



JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO MOCOA PUTUMAYO

Proceso: Ejecutivo
Radicación: 8600131003001 2021-00144-01 (1ª inst: 860014003001 2019-00286-00)
Demandante: Sandra Natalia Velasco Patiño y Fernando Muñoz Zapata
Apoderado: Fernando Muñoz Zapata zapata.asociados@hotmail.com

Demandado: Solarte Nacional de Construcciones SAS – SONACOL SAS. Nit. 830.129.289-8
grupolhs@grupolhs.com - arelis.ayala@grupolhs.com – ayalaarelis@gmail.com

R.L.: Luis Fernando Solarte Viveros
Apoderada: Sandra Viviana Martínez Puentes grupolhs@grupolhs.com

Asunto: Sentencia

Mocoa, dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022)

Objeto

Con fundamento en el inciso tercero del artículo 14 del Decreto 806 del 2020 se procede a dictar sentencia escrita en asunto de la referencia.

Antecedentes

1. La demanda ejecutiva. Natalia Velasco Patiño y Fernando Muñoz Zapata, en causa propia por su condición de abogado en ejercicio y como apoderado judicial de aquella, presentan demanda ejecutiva en contra de la sociedad Solarte Nacional de Construcciones S.A.S., conocida por sus siglas como SONACOL S.A.S., identificada con Nit 830-129.289-8, representada para asuntos legales y judiciales por el señor José Ignacio Narváez Mocoa o por quien haga sus veces, para el pago de las siguientes pretensiones:

1.1. Pretensiones:

1.1.1. \$82.811.600, por concepto de cláusula penal, contenida en el contrato base de recaudo “contrato de explotación, acopio, clasificación y transporte de materiales para las obras de construcción de la variante San Francisco – Mocoa, correspondientes al contrato No. 407 de 2010 suscrito entre el consorcio Vial del Sur y el Invías”.

1.1.2. Por los intereses comerciales moratorios sobre dicha suma de dinero a partir de que se constituya en mora al deudor.

1.1.3. Por las costas y agencias en derecho.

2. Hechos. Los fundamentos fácticos soporte de la causa de pedir consisten en:

El 8 de octubre de 2012 SONACOL S.A.S. y los demandantes celebraron un contrato de explotación, acopio, clasificación y transporte de materiales para las obras de construcción de la variante San Francisco – Mocoa, correspondientes al contrato No. 407 de 2010 suscrito entre el consorcio Vial del Sur y el Invías.

Que la demandada SONACOL S.A.S. se comprometió: (i) al cerramiento de la vivienda de los demandantes mediante la construcción de un muro con medidas determinadas; (ii) a responder por las obras que realicen en el área entregada por los demandantes.

De los tres muros construidos por SONACOL uno colapsó completamente, otro se cayó en extensión de 35 metros lineales. Dos muros los reparó en su totalidad la empresa que prometió en escrito del 15 de junio de 2017 que tomaría las medidas necesarias para garantizar la estabilidad de dos muros restantes. No obstante, a la fecha de presentación de la demanda no ha cumplido, pese a varios requerimientos.

Que en la cláusula séptima del contrato se convino la vigencia a partir del 8 de octubre de 2012 hasta 8 de octubre de 2018.

Que los demandantes el 31 de julio de 2018 enviaron a la empresa demandada comunicación de la no intención de prorrogar el contrato. Comunicación recibida el 2 de agosto de ese año.

Que en esa misma comunicación se pidió a SONACOL que responda por las obras realizadas en el área entregada, señalados en el punto cuarto de los hechos y la devolución de dos hectáreas del lote con explicación del sitio, según la cláusula sexta del contrato.

En noviembre de 2018 SONACOL, a su nombre, el ingeniero Germán Guerrero envió al lote La Rochela una comisión encabezada por Elías Pérez, un ingeniero civil de nombre Andrés N. y una ingeniera ambiental (no se da el nombre), quienes abrían manifestado a los demandantes que realizarían las obras o pagarían el precio.

Que el 8 de febrero de 2019 la jurídica de SONACOL, Viviana Martínez, se comunicó con los demandantes para posteriormente llegar a un acuerdo, sin que lo haya hecho.

Estos, los demandantes, el 25 de febrero de 2019, propusieron una conciliación que no tuvo respuesta por SONACOL, pero en julio del mismo año se comunicaron con la abogada Martínez y esta les dijo que se comunicaría al día siguiente en razón a que José Ignacio Narváez, encargado de la parte jurídica, no se hallaba en las instalaciones de la empresa LHS S.A.S.

Dice que en la cláusula décima del contrato se acordó fijar los perjuicios compensatorios contenidos en la cláusula penal que la transcribe. Agrega que el contrato contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible una vez constituido en mora la sociedad demandada, cuyo original se halla en manos de la empresa demandada desde un principio de la firma del contrato quienes enviaron copia a los demandantes en cumplimiento a una acción de tutela.

Sentencia de primera instancia

Tras examinar cuál es la prestación perseguible ejecutivamente, los elementos que debe reunir el título ejecutivo conforme al artículo 422 del CGP, las clases de títulos ejecutivos entre los que identifica los contractuales que dice es el tipo de título ejecutivo que se presenta para el recaudo por la cláusula penal, señala en que consiste el objeto del contrato, el cual lee, se refiere a la cláusula penal, las normas

del Código Civil que la regula, destaca las posturas doctrinales existentes sobre los instrumentos legales para cobrar la cláusula penal desde los que admiten que es posible a través de un proceso ejecutivo, otras previo proceso declarativo o el ejecutivo allegando la prueba del cumplimiento de la condición con fundamento en el artículo 427 del CGP, o quienes sostienen que es posible librar mandamiento de pago por una pena examinando la clase de sanción acordadas por las partes y las pretensiones que se están acumulando en la demanda.

El a quo se inclina por hacer exigible la cláusula penal directamente a través del proceso ejecutivo, pero no en todos los casos, dice, porque depende de la naturaleza de la obligación principal a la que se encuentre sujeta la pena y de la forma como dicha condición puede ser probada, agrega, que es del criterio que siendo la cláusula penal una obligación condicional que opera ante el eventual incumplimiento de alguna de las partes del contrato debe necesariamente acreditarse tal condición.

Es del criterio que si es posible librar mandamiento de pago por la pena contenida en un contrato al tenor del artículo 427 del CGP.

Dijo estudiar las pretensiones, las excepciones y determinar cuáles las obligaciones del contrato que se argumentan incumplidas y determinar la viabilidad del cobro ejecutivo de la pena. Que las pretensiones se sustentan en presunto incumplimiento de las obligaciones de los numerales 2, 3, 4 y 6 de la demanda, asimismo la demandada debe responder por las obras que se hayan realizado en el área entregada por los demandantes.

A la hora 1:16:36, el juzgador resuelve la litis en la falta de requisitos sustanciales del título ejecutivo traído al cobro con soporte en la sentencia T-747 de 2013, el artículo 422 op. cit., en cuanto a los requisitos de exigibilidad de la obligación, claridad y expresividad, y en consonancia con el artículo 427 id, en cuanto quien reclama el cumplimiento haya demostrado haber cumplido con los suyos.

Sostiene que practicado el debate probatorio no se logró acreditar la exigibilidad de las obligaciones presuntamente incumplidas, ni se demostró el cumplimiento de la condición.

Sobre la obligación de construcción del muro de encerramiento de la vivienda de los demandantes dice que no cuenta con fecha de ejecución, con la inspección judicial se corrobora que si está construido, con las pruebas aportadas por la parte activa concluye que la discusión no se presenta por la falta de ejecución o cumplimiento retardado de la obligación sino en la indebida construcción del cerramiento por el uso de materiales no adecuados para su elaboración pero dice que esta circunstancia no es del resorte del trámite.

