un derecho de que no fuese titular. De donde es inevitable concluir que el conocimiento por el poseedor, de los vicios del título de su autor, es excluyente de la buena fe, porque infirma esta creencia’, anotando también que la Corte tiene explicado que ‘por justo título se entiende todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no obrase la adquisición del dominio. Si se trata, pues de un título traslaticio, puede decirse que éste es justo cuando al unírsele el modo correspondiente, habría conferido al adquirente el derecho de propiedad, si el título hubiese emanado del verdadero propietario. Tal el caso de la venta de cosa ajena, diputada por el artículo 1871 como justo título que habilitaría para la prescripción ordinaria al comprador que de buena fe entró en la posesión de la cosa (...)”¹⁵.

El poseedor de buena fe, en suma, es quien detenta el bien como propietario. Cree haberlo recibido de su dueño en virtud de un justo título “cuyos vicios ignora”¹⁶. Se trata de una convicción formada de que ninguna otra persona, salvo él, tiene derecho sobre el terreno. De ese modo, la “buena fe no es solamente la ignorancia del derecho de otro en la cosa, sino la certidumbre de que se es propietario”¹⁷.

¹⁵ CSJ. Civil. sentencia de 26 de junio de 1964 (CVII-372). Reiterada el 16 de abril de 2008, radicado 00050, y el 7 de julio de 2011, expediente 00121.

¹⁶ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. VI, páginas. 490 a 492.

¹⁷ *Idem*.

4.5. En el cargo segundo, para el recurrente, constituye error de derecho probatorio haberse soslayado la oportunidad para acreditar la mala fe posesoria de los demandados, como elemento de la posesión irregular. Dice que no se abrió una etapa o escenario para ese particular.

4.5.1. Los yerros de dicha naturaleza, suficientemente es conocido, tienen por mira, es regla de principio, pruebas recaudadas. Comprenden polémicas de raciocinio y de diagnosis. Presuponen, como paso ineludible, su apreciación acertada en los campos material y objetivo.

4.5.1.1. En el plano legal, acaecen cuando se violan los preceptos que disciplinan su petición, admisión, decreto, práctica, asunción y valoración. A la par, las normas que involucran su contradicción o conducencia.

Según la Corte, surgen en los casos en que se *«exige, para demostrar un acto o un hecho, una prueba especial que la ley no reclama; o cuando viendo la prueba en su exacta dimensión no le atribuye a ella el mérito que la ley le asigna para demostrarlo; o, en fin, cuando se lo niega por estimar que el medio fue ilegalmente producido cuando así no sucedió»*¹⁸.

4.5.1.2. Relacionado con la valoración de las pruebas en conjunto, se presentan cuando se contrarían los dictados de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, que son las

¹⁸ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 2000, expediente 5442, reiterada en fallos de 25 de febrero de 2008, radicación 006835, y de 17 de mayo de 2011, expediente 00345.

reglas de la sana crítica (artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 176 del Código General del Proceso).

Con ello se pretende lograr, tiene explicado la Sala, *«plena coherencia (...), de modo que se tengan en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias entre esos diversos componentes; y (...) se tenga “por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia (...) aplicables a un determinado caso”»*¹⁹.

Lo dicho, claro está, mediante la conjugación de los métodos analítico y sintético. El primero, consistente en el estudio de lo fijado de cada prueba. El otro, traducido en el análisis del todo con la parte. De esa manera, el muestrario probatorio permite sacar las inferencias respectivas.

4.5.2. Frente a lo anterior, el error de contemplación jurídica de los elementos de juicio, no se configura. El recurrente no alude a ningún medio de convicción en particular. Reclama es la oportunidad para refutar con otras pruebas, respecto de las cuales no se brindó la oportunidad de aportar medios de convicción para controvertir la posición del Tribunal de tener a los demandados cobijados por la buena fe posesoria.

4.5.2.1. Con todo, desde la perspectiva de los errores probatorios, en una interpretación amplia del ataque, tanto de hecho como de derecho, se supone que las conclusiones

¹⁹ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 25 de mayo de 2004, expediente 7127, citando G.J. T. CCLXI-999.

del Tribunal son acertadas. Si no lo fueran, se habrían cuestionado. El ejercicio no se hace. Simplemente, se pretende restablecer oportunidades para recopilar pruebas y contraprobar la posesión regular, cuyos ingredientes son el justo título y la buena fe.

En la hipotética comisión de cualquier falta, sea de hecho o de derecho, la misma sería intrascendente. En un eventual fallo sustitutivo, la competencia funcional estaría limitada a confrontar la anotación dos del certificado de tradición 230-73181 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, contentiva del registro de la nulidad del remate, con el título de dominio de los poseedores. Específicamente con sus fechas. El 4 de enero de 1994, la anotación, y el 27 de enero de 2009, la escritura pública de compraventa. Y como a eso se concretó la respuesta del Tribunal, que se presume legal y acertada, por no haberse combatido en casación, ningún otro análisis extraño habría que hacerse.

4.5.2.2. En la óptica de los errores de procedimiento (la pretermisión de las etapas probatorias tipifica una causal de nulidad procesal), igualmente interpretando con amplitud el cargo, tampoco se estructuran. En el caso de ser cierto el hecho, debió alegarse inmediatamente tuvo ocurrencia, a lo sumo, a más tardar en los traslados para sustentar el recurso de apelación contra la sentencia anticipada. Como no se hizo, esto significa que se produjo su saneamiento o convalidación implícita.

En todo caso, no existió la pretermisión probatoria. Mediante proveído de 23 de abril de 2014, el juzgado dispuso el traslado de la excepción previa de prescripción extintiva de la acción de dominio. El ahora recurrente adujo, entre otras cosas, la ausencia de buena fe posesoria. Como pruebas solicitó oficiar al Consejo de Estado y a la Alcaldía de Villavicencio. Al primero, para obtener copia de la sentencia de 25 de junio de 1993, correspondiente a la nulidad del remate. Y al segundo, copia de la providencia de 25 de octubre de 1993, que dejó sin efectos el auto aprobatorio de la subasta. En definitiva, no se le cercenó la oportunidad para demostrar la mala fe. Distinto es que, en sentir de los juzgadores, esas pruebas no acreditaban el hecho investigado.

4.5.3. Sea lo que fuere, si bien en el certificado de tradición el inmueble aparece adquirido por los demandados el 27 de enero de 2009, mucho después del 4 de enero de 1994, fecha del registro de la nulidad del remate, esto no lo pasó por alto el Tribunal.

Consideró que esa sola circunstancia no era suficiente para concluir la mala fe. En su sentir, los medios probatorios dejaban entrever que tuvieron la conciencia de adquirir el inmueble “*San Francisco*” por “*medios legítimos y exento de fraude, amparado por justo título, que a la postre configura el requisito echado de menos por el apelante*”.

En lo anterior no se avizora ningún error. La confrontación de fechas entre la cancelación del registro del remate y el título de los demandados, es algo objetivo, no subjetivo. Simplemente pone de presente la solución de continuidad de la cadena de títulos de dominio. Se requería demostrar, además, la negligencia de aquellos en el estudio de títulos. Todo esto aparece abandonado.

