

Cartagena de Indias, 26 de septiembre de 2018

Señora

JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Atn. Dra. Nohora García Pacheco

Ciudad

28 1
28/09/18
Luis
18/10/18

DEMANDANTE INICIAL:	RAMÓN SARAVIA SARAVIA
TERCEROS AD EXCLUDENDUM:	JAVIER IGNACIO PAZ DELGADO Y OTROS
TERCERO AD EXCLUDENDUM:	NÉSTOR GUILLERMO PAZ PEÑAS
LITISCONSORTE NECESARIO:	FELIPE SANTIAGO PAZ ARRÁZOLA
LITISCONSORTES NECESARIOS:	EDGARDO PAZ VELILLA Y OTROS
COADYUVANTE:	MARÍA VÍCTORIA PAZ REY
INTERVINIENTES:	JORGE ENRIQUE PAZ SOTO Y OTROS
DEMANDADOS:	SOCIEDAD DE MEJORAS PÚBLICAS Y OTROS
CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO DE RESCISIÓN
RADICADO:	13001-31-03-002-2010-0047-00

Ref.: EXCEPCIONES PREVIAS.

ÁLVARO CRIALES BETANCOURT, vecino de esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía # 8.720.305, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional # 46.204 del C. S. de la J., actuando en calidad de apoderado de la sociedad **LOS CORALES DE CARTAGENA S.A.S.**, en adelante **LOS CORALES**, quien para efectos de este proceso se constituye en parte demandada, acudo ante usted para presentar excepciones previas en el proceso en referencia en forma oportuna, todo lo cual, hago en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD.

De conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Código de Procedimiento Civil, en adelante CPC (101 del Código General del Proceso, en adelante CGP), las excepciones previas se formularán por medio de escrito separado en el término del traslado de la demanda, que en casos como el presente viene a ser de veinte (20) días, tal como lo ordena el artículo 398 del CPC (369 del CGP).

En este asunto, la citación a la sociedad **LOS CORALES** se surtió mediante Aviso Notificadorio de fecha 14 de agosto de 2018, el cual, fue entregado en la dirección de notificaciones judiciales el 04 de septiembre de 2018, hecho que demuestra que los veinte (20) días a que se refiere la norma para la presentación de este escrito vencen el 03 de octubre de 2018, por lo que se concluye que nos encontramos dentro del término legal para proponer excepciones previas.

4

259 2

II. CUESTIÓN PRELIMINAR.

No obstante que en el escrito de contestación de la demanda principal y de las demás intervenciones, ya se hizo mención a la falta de legitimación en la causa por activa de cada una de las personas que integran dicho extremo de la *litis*, dada su naturaleza de presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado, así como también hicimos referencia a las diferentes clases de prescripciones extintivas, por constituir eventos que permiten al juez dictar sentencia anticipada según lo expresa el artículo 278 del CGP, también las planteamos como excepciones previas en atención a lo señalado en el inciso final del artículo 97 del CPC, aún aplicable al caso concreto.

III. EXCEPCIONES PREVIAS.

3.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.

3.1.1. Aspectos comunes a todos los demandantes e intervinientes.

La legislación civil colombiana prevé la acción rescisoria como una figura jurídica en cabeza del **DONANTE**, quien podrá ejercerla cuando el **DONATARIO** se encuentre en mora de cumplir con las condiciones resolutorias bajo las cuales se haya efectuado la donación, así lo establece el artículo 1483 del Código Civil, cuyo texto reza:

«Artículo 1483. <Mora del donatario en el cumplimiento de sus obligaciones>. Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, **tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación.**

En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta.

Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación, y de que se aprovechara el donante» (resalto y negrilla fuera de texto).

La disposición en cita muestra claramente dos aspectos que se deben cumplir indefectiblemente para que pueda predicarse la legitimación en la causa por activa de una persona respecto de la acción rescisoria por mora del donatario, cuales son: i) el incumplimiento probado por parte del donatario y, ii) la calidad de donante.

- ***Incumplimiento o mora del donatario.***

El artículo 1483 del Código Civil exige como requisito *sine qua non* para la procedencia de la acción rescisoria de la donación, que el donatario se encuentre en mora de cumplir la

f

260³

obligación que le haya sido encomendada, que en el caso concreto vienen a ser las condiciones señaladas en la Escritura Pública # 746 de 24 de octubre de 1939.

