



JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
CARRERA 10 No. 12-15 / PISO 13
PALACIO DE JUSTICIA / PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA
CALI - VALLE

RECURSO DE REPOSICIÓN
ART. 110 - 319 C.G.P.

RAD. 760013103012-2019-00152-00

SIENDO LAS 8:00 A.M. FIJO EN LISTA DE TRASLADO EL ESCRITO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR EL APODERADO JUDICIAL DE LA PARTE DEMANDADA CONTRA EL AUTO DE FECHA 19/02/2020 (FOLIOS 688 A 694 CUADERNO 1º), EL CUAL QUEDARÁ A DISPOSICIÓN DE LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS PARA QUE LO DESCORRA.

TRASLADO No. 23	FECHA FIJACIÓN: 04 DIC 2020
-----------------	-----------------------------

CORREN TÉRMINOS:



SANDRA CAROLINA MARTÍNEZ ÁLVAREZ
SECRETARIA

Señor
JUEZ DOCE (12) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
E. S. D.

JUZ. DOCE. CIV. CTC. CALI

FEB 20 2020 PM 4:22

PROCESO: VERBAL DE RESTITUCIÓN
DEMANDANTE: IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES FENIX S.A.S
DEMANDADOS: FRUTAFINO S.A.S
RADICACION: 2019-00152-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 19.395.114 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional N° 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en el presente proceso como apoderado especial de **FRUTAFINO S.A.S**, tal como consta en el expediente, de manera respetuosa reasumo el poder y dentro del término legal, procedo a formular **RECURSO DE REPOSICIÓN** y en subsidio de **APELACIÓN**, en contra del Auto calendarado el 19 de febrero de 2020, notificado en estado No.23 del 25 de febrero de 2020, por medio del cual además de negar la ampliación del término para prestar caución, decretó embargos y secuestros de bienes de mi representado y de dineros, entre otros., para que tal providencia sea revocada y para el efecto consigno los siguientes fundamentos.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

Es procedente el recurso de reposición formulado contra el citado auto, en primer lugar porque no se ha escuchado a la parte que represento a pesar que en forma clara acreditó ante su Despacho que efectivamente la parte pasiva demostró que ya había efectuado el pago de los canones y que lo hizo en la forma en la que, con el consentimiento de la parte demandante, debía realizarse, concretamente mediante la compensación o cruce de cuentas dado el abultado pasivo de obligación dineraria vencida que tiene a su cargo IMPORFENIX, de manera que a medida que se iba causando el precio o renta por la tenencia de los inmuebles, este se solucionaba de esa forma y contablemente así se hizo figurar, pues operó por ministerio de la ley (*ipso jure*) el fenómeno de la compensación, que además fue el procedimiento con el que actuó no solo la parte demandante sino mi representada, todo lo cual se acreditó y obra en el expediente, así:

Entre otros con las notas internas contables (comprobantes y soportes) por compensación o cruce de obligaciones – cruces y anticipos realizados por Frutafino S.A.S. a Importaciones y Exportaciones Fénix S.A.S. y viceversa, todo en el marco de los convenios múltiples vigentes entre las partes de colaboración empresarial, sobresaliendo también la copia que se presentó del libro auxiliar de la cuenta por pagar y la totalidad de los soportes autenticados respectivos, como fieles copias de los documentos originales mencionados y relacionados en dicha certificación, además de certificación de contador público, que de suyo da fe pública, sobre el histórico del procedimiento aplicado y de los pagos efectuados.