A la postre, como consecuencia de la cancelación del registro del remate, los convocados adquirieron fue cosa ajena, al decir de la Corte, como supra quedó transcrito, «*diputada por el artículo 1871 como justo título que habilitaría para la prescripción ordinaria al comprador que de buena fe entró en la posesión de la cosa*». Ante la falta de pruebas en contrario, debe seguirse que así lo hicieron, en principio, no al tener la convicción de estar comprando cosa ajena, sino, seguramente, convencidos de adquirir del verdadero tradente. Esto, porque aparecía en el certificado de tradición y su título vigente, pues no fue cancelado. Como ninguna de esas dos hipótesis aparece descartada, para que perviva la otra, frente a la ambigüedad, la buena fe posesoria, además de presumirse, debe prevalecer.

4.6. En el cargo inicial se denuncia la violación directa de la ley sustancial. Su operatividad supone que el recurrente acepta las conclusiones probatorias del Tribunal. En concreto que la “*buena fe posesoria no fue desvirtuada*”.

Además, que el justo título fue acreditado. En otras palabras, que los supuestos de hecho de la posesión regular se encontraban plenamente cumplidos.

Los errores *iure in iudicando*, por tanto, no tienen existencia. Fijados, sin discusión posible los requisitos de la posesión regular, a su vez, fundamento de la prescripción extintiva de la acción de dominio, no quedaba otra alternativa distinta que declararla fundada. Y el escenario procesal para hacerlo, como excepción previa o de mérito, para nada importaba, según supra quedó explicado. El Tribunal, por lo tanto, no se equivocó al subsumir los hechos fijados en las respectivas hipótesis normativas.

Para concluir, es preciso acotar, que la orden del Consejo de Estado no dispuso ni la restitución material del predio, ni la nulidad de los títulos posteriores al remate. Ahora, si éste acaeció el 12 de enero de 1993 y el 14 de enero del mismo mes y año se inscribió, y ulteriormente hubo varios actos dispositivos registrados, que no fueron invalidados por causa de la providencia del Consejo de Estado de 25 de junio de 1993, ni tampoco existe prueba de que los adquirentes posteriores fueran vinculados a la ejecución, ni sus actos anulados, ni materialmente cautelados los predios, es evidente que esas vicisitudes no afectaron la validez de los títulos ulteriores, ni el ejercicio material de la posesión sobre los predios desgajados del originario San Gerardo; por tanto, resulta patente que cuanto

se desquiciaba era el modo de la tradición, pero de ninguna manera el título mismo ni el ejercicio material de los actos de señorío sobre el bien objeto de la reivindicación, haciéndose fértil la vía para enervar la acción de la parte demandante, tras la concurrencia integral de los elementos útiles para edificar la prescripción alegada, cual lo hallaron los sentenciadores de instancia.

4.7. Los cargos, en consecuencia, están llamados al fracaso.

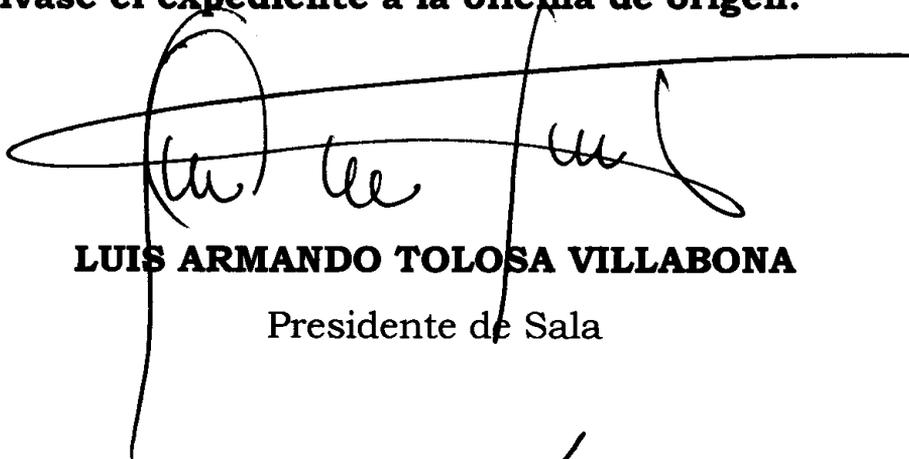
5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia de 25 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil Familia, en el proceso ordinario promovido por el recurrente contra Diógenes Parrado Parrado y Gloria Lucía Tiuso Niño.

Las costas en casación corren a cargo del demandante recurrente. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en

derecho, teniendo en cuenta que el libelo casacional fue replicado.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo pertinente, devuélvase el expediente a la oficina de origen.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

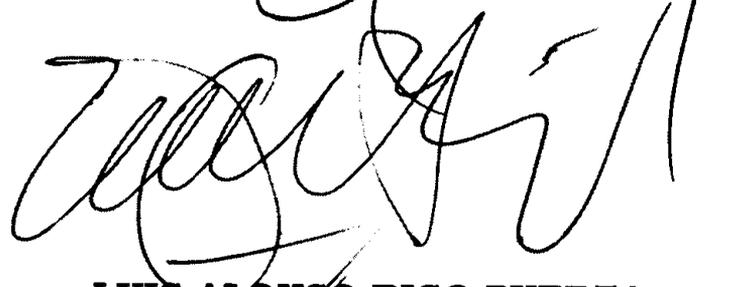
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



FRANCISCO TERNERA BARRIOS



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC5187-2020

Radicación: 25290-31-03-002-2013-00266-01

Aprobado en Sala virtual de once de noviembre de dos mil veinte

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Se decide el recurso de casación interpuesto por José Manuel Cubillos Mora y Sandra Milena Vargas Torres, contra la sentencia de 23 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, en el proceso impulsado por los recurrentes contra Ingeniería RH S.A.S.

1. ANTECEDENTES

1.1. Petitum. Los demandantes solicitaron amparar y restituir la posesión material de un terreno ubicado en el municipio de Fusagasugá. Como consecuencia, condenar a la interpelada a pagar los perjuicios causados.

1.2. Causa petendi. El 18 de mayo de 2006, Rafael Mauricio Alonso Lozano celebró promesa de compraventa del predio involucrado con Martha Elisa Monsalve Cuéllar.

A partir de la entrega del lote, hasta el 17 de abril de 2012, el prometiende comprador, Rafael Mauricio Alonso Lozano, ejecutó actos posesorios. Lo rellenó, movió tierra, explanó, trazó la vía, construyó una caseta, contrató personal de vigilancia y adelantó diligencias administrativas y de servicios públicos. Todo, a fin de desarrollar la urbanización «*Quintas del Karmel*».

La prometiende vendedora, Martha Elisa Monsalve Cuéllar, ante divergencias surgidas, prometió nuevamente en venta el fundo a la sociedad Ingeniería RH S.A.S., la demandada. El contrato se perfeccionó mediante escritura pública 467 del 17 de febrero de 2012, otorgada en la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá.

El 17 de abril del mismo año, según escritura pública 838 de la Notaría Primera del Círculo de Fusagasugá, Rafael Mauricio Alonso Lozano transfirió a los actores, José Manuel Cubillos Mora y Sandra Milena Vargas Torres, los «*derechos derivados de la posesión, uso, goce, explotación y las mejoras realizadas, vinculadas al lote de terreno*». Y a partir de ese día se comportan como tal.

Entre el 31 de mayo y el 1º de junio de 2012, la titular del dominio, Ingeniería RH S.A.S., despojó a los actores de la posesión del bien raíz. Levantó una cerca, colocó postes de madera e impidió el ingreso al mismo.

1.3. La réplica. La encartada se opuso a las pretensiones. Negó la posesión de los demandantes y adujo

que el inmueble lo recibió de la enajenante, Martha Elisa Monsalve Cuéllar, libre de personas, cosas y animales.

1.4. El fallo de primer grado. El 19 de septiembre de 2015, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá desestimó las súplicas. Encontró probada la excepción de falta de legitimación en causa por activa.

Argumentó que en los elementos de juicio aportados al proceso no se vislumbraba la posesión de la heredad por los accionantes durante el último año, como mínimo. Así se exigía en los artículos 972 y 974 del Código Civil. Su título databa del 17 de abril de 2012. Y *«según su propio relato, el 1 de junio de 2012, no tuvieron más acceso al predio»*.

Agregó que no era dable sumar el tiempo en que el antecesor de los pretensores, Rafael Mauricio Alonso Lozano, ostentó el predio. La razón, siempre reconoció la propiedad en cabeza de Martha Elisa Monsalve Cuéllar.

1.5. El fallo de segundo grado. Confirmó la anterior decisión, al resolver la alzada de los interpelantes.

2. RAZONES DEL TRIBUNAL

2.1. Los apelantes no demostraron el presupuesto de la acción posesoria. Se requería el ejercicio de actos de señor y dueño por el tiempo ininterrumpido de un año completo. La posesión propia, entre el 17 de abril y el 1º de junio de 2012, fecha de la perturbación, era insuficiente.

Hueros quedaron de prueba los hechos posesorios ejercidos por Rafael Mauricio Alonso Lozano. En el expediente no asomaban con la «*contundencia necesaria*».

El ánimo, en todo caso, aparecía desvirtuado. El antes citado, en su declaración, dijo que seguía reconociendo como dueña a Martha Elisa Monsalve Cuéllar. Primero, cuando buscó solucionar amigablemente las diferencias. Luego, al aceptar que era la única llamada a otorgar el título respectivo y negar que la había demandado.

En adición, si el mentado Alonso Lozano recibió el lote como anticipo de la obligación de entrega, sabía que el dominio le pertenecía a su prometedora vendedora.

2.2. La mutación de la tenencia en posesión era infundada. En el interregno de la supuesta desatención de la promesa de compraventa entre Rafael Mauricio Alonso Lozano y Martha Elisa Monsalve Cuéllar, aquél siempre reconoció a ésta la calidad de dueña. Lo mismo surgía de los acercamientos dirigidos a solucionar sus diferencias.

El único hecho al respecto lo constituía la venta de la posesión contenida en la escritura 838 de 17 de abril de 2012 de la Notaría Primera del Círculo de Fusagasugá. No obstante, hasta el despojo, el 1º de junio, siguiente, el término mínimo de señorío, un año, no se cumplía.

En el juicio policivo de «*perturbación*» adelantado por Ingeniería RH S.A.S. contra José Manuel Cubillos Mora y Sandra Milena Vargas Torres, el hecho tampoco quedó

demostrado. Se reconoció, por el contrario, que fueron éstos, no aquélla, quienes efectuaron la intromisión.

Las obras en el terreno, estructuras, adecuación y promoción del proyecto, no fueron ejecutadas por Rafael Mauricio Alonso Lozano. Se realizaron por la sociedad Inmobiliaria y Constructora IC, que él representaba.

2.3. Por último, los testimonios de Juan Carlos Peña Rey, Luis Alirio Espinosa Hortúa, Luis Eduardo Posada y Sergio Alomía Navarrete, no indicaban el *ánimus domini* ni el elemento *corpus*. Todos fueron coincidentes en señalar que el lote estaba casi siempre desocupado.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

3.1. Cargo Primero. Denuncia la violación indirecta de los artículos 18, 26, 27, 28, 29, 30, 670, 762 a 770, 775, 776, 786, 823, 824, 972 a 978, 980 y 981 del Código Civil.

3.1.1. Según los recurrentes, el Tribunal incurrió en errores de hecho al apreciar las pruebas.

Pretirió las declaraciones de Jaime Salas Díaz, Martha Elisa Monsalve Cuéllar, Flor Beatriz Hernández Martínez, Sandra Milena Vargas Torres y Luis Alexander Cabra Guzmán. Y desfiguró las versiones de Luis Alirio Espinoza Hortúa, Juan Carlos Peña Rey, Luis Eduardo Posada y del mismo Rafael Mauricio Alonso Lozano.

Pasó por alto el dictamen evacuado en el proceso y el practicado en una de las querellas policivas. Ambos daban cuenta del «relleno», la «caseta de celaduría» y la «vía de macadán», trabajos del antecesor de la posesión.

Ignoró la prueba trasladada de la Inspección Segunda de Policía de Fusagasugá. En concreto, «*comprobantes de pago de viajes de recebo*» y «*movimiento de tierras*», y «*cuentas de cobro*». Los trámites de Rafael Mauricio Alonso Lozano para instalar «*servicios públicos*». La copia de la demanda incoada por Martha Elisa Monsalve Cuéllar contra aquél. Y las promesas de compraventa que Alonso Lozano intentó sobre una de las viviendas a construir en el bien.

Omitió las pruebas obtenidas en la inspección ocular de la autoridad de policía, realizada el 9 de octubre de 2012.

3.1.2. Concluyen los recurrentes que los medios singularizados acreditaban la posesión ejercitada por Rafael Mauricio Alonso Lozano. Aludían hechos positivos propios del dueño. Levantamiento de construcciones, procurar la conexión de servicios domiciliarios y celebración de actos dispositivos sobre porciones del lote. Todo, con repulsa de los derechos de Martha Elisa Monsalve Cuéllar, desde 2006, época en que celebraron la promesa de compraventa.

3.2. Cargo Segundo. Acusa la transgresión de los artículos 670, 762 a 764, 766, 768 a 700, 775, 776, 786, 823, 824, 972 a 978, 980 y 981 del Código Civil, como

consecuencia de la infracción medio de los cánones 174 a 180, 184, 185, 187, 194, 195, 249, 252 a 255, 276 y 279 del Código de Procedimiento Civil.

3.2.1. Sostienen los impugnantes que el *ad-quem* analizó indebidamente las pruebas testimoniales relacionadas. Igualmente, le restó mérito probatorio a los dictámenes y documentales citados.

3.2.2. Infringió así disposiciones de índole probatoria. En particular, las que imponían analizar en conjunto los elementos de juicio, fundar las decisiones en los medios de convicción incorporados y tener en cuenta los constitutivos de la posesión material alegada y probada.

3.3. Solicitan los censores, por lo tanto, casar la sentencia impugnada y proceder de conformidad.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Los cargos compendiados, replicados por la sociedad demandada, se resolverán conjuntados. Tienen en común identidad temática. Apuntan a poner de presente que unas mismas pruebas, aisladas o en conjunto, acreditaban la posesión material de Rafael Mauricio Alonso Lozano, el antecesor y enajenante de los recurrentes.

4.2. Lo anterior, así sean incompatibles. Los recurrentes, en efecto, se duelen de la fijación material y objetiva de ciertos elementos de juicio, pero, a la vez,

confutan la contemplación jurídica de esos mismos medios de convicción. Empero, esta última etapa en el proceso de valoración de las pruebas, presupone, como paso ineludible, su apreciación acertada en aquel otro campo. La razón estriba en que los problemas probativos de raciocinio y de diagnosis jurídica no se conciben frente a cuestiones inexistentes, omitidas o tergiversadas.

La Corte, por ello, priorizará el estudio de los errores de hecho probatorios enrostrados. Entre otras cosas, son los que guardan adecuada relación con la sentencia impugnada y sus fundamentos. El interdicto posesorio, como se recuerda, no lo desestimó el Tribunal aduciendo asuntos de legalidad o licitud de los elementos de juicio incorporados, sino, simplemente, encontró que acreditaban una posesión inferior a un año exigida para el efecto.

4.3. La posesión material, es comúnmente aceptado, permite actuar sobre ella, mediante el ejercicio de actos positivos propios de dueño. Pero también posibilita defenderla contra toda acción de extraños.

El legislador, por varias razones, dispensa protección al poseedor. Entre otras, se cifra en la idea propuesta por Ihering, para quien la posesión no era más que la posición avanzada de la propiedad. Salvaguardada aquella, en línea de principio, también se protegía esta última. Es su fin, a la vez, el fundamento de la tutela concedida a la posesión¹.

¹ IHERING, Rudolph. *Teoría de la Posesión. El Fundamento de la Protección Posesoria*. Trad. española de Adolfo Posada. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1892. Págs. 57 y ss.

La defensa significa reacción del orden jurídico contra actos que reprueba por violentos y/o clandestinos. Y la abriga al ofrecer la apariencia de derecho real. La *ratio legis* radica en que al poseedor se reputa dueño mientras nadie justifique serlo (artículo 762 del Código Civil).

4.3.1. **La propiedad, la posesión y la tenencia.** Son fenómenos jurídicos inconfundibles que pueden identificarse individualmente, no obstante, son complementarios y pueden analizarse como parte de una unidad. Aún cuando pueden concurrir las más de las veces en un mismo sujeto de derecho, forman una trilogía de derechos, cada uno, estructurado por singulares y especiales elementos.

En relación con las cosas la persona puede encontrarse en una de esas tres posiciones o situaciones, cuyas consecuencias jurídicas varían en cada caso y confieren a su titular derechos subjetivos distintos. En la tenencia, simplemente se despliega poder externo y material sobre el bien (artículo 775 Código Civil), pues se “(...) *ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño*”, como el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el habitador. En la posesión, a ese poder material se une el comportarse respecto del bien como si fuese propietario (canon 762, *ibídem*) “*con ánimo de señor y dueño*”. Y en la propiedad, que por excelencia permite usar (*ius utendi*), gozar (*ius fruendi*) y disponer (*ius abutendi*) de la cosa, es derecho *in re*, con exclusión de todas las demás personas dentro del marco del precepto

669, *ejúsdem*, caso en el cual se tendrá la posesión unida al derecho de dominio, si se es dueño; y en caso de no serlo, se tratará del poseedor material.

El ánimo de señorío sobre el bien, marca la diferenciación entre la mera tenencia y la posesión, a tal punto que el propio legislador así lo consagró en el derecho positivo, al disponer que el simple transcurso del tiempo “*no muda la mera tenencia en posesión*” (artículos 777 y 780 el Código Civil).

La posesión urge la presencia de dos elementos *el corpus* y el *ánimus* (artículo 762 del Código Civil); en cambio, la mera tenencia sólo requiere uno de esos dos elementos, *el corpus*. Es mero tenedor quien tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Para que exista la mera tenencia solo se exige la detención material, mientras que la posesión requiere no solo la tenencia, sino el ánimo de tenerla obrando como señor y dueño.

Lo anterior no quiere decir que la mera tenencia, por virtud de la mutación o transformación en la aprehensión de las cosas por parte del sujeto de derecho, no pueda convertirse en posesión, según lo indica el artículo 2531 del Código Civil, cuando permite obtener el dominio de las cosas comerciales, no adquiridas por prescripción ordinaria, por la extraordinaria, cuando clarifica y connota: “(...) “3) *Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, **a menos de concurrir estas dos circunstancias**: “1. Que el que se*

pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción. “2. Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo” (subrayado y resaltado ex texto).

De modo que un tenedor puede convertirse en poseedor siempre que se rebele expresa y públicamente contra el derecho del propietario desconociéndole su calidad de señor y empezando una nueva etapa de señorío ejercido no sólo a nombre propio sino con actos nítidos de rechazo y desconocimiento del derecho de aquél a cuyo nombre con antelación ejercía la tenencia, intervirtiendo, innovando y trocando su situación jurídica, en forma ostensible, porque, por ejemplo, el mero no pago de los cánones por un arrendatario no significa que adquiera su condición de poseedor, únicamente se convierte en tal cuando de manera pública, abierta, franca, niega el derecho que antes le reconocía al propietario.

La posesión y el dominio también se diferencian en varios aspectos. La acción reivindicatoria protege el dominio, con la excepcionalidad de la acción publiciana; en cambio, la posesión se protege por los interdictos posesorios. En el dominio hay una relación jurídica, en la posesión la relación es de hecho. El dominio solo se adquiere por el modo, en tanto que una cosa se puede poseer a varios títulos.

4.3.2. Los elementos de la posesión. Los dos clásicos son el *corpus* y el *ánimus*. El primero es el poder físico o material que tiene una persona sobre una cosa. Son los actos materiales de tenencia, uso y goce sobre la cosa. No obstante, el mero contacto material con una cosa no significa su señorío o poder de hecho en la teoría de la posesión. Por esa misma razón, el poseedor tiene la posesión aunque el objeto este guardado o retirado de su poder físico. El segundo, es el elemento psicológico o intelectual de la posesión. Consiste en la intención de obrar como señor y dueño (*ánimus domini*) sin reconocer dominio ajeno. El *ánimus* es una conducta del poseedor que puede manifestarse en el título que la origina y supone que obra como un verdadero propietario o con la convicción de serlo. Es la voluntad firme de considerarse dueño del bien.

De esta manera el arrendatario, el prometiende comprador o un comodatario, por ejemplo, al reconocer dominio ajeno desde un principio, no pueden considerarse poseedores, pues les falta el *ánimus*, elemento preponderante en la posesión, al no ser como ha quedado dicho que se rebelen expresa y públicamente contra el derecho del propietario desconociéndole su calidad de señor, evento en el cual y bajo las condiciones legales indicadas podría llegar a convertirse en poseedor, interversando el título.

4.3.3. Algunas razones para proteger la posesión. Mudándose un sujeto de derecho en poseedor, en el ordenamiento surgen razones para proteger también al

poseedor, las cuales, procuran explicar la existencia y procedencia de las acciones posesorias, como la examinada en esta ocasión por la Sala. Se trata de motivos que aún cuando, algunos se enuncian a continuación, no constituyen la materia de análisis aquí: **a)** Al proteger al poseedor se protege un presunto propietario. El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (artículo 762 del Código Civil). **b)** Un ataque injusto a la posesión es una agresión a sus derechos. **c)** El orden público puede comprometerse si no se protege al poseedor y se afecta y se torna arbitrario cuando los particulares aplican justicia por su propia mano. **d)** La posesión es la manifestación exterior del derecho. Si no existiera las relaciones jurídicas serían absolutamente abstractas. Sin la posesión los derechos patrimoniales no tendrían significado.

4.3.4. **Las acciones posesorias y características.**

Para la Sala, según el artículo 972 del Código Civil, las *“acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos”*.

Son acciones de carácter civil entabladas ante la jurisdicción por un poseedor de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos, con el fin de evitar perturbaciones o despojos a la posesión material. Estas revisten algunas características:

a) Son acciones inmuebles, en cuanto protegen la posesión sobre bienes raíces o de derechos constituidos

sobre ellos. La razón del legislador para no proteger con estas acciones los bienes muebles radica en que el poseedor de cosas muebles es considerado un verdadero propietario. Claro, ello no obsta, verlas desde otras ópticas, como acciones de naturaleza personal, o simplemente acciones derivadas del hecho de la posesión, con independencia de que sean reales o personales.

b) Son acciones que protegen un derecho probable de propiedad y se orientan a recuperar o mantener la posesión.

c) En el ejercicio de las acciones posesorias solo se discute y se prueba la posesión material, y no se toma en cuenta el dominio; por supuesto, pueden exhibirse títulos de dominio para acreditar una posesión material, pero como simples pruebas sumarias.

d) No pueden aplicarse tales acciones respecto de bienes o derechos imprescriptibles, como los de uso público, los fiscales y las servidumbres discontinuas e inaparentes.

e) Su ejercicio impide que los particulares hagan justicia por sus propios medios.

f) Si el sujeto, despojado de la posesión, no sale adelante en el proceso posesorio, puede adelantar la acción reivindicatoria si acredita la propiedad o la posesión regular.

g) La posesión que se prueba es la material, por hechos positivos que solo da derecho el dominio, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.

4.3.5. **Los elementos de la esencia de la acción posesoria a la luz del Código de Bello:** Para la procedencia de las acciones posesorias se encuentran algunos presupuestos que se consideran estructurales o axiológicos para las mismas, pues sin su presencia no es dable entrar a dilucidar de fondo la existencia o no de la perturbación que se invoca como hecho principal de la demanda y su legitimidad o ilegitimidad, de conformidad con la persona en cabeza de la cual se encuentre la posesión del bien. Estos presupuestos básicamente son dos:

1. Solo pueden instaurarse por el poseedor que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo (artículo 974 del Código Civil). Si no lleva el año completo, puede agregar las posesiones anteriores siempre que reúna los requisitos exigidos por el canon 778, inciso 2º, *ibídem*).

Este plazo tiene su razón de ser, en cuanto, un año es tiempo suficiente para diferenciar una posesión de una simple o mera tenencia.

2. Las acciones posesorias que tienen por objeto conservar la posesión prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo (artículo 976, inciso 1º del Código Civil). Si buscan

recuperar la posesión, el plazo de prescripción es un año contado desde que el poseedor anterior la ha perdido (inciso 2º, *ibídem*). Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará tal año desde que haya cesado la clandestinidad (inciso 3º, *ejúsdem*).

De esta manera se encuentra que, en el proceso posesorio el demandante debe probar la posesión tranquila e ininterrumpida por el lapso de un año antes del despojo. En el caso de que se pretenda conservar o amparar la posesión el demandante debe igualmente probar que no haya transcurrido un año desde la perturbación o molestia. Asimismo, en el evento en que se pretenda recuperar la posesión el demandante debe probar que el demandado lo privó de la posesión desde hace menos de un año.

4.3.6. Algunas clases de acciones posesorias. Los interdictos posesorios². Como se deduce de los presupuestos de la acción enunciados anteriormente existen dos clases de interdictos posesorios, los encaminados a la conservación o amparo de la posesión, y los que pretenden la recuperación de la posesión.

4.3.6.1. Interdictos de conservación o amparo, por medio de los cuales, el poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice el perjuicio que ha recibido y

² No se hace mención a las acciones posesorias especiales y que otras legislaciones llaman amparos del derecho de vecindad, como son, la denuncia de obra nueva de los arts. 986 y 987 del C.C.; denuncia de obra vieja que amenaza ruina del art. 988 del C.C., denuncia de árboles mal arraigados del art. 992; las previstas en los arts. 993, 994, 998 y 999 ni a la posesoria por despojo violento del art. 984 del C.C. ni a la acción de lanzamiento por ocupación de hecho.

que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme. El origen de esta acción, denominada por la doctrina "*de mantenimiento*", tiene su base en la expresión "*no se le perturbe o embarace su posesión*", utilizada por el artículo 977 del Código Civil. La molestia es una contrariedad o usurpación dirigida voluntariamente contra el poseedor, que sin arrebatarse la posesión la estorba, obstaculiza o dificulta. La perturbación permisible, vale decir, aquella que se realiza dentro de los márgenes de la tolerancia social, no da origen a esta acción. Solo la derivada de perturbaciones irregulares o anormales que causan incomodidad o molestias graves fundamenta el ejercicio de la acción.

4.3.6.2. Interdictos de recuperación, despojo o destitución. En estos, el despojo consiste en la privación de la posesión de la cosa en forma injusta. Preceptúa el artículo 982 del Código Civil: "*El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios*". De modo que la perturbación o embarazo de la posesión es mas bien temporal; en cambio, el despojo es permanente. De allí que si el poseedor es arrebatado de su posesión y la recupera inmediatamente sin obstáculo alguno, el acto debe calificarse como de mera perturbación. En esta circunstancia una forma de privar de la posesión injustificadamente sería la violencia.

Hay despojo: a) cuando uno priva a otro de la posesión de una cosa o de la tenencia de la misma, valiéndose de la fuerza; b) cuando en ausencia del poseedor o del tenedor,

otro se apodera de la cosa y volviendo dicho poseedor o tenedor son repelidos por la fuerza. c) cuando la autoridad pública, fuera de los casos determinados por la ley, priva a cualquiera de la posesión o de la tenencia de la cosa sin previo juicio. Si hay juicio previo, como en una diligencia de lanzamiento, la autoridad obra en ejercicio de sus atribuciones y, por tanto, no cabe acción posesoria. En estos eventos la indemnización de perjuicios, en caso de lograrse la restitución por el poseedor, debe exigirse del usurpador directamente o del tercero que hubiere derivado de él la posesión, siempre que estuviere de mala fe. Si el tercero obró de buena fe, está obligado a restituir más no a indemnizar.