Tal como fue explicado ampliamente en cada uno de los escritos de contestación a las demandas e intervenciones, el supuesto incumplimiento por parte de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO – ANDI – COMFENALCO CARTAGENA**, en adelante **COMFENALCO**, así como de **LOS CORALES**, de la condición referente a que el predio debe ser destinado exclusivamente a balneario, no se configuró, puesto que quedó debidamente demostrado que la prestación del servicio de alojamiento hace parte de la esencia natural de los balnearios.

Por tal motivo, si no existe incumplimiento alguno de las condiciones establecidas por los donantes, tampoco le asiste razón ni derecho a la parte demandante de incoar la acción rescisoria de la donación del predio en discusión.

Asimismo, sea del caso resaltar que, si no se cumplen los requisitos generales de ley para la procedencia de la acción rescisoria por mora del donatario en el cumplimiento de las obligaciones, mucho menos se cumplen los requisitos específicos para la rescisión contra terceros poseedores establecidos en el artículo 1489 del Código Civil, ya que los actuales propietarios del predio han acatado a cabalidad la condición objeto de esta *litis*.

▪ **Calidad de donante.**

Como se anunció previamente, el donante es la persona legitimada para ejercer la acción que nos ocupa, por lo tanto, es de vital importancia poner de relieve que en este caso concreto el demandante y los demás intervinientes no ostentan dicha calidad, situación que los deslegitima para constituir en mora a los demandados por el supuesto incumplimiento de la condición contenida en la Escritura Pública # 746 de 24 de octubre de 1939 y, por ende, para acudir ante la jurisdicción civil para reclamar los efectos propios de la rescisión de la donación.

No obstante, aunque el demandante y los demás intervinientes manifiestan tener legitimación en la causa por activa, alegando el primero su calidad de cesionario de los derechos herenciales que le fueron reconocidos dentro del proceso de sucesión intestada, de la finada Bertha Paz Franco y, los segundos, su condición de herederos de los donantes originales, se debe precisar que dicha situación no les confiere la titularidad de esta acción civil, como se explicará en los párrafos siguientes.

3.1.1. Aspectos adicionales de algunos de los demandantes e intervinientes.

▪ **Falta de legitimación del demandante Ramón Saravia.**

Se debe tener en cuenta que la inclusión del inmueble en litigio dentro del activo de la sucesión de la difunta se gestó a partir de un error contenido en el registro de la escritura

A



4
261

de donación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad, evidenciada en el certificado de libertad y tradición de fecha 05 de marzo de 2007, aportado en el proceso sucesoral por el actor.

Realmente la donación la hicieron conjuntamente el señor Nicolás Macario Paz y la señora Bertha Paz Franco a favor de la **SOCIEDAD DE MEJORAS PÚBLICAS DE CARTAGENA**, en adelante **SMPC**, a través de Escritura Pública # 746 de 24 de octubre de 1939, quedando ésta última como única propietaria de dicho bien desde ese momento y hasta la fecha en que lo enajenó a **COMFENALCO** y no como erróneamente se encuentra consignado en el documento en cuestión, en el que aparece que la donación la efectuó el señor Nicolás Macario Paz a favor tanto de la **SMPC** como de la propia Bertha Paz Franco.

Este error fue enmendado posteriormente por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, entidad que a través de la Nota Devolutiva con Radicación # 2007-060-4768, devolvió sin registrar el Oficio # 0332 del 04 de diciembre de 2006 emitido por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, negando la inscripción de una orden de embargo sobre el predio antes mencionado, con base en lo dispuesto en el artículo 681 del CPC. El demandante por intermedio de su apoderado se notificó personalmente de la nota devolutiva el día 14 de marzo de 2007.

De manera inmediata fue rectificado el registro de la donación del inmueble objeto de esta polémica, tal como puede verificarse en el formulario de corrección expedido por la autoridad mencionada el 13 de marzo de 2007.