Igualmente, la prueba pericial contable rendida por la firma Giraldo Mosquera y Asociados Ltda, Drs. Maria Liliana Mosquera Sanchez y Freddy Cedeño Gonzalez, en la que

6826

precisamente se dictamina que efectivamente entre la demandante y mi representada, se obró de mutuo acuerdo en materia del pago de la renta por la tenencia, mediante la compensación o cruce de cuentas de las obligaciones existentes en cabeza de IMPORFENIX, que en valor supera en varios miles de millones de pesos el precio del arrendamiento, con este último ítem a medida que se iba causando mensualmente. En ese dictamen no solo se acredita la forma en la que efectivamente se cruzaban y solucionaban extinguiéndose las obligaciones de pagar los canones con el cruce o compensación de obligaciones que entre si tenían esas dos sociedades (IMPORFENIX Y FRUTAFINO), sino que también se cruzaban o compensaban obligaciones que se tuvieran a favor de otras sociedades controladas por IMPORFENIX, como TRANSFENIX o TRANSPORTES FENIX tal como aparece en el registro público mercantil.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. EL DESPACHO DESCONOCIÓ QUE SE ACREDITÓ EL PAGO MEDIANTE EL FENÓMENO DE LA COMPENSACIÓN.

En este punto, es importante traer a colación el artículo 1625 del Código Civil, que reza:

“Artículo 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

1o.) Por la solución o pago efectivo.

2o.) Por la novación.

3o.) Por la transacción.

4o.) Por la remisión.

5o.) Por la compensación.

6o.) Por la confusión.

7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

10.) Por la prescripción”.

Conforme al artículo 1714 del Código Civil, la figura de la compensación se da cuando dos personas son deudoras la una de otra y por este hecho se extinguen ambas deudas, exigiéndose para que ésta opere por el solo ministerio de la ley, los siguientes requisitos:

697

- Que sean ambas de dinero o del mismo género y calidad (cosas fungibles).
- Que sean líquidas
- Que sean actualmente exigibles
- Que las dos partes sean recíprocamente deudoras

De los artículos mencionados, se desprende que el fenómeno de la compensación es una de las formas que previó el legislador para extinguir las obligaciones, figura que se encuentra acreditada en el presente caso mediante las notas internas contables (comprobantes y soportes) por compensación o cruce de obligaciones – cruces y anticipos realizados por Frutafino S.A.S. a Importaciones y Exportaciones Fénix S.A.S, así como con la prueba pericial contable rendida por la firma Giraldo Mosquera y Asociados Ltda, en la que precisamente se dictamina que efectivamente entre la demanda y mi representada, se obró de mutuo acuerdo en materia del pago de la renta por la tenencia, mediante la compensación o cruce de cuentas de las obligaciones existentes en cabeza de IMPORFENIX. Es importante destacar que esta figura, de conformidad con el artículo 1715 del .C.C, *“opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores”*.

2. EL AUTO QUE DECRETA EL EMBARGO Y SECUESTRO DESCONOCE QUE ENTRE LAS PARTES NO EXISTIÓ CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SINO CONVENIO MÚLTIPLE DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL O SALVATAJE PARA LA ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES Y QUE EN TODO CASO OPERA LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Sobre este punto, reiteramos que lo que aquí existe, es un convenio múltiple celebrado entre mi representada FRUTAFINO S.A.S. e IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES FENIX S.A.S, que contiene unas condiciones sistemáticas complejas, que constituyen o conforman un acuerdo integral de colaboración empresarial, y, en la hipótesis de que se aceptara que el uso del bien inmueble es un contrato aislado del conjunto múltiple de negocios jurídicos que integran el convenio de colaboración empresarial, debe tenerse en cuenta que el demandante es quien ha incumplido reiteradamente las obligaciones que le competen y que se encuentran estipuladas en el art 1982 del C.C. especialmente la de su numeral 3 que consiste en la de *“Librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”* que incluso dio lugar a la instauración de una querrela policiva que tanto en primera, como en segunda instancia, fue resuelta a favor de mi representada, ordenando a IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES FENIX S.A.S. se abstuviera de continuar con las vías de hecho que impedían el goce de los inmuebles por parte de mí procurada, documentos que se aportan con el presente escrito.