En estas condiciones las acciones posesorias previstas en los artículos 972 y siguientes del Código Civil, implican para el demandante demostrar la posesión tranquila, pacífica e ininterrumpida durante el término de un año antes del despojo o de los actos que la perturbaron. Así se observa en el precepto 974 *ibídem*, en armonía con el 177 del Código de Procedimiento Civil y el 167 del Código General del Proceso.

4.4. El lapso anotado viene establecido en proyección del derecho romano³ y de las *saisines* del antiguo derecho francés⁴. Se estimaba, y así se mantiene, que el transcurso de ese breve tiempo constituía suficiente margen para

³ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Comparado. Tomo IX. De Los Bienes. IV.* Imprenta Nascimento. Santiago. 1935. Pág. 505.

⁴ Así: PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges/PICARD, Maurice (en concurso). *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome III. Les Biens.* Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris. 1926. Pág. 204.

verificar una posesión real y genuina, y distinguirla de la simple tenencia o de los actos de mera tolerancia.

La posesión material susceptible de protección especial, además, no necesariamente debe ser propia, sino que admite sumar la de los antecesores, desde luego, con sus aptitudes y vicios. Se requiere para ello demostrar el nexo causal que las une, legal o convencional, y los tiempos ininterrumpidos anteriores a agregar. En ello ha sido pacífica y nutrida la jurisprudencia de esta Corporación⁵.

4.5. La misma ley viene en ayuda del actor en orden a demostrar la posesión ultraanual. El artículo 981 del Código Civil prevé que *«se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión»*.

En las acciones posesorias de recuperación (*interdicto restitutorio*, de *despojo* o de *recobro*) o de turbación (*interdicto conservatorio* o de *amparo*), la posesión se reputa cuando quien la ejerce ofrece la circunstancia exterior (*corpus*), indicativa de dominio. Acreditado el hecho, ello envuelve el elemento volitivo o intencional (*animus*).

Establecida así la posesión, la carga de desvirtuarla corresponde a quien la desconoce. Por ejemplo, su

⁵ Cfr. CSJ. Civil. Sentencias de 24 de enero de 1994, de 19 de noviembre de 2001, de 22 de octubre de 2004 y de 13 de diciembre de 2006, entre otras.

ineficacia cuando se trata de bienes que no la admiten, cual ocurre con los de uso público o de propiedad de las entidades públicas. Igualmente, los casos en que, exteriorizada, los hechos no son de señorío por carecer de esa significación, *verbi gratia*, los de mera tolerancia o los fundados en un título precario o de mera tenencia (arrendamiento, secuestro, acreedor prendario, en fin).

4.6. En el caso, fuera de duda se encuentra que los actores, José Manuel Cubillos Mora y Sandra Milena Vargas Torres, ostentaron la posesión propia entre el 17 de abril y el 1º de junio de 2012. Lo mismo se predica del título, la compraventa, que encadena la ejercitada, supuestamente, por Rafael Mauricio Alonso Lozano, el enajenante.

4.7. La polémica se centra, precisamente, en los actos posesorios de este último.

El Tribunal los negó. Halló en las pruebas, incluyendo su declaración, haber reconocido dominio en cabeza de Martha Elisa Monsalve Cuéllar. Igualmente, encontró en la actuación policiva que los invasores fueron los demandantes. Por último, dejó sentado que las obras realizadas eran de la Inmobiliaria y Constructora IC.

Para el recurrente, las anteriores conclusiones son contraevidentes. Las pruebas singularizadas señalaban hechos positivos de dueño realizados por Rafael Mauricio Alonso Lozano. Levantamiento de construcciones, procurar la conexión de servicios domiciliarios y celebración de actos

dispositivos sobre porciones del lote. Todo, con repulsa de los derechos de Martha Elisa Monsalve Cuéllar, desde 2006, época en que celebraron la promesa de compraventa.

4.8. La posesión es un hecho, y todo punto referido a sus elementos, calidades o vicios, corresponde también, por modo fundamental, a cuestiones fácticas. Su régimen, como se anticipó, es específico. De ahí que el *corpus* no consiste propiamente en un poder físico sobre la cosa, pues también es materializado tanto por poseedores como por simples tenedores. Consiste en exteriorizar el ánimo de señorío y su valoración debe hacerse conforme a las reglas del sentido común y de la percepción social del respectivo hecho.

4.9. Confrontado lo precedente, los errores de facto probatorios, con las características de manifiestos, son inexistentes, como pasa a verse.

4.9.1. Una de las faltas se refiere a la deformación y cercenamiento de los testimonios de Juan Carlos Peña Rey, Luis Alirio Espinosa Hortúa y Luis Eduardo Posada. En sus versiones el juzgador constató que el predio controvertido estaba «*casi siempre vacío*». En otras palabras, ahí no encontró estructurado el elemento *corpus*.

Como eso es lo que dicen las pruebas, ningún yerro de contenido objetivo se puede achacar. Los deponentes, en efecto, son concordantes en sostener que el terreno de marras permanecía sin ocupantes.

Luis Eduardo Posada es el único que matiza el hecho. Sostuvo que Alonso Lozano le «*sacaba los animales a la calle*» y por eso «*tenía la posesión [del] predio*». El hecho, sin embargo, es equívoco, pues traduce una circunstancia que puede ser realizada por cualquier persona. Menos, cuando el mismo declarante seguía reconociendo a Martha Elisa Monsalve Cuéllar como la propietaria legítima.

4.9.2. Lo mismo se predica del dicho de Rafael Mauricio Alonzo Lozano, el enajenante de la supuesta posesión. El *ad-quem* constató en su versión que siempre reconoció a Martha Elisa Monsalve Cuéllar como propietaria, inclusive, buscó conciliar con ella las diferencias surgidas con ocasión de la promesa de compraventa entrambos ajustada.

La prueba, en su objetividad, no dice algo diferente. El declarante se aplica a expresar los pormenores de la negociación llevada a cabo y los múltiples intentos de zanjar las diferencias engendradas de dicho acuerdo preparatorio. La existencia del precontrato, por sí, elimina la posesión de hecho propia y evidencia más una relación precaria contractual atada a la prometiente.

4.9.3. El Tribunal, es cierto, no mencionó algunas pruebas. Las declaraciones de Flor Beatriz Hernández Martínez, Martha Elisa Monsalve Cuéllar, Jaime Salas Díaz y Luis Alexander Cabra Guzmán. Unos documentos. La inspección ocular adelantada por las autoridades de policía

y la actuación judicial promovida por la misma Monsalve Cuéllar, exigiendo la resolución de la promesa.

Los errores, sin embargo, se configurarían en la hipótesis de acreditar, sin ningún género de dudas, inclusive frente a otros medios de convicción, la posesión de Rafael Mauricio Alonso Lozano. Si las pruebas relacionadas no la indicaron o si la expresaron, en todo caso, quedaron desvirtuadas, su apreciación es implícita, aunque de manera negativa. En ese caso, sencillamente, la deficiencia de expresión no es constitutiva de preterición probatoria.

La Corte al respecto tiene explicado que la *«mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contenido de la misma no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haber apreciado tal medio la conclusión del pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinta a la adoptada por el sentenciador (G.J., t. CXXIV, pág. 448)»*⁶.

4.9.3.1. Lo dicho ocurre en el *subjúdice*. El Tribunal, como se recuerda, concluyó que la vinculación del vendedor de la posesión, Ricardo Mauricio Alonso Lozano, con el inmueble, simple y llanamente, era precaria. La asoció con la promesa de compraventa y todo lo ocurrido alrededor. En ese sentido, para la Corte:

«(...) la noción legis de posesión, de suyo y ante sí, presupone no reconocer dominio ajeno, por cuanto es “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...”, o sea, la detentación real, física, material u objetiva de un bien (corpus)

⁶ CSJ SC del 23 de sept. de 2004.

con designio e intención de señorío (animus), ser, comportarse o hacerse dueño (animus domini, animus remsibi habendi) (cas. civ. sentencias de 13 de marzo de 1937, XLIV, 713; 24 de julio de 1937, XLV, 329; 10 de mayo de 1939, XLVIII, 18; 9 de noviembre de 1956, LXXXIII, 775; 27 de abril de 1955, LXXX, 2153, 83), por lo cual, el reconocimiento de esta calidad a otro sujeto, la excluye por antinómica e incompatible.

«Contrario sensu, la promesa de compraventa, per se, envuelve reconocer dominio ajeno, pues en su virtud, las partes contraen recíprocamente la prestación calificada de hacer consistente en la celebración del posterior contrato definitivo de compraventa, por cuya inteligencia se obligan a transferir y adquirir la propiedad del dueño (titulus), lo que se produce con la tradición (modus), resultando elemental por ineludibles principios lógicos, el reconocimiento de esa calidad, que por su naturaleza y concepto legal, es incompatible con la posesión.

«El contrato preparatorio, preliminar, promesa de contrato, precontrato (pactum de contrahendo o pactum de ineiundo contractu), en efecto, genera esencialmente (essentialia negotia), una prestación de hacer, su función es preparatoria e instrumental, proyecta y entraña la obligación de estipular en un futuro determinado otro contrato diferente en sus elementos, naturaleza, función y efectos»⁷.

Se trata, por tanto, de una causa jurídica que excluía la posesión. Y esto era suficiente para no investigar el hecho en otros elementos de juicio, como los anotados. La misma circunstancia del acuerdo preparatorio, significa reconocer dominio ajeno. Su adquisición, al ser futura, implica que mientras ello no suceda, es la regla general, el prometiende comprador no puede apropiarse de lo que no es suyo.

4.9.3.2. La promesa de compraventa, es cierto, puede transmitir posesión, pero no es la norma, sino la excepción. Tiene lugar cuando se anticipa la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor señalando explícita y palmariamente que se entrega la posesión material de la

⁷ CSJ. Civil. Sentencia de 30 de julio de 2010, expediente 00154. En el mismo sentido, puede consultarse los fallos de 22 de octubre de 2004, de 9 de noviembre de 2009 y 5 de julio de 2014.

cosa objeto del contrato. El hecho, sin embargo, debe ser calificado y no simple. En palabras de la Sala:

«(...) la promesa no es por sí misma “un acto jurídico traslativo de la tenencia o de la posesión del bien sobre el cual ella versa” (CCXLIII, 530), salvo “que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el promitente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa” (CLXVI, 51), y para “que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el prometente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador” (G. J., t. CLXVI, pág. 51)»⁸.

En la promesa de compraventa del caso se descarta ese hecho calificado. La razón estriba en que si se hubiese estipulado no había dado lugar a hablar de la mutación de la tenencia en posesión. El tópico aparece planteado. El Tribunal contestó en la apelación que ese fenómeno resultaba infundado. Y en la acusación, ciertamente, no se alega que ella haya entregado la posesión.

4.9.3.3. La conversión dicha no opera *ipso iure* ni por el mero paso del tiempo. El artículo 777 del Código Civil, establece que el *«simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión»*. Es factible, sin embargo, trocar la calidad original por la de poseedor, mediante el fenómeno conocido en la doctrina⁹ y en la jurisprudencia¹⁰ como *«interversión del título»* o *intervesio possessonis*.

⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 30 de julio de 2010, radicado 00154.

⁹ Vide: PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges/PICARD, Maurice (con su conc.). *Traité Pratique de Droit Civil. Tomo III. Les Biens*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1926. Págs. 175-176; COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français. Tomo I*. Librairie Dalloz. Paris. 1939. Págs.

Surge así para quien se rebela contra su relación jurídica, la posibilidad de adquirir el bien por el modo de la prescripción, concurridos los demás requisitos legales. Del mismo modo, el ejercicio de los interdictos posesorios. La nueva situación, empero, en sentir de la Corte, debe ser «*pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del titular, y acreditarse plenamente por quien se dice “poseedor”, tanto en lo relativo al momento en que operó la transformación, como en los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario*»¹¹.

Los anteriores hechos, en el caso, no se avizoran uniformes y constantes en las pruebas al respecto singularizadas. Las actuaciones vistas en la prueba documental denotan solución de continuidad. Sucedieron, sin excepción, entre agosto y diciembre de 2006. Dícese de los pagos de «*viajes de recebo*» y «*movimientos de tierra*», de las «*cuentas de cobro por viajes de recebo*», de las solicitudes elevadas a las empresas de servicios públicos de Fusagasugá y sus respuestas, y de la «*promesa de permuta*» intentada sobre una de las viviendas a construir.

El dictamen del proceso, evacuado el 19 de septiembre de 2014, y el de la Inspección de Policía, practicado el 9 de mayo de 2013, coinciden en dar cuenta del estado lamentable y precario del lote. Dicen que solo existen

893-894; DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III*. Ed. Thomson Reuters-Civitas. Pág. 701.

¹⁰ Cfr. CSJ SSC del 22 de agosto de 1957; 15 de septiembre de 1983; 18 de abril de 1989; 3 de abril de 1991; 16 de marzo de 1998; 24 de junio de 2005; 13 de abril de 2009; 16 de diciembre de 2012. Entre muchas más.

¹¹ CSJ. Civil. Sentencias de 13 de abril de 2009. En el mismo sentido, los fallos de 7 de diciembre de 1967, de 16 de marzo de 1998, de 8 de febrero de 2002 y de 30 de noviembre de 2010.

vestigios de construcciones abandonadas y en muy mala condición, posiblemente realizadas en 2006 o 2007.

En el mismo sentido los testigos Flor Beatriz Hernández Martínez, Jaime Salas Díaz y Luis Alexander Cabra Guzmán. Concuerdan en afirmar que las obras llevadas a cabo por Ricardo Mauricio Alonso Lozano se hicieron en 2006. También agregaron que durante la mayor parte del tiempo el predio se ha visto solo y «*abandonado*».

La prometedora vendedora, Martha Elisa Monsalve Cuéllar, por su parte, frente al promitente comprador, Ricardo Mauricio Alonso Lozano, siempre blande su condición de dueña; detalla, inclusive, los pormenores de la relación contractual entrambos y el incumplimiento de su contradictor, el supuesto poseedor para entonces.

En la demanda de resolución de la promesa de compraventa entablada por Monsalve Cuéllar contra Alonso Lozano, no se observa la posesión de este último de manera inequívoca para el momento de su presentación, el 10 de julio de 2009. En el hecho cuarto únicamente se afirma que la «*promitente compradora (sic) hizo entrega real y material del inmueble el día 18 de mayo de 2006, fecha de la firma de la Promesa de Compraventa*». En ninguna parte se dice que se desprendió de su señorío, y aun así, ello no conlleva la prueba de los hechos posesorios postreros.

Y la inspección ocular realizada por la autoridad de policía, en octubre de 2012, se alude, escuetamente, a una «*construcción en bloque y ladrillo prensado*».

4.9.4. Si lo dicho fuera poco, el mismo Ricardo Mauricio Alonso Lozano, expresamente, señaló que las obras las realizó en 2006 y 2007. Significa que lo fueron en vigencia de la promesa de compraventa, la cual, por sí, como se dejó suficientemente explicado, era indicativa del reconocimiento de dominio ajeno.

Es más, su exconsorte y codemandante, Sandra Milena Vargas Torres, sigue las conclusiones del Tribunal. Señala que él intentó conciliar con Monsalve Cuéllar. Producto de lo cual acordaron buscar comprador para el lote, y una vez vendido, se pagaría parte de las inversiones.

4.9.5. El Tribunal, por tanto, de manera alguna omitió apreciar cada uno de los elementos de juicio incorporados y que fueron aludidos en el cargo. Tampoco tergiversó los tenidos en cuenta. Su conclusión concuerda con lo que material y objetivamente indican dichos medios de convicción. En concreto, que los mismos no demostraban la posesión material de los demandantes más allá de un año, contado hacia atrás desde el 1º de junio de 2012.

4.10. Sentado lo que precede, en forma prioritaria, como se anticipó, ello conduce a descartar las faltas de contemplación jurídica que, respecto de las mismas pruebas, se enrostraron. Si la posesión, como mínimo

anual, para el éxito del interdicto posesorio, no fue acreditada, la materia prima para realizar la apreciación en conjunto, ciertamente, lo reclamado, se echa de menos.

Los errores en ese específico punto se presentan cuando se contrarían los dictados de la lógica, de la ciencia o de la experiencia, que son las reglas de la sana crítica (artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 176 del Código General del Proceso). Ello presupone hechos preexistentes, fijados sin ningún género de dudas en lo material y objetivo, para así realizar su conjugación analítica y sintética. Lo primero, comprende el estudio de lo fijado de cada prueba. Lo segundo, el análisis del todo con la parte. De esa manera, el muestrario probatorio permite sacar las inferencias respectivas. Y ello es imposible de lo que no ha quedado establecido.

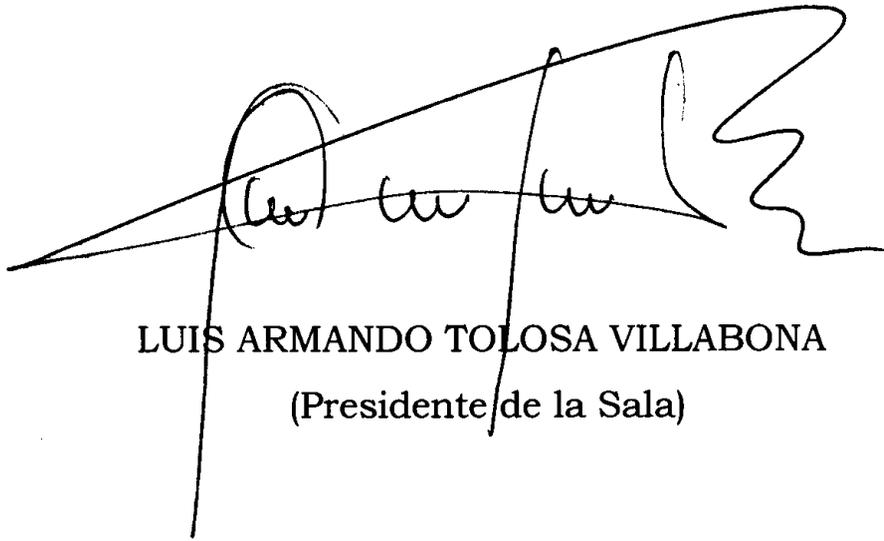
4.11. Los cargos, en consecuencia, están llamados al fracaso.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia de 23 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, en el proceso incoado por José Manuel Cubillos Mora y Sandra Milena Vargas Torres contra Ingeniería RH S.A.S.

Las costas en casación corren a cargo de los demandantes recurrentes. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta que la parte opositora en el recurso replicó la acusación.

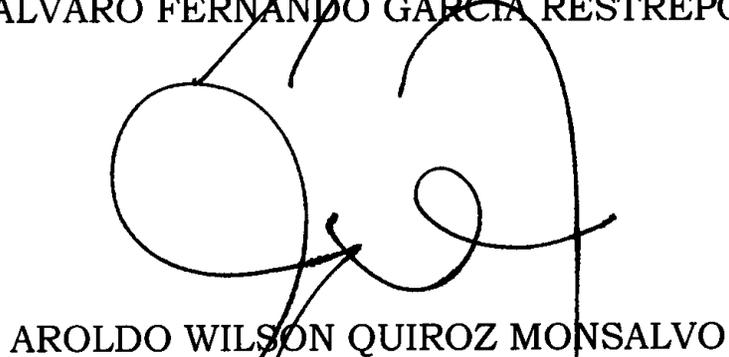
Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
(Presidente de la Sala)



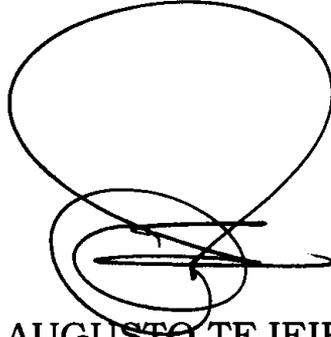
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



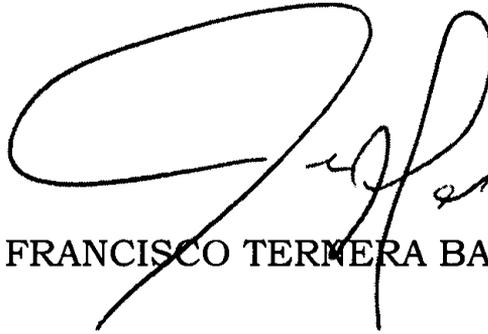
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

A handwritten signature consisting of a large, open oval at the top, followed by several horizontal and curved strokes that form a complex, stylized shape.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

A handwritten signature starting with a large, rounded 'F' followed by several loops and a long, sweeping tail that extends downwards and to the right.

FRANCISCO TERMERA BARRIOS