La anterior decisión fue revalidada por dicho ente mediante Resolución # 088 de 13 de abril de 2007, en la que resolvió negativamente un recurso de reposición interpuesto por el demandante, explicando lo siguiente:

« [...] el funcionario calificador constató que existía un error en la anotación No. 1 del folio, en la columna de Personas que Intervienen en el acto, ya que cuando la Oficina hizo el traslado de todo el registro manual, cuya manera de llevarse era en cartones o cartulinas, al sistema de folio magnético, se inscribió de la siguiente manera, **DE:** Paz F. Nicolás Macario, **A:** Paz Franco Bertha M, Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena, cuando lo correcto debió ser, DE: Paz F. Nicolás Macario, Paz Franco Bertha, **A:** Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena, como claramente se puede establecer de la simple lectura del folio manual [...]» (Negrillas y resalto fuera de texto).

Continúa diciendo el acto administrativo citado que:

« [...] Si algún bien no pertenece al ejecutado, el Registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, este de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo. Como en el caso que nos ocupa la señora Bertha M. Paz Franco, ya no era la propietaria del bien, pues lo donó a la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena, según los pormenores de la escritura 746 del 24 de octubre de 1.939, tantas veces mencionada, razón entre otras, por la que la Oficina de Registro no accederá a las

4



peticiones del doctor Saravia, por no encontrarse ajustadas a derecho [...]» (Resalto fuera de texto).

Luego, fueron confirmadas las anteriores decisiones, a través de la Resolución # 6620 de 02 de octubre de 2007, expedida por el Director de Registro de la Superintendencia de Notariado y Registro, que resolvió el recurso de apelación impetrado por el demandante contra la citada nota devolutiva, exponiendo entre otras razones que:

« [...] los asientos registrales no constituyen o crean derechos sobre los inmuebles, estos son una transcripción de los documentos en los que se creo (sic) el derecho, sea por voluntad de las partes o por disposición judicial, es decir, que lo que configura el derecho es el documento el cual se perfecciona con su inscripción la que obviamente debe ser un fiel reflejo de lo señalado en el instrumentos (sic). En el evento en que exista una mala digitación en el folio, no puede predicarse que por ella se originó un derecho, ya que para que esto ocurra debe coincidir totalmente la inscripción en registro con el contenido del documento, y si esto no ocurre se debe corregir la anotación para que de esta se haga publicidad, una publicidad real de los documentos inscritos [...]» (Resalto fuera de texto).

La mencionada corrección se hace evidente en los certificados de libertad y tradición del inmueble identificado con Matrícula Inmobiliaria # 060-40138, expedidos por la misma entidad con posterioridad a la emisión de los anteriores actos administrativos.

Además de lo antes dicho, se debe poner de relieve, que la cesión de derechos herenciales efectuada por los herederos de la señora Bertha Paz Franco a favor del demandante y que fue aceptada por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, se circunscribe a los supuestos derechos herenciales que estos creían tener sobre el 50% del inmueble a raíz de la información errónea plasmada en el certificado de tradición de dicho bien.

En virtud de ello, el cesionario (demandante) no podía adjudicarse para sí mismo en el trabajo de partición ningún derecho sobre las condiciones establecidas en la Escritura Pública # 746 de 24 de octubre de 1939, ya que realmente su condición se deriva de los derechos herenciales de los sucesores de Bertha Paz Franco como **DONATARIA** (según el certificado de libertad y tradición erróneo, presentado junto con la solicitud de inventario y avalúo adicional), por lo tanto, en los derechos que le fueron cedidos no se encontraba incluido el de la condición que se desprende de la escritura pública mencionada.

En efecto, a la luz de la documentación allegada por el demandante al proceso de sucesión y que sirvió de base para la cesión de derechos celebrada entre éste y los herederos de Bertha Paz Franco, esta última no tenía la calidad de donante sobre el porcentaje del bien que supuestamente le fue cedido y, por ende, no podrían estar en cabeza de ella los derechos referentes a la condición, los cuales, tampoco se podrían transmitir a sus herederos y mucho menos al actor como cesionario, por el contrario, estarían obligados a cumplirla.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que el demandante no demuestra de ninguna manera tener la calidad de donante del predio en disputa, así como tampoco acredita ostentar la calidad de heredero de cualquiera de los donantes, sino simplemente prueba que le fueron cedidos derechos herenciales de una supuesta donataria del inmueble, quien no tiene potestad para exigir el cumplimiento de una condición, sino que por el contrario, se encuentra obligada a satisfacerla, concluyéndose entonces de manera forzosa, que el demandante no se encuentra legitimado para impetrar esta acción.

Como síntesis de lo anteriormente expuesto, