

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
RADICADO No. 68001-31-03-010-2019-00178-00

Bucaramanga, veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Pasa el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro de la **ACCIÓN DE GRUPO** promovida por **BERNARDO DE JESÚS BARBOSA REY**, quien actúa en representación del grupo, en contra de **FÉNIX CONSTRUCCIONES S.A.**

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.

BERNARDO DE JESÚS BARBOSA REY, en interés propio y en representación de un grupo de 24 personas pertenecientes al barrio Altos del Llanito de Girón, formuló acción de grupo en contra de FÉNIX CONSTRUCCIONES S.A., en la que se pretende indemnización de perjuicios por el presunto incumplimiento de lo pactado en acta de conciliación del 31 de mayo de 2017.

Aduce el demandante que FENIX CONSTRUCCIONES S.A. se comprometió a entregar a la comunidad del barrio Altos del Llanito de Girón, el día 31 de julio de 2017, una servidumbre de tránsito ubicada en la calle 34 con carrera 31 del referido sector, obligación que en su criterio fue incumplida pues: i) no se entregó totalmente; ii) hubo una demora de año y medio; y iii) se invadieron 3 metros que corresponden a la servidumbre de tránsito.

En su contestación el extremo demandado se opuso a la totalidad de las pretensiones, precisando que FENIX CONSTRUCCIONES S.A. no se obligó a entregar una servidumbre, sino a ceder una franja de terreno de su propiedad de 3 metros de ancho al municipio de Girón, para que este último adecuara el espacio cedido y construyera una alameda. Arguyó que en el lugar en discusión nunca ha existido una servidumbre de tránsito y que no es cierto que FENIX haya invadido terrenos. Contrario a ello, asegura que mediante escritura pública No. 2879 del 15 de noviembre de 2018 de la Notaría primera del círculo de Bucaramanga, dicha empresa cedió al municipio de Girón un área de terreno de 3 metros de ancho, con un área total de 228,423 metros cuadrados, adyacentes al proyecto Gran Alicante, el cual fue edificado por la referida constructora. Insistió finalmente en que la supuesta invasión es inexistente pues los terrenos cedidos eran de su propiedad y no hacían parte del espacio público.

Como excepciones perentorias propuso las que denominó pleito pendiente, caducidad de la acción, inexistencia de una servidumbre, falta de legitimación en la causa por activa, cumplimiento de compromiso por parte de FENIX CONSTRUCCIONES S.A., inexistencia y sobrestimación de perjuicios, mala fe y temeridad del demandante, inexistencia de daño, falta de identificación plena del lugar de afectación y la que tituló como genérica.

2. CRÓNICA DEL PROCESO.

Por reunir la demanda los requisitos legales, el 27 de junio de 2019 se libró auto admisorio de la misma, disponiéndose la notificación del representante legal de la persona jurídica demandada, así como la comunicación al Defensor del Pueblo y a los miembros del grupo residentes en el Barrio Altos del Llanito de Girón.

La comunicación al Defensor del Pueblo se llevó a cabo mediante correo electrónico del día 9 de julio de 2019, mientras que el aviso a la comunidad residente en el Barrio Altos del Llanito de Girón se fijó en la

secretaría del Despacho el día 10 de julio del mismo año y las publicaciones en radio y prensa se realizaron el 23 de agosto de la referida anualidad.

La notificación a la demandada FENIX CONSTRCCIONES S.A. se efectuó por aviso entregado el día 16 de agosto de 2019, procediendo a contestar la demanda el día 2 de septiembre del mismo año.

La audiencia de conciliación se materializó el día 28 de enero de 2020, la cual resultó fallida por falta de acuerdo entre las partes.

Mediante auto del 4 de febrero de 2020 se decretaron las pruebas del proceso y el 9 de marzo siguiente se llevó a cabo audiencia en la que se practicaron interrogatorios, testimonios e inspección judicial.

Una vez expirado el término probatorio, por auto del día 01 de julio de 2020 se corrió traslado para alegar de conclusión, presentando sus alegatos la parte demandante el día 06 de julio de 2020 y la parte demandada el día 09 de julio de 2020, encontrándose este proceso para fallo de primera instancia.

3. ALEGATOS DE LAS PARTES.

En sus alegatos la parte actora hizo énfasis en que la demandada FENIX CONSTRUCCIONES S.A. no ha dado cumplimiento al acta de conciliación como quiera que no hecho entrega formal y/o material de la franja de terreno ubicada en la calle 34 con carrera 31, barrio Altos del Llanito de Girón, razón por la que reitera su solicitud de emitir condena en contra del extremo pasivo.

Por su parte, el demandado señaló que cumplió a cabalidad con la obligación pactada en el acta de conciliación de fecha 31 de mayo de 2017 pues el predio prometido ya está en cabeza del municipio de Girón, por lo que solicita que se desestimen las pretensiones de la acción; considera probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, cumplimiento de compromisos adquiridos en acuerdo conciliatorio, inexistencia y sobreestimación de perjuicios, e inexistencia de prueba del daño.

4. DECISIONES PARCIALES DEL PROCESO.

Por auto del 5 de noviembre de 2019 se decidió la excepción previa de pleito pendiente, declarándose no probada por cuanto la otra acción de grupo que se puso de presente y que cursa ante otro operador judicial, pese a que presenta identidad de partes, no versa sobre el mismo asunto ni contiene las mismas pretensiones que esta. No se formularon recursos.

Mediante providencia del 5 de marzo de 2020 se decidió la solicitud de la parte demandada referente a vincular a la Secretaría de Planeación del municipio de Girón al presente proceso. Fue negada por cuanto no se consideró que dicha entidad fuese responsable de los hechos imputados o las pretensiones formuladas. Lo anterior en tanto lo que se enrostra en la demanda es el incumplimiento de los compromisos de FENIX, sin que se haya formulado pretensión alguna en contra de la referida secretaría. No se cumplen entonces los presupuestos previstos en el parágrafo del artículo 52 de la ley 472 de 1998 y en el artículo 61 del Código General del Proceso, en la medida en que sí resulta posible decidir de mérito sin la comparecencia del señalado ente. Si bien el acta de conciliación fue suscrita tanto por FENIX como por el representante de la secretaría, lo cierto es que asumieron obligaciones distintas, claramente diferenciables y por consiguiente no habría de decidirse de manera uniforme frente a ambas. En torno al punto se recordó que *si la multitud de sujetos obedece a la pluralidad de relaciones jurídicas en discusión, la presencia de litisconsorcio necesario está descartada de entrada* (Miguel Enrique Rojas Gómez, Lecciones de derecho procesal, tomo II, pag. 87). No se formularon recursos.

5. VERIFICACIÓN DE LEGALIDAD.

El proceso que nos ocupa se ha tramitado por la vía procesal que la ley tiene prevista para el efecto, cumpliéndose a cabalidad con los presupuestos procesales de jurisdicción, competencia, capacidad procesal, capacidad para ser parte y demanda en forma, sin que se observen vicios capaces de afectar de

nulidad las actuaciones surtidas; por el contrario, se aprecia respeto a las garantías de las partes tales como el debido proceso y el derecho a la defensa, por lo que la decisión que se proferirá será de mérito.

En el evento en que se haya presentado alguna irregularidad, esta debe tenerse por subsanada ante el silencio de las partes según lo prevé el parágrafo del artículo 133 del CGP.

6. PROBLEMA (S) JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver, según las particularidades propias de este proceso, se circunscribe a lo siguiente: ¿Logró demostrar la parte actora los presupuestos requeridos para que se estructure la responsabilidad del demandado?

7. TESIS:

La tesis que se sostendrá es que la parte demandante no logró demostrar los elementos que configuran la responsabilidad civil endilgada al extremo pasivo.

Lo anterior con fundamento en las siguientes,

8. CONSIDERACIONES:

Marco normativo aplicable:

En cuanto a los elementos de la responsabilidad:

La responsabilidad civil contractual, que fue la que se invocó en esta acción de grupo, parte del supuesto de que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; esto, según se desprende de lo establecido en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil .

Ahora bien, la responsabilidad civil contractual, entendida como la obligación de reparar el daño causado a una de las partes contratantes, surge como consecuencia del incumplimiento puro y simple del contrato, del cumplimiento moroso o del incumplimiento defectuoso del mismo.

Para que dicha responsabilidad se estructure es necesario demostrar:

1. La existencia del contrato válidamente celebrado entre las partes;
2. El incumplimiento de una obligación preexistente a cargo del demandado;
3. El daño sufrido por el acreedor;
4. Un factor de atribución de la responsabilidad, es decir la culpa, en los regímenes subjetivos.
5. Y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño

Lo anterior, según se ha establecido jurisprudencialmente, entre otros en sentencia SC- 11822 del 3 de septiembre de 2015, de la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la carga de la prueba de tales presupuestos, aplica la regla general prevista en el artículo 167 del CGP, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Significa lo anterior que al demandante le corresponde demostrar los elementos de la responsabilidad cuya declaración pretende, incluida la culpa si las obligaciones de que se trata son de medios, pues si son de resultado dicha culpa se presumirá. Frente al demandado, su carga radica en demostrar los hechos que sustentan sus excepciones.

En cuanto a la acción de grupo:

Según lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 472 de 1998, las acciones de grupo son aquellas *interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*. Más adelante se dispuso que las acciones de grupo se ejercerán *exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios*.

Por su parte, en el artículo 48 *ibídem* se determinó que *podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual*.

Hechos relevantes probados:

Tal y como se indicó reglones atrás, el primero de los elementos de la responsabilidad civil contractual es que exista un **contrato válidamente celebrado**. Para este Despacho el referido presupuesto se encuentra cumplido; veamos:

A folios 10 y 11 del cuaderno 1 principal del expediente encontramos acta de conciliación No. 032 del 31 de mayo de 2017, celebrada ante la Inspección Primera Promiscua Municipal de Policía de San Juan de Girón, en la que FENIX CONSTRUCCIONES S.A. se comprometió a cederle al referido municipio una franja de terreno de aproximadamente tres metros de ancho, para permitir el acceso a la comunidad del Barrio Altos del Llanito, haciéndose la precisión que el predio a ceder se entregaría *“adecuado en cuanto a nivelación de suelos”* en un término aproximado de dos meses contados a partir del 31 de mayo de 2017. En el referido acuerdo hicieron parte la señalada constructora, el aquí demandante BERNARDO DE JESÚS BARBOSA en calidad de presidente de la junta de acción comunal del barrio y funcionarios de la administración municipal. El municipio de Girón también contrajo obligaciones en beneficio de la comunidad del barrio, las cuales no se traen a colación por no ser objeto de este proceso.

Teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 1495 del Código Civil, contrato o convención es *un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*, no cabe duda que la conciliación realizada es un contrato, el cual fue válidamente celebrado pues la capacidad, el consentimiento sin vicio, el objeto y la causa lícita, definidos en el art. 1502 del C.C., se encuentran acreditados y no fueron objeto de controversia.

En cuanto al segundo requisito, esto es, el **incumplimiento de una obligación preexistente** a cargo del demandado, este Juez considera que se encuentra demostrado; veamos:

En primer lugar téngase en cuenta que en el acta de conciliación no se acordó una cabida específica en relación con la franja de terreno a ceder. Tampoco se precisó su longitud o ubicación exacta. Simplemente se estipuló que tendría 3 metros de ancho para permitir el ingreso de la comunidad.

En torno a este punto, mécionese que en la escritura pública de cesión, el terreno se identificó como *“GLOBO No. 1 ALAMEDA”* y se le asignó un área de 228,43 metros cuadrados. De otro lado, en la inspección judicial adelantada el día 9 de marzo de 2020, pudo verificarse que la referida franja de terreno, ubicada en la calle 34 con carrera 31 del Barrio Altos del Llanito de Girón, se encuentra nivelada y cuenta con un ancho mínimo de 3 metros en toda su longitud. Incluso se constató que en algunos tramos mide más de 3 metros. Se pudo verificar también que el terreno empieza en el barrio y llega hasta terrenos poseídos por Alirio Benavides, en una parte, y hasta donde comienza el talud que da a la vía Girón – Aeropuerto, en otra parte.

De acuerdo con lo anterior y en lo que tiene que ver con el objeto de la prestación, FENIX CONSTRUCCIONES S.A. aparentemente cumplió con lo pactado.

No obstante, según lo dispuesto en el acta de conciliación, FENIX CONSTRUCCIONES S.A. debió haber cumplido con la prestación a su cargo en un tiempo aproximado de dos meses contados a partir del 31 de mayo de 2017, es decir, en una fecha cercana al 31 de julio de 2017. A pesar de ello, según la escritura pública No. 2879 de la Notaría primera del círculo de Bucaramanga (folios 85 a 95 del cuaderno 1 principal del expediente), la cesión de la franja de terreno que nos ocupa, en favor del municipio de Girón, solo se llevó a cabo el día 15 de noviembre de 2018, es decir, alrededor de 15 meses después de lo acordado.

De otra parte, a pesar de que ya se llevó a cabo la cesión, lo cierto es que no se ha producido la entrega material de la franja de terreno al municipio de Girón, tal y como lo informó la Secretaría de Ordenamiento Territorial del municipio en comunicación del 3 de marzo de 2020 (folios 155 a 157 del cuaderno 1 principal del expediente). Dicha entrega física es relevante pues según lo informado por el ente municipal, se lleva a cabo en el marco de una inspección en la que se verifican las condiciones del terreno cedido.

Resulta evidente entonces que, a pesar de que la franja de terreno cumplió con las medidas pactadas, se presentó un cumplimiento imperfecto y tardío de la obligación.

Con todo, valga precisar que el incumplimiento que se observa es en relación con la obligación que tenía FENIX CONSTRUCCIONES S.A. de ceder una franja de terreno al municipio de Girón y no en relación con la supuesta servidumbre de tránsito a la que se hace referencia en el texto de la demanda. Esto por cuanto no se aportó escritura pública, sentencia judicial u alguna otra prueba conducente encaminada a demostrar la existencia de la referida servidumbre.

Dicho lo anterior, lo procedente es entrar en el análisis del tercer elemento de la responsabilidad contractual, esto es, **el daño**. No obstante, desde ya ha de decirse que no se encuentra demostrado; veamos:

Como primera medida menciónese el daño es *“todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad”*. Además, es el requisito *“más importante (...), al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna”* (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01).

A lo anterior agréguese que para que el daño sea resarcible debe ser cierto, esto es, no meramente eventual o hipotético. En otras palabras, que aparezca real y efectivamente causado (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento. En tal medida, quien afirma que su demandado le ha inferido un daño, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración (CSJ, SC16690 del 17 de noviembre de 2016).

Teniendo en cuenta lo anterior, este Juzgador considera que el daño alegado por la parte demandante no goza de certeza por no aparecer real y efectivamente causado. Para el efecto adviértase que en la demanda se solicitó como pretensión principal una indemnización por valor de 200 millones de pesos, en favor de la comunidad del barrio Altos del Llanito de Girón, correspondientes al valor de reemplazo de la franja de terreno que FENIX CONSTRUCCIONES S.A. se comprometió a ceder. No obstante, dicha petición carece de asidero pues la porción de tierra que la parte demandada se obligó a transferir, no tenía como destinatario final el patrimonio personal de los aquí demandantes, sino el patrimonio público del municipio de Girón. De otra parte, en caso de requerirse otra porción de terreno para beneficio del barrio, la obligación legal de adquirirlo no le compete a ninguno de los demandantes, sino al referido municipio. En tales condiciones, el incumplimiento de FENIX CONSTRUCCIONES S.A. no produjo una disminución patrimonial de los integrantes del grupo demandante. Debe tenerse presente además, que según lo dispuesto en la ley 472 de 1998, las acciones de grupo tienen como finalidad que las personas que hayan