Sobre este punto, resulta pertinente destacar que el ordenamiento jurídico colombiano adoptó la excepción de contrato no cumplido en el artículo 1609 del Código Civil, regla legal basada en la equidad que orienta los contratos sinalagmáticos, que permite a la parte de un contrato

609

no ejecutar su obligación mientras su co-contratante no ejecute las propias. De manera que, a pesar que en el presente caso mi representada no estaba obligada a cumplir con las obligaciones surgidas fruto del contrato de colaboración empresarial que tienen las partes, teniendo en cuenta la excepción de contrato no cumplido señalada, quedó demostrado que dicho pago sí se había realizado mediante la figura de la compensación con las notas internas contables (comprobantes y soportes) así como con el dictamen pericial que fueran aportados con la contestación de la demanda.

Por otro lado, el despacho no puede desconocer que los bienes cuya tenencia se discuten judicialmente, no se tienen como lo afirma la parte actora por un contrato de arrendamiento, ya que en realidad entre las partes lo que existe es un acuerdo de voluntades, que es ley para ellas, según el cual efectivamente FRUTAFINO S.A.S. siendo uno de los principales acreedores de la demandante, acordó para salvar esta última empresa una serie de condiciones que incluso llevaron hasta la venta del 80% de las acciones del mismo demandante y el cambio de control de la sociedad, por esta razón es dable manifestar que aquí no existe un contrato de arrendamiento, sino un contrato de múltiples facetas que tiene como objeto salvar a la empresa actora y para eso se necesitaba un apoyo logístico, administrativo, financiero y control de las acciones, y se requería además que FRUTAFINO S.A.S. estuviera allí en la sede de Imporfénix, y que ésta última aceptara que se le fueran imputando a sus obligaciones, el uso de los bienes que se pretenden restituir, y eso fue lo que se concertó y se recogió en el contrato de promesa de compraventa que es el que realmente rige entre las partes y no el que aduce el actor, quien ha planteado un sofisma tratando de ocultar que en realidad sí existe un convenio instrumentado en varios actos, que fue el que motivó la concertación de cada uno de ellos, entre los cuales se encontraban la adquisición de la propiedad de las acciones y el cambio de control (cuyo copia del contrato se adjunta), el cual incluso operaba desde mucho antes que se hiciera la enajenación de las acciones, lo que implicó que estuvieran juntas las dos empresas y que se creara una junta de transición que estaba integrada por tres miembros de FRUTAFINO S.A.S. y tres miembros de Imporfénix, y nótese como en ese convenio se dice que la Junta está sobre los gerentes de las empresas y que ejercía total potestad sobre ellos. Todo lo anterior, se demuestra con el Contrato de Promesa de Compraventa de acciones entre Frutafino S.A.S. e Imporfénix y su grupo de empresas que se adjuntó al escrito de contestación de demanda.

Sobre el particular, resulta pertinente resaltar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-427-14:

*"Ahora bien, esa pauta general tiene una subregla, desarrollada por esta corporación en sentencias de tutela, a partir de la cual **la limitación a ser oído en juicio, no tiene cabida cuando se presentan serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento.***

Lo anterior encuentra fundamento, en la medida en que el contrato de arrendamiento es la fuente de derecho inicial que regula la relación entre arrendador y arrendatario, conteniendo éste las obligaciones y prerrogativas de cada parte contractual. Por lo

tanto, si se cuestiona la existencia de tal convención, no es posible deducir claramente el incumplimiento de una de las partes. Así, atendiendo razones de justicia y equidad, el juez solo puede hacer uso de las limitantes al derecho de defensa cuando previamente ha efectuado la verificación de la existencia real del contrato de arrendamiento.

Así, por ejemplo, esta Corte en la sentencia T-162 del 24 de febrero de 2005 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) indicó que cuando el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el demandado no será oído en juicio, **lo hace desde el presupuesto de la existencia clara del contrato de arrendamiento, debidamente aportado al proceso, "pero si, por la razón que fuere, el juez encuentra un motivo grave para dudar de la validez de la prueba aportada..., mal haría en aplicar automáticamente la disposición"**

Tesis que es acogida de igual manera por la Corte Suprema de Justicia al referirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*"Se recuerda que la corte constitucional ha declarado en múltiples oportunidades la asequibilidad del numeral 2° del parágrafo 2° del artículo 424 del código de procedimiento civil, por medio del cual se impone una carga procesal al demandado dentro de un proceso de restitución de bien inmueble arrendado, que consiste en consignar el valor de los cánones adeudados o presentar los recibos de pago correspondientes o la consignación como condición para ser oído. **No obstante, también se reitera que el alto tribunal constitucional creó una excepción a esa regla, mediante múltiples fallos de tutela, en tal sentido, se indica que se avala la inaplicación de esa carga procesal (pago o presentar recibos) cuando se tengan serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento entre el demandante y el demandado, por cuanto está en entredicho la presencia del supuesto hecho que regula la norma que se pretende aplicar"***¹

De las sentencias anteriores, se concluye que para el caso *sub judice* se tienen serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento toda vez que como ya se explicó lo que existe entre las partes IMPORTACIONES y EXPORTACIONES FENIX S.A.S y FRUTAFINO S.A.S es un convenio múltiple o acuerdo integral de colaboración empresarial mas no un contrato de arrendamiento aislado como lo quiere hacer ver la parte actora.

De esta manera, al cuestionar la existencia del supuesto contrato de arrendamiento, el juez debe verificar la existencia real de dicho contrato y no puede deducir de manera clara el incumplimiento de una de las partes.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP1616-2018 del 23 de mayo de 2018

693

3. EL DESPACHO NO LIMITA LA CUANTÍA DEL EMBARGO CONFORME LO ESTABLECE EL ARTÍCULO 593 DEL C.G.P.

Por último, el artículo 593 del Código General del Proceso, con relación a la medida cautelar de embargo, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 593. EMBARGOS. Para efectuar embargos se procederá así:

(...)

10. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas más un cincuenta por ciento (50%). Aquellos deberán constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición del juez dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo.

(...)

De los transcrito anteriormente, resulta oportuno destacar que cuando se decreta la medida cautelar de embargo, la norma es clara al exigir que se debe señalar la cuantía máxima de la medida, que en todo caso no podrá exceder el valor del crédito y las costas más un cincuenta por ciento (50%).

En consecuencia, resulta lesivo y desproporcionado que el Despacho haya decretado el embargo y secuestro sin límite de cuantía de los dineros que a cualquier título posea la sociedad demandada FRUTAFINO S.A.S con NIT. 900.911.788-9 , en las cuentas de ahorros, cuentas corrientes, CDTs, CDAT y encargos fiduciarios, en las entidades relacionadas en el escrito de medidas previas; así como de los dineros que se le adeuden a la sociedad demandada, por concepto de cuentas por pagar en los almacenes de cadena ALMANECES ÉXITO BOGOTÁ, JERONIMO MARTIN ARA, COLSUBSIDIO BOGOTÁ, TIENDAS JUMBO, CENCO SUD BOGOTÁ, ALMACENES LA 14, OLIMPICA, MERCAR, MERCA MIO, SURTIFAMILIAR, CAÑAVERAL CALI, SUPER INTER CALI, SUPER INTER EJE CAFETERO, SURTIMAX BOGOTÁ Y EL RENDIDOR CANDELARIA.

PETICIÓN:

Una vez realizadas las anteriores precisiones, solicito respetuosamente lo siguiente:

PRIMERA: Se REVOQUE el Auto calendarado el 19 de febrero de 2020, notificado en estado No.23 del 25 de febrero de 2020, por medio del cual se negó la solicitud de ampliación del término solicitado para prestar la caución ordenada mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2019, decretando el embargo y secuestro de los dineros que a cualquier título posea mi representada, así como de los establecimientos de comercio denominados FRUTAFINO CALI

6914

y FRUTAFINO S.A.S y de las cuentas por pagar en los almacenes de cadena referidos en el auto mencionado.

SEGUNDA: Que en caso de que no acceda a la petición primera se CONCEDA el recurso de apelación para que sea resuelto por el superior funcional de conformidad con el #8 del artículo 321 del .C.G.P. .

Del señor Juez, cordialmente



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá
T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.