Que en la falta de explicación del terreno de la cláusula sexta del contrato el juzgado encontró determinados los extremos temporales para su cumplimiento o ejecución en la fecha de restitución del inmueble descrito en el objeto del contrato, pero no el requisito de claridad o expresividad porque la cláusula sexta de forma directa o automática remite a la cláusula segunda para identificar el lote objeto de la adecuación y por eso dice que "... **no existe claridad** en los factores que determinan la obligación para el caso particular no se logra concluir el sujeto (sic) esto es no existe forma de identificar cual dentro de las 27 hectáreas de terreno

conforma el o los inmuebles de propiedad de los accionantes se encuentran las dos hectáreas que hacen referencia la multicitada clausula sexta del contrato”.

Que no existe en el expediente prueba de la entrega material del citado lote, obligación que se encontraba dentro de las principales en el contrato de acuerdo con la cláusula quinta.

Que de acuerdo con las pruebas testimoniales e inspección judicial **no existe claridad** del lugar específico donde se desarrolló la actividad contractual pero enseguida dice que “... lo anterior lleva a concluir al despacho que la actividad contractual ejercida por la parte accionada se ejecutó dentro de toda el área que conforma los inmuebles de los accionantes”, que la labor “... no se limitó únicamente a las dos hectáreas que se habían informado se entregaría, sino que se pudo realizar dentro de la totalidad del inmueble quiere decir esto las 27 hectáreas”.

Para el a quo, entonces, está probada la excepción de mérito de “*falta de los requisitos sustanciales del título ejecutivo*”, que dice decretarla de oficio como se plasmó en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado.

Actuación procesal en segunda instancia

El 2 de diciembre de 2021 del Centro de Servicios Judiciales de Mocoa se recibe el presente asunto.

El 13 de diciembre se profirió auto admitiendo, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación contra la sentencia del 29 de noviembre proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de la ciudad capital.

Mediante auto del 2 de febrero de 2022, se negó la solicitud de practica de prueba de inspección judicial y se ordenó la aplicación del inciso 3 del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

El 29 de marzo de 2022 se ordenó correr traslado al no recurrente del escrito de sustentación al recurso de apelación formulado por la parte demandante¹. El término venció el 6 de abril sin intervención de la parte demandada o no recurrente, por ende, no se tendrá en cuenta el escrito electrónico radicado por la demandada el 11 de febrero de este año², por prematuro dado que se incumple con los principios de preclusión y eventualidad concordante con el inciso 1 del artículo 13 del CGP, y por analogía con las sentencias STC996-2021 y SC3148-2021, entre otras.

Sustentación del recurso de apelación³

Se afirma que las pretensiones ejecutivas vienen fundadas en el artículo 428 del CGP, para el pago de perjuicios por la no ejecución de un hecho; que el contrato y la cláusula penal, dice que hace las veces de título ejecutivo, siendo la cláusula penal la cantidad principal y los intereses.

Que la no realización de la explanación del sitio entregado a la demandada y la no realización de las medidas para garantizar la estabilidad de los muros son las causales para pedir el pago de la cláusula penal.

¹ Archivo pdf: 15MemorialSustentaciónApelación20220214.

² Archivo pdf: 09MemorialAlegatosConclusión20220112.

³ Archivo pdf: 15MemorialSustentaciónApelación20220214

Que la sentencia atacada se basó en el artículo 427 y 422 del CGP y con base en estas normas dedujo que la parte actora no demostró la exigibilidad de la obligación porque la demandada demostró la construcción del muro y que la indebida construcción requiere la vía de otro proceso.

Que no hubo forma de identificar la ubicación de las dos hectáreas, ni la entrega material a la demandada que originara el derecho a la explanación, que los testimonios no ofrecen claridad.

Que el juzgador oficiosamente declaró demostrada la excepción de “falta de requisitos sustanciales del título ejecutivo”.

Que los reparos concretos consistieron en la demostración del incumplimiento de la demandada a sus obligaciones, la existencia de la obligación a su cargo y su exigibilidad, a través de inspección judicial, testimonios, interrogatorio de parte y documentos anexos que obran en el proceso. Que los mismos medios probatorios demostraron el cumplimiento de la parte demandante en cuanto a la entrega no solo de las dos hectáreas que dice el juez y el contrato sino toda la propiedad dejándola a disposición de la demandada.

Que el a quo desconoció el artículo 281 del CGP por interpretación errada de la demanda porque el fallo se fundó en el artículo 427 ídem sobre obligación de no hacer y a una condición suspensiva, cuando lo cierto es el pago de perjuicios por la inejecución de un hecho por obligación de hacer que no fue posible obtener su cumplimiento a pesar de haberse solicitado varias veces, hechos que los regula el artículo 428 ídem.

También se reprocha la sentencia por incumplimiento del artículo 280 procesal, sobre la conducta procesal de las partes y subrayando la de deducir indicios de esa conducta.

Que desconoció el artículo 176 por no apreciación en conjunto de todas las pruebas recaudadas mediante la sana crítica, ni expuso el mérito probatorio de cada prueba.

Dice que, concluyendo ese acápite, la demanda se ciñe al procedimiento del artículo 428 y no al artículo 427 cuyas exigencias son diferentes al primero que no pide señalar los requisitos sustanciales del título ejecutivo por expresa disposición del primer artículo, pero que de todos modos proceden a señalarlos.

Enseguida entra al estudio de las pruebas del plenario, iniciando por lo que califica de “el contrato como título ejecutivo base de la ejecución” del cual dice que el juez a quo no estudió su fuerza ejecutiva, ni las pruebas testimoniales, ni la conducta de la demandada a no entregar el original del contrato que lo había redactado, forzando a formular una acción de tutela para obtenerlo, de todos modos quedándose con el original, aprovechando ese motivo para no firmar una constancia acerca de la relación contractual de la entrega del terreno; que no consideró en el fallo la fuerza demostrativa del oficio del 7 de abril de 2017 dirigido por los demandantes a SONACOL y la respuesta a este del 15 de junio de ese mismo año; que tampoco la primera instancia hizo mención al registro fotográfico ni para estimarlo o desestimarlos; que en forma general, sin explicación, ni razonamiento legal, ni haber tenido tacha por sospecha desestimó la prueba testimonial.

Dedica la sustentación del recurso de apelación al examen de los testimonios de Jorge Díaz, Antonio Armida, Braulio Cuarán y Rodrigo Javier Rosales, Oscar Andrés Izquierdo (testigo de la parte demandada), examina el interrogatorio de parte del representante legal de SONACOL José Ignacio Narváez, de la inspección judicial el juzgado criticado no observó los lineamientos del numeral 3 del artículo 238 del CGP pese al requerimiento del apoderado del demandante.

Menciona que hay indicios con los cuales se establece el cumplimiento de la obligación de entregar las dos hectáreas a los demandados, indicios que dice fueron desconocidos por el juzgador de primer nivel. Identifica tres aspectos que los cataloga de indicios.

También trae el escrito de sustentación un apartado rotulada como "CONCLUSIONES", ahí se indica que se ha demostrado la entrega de veintisiete hectáreas incluida las dos hectáreas de los demandantes a la demandada; que el contrato no estipuló la instalación de una trituradora; se demostró la obligación de la demandada SONACOL de construir el cerramiento con bloques; responder por las obras realizadas dentro del área entregada; reparar las obras defectuosas y la realización de una explanación en un área de dos hectáreas; obras no cumplidas por la sociedad demandada.

Se refiere también en el mismo segmento al numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil en cuanto a la responsabilidad del empresario por la entrega de una obra relacionada con su oficio, en concordancia con los artículos 15 y 16 ejusdem, para decir que una cláusula de exoneración sería nula de nulidad absoluta; que al firmarse el contrato en 2012 la responsabilidad se extiende hasta octubre de 2022.

Pide se continúe la obligación sin requerir el cumplimiento de las dos obligaciones porque puede existir el cumplimiento defectuoso de una obligación.

En el punto llamado CRONOLOGÍA DE LAS VARIAS SOLICITUDES E INFORMES DE LA CAIDA Y SOLICITUD DE CONSTRUCCIÓN DE MUROS, INMEDIATES DE LA CONSTRUCCIÓN, acude a comentarios de reconocido tratadista colombiano sobre el tema de la ejecución solicitada, prevista ahora en el artículo 428 del CGP, para en seguida detallar cuatro solicitudes relacionadas con los muros, la reconstrucción de dos, el incumplimiento para reforzarlos y el incumplimiento para construir un muro faltante.

Finalmente dedica otro aparte que dice RECALCAMOS EL ERROR DEL JUEZ A QUO, para decir que la demanda ejecutiva no está dirigida a forzar el cumplimiento de obligaciones sino la obtención de perjuicios indemnizatorios por incumplimiento de las obligaciones contractuales que dice llamarse clausula penal, disciplinada en el artículo 428 y no en el 427 del CGP. Que, en consecuencia, fueron demostrados los requisitos sustanciales de un título ejecutivo complejo, a pesar de no operar para el primer artículo y si para el segundo. Por ello pide revocarse el fallo de primera instancia y ordenar la continuación de la ejecución.

Consideraciones

1. Sanidad procesal. No se devela en la instancia la existencia de nulidad insalvable que deba ser declarada de oficio, pues el trámite impartido es el legalmente previsto, tampoco se observa irregularidad procesal que deba darse a conocer.

2. Presupuestos procesales. Competencia en el juez, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso (capacidad procesal), se hallan reunidos concurrentemente.

3. Legitimación en la causa. En cuanto hace a la legitimación en la causa por activa para el cobro de la cláusula penal la tienen los demandantes que hacen parte del *“contrato de explotación, acopio, clasificación y transporte de materiales para las obras de construcción de la variante San Francisco – Mocoa, correspondientes al contrato No. 407 de 2010 suscrito entre el consorcio Vial del Sur y el Invías”*, que se presenta como título ejecutivo, y la sociedad Solarte Nacional de Construcciones SAS – SONACOL SAS., Nit. 830.129.289-8, representada legalmente por Luis Fernando Solarte Viveros, quien suscribe el mismo documento, conformando la legitimación en la causa por pasiva. En síntesis, existe coincidencia entre quienes son partes de la relación sustancial afirmada en la demanda y las que han acudido al proceso.

4. El caso concreto. Relacionados los aspectos relevantes de la litis se procede a resolver el recurso de apelación.

De entrada debe estarse a que esta segunda instancia tiene competencia para resolver los reparos concretos presentados y desarrollados como sustentación en el escrito electrónico de mensaje de datos, de acuerdo a los artículos 320, inciso 1, 327, inciso último (no tocado por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020), y artículo 328, inciso primero, del Código General del Proceso.

El descontento de la parte apelante frente a la sentencia de primera instancia que no continuó la ejecución, radica en que desconoció que para el cumplimiento del contrato denominado *“contrato de explotación, acopio, clasificación y transporte de materiales para las obras de construcción de la variante San Francisco – Mocoa, correspondientes al contrato No. 407 de 2010 suscrito entre el consorcio Vial del Sur y el Invías”*, se hizo entrega de dos hectáreas, hecho que dice demostrado con testimonios de Ignacio Narvárez, Oscar Izquierdo, inspección judicial e indicios graves. Señaló, en los reparos, que Jorge Díaz determinó el área donde se entregaron las dos hectáreas a la sociedad demandada para que esta realizara la explanación. Que no únicamente la no explanación es uno de los incumplimientos sino también la estabilidad de dos muros para evitar su desplome, obligación no realizada por la demandada Sonacol S.A.S.

En la sustentación de la apelación se sostiene que la vía ejecutiva propuesta con el libelo introductor es la prevista en el artículo 328 del CGP que estipula la ejecución por perjuicios y no por el artículo 427 ídem, que hace referencia a la ejecución de perjuicios derivados de una obligación de no hacer, donde debe acreditarse, según el inciso último, *“el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella”*, norma escogida por el a quo para resolver la litis.

Siendo que en la demanda en lo que se rubrica como FUNDAMENTOS DE DERECHO se menciona como normas procesales aplicables para el caso concreto, dice *“propios del negocio jurídico”*, los artículos 426 y 428 del CGP y reiterado en el párrafo TRAMITE A SEGUIR, cuando se dice que con estribo en el segundo artículo solicita *“desde un principio el pago de perjuicios (...) por la ejecución o no ejecución de un hecho (...)”*.

El tema es recientemente tratado en la sentencia STC3900-2022 del 30 de marzo que concreta los requisitos que trae el mencionado artículo 328, cuando alecciona de la siguiente manera:

“... la viabilidad de la ejecución por perjuicios compensatorios de que trata el artículo 428 del Código General del Proceso, depende del cumplimiento de los siguientes requisitos:

(i) La existencia de una obligación consistente en: (a) la entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero; (b) la no ejecución de un hecho; o (c) la ejecución de un determinado hecho.

(ii) El incumplimiento de alguna de esas obligaciones.

(iii) La estimación de los perjuicios ocasionados con tal incumplimiento, los cuales pueden versar en el título ejecutivo o, de no haberse pactado en el mismo, deberán ser estimados, «bajo juramento», por el demandante, «en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero».”

Y trayendo concepto de doctrina dijo que los perjuicios compensatorios son aquellos que “equivalen a la sustitución por dinero de la obligación principal” (MORA G. Nelson R. Procesos de Ejecución. Tomo 1. Segunda Edición. Pág. 138. Editorial Temis. 1973).

E igualmente sobre la ejecución por perjuicios recordó la sentencia C-472 de 1995 que examinó la constitucionalidad del artículo 495 del C. P. C., traslapado en iguales términos al artículo 428 del CGP, en uno de sus apartes se expresó:

“(...) En este evento, obviamente no se demanda la entrega del respectivo bien ni la realización del hecho, sino su equivalente o compensación en dinero, de manera que el cobro coactivo se asimila o convierte en una ejecución por suma de dinero.

Lo que caracteriza y a la vez asimila las situaciones reguladas en las normas mencionadas anteriormente, es que el cobro ejecutivo de los perjuicios, en ambos casos, se puede adelantar en los términos de los artículos 491 y 498 del C.P.C., a pesar de que la obligación no versa sobre una cantidad líquida de dinero ni consta expresamente en el título de recaudo ejecutivo, defiriéndose al acreedor la facultad de estimarlos y concretarlos bajo juramento. (...)”

Los mencionados artículos 491 y 498 del C.P.C. se reemplazaron por los artículos 424 y 431 del CGP, respectivamente.

4.1. Sobre la no ejecución de la obligación de hacer explanación en dos hectáreas de terreno. El caso en estudio se subsume en la no ejecución de un primer hecho consistente en que la ejecutada Sonacol S.A.S. no ejecutó la explanación de dos hectáreas de terreno, prestación que quedó estipulada en la cláusula sexta del “contrato de explotación, acopio, clasificación y transporte de materiales para las obras de construcción de la variante San Francisco – Mocoa, correspondientes al contrato No. 407 de 2010 suscrito entre el consorcio Vial del Sur y el Invías”, firmado por las partes el 8 de octubre de 2012 con vigencia de seis años, y que en el tercer párrafo del “Alcance del Objeto” contractual textualmente se pactó lo siguiente:

“Restitución: Una vez terminado el objeto del contrato SONACOL S.A.S devolverá a FERNANDO MUÑOZ ZAPATA y SANDRA NATALIA VELAZCO PATIÑO las dos

hectáreas (2 Hec.) del lote rural señalado en la cláusula segunda con la respectiva explicación del sitio.”

Disposición que debe complementarse precisamente con la cláusula segunda del contrato donde se identifica el inmueble, por su ubicación y linderos, “... en el cual se desarrollará el objeto del contrato...”, sobre veintisiete hectáreas; es decir, no hace la identificación, singularización o separación de las dos hectáreas que SONACOL requería para “... efectuar la explotación de materiales como crudo de río, del río Mocoa, el acopio y clasificación de los mismos para su transporte final... en una parte del predio de los señores FERNANDO MUÑOZ ZAPATA y SANDRA NATALIA VELAZCO PATIÑO”.

En la estipulación quinta las partes consintieron que la entrega de las dos hectáreas se hiciera por escrito, es decir que la prueba de la entrega fuera formal, aunque no se dijera, servía de prueba del cumplimiento por parte de los demandantes del negocio jurídico en este específico aspecto.

A pesar de que existe prueba testimonial (Jorge Alirio Díaz y Antonio Ermida Gaviria) de que la demandada Sonacol S.A.S. dispuso de los predios de los demandados para realizar el contrato, esto es pasar al río, extraer material, hacer jarillones, mover volquetas y retroexcavadoras y guardarlas, de lo cual el señor Juez a quo lo halló probado en sentencia oral proferida en audiencia el 29 de noviembre de 2021 que esa actividad contractual se desarrolló en veintisiete hectáreas: “Lo anterior lleva a concluir al despacho que la actividad contractual ejercida por la parte accionada se ejecutó dentro de toda el área que conforma los inmuebles de los accionantes. Quiere decir esto que no se limitó únicamente a las dos hectáreas que se habían informado se entregaría, sino que se pudo realizar dentro de la totalidad del inmueble quiere decir esto las 27 hectáreas” (audio 01:16:36. Subrayado nuestro), de todos modos no es posible identificar de cual de esas veintisiete hectáreas corresponde explicar dos hectáreas, no existe realmente prueba de la entrega y menos la identidad o singularidad de las dos hectáreas, aspectos necesarios para saber la porción de terreno sobre el cual se debía cumplir la obligación de explicar.

Por consiguiente, no se demostró que Sonacol S.A.S. incumpliera la presunta obligación de explicación sobre dos hectáreas de terreno de propiedad de los demandantes que, se repite, la actora no identificó por no haber sido formalmente entregadas, por lo tanto, no estaba en el deber de ejecutarla, marginándose la posibilidad de exigirle el pago de perjuicios por la no ejecución de un hecho.

4.2. Sobre la no ejecución de la obligación de realizar el cerramiento de la vivienda de los demandantes. De acuerdo con el contrato (I. Antecedentes, numerales 3 y 4) Sonacol S.A.S. se presenta como integrante de un consorcio que se halló ejecutando la construcción de la obra variante San Francisco – Mocoa y que para ello requería “... efectuar la explotación de materiales como crudo de río, del río Mocoa, el acopio y clasificación de los mismos para su transporte final...”, tarea que la haría en un sector de los terrenos de propiedad de los demandantes.

En desarrollo de este antecedente convinieron mutuamente en su clausulado ciertas obligaciones de provecho mutuo para demandantes y sociedad demandada, que se entiende guardan equilibrio económico.

La obligación de los demandantes consistió, de acuerdo con la cláusula primera, en la entrega a Sonacol S.A.S. de dos hectáreas del lote rural identificado por su área de veintisiete hectáreas y linderos específicos descritos en la cláusula segunda.

E igualmente para la ejecución del contrato también se convino que los demandantes en este asunto, se obligaron a la prestación de "... permitir el paso o tránsito de equipos o maquinaria tipo pesado para transportar los materiales procedentes del río Mocoa y de la planta de procesos, hacia el proyecto Variante Mocoa San Francisco, frente Mocoa y en consecuencia autoriza a SONACOL S.A.S. a realizar las obras necesarias para ejercer la servidumbre a su favor."

De acuerdo con la cláusula quinta se entendió que la entrega de las dos hectáreas se realizó el 8 de octubre de 2012, esto es el mismo día en que se firmó el contrato, sin que se dejara constancia escrita para identificar esas dos hectáreas, no obstante se acredita con los testimonios de Jorge Díaz y Antonio Ermida Gaviria (Audiencia de instrucción y juzgamiento del 16 de noviembre de 2021, audio 00:04:53 y 00:33:16, respectivamente) que corrobora los interrogatorios de parte de los demandantes en el sentido que la demandada Sonacol S.A.A. utilizó todo el terreno de propiedad de estos a excepción donde se halla construida la vivienda y zonas aledañas como piscina, pista de karts a la que alude el testimonio del ingeniero Oscar Andrés Izquierdo Jurado (Audiencia de instrucción y juzgamiento del 16 de noviembre de 2021, audio 01:13:57). Teniendo en cuenta que para esa época no existían los muros que ahora en el video de la misma diligencia se observan.

No obstante, aunque parezca contradictorio con el aparte anterior (4.1.), no lo es porque conforme con la prueba legal y oportunamente allegada al proceso los demandantes no solamente permitieron los trabajos de Sonacol sobre dos hectáreas no definidas y si sobre más porciones de terreno que se lo puede observar de los testimonios de Jorge Alirio Díaz y Antonio Ermida Gaviria. Además, para este punto (4.2.), no se requiere la identidad específica o singular de la propiedad utilizada y ocupada por la compañía demandada.

El contexto en que se recibieron estos testimonios se enmarca en la diligencia de inspección judicial en el predio de propiedad de los demandantes, como se puede escuchar de la diligencia de instrucción y juzgamiento del 16 de noviembre de 2021⁴, prueba ordenada en la audiencia inicial llevada a efecto el 16 de octubre de 2020⁵ y que se recoge en audio y video.

El testigo Jorge Alirio Díaz depone que "cuando vino la compañía Sonacol para firmar un contrato con el señor Fernando. Que firmaron un contrato para sacar material y todo esto", cuando el testigo utiliza la expresión vino da a comprender que llegaron a la propiedad de los demandantes, el testigo manifiesta en ese instante servía de mayordomo. Dice que "ellos realizaban el trabajo del contrato de sacar material", que el material se extraía de "aquí de la playa y parte de la finca". Agrega que cuando empezó a trabajar hacia el año 2010 no había carreteras. El demandante Fernando Muñoz Zapata le interroga si sobre el predio del demandante pasaba maquinaria, el testigo responde: "Aquí guardaban en veces la retors, volquetas, quince, veinte veinticinco volquetas mandaban a guardar aquí a veces dejaban una persona vigilando los aparatos, madrugaba yo en ese tiempo había un broche, madrugaba a las 5, 5:20, 4:30 abrirles para que ellos entraran el resto de maquinaria para sacar las otras." En seguida asegura: "ese hueco lo abrió la compañía para sacar material y ese hueco lo dejaron ahí destapado ...", acerca de la instalación de una trituradora en los predios de los demandantes el testigo respondió: "ese era el pensado porque con esa intención fue que contrataron unas dos hectáreas allá para montar una trituradora, pero el barrio se dio cuenta y no se aguantó

⁴ 25. AUDIO. ACTA AUDIENCIA DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO. 16-11-2021.MP3

⁵ 10. AUD INICIAL DEL 16-102020.MP3

por la bulla y corpoamazonia metió la mano ahí a prohibir el ruido de la trituradora porque eso hace mucho ruido eso es prohibido ellos se retiraron inmediatamente no instalaron la maquinaria”, aclara después de ser interrogado por el demandante que dichas dos hectáreas son parte de la finca de estos: “Si claro esta finca el globo de esta finca ... perteneciente a La Rochela”, y lo confirma en la siguientes respuesta inmediata, luego a la pregunta de si Sonacol realizaba sus actividades en un área específica o en todo el terreno el testigo responde que “en la parte adecuada era allá abajo donde iban hacer la explanación y la instalación de maquinaria”⁶, también depuso que el mismo Fernando Muñoz Zapata hizo entrega a Sonacol de las dos hectáreas sobre el terreno, testificó así: “el mismo doctor el doctor habló todo eso y el mismo y dijo pueden disponer de aquí todo esto”, el testigo hace señales con las manos y hacia un amplio espacio de terreno cubierto de yerba como se ve del video de la diligencia. También aseveró de las labores de descolmatación, clasificación del material de río y además la construcción de jarillones utilizando retros que se metían al río, reiteró a la pregunta de si de la finca o terreno se sacaba material: “esta parte toda esta parte fue lo que ellos utilizaron, por fuera, si como ese muro ya se construyó después ya lo fueron construyendo”, se refiere a la cantidad de terreno que ahora está por fuera de los muros construidos por Sonacol en cumplimiento del contrato.

También sostuvo que en el lugar donde Sonacol S.A.S. debía instalar la trituradora esta empresa realizó movimiento de volquetas, así: “movimiento de las volquetas porque ahí no hicieron más nada, porque al ver que no hubo la forma de instalar la trituradora ... para ellos modificar”.

Con este testimonio de persona presencial de los hechos, como que fungió como mayordomo al servicio de los demandantes en la finca conocida como La Rochela se acredita el cumplimiento por parte de estos de su obligación de entregar y dejar a disposición de Sonacol S.A.S. el predio que debía utilizar y lo utilizaron para extraer el material del río Mocoa, hacer descolmatación, clasificar, y llevarlo a la obra de la variante Mocoa San Francisco, frente de Mocoa, salvo la instalación de una trituradora por circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes Fernando Muñoz Zapata y Sandra Natalia Velasco Patiño.

Esa declaración es corroborada por el otro testigo Antonio Ermida Gaviria, mayordomo de la misma finca y sucesor de Jorge Alirio Díaz en las labores de mayordomo. Esta declaración también se vierte en la finca objeto de inspección judicial.

Depone Gaviria (audio 00:33:16, video 0:24:18) que empezó su labor de mayordomo en la finca a principios de 2013, que la empresa Solarte “trabajaban en la playa para recoger material para la vía que se estaba haciendo San Francisco Mocoa, dentro del predio del doctor Fernando Muñoz Zapata”, que los Solarte hicieron carreteras para trabajar porque el río era alejado dice: “prácticamente sacaban el material hicieron las carreteras para trabajar, en esta parte como el río era bien allá entonces tenían dos carreteritas para que no se encuentren las volquetas la una salía aquí y la otra aquí, aquí al frente tenían dos, aquí había una parte más anchita donde podían pasar dándose vía”. El señor Juez a quo le pregunta si Sonacol se limitaba a un área o la actividad la desarrollaban de manera abierta en todo el predio, el testigo Gaviria, respondió: “ellos trabajaban donde querían, como ellos tenían su paso acá ellos se metían donde más querían ... prácticamente se metían en otra área del predio ... para a mi ellos tenían limitado donde trabajar ... si ya iban a ocupar otro lado debían llamar cuando yo llegue metieron la

⁶ Es de recordar que los testimonios de este testigo y dos más fueron recibidos por el juzgado dentro de los predios de los demandantes y en desarrollo de la inspección judicial.

retro botaron todo donde teníamos un ranchito donde especificaban las volquetadas que iban sacando de material ... todo lo dañaron hicieron un lindero hacia abajo cambiaron el lindero y nos hicieron una brecha ...”

El demandante Fernando Muñoz, pregunta al testigo: “Cuando usted estuvo aquí de mayordomo la empresa solarte sacaba material de río, de qué parte de mi finca”, el testigo respondió: “De ahí de ese lado doctor”, y luego hace otra pregunta: “Ellos podían disponer de toda mi finca”, a lo cual respondió: “Ellos entraban ahí, sacaban el material comenzaban hacer brechitas por otro lado para no encontrarse entre ellos, todas esas cositas se daban con ellos”.

Por parte de Sonacol se recibió el interrogatorio de parte de José Ignacio Narvárez Mora en su condición de representante para asuntos legales y judiciales de Solarte Nacionales de Construcciones SAS, sigla SONACOL SAS, y el testimonio de Oscar Andrés Izquierdo Jurado que lo hizo de manera virtual.

El señor Narvárez Mora en el interrogatorio de parte practicado en la audiencia inicial el 16 de octubre de 2020, declaró al preguntársele respecto al objeto del contrato del 8 de octubre de 2012 con Sonacol que “era un permiso para extraer y montar una planta de trituración la que no se instaló entonces era un contrato para hacer un paso para acceder al río a una fuente de materiales esa era el objeto del contrato y montar en sus áreas una trituradora que no se pudo instalar” (subrayado nuestro), mencionando que las causas de no lograr el cometido de la instalación se suscitó por quejas de la comunidad y por orden de autoridad ambiental.

Luego dice: “... lo que él nos cobraba era un paso por cerca de la casa, un camino que existía ese era lo que realmente su manera de obtener de lucrarse de unos recursos naturales del río que teníamos licencia y teníamos unos permisos ... era el cobrarnos por el paso como pasamos cerca nos pidió hacer un muro cerca de la casa y sé que se hizo el muro pero quiero advertir era la forma de lucrarse ...”

El señor juez a quo pregunta al deponente de si conoce el contrato, le exhorta a identificar en que parte del contrato sea exclusivamente para dar y citó textualmente, comparte pantalla del contrato objeto de la demanda ejecutiva, el absolvente responde luego de solicitar al señor juez que le vuelva a leer, así: “transporte de materiales porque por la salida de la entrada de su finca desde su finca su predio entonces esa era la esencia del contrato como utilizábamos un camino un paso el material crudo era la salida nos cobraba la salida nos cobraba por cada viaje ese fue la naturaleza del contrato”.

En la última pregunta el señor Juez le inquirió sobre el conocimiento que pudiera tener “... si en ese lugar se almacenaba material, maquinaria o desarrollaban actividades por parte de los empleados o funcionarios de su dependencia”, contestando que “el campamento lo teníamos en otro lado, solamente era el paso” (lo subrayamos).

No se entendería que si el terreno para pasar al río no fuera de los demandantes tuviera que pagar, y si fuera espacio público es decir de la nación, una empresa de estas de larga trayectoria en estos contratos y trabajos debía mostrar en el expediente que el paso le era gratuito por ser de la nación o del municipio en su caso, pero nada de esto mostró.

El testigo Oscar Andrés Izquierdo Jurado (audio 1:13:57), en lo que interesa al proceso dijo: “se tenía la necesidad de descolmatar el río Mocoa, retirar material del río

retirar material sobrante de exceso de arrastre que el río Mocoa tenía y para tal efecto se tenía que entrar al río y en ese sentido para poder ingresar las maquinarias y las volquetas el señor Fernando o la señora suscribieron un acuerdo con nosotros y nos cobraban una tarifa por cada metro cubico cada viaje que salía del predio, declaró además que: “de manera adicional solicitaron unas obras adicionales y una de ellas era el cerramiento de un lote donde ella tenía la casa, su lugar de descanso, tenía su piscina, su pista de mini karst o karst, entonces se construyó el cerramiento y adicionalmente también había el compromiso de entregar un lote dos hectáreas pero que esas hectáreas nunca fueron entregadas por el señor Fernando Muñoz Zapata o por su representada”.

Dijo: “No. Es que nosotros no organizamos ninguna actividad de descolmatación en el predio del señor Muñoz Zapata las actividades se hacían en el río en la zona del río”.

Se le preguntó al testigo si había un área determinada en el predio para el depósito de vehículos o maquinaria pesada, o no se encontraba eso, el testigo respondió diciendo que “nunca se entregó un área de hecho lo que nosotros decíamos era entrar nuestras volquetas a la zona de ronda del río, el señor siempre alegaba que el río o parte del río era de él pero todos sabemos que los recursos naturales son del estado y no pertenecen a nadie el acuerdo era simplemente por dejar pasar las volquetas, nosotros nunca hicimos ocupación material de ninguno de los predios del señor Muñoz Zapata de hecho no podíamos si ustedes conocen el predio el predio es zona de descanso es una casa una piscina y nosotros con maquinaria no podíamos ingresar ahí. (se subraya)

A una pregunta de SONACOL, dijo: “... entonces para poder ingresar al río las volquetas tenían que pasar por el predio del señor zapata y su representada y en ese contexto el señor nos advirtió que teníamos primero que arreglar con él y por eso se hizo el acuerdo dentro del acuerdo ... y aparte de eso el señor pidió que se hiciera un cerramiento”.

Además de insistir en que el objeto del contrato fue que los demandantes permitieran el paso de volquetas y maquinaria pesada al río Mocoa para su descolmatación, nuevamente menciono que el señor Fernando Muñoz Zapata incumplió con la entrega de las dos hectáreas, dijo que “... nunca tuvimos acceso, de hecho no conozco el acta de entrega donde nos hayan dicho miren estas son las dos hectáreas donde ustedes pueden acopiar el material, guardar sus equipos nosotros siempre trabajamos en la ronda del río nada más nunca ocupamos predios del señor Zapata.”, agregó que “... eso nunca se dio y fue algo que nunca nos entregaron esas dos hectáreas que establecía el acuerdo”.

El problema jurídico que se plantea, a la altura de esta decisión, es establecer si hubo o no la entrega de terrenos del inmueble de propiedad de los demandantes a Sonacol para el cumplimiento del contrato de explotación, acopio, clasificación y transporte de materiales, en específico de crudo del río Mocoa.

La respuesta está dada en el punto precedente (4.1.) respecto a que no existe prueba clara y contundente de la entrega de dos hectáreas de terreno absolutamente identificadas para que pueda exigirse a la sociedad demandada la explicación de ese terreno, pero en cuanto a entrega por parte de los demandantes a Sonacol de más de esa extensión, lo dedujo el señor juez en la sentencia de primera instancia, y sí existe prueba de la entrega.

Considerando la presencia de dos grupos de testigos que en apariencia atestán cosas diferentes sobre los mismos hechos. Los primeros dando noticia que Sonacol si hizo uso de los predios de los demandantes porque en efecto el demandante Muñoz Zapata entregó, presencialmente como dice el testigo Jorge Alirio Díaz al responder una pregunta de la abogada de la empresa que el predio “... el doctor

hizo la entrega del predio”, refiriéndose al demandante Fernando Muñoz Zapata en la finca a emisarios de Sonacol, dice el testigo que la entrega la hizo al ingeniero Omar encargado de la obra, por lo tanto del dicho de ese testigo y el del mayordomo Antonio Ermida Gaviria el uso del predio por la demanda fue de más de dos hectáreas de donde también se extraía material.

En contrario el absolvente José Narvárez Mora, representante para asuntos legales y judiciales de Sonacol, afirma que nunca hubo entrega de las dos hectáreas y en particular el testigo Oscar Izquierdo que indica que en ningún momento se usaron o tomaron esos terrenos para guardar maquinaria pesada y volquetas, no obstante admite que usaron los terrenos de los demandantes como paso para llegar al río a realizar la descolmatación y la construcción de jarillones en cumplimiento al convenio que la empresa tenía con el municipio de Mocoa.

Se observa contradicción entre el dicho del testigo Oscar Izquierdo con el de Jorge Alirio Diaz, quien dice que si guardaban en los terrenos de los demandantes no solo volquetas, que eran doble troque, sino retroexcavadoras. De todos modos, los deponentes de la empresa admiten la realización de descolmatación y construcción de jarillones pasando la maquinaria por propiedad de la parte activa en este proceso, que fue otra obligación de hacer adquirida por los demandantes en el párrafo segundo de la cláusula tercera del multicitado contrato y con ello Sonacol cumplió su propio contrato con la obra Variante San Francisco Mocoa.

Añádase las fotografías anexadas con el escrito que descurre las excepciones de mérito presentadas por la demandada. En ellas se aprecia que...

De tal suerte que la parte demandante ha corrido con la carga de demostrar que entregó su propiedad a la firma Sonacol S.A.S. en cumplimiento de su obligación de hacer, esto es entregar la finca para que procediera a realizar el objeto del contrato celebrado entre ellos el 8 de octubre de 2012, pues estos testimonios son claros, responsivos, dan razón de su dicho y son completos, toda vez que fueron mayordomos y presenciales de los hechos sobre los cuales deponen y son relevantes para el caso en examen, mismos que no le fue posible desvirtuar a la parte demanda con el testimonio de Oscar Andrés Izquierdo Jurado, el interrogatorio de parte de José Ignacio Narvárez Mora en su condición de representante para asuntos legales y judiciales de Solarte Nacionales de Construcciones SAS, sigla: SONACOL SAS, quienes se esforzaron inútilmente por hacer ver a la judicatura que nunca recibieron dicho predio para la labor del contrato y más aún que existiendo una vía de entrada al río Mocoa para la extracción del material no tenían por qué haber contratado, sin embargo se acredita que las tratativas entre contratantes se realizó en la propiedad llamada La Rochela, en la obra con el ingeniero Omar, dice el testigo Izquierdo Jurado (mírese que el nombre del ingeniero Omar lo mencionó el testigo Jorge Alirio Diaz en ese mismo escenario), pero que finalmente el texto, su contenido lo hizo la propia Sonacol en Bogotá, lo que indica que hubo plena conciencia y capacidad para firmarse en señal de aceptación dicha convención.

Tampoco existe prueba distinta y contundente de la cual haya acreditación de la no entrega del inmueble, por consiguiente, la conclusión de este acápite 5.2. es que la parte demandante cumplió con su obligación de entregar el inmueble y el paso o tránsito de equipo pesado para transportar materiales procedentes del río Mocoa, como reza la cláusula tercera.

De forma que se entra al estudio de si Sonacol cumplió la contraprestación de hacer acordada por las partes en la cláusula tercera en los siguientes términos:

“(…)

“SONACOL S.A.S. realizará por su cuenta y riesgo las siguientes actividades y obras indispensables para el tránsito de los equipos y maquinaria antes señalada.

- Realizar el cerramiento de la vivienda de propiedad de los señores FERNANDO MUÑOZ ZAPATA y SANDRA NATALIA VELAZCO PATIÑO, en bloque; los cuales se fabricarán en el mismo lote de su propiedad. Para el desarrollo de esta actividad se dispondrá de una cuadrilla de 5 personas. El encerramiento tendrá las siguientes medidas 618 ml por una altura de 3.00 mts.
- (…)”

Sobre este tema en declaración el testigo, ingeniero Oscar Andrés Izquierdo Jurado, afirmó que no se estableció que debía ser un muro sino un cerramiento que era para “... encerrar la vivienda y la zona donde él tenía una piscina, creo, y tenía unas pistas unas zonas de recreación en su lote ese era el sitio donde se debía realizar el cerramiento”, enseguida dijo que cerramiento “es instalar un elemento que encierre algún tipo de edificación, animales, pues un cerramiento se puede construir de diferentes formas”, agregó: “no tiene que ser específicamente un muro de hecho el acuerdo como se lo mencionaba al juez anteriormente no especificaba que se debía construirse un muro solamente un cerramiento en bloque y desde el punto de vista técnico uno puede hacer bloque de diferentes formas de diferentes maneras con diferentes materiales, uno puede hacer bloques inclusive como lo hacían nuestros aborígenes que era con barro, puede hacer bloques de arcilla, bloques de mortero, el acuerdo no establecía de manera específica que tipo de cerramiento, cerramiento técnicamente es instalar inclusive una cerca con postes de madera con alambre de púas, cerramiento puede ser poner una poli sombra, cerramiento puede ser sembrar unos árboles una cerca viva como llamamos nosotros los técnicos eso puede ser un cerramiento y el acuerdo no especificaba qué tipo de cerramiento se podía hacer”.

Pues bien, el cerramiento por el que se decidió levantarlo en el contorno de la vivienda de los demandantes fue un muro y quien decidió que fuera muro y no otra cosa, la misma empresa Sonacol, esto se acredita en la diligencia de inspección judicial donde se recibieron los testimonios en la finca La Rochela (audiencia de instrucción y juzgamiento), se miran los muros captados por el juzgado a quo en el video, también hablan las fotografías presentadas en el escrito que descubre las excepciones de mérito y se ubican en el cuaderno principal digitalizado (01. Cuaderno principal completo.pdf), folio 272 (parte inferior) a 283 (parte superior).

Por lo tanto, para este caso el cerramiento es en muro de bloque y tampoco podría ser otra cosa pues sirve de protección a los habitantes de la vivienda que de acuerdo con el interrogatorio de parte del demandante Fernando Muñoz Zapata son su hija y nieto y también los demandantes, otra cosa sería el desconocimiento al principio de la buena fe que se halla consagrado en el artículo 83 de la Constitución, respecto al cual la Corte Constitucional en sentencia T-537 de 2009, adoctrinó que:

“Dicho principio aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones de los particulares entre sí...”

Con relación a la ejecución de los contratos, precisó la Corte Constitucional en la misma sentencia de revisión que:

“... no fue a través de la Constitución de 1991 que el principio de buena fe hizo su entrada en nuestro ordenamiento jurídico, pues desde el inicio fue considerado como elemento esencial de las relaciones entre particulares, siendo parte del Código Civil de 1873, el cual consagró expresamente en su art. 1603 que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, derivando de esta disposición que la obligación surgida de un contrato no solamente incluye lo pactado por las partes, sino todo lo que surge de la naturaleza de la obligación, de la ley y de la costumbre.”

Principio de buena fe que también se aplica en los contratos mercantiles a través del artículo 871 del Código de Comercio donde dice la Corte Constitucional se aplica el principio desde las fases de celebración y ejecución.

También dice la Alta Corporación que este principio debe aplicarse al valorarse en todas las etapas de la relación contractual por “su carácter de elemento fundamental del tráfico jurídico” (sentencia ídem).

El tratadista Cristóbal Alzate Hernández en su texto “Fundamentos del Contrato, Teoría General, Promesa, Opción, Responsabilidad Precontractual”, segunda edición, editorial Ibáñez, páginas 92 y 93, comentó sobre el principio de buena fe, lo siguiente:

“La buena fe es la recta disposición del agente en el cumplimiento leal y sincero de las obligaciones derivadas del contrato que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable. Es imposible entender el derecho contractual sin la noción de buena fe, soporte básico de la conducta de las partes durante los tratos preliminares, la celebración del acto y en la etapa de cumplimiento a lo acordado. En el momento en que se trasgrede la barrera de la buena fe se ingresa al campo de lo prohibido, lo cual origina, si existe daño, la obligación de indemnizar.”

Entonces, de la mano de este principio el interrogante es si Sonacol cumplió con la obligación que se impuso en la cláusula tercera en el aparte transcrito previamente, relacionada con “Realizar el cerramiento de la vivienda de propiedad de los señores FERNANDO MUÑOZ ZAPATA y SANDRA NATALIA VELAZCO PATIÑO, en bloque...” en el sentido de si se hizo de manera ajustada a la buena fe o no.

No hay duda que de la existencia de los muros que se hallan de pie y encierran la vivienda de los demandantes, pero se ha acreditado por estos dicha estructura no ofrece seguridad alguna como lo informan varios testigos, entre ellos el fuera mayordomo Jorge Alirio Díaz, el otro mayordomo Antonio Ermida Gaviria, el arquitecto Braulio Cuarán Gonzáles, quien rindieron su testimonio en la audiencia de instrucción y juzgamiento y el último mayordomo o administrador Rodrigo Javier Rosales Bacca que lo hiciera en la audiencia inicial.

José Alirio Díaz respecto a esta materia dijo que miró, observó que el muro fue construido “... en una varilla delgaditica y los mismo las bases eso es una varilla delgaditica...”, el testigo Gaviria dijo que mostró el muro al ingeniero Oyata cuando fueron a la finca, dijo: “... sí les mostré el muro del frente, ese muro se mueve totalmente, allá en ese lado se movía eso que miro allá ya es nuevo, ellos llegaron hasta la puerta y eso lo dejaron que iban hacer todo y mire allá ese lado al fin se cayó, mire allí hay un pedazo nuevo y eso todo ahí están los puntales desde el tiempo ese que toco ponerle puntales y

ahorita esos puntales hay unos más nuevos que toca irle cambiando porque ya se pudre porque es madera que se daña”.

El testigo Braulio Cuarán Gonzáles (audio 0:55:17, video 46:36), arquitecto de profesión, a lo largo de su exposición rendida en el lugar de los hechos, en el predio La Rochela, dio a conocer que cuando visitó la finca La Rochela por petición de su propietario Muñoz Zapata, halló un muro con un boquete grande (a la hora de la diligencia se hace constar que se hallaba reparado), luego dijo que “... no le hicieron el curado bien cuando se hizo el bloque no le hicieron el curado bien o el material con lo que se hizo estuvo hecho con mucho barro o materiales que no dejan compactar bien o sea la mezcla entre cemento y arena no deja que el cemento funcione bien en la mezcla los químicos del cemento...”, agrego: “la parte estructural que eran las columnas y vigas también el material se veía muy poroso no tenía la resistencia que debería tener un concreto, la resistencia o sea el hierro era varillas de tres octavos, la columna la sección era muy delgada era del espesor del bloque, pueden verla allá en ese muro de allá en frente (la cámara no se acerca lo enfoca desde lejos), así como está hecho el muro de allá en frente está hecho el de acá. Ahí se puede ver la sección de las columnas y las vigas que es una sección muy pequeña para resistir la altura y el tramo de los módulos que son hechos en bloque de cemento”, y a manera de conclusión dijo: “... pero la resistencia tanto del bloque como de la parte estructural es muy baja” (lo subrayo), reveló que el muro se puede caer fácilmente porque se toca y se mueve, que el material que tocado con la mano “... parece que no tuviera nada de cemento puede ser eso la mezcla del cemento con la arena estaba sucia tenía algún material que no daba bien la cohesión o el fraguado no era correcto”, a pregunta de la abogado de Sonacol si el cerramiento hoy cumple su función respondió: “... no cumple la función por la calidad del muro o sea esta parte porque lo demás lo de allá está bien...”, a la pregunta del juzgado si hubo prueba científica de resistencia de materiales contesto el testigo que no se había hecho pero que “... simplemente lo del bloque, los pedazos que habían los cogía uno con la mano la arena se desprendía sin tener una resistencia.”, que el informe que levantó para el demandante consistió en que “... la resistencia de los materiales no era la adecuada. Analizando bien el muro la sección de la parte estructural, la parte estructural es las columnas y las vigas no era la adecuado, las vigas y las columnas tienen una sección un espesor del bloque, para mi es una sección muy delgada. Porque es un cerramiento en bloque porque el código CR10 exige para casas las columnas era de 30 x 30 es lo mínimo...”

El testigo Rodrigo Javier Rosales Bacca (audio 1:55:19, audiencia inicial), dijo que empezó a laborar como mayordomo de la finca La Rochela el 14 de agosto de 2017, que llegó de Sonacol una visita a la finca que “se habló de una estabilidad y cuestión de unos muros que fueron construidos en la finca...”, que con un ingeniero de nombre Andrés revisaron los muros haciendo un recorrido que de acuerdo con lo que relata se infiere que inspeccionaron todos los muros, que le indicó que muro estaba defectuoso, “... lo que yo hice fue tocar el muro con un machete que andaba a cargar una rula llegue toque la punta y el muro se desgranó primer plaqueta del muro plano entonces él dijo que el material que se había usado no era, lo dijo que era material sucio porque la arena se estaba desgranando sola”, que luego se percataron de otro muro construido “... muy cerca a un afluyente de agua entonces que tenía la pata o la columna la base que estaba muy inestable estaba muy superficial para la altura que tenía el muro...”, que otro muro “... por los lados del potrero y ya miramos que sí que el muro se mueve, uno lo toca y el muro se mueve el no aguanta un empujón duro el no lo va aguantar...” en este punto el testigo dio a conocer que para el ingeniero Andrés “... lo ideal era sostener el muro mejor dicho ponerle puntales al muro...”, y sobre el muro construido nuevo “... se le mostró que el muro estaba todo agrietado estaba agrietada las placas...”, que el ingeniero había comentado que “... eran placas que pasaban de lado al lado...” decía “... que era mejorar solo las placas...”, no obstante dice que se percataron que

“... las columnas también están afectadas”. Dijo el testigo que la visión del ingeniero fue que “... lo ideal es reconstruir el muro, reconstruir el muro nuevamente en totalidad y el otro muro, lo ideal era tumbar y reconstruir en totalidad alrededor de la finca...” Después ya procedimos a entrar acá a la finca nos juntamos aquí en la meza con las demás personas y él aquí mismo también lo dijo que lo ideal era reconstruir el muro. Que en la reunión estaban el ingeniero Andrés, el encargado del predio Elías, el doctor Fernando Muñoz, la doctora Sandra Natalia Velasco, el testigo y una ingeniera ambiental. Que la reunión sucedió a finales de 2018. Agregó el testigo que el muro se desgrano con solo haberlo punteado con el machete porque dijo que: “es un muro que está muy blandito porque por el momento soy el mayordomo de la finca me ha tocado tocar el muro y el muro él se mueve de lado a lado si yo lo empujo duro él se me viene encima entonces lo otro es que el material del muro es muy suave es un material muy inestable es material sucio y entonces lo que yo hice fue para que el ingeniero mire el material que se había usado y el lo miró y él dijo que era un material sucio que era un material que no era el adecuado para construir ese muro”, agregó que “el muro se encuentra de pie en un estado que por partes se está desgranando solo”

De las fotografías (documentos) se establece la caída de muros del cierre, pero no se puede saber la calidad, estabilidad o resistencia de las placas.

Ahora respecto del oficio del 7 de abril de 2017 suscrito por los demandantes solicitando la reparación de los muros y la respuesta a este el 15 de junio del mismo año suscrito por Luis Fernando Solarte Viveros, representante legal de Solarte Nacional de Construcciones S.A.S., donde se dice que se “accede a las peticiones de objeto de su solicitud...”, consintiendo el representante legal en proceder “... a la construcción del muro faltante y se tomarán las medidas necesarias para garantizar la estabilidad de los dos muros restantes.”

Existe entonces verdadera evidencia o prueba de la construcción defectuosa del cerramiento, además de faltando de construir un muro el de la parte norte como se indicó en la diligencia de inspección judicial practicada dentro de la audiencia de instrucción y juzgamiento, y por parte de Sonacol nunca demostró que haya sido el río Mocoa el causante del derrumbamiento del muro de ese sector, ni otra contingencia atribuible a los demandantes, sino únicamente a la construcción efectuada por el mismo Sonacol.

Se concluye entonces que la empresa Solarte Nacional de Construcciones S.A.S., representada legalmente por Luis Fernando Solarte Viveros, no ejecutó debidamente el cerramiento en bloque de la vivienda de los demandantes como se comprometió en la cláusula tercera del contrato de marras, transcrita en antes en este ítem.

Sobre la exigibilidad se debe argüir que se pretende el pago ejecutivo de la cláusula penal y que para tal efecto debe constituirse en mora al deudor lo que se obtiene a partir de la aplicación del artículo 423 del CGP, según el cual:

Artículo 423. Requerimiento para constituir en mora y notificación de la cesión del crédito. La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación.

El mandamiento de pago se notificó a Soncaol S.A.S. por aviso el 4 de septiembre de 2019 (pdf. 01. Cuaderno principal completo, folio 95), por lo tanto, los intereses moratorios que se cobran corren a partir del día siguiente a esa fecha.

5. Conclusión. Por lo previamente considerado se revocará la sentencia proferida en primera instancia en audiencia oral el 29 de noviembre de 2021 y se dispondrá la continuación de la ejecución en los términos del mandamiento de pago librado por el Juzgado Primero Civil Municipal el 23 de agosto de 2019 en el proceso radicado allá con el número 2019-00286-00.

6. Costas. Debe aparecer acreditado que se han generado gastos por honorarios de auxiliares de la justicia, lo mismo que otros gastos judiciales, que hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, para que sean tenidos en cuenta en la condena en costas. Pero, en lo que respecta a las agencias en derecho, mismas que se fijan en un trámite aunque se llegare a litigar sin apoderado, a voces de lo regulado por el numeral 4 del artículo 365 del CGP, se ve procedente condenar, como mínimo, en costas de primera instancia, a la parte demandada, si se ve que en esta segunda instancia se revoca lo decidido en la primera en la cual se solicitó, se dio curso y se evacuó efectivamente una serie de solicitudes, pruebas y diligencia a instancia de la parte ejecutada SONACOL S.A.S.

En la segunda instancia, se enfiló una fallida recusación, por inadecuada e infundadamente promovida, lo que originó la presencia de tramitación en este Despacho y en el Tribunal Superior de Mocoa. No obstante tal situación, no se condenará en costas de segunda instancia, al no haber actuación respecto a la apelación surtida.

Bien regula la norma en cita:

“4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”.

Se condenará en costas de primera instancia a la parte ejecutada en el 6% del monto de capital por el que se libra mandamiento de pago, conforme al Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Decisión

Por lo ante anteriormente expuesto el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa Putumayo, en nombre de la República de Colombia y por ministerio de la ley,

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia de primera instancia proferida el 29 de noviembre de 2021 por Juzgado Civil del Circuito de Mocoa Putumayo.

Segundo. Disponer la continuación de la ejecución en los términos del mandamiento de pago librado el 23 de agosto de 2019 en el proceso radicado allá con el número 2019-00286-00.

Tercero. Condenar en costas de primera instancia, con fundamento en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, a la ejecutada SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES S.A.S. (SONACOL S.A.S.).

Se fijan agencias en derecho a cargo de la demandada SONACOL S.A.S, a favor del parta ejecutante en la suma de cuatro millones novecientos sesenta y ocho mil seiscientos noventa y seis pesos m/cte (\$4'968.696,00).

Cuarto. Sin lugar a condenar en costas en segunda instancia.

Notifíquese,

Firmado Por:

**Vicente Javier Duarte
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 001
Mocoa - Putumayo**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

99f0d3d89f5b7c0f80c14d833a7f0f2c73ea0c1c1ca13831cc197ecfd23c6c1a

Documento generado en 02/06/2022 04:37:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>