sufrido un **perjuicio individual**, que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa, puedan obtener una indemnización de perjuicios. Sobre la base de lo expuesto, resulta claro que el incumplimiento de la constructora no desencadenó en los miembros del grupo, individualmente considerados, el perjuicio señalado en las pretensiones de la demanda. Y ello es así por cuanto, ni de forma personal, ni en grupo, podría predicarse que los demandantes sufrieron una lesión en su patrimonio, a título de lucro cesante o de daño emergente futuro, por valor de 200 millones de pesos.

En la diligencia de inspección judicial se interrogó a MARTÍN LEÓN y CARLOS GARCÍA PEÑA, residentes del barrio e integrantes del grupo demandante, quienes coincidieron en manifestar que se sienten perjudicados por la constructora demandada pues carecen de acceso vehicular a esa parte del barrio, lo cual les genera dificultades en la movilidad; sobre todo cuando deben hacer el traslado de personas enfermas. En similar sentido se pronunció el actor BERNARDO DE JESÚS BARBOSA REY. Frente a lo expresado, este Juez no duda que las dificultades narradas puedan llegar a ser ciertas. No obstante, la acción encaminada a la protección de los derechos que se aducen vulnerados por los deponentes no es la acción de grupo, sino la acción popular, que es la concebida para la protección de los derechos e intereses colectivos. De otro lado, no dieron razón los declarantes de cómo o porqué las contrariedades narradas se traducen en un perjuicio de tipo patrimonial como el solicitado. Valga puntualizar que en la demanda no se solicitó indemnización por perjuicios morales u otros de tipo inmaterial, razón por la que su análisis resulta innecesario.

En cuanto a la valoración del daño, en el auto de decreto de pruebas se le concedió a la parte actora un término de 20 días para que si lo estimaba necesario aportara un dictamen pericial con el cual demostrara la cuantía del perjuicio reclamado, pero transcurrido el plazo la experticia no fue allegada.

En tales condiciones, la parte demandante no demostró la certeza del daño reclamado, ni la cuantía del mismo.

En lo referente a la pretensión primera subsidiaria para que se ordene la demolición “*del muro que invade la servidumbre*” resulta suficiente con manifestar que la acción de grupo solo procede para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios. En tal medida, es ostensiblemente inviable la referida pretensión. Y en cuanto a la tercera subsidiaria, para que se ordene el pago de lucro cesante y daño emergente por valor de 40 smlmv, por el incumplimiento del acta de conciliación del 31 de mayo de 2017, baste con señalar que se trata de una petición carente de sustento pues no se especificó en qué consisten los señalados lucro cesante y daño emergente, adoleciendo de prueba tanto la existencia como la cuantía del perjuicio.

Una vez determinada la inexistencia del daño reclamado, innecesario resulta el estudio de los demás elementos de la responsabilidad. Al ser concurrentes los requisitos exigidos, basta con que falte uno de ellos para que la pretensión esté llamada al fracaso.

En tales condiciones, no queda más alternativa que desestimar la totalidad de las pretensiones de la demanda, pero sin condena en costas por no evidenciarse mala fe de la parte actora.

Sin más consideraciones, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Desestimar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas por no evidenciarse mala fe de la parte demandante.

TERCERO: Una vez en firme esta decisión, archívense las presentes diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ELKIN JULIAN LEON AYALA
Juez

**JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE
BUCARAMANGA**

Hoy **22 de julio de 2020**, siendo las 8:00 a.m., se notifica a las partes la anterior SENTENCIA por anotación en ESTADO No. **063**

CARLOS JAVIER ARDILA CONTRERAS
SECRETARIO

Firmado Por:

ELKIN JULIAN LEON AYALA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 010 CIVIL DEL CIRCUITO BUCARAMANGA

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:

9a63bc32b74e4dfb4d29c6dcd12440ff5db2eac0bcf8cfo08ac638ae05c20144

Documento generado en 21/07/2020 08:48:38 a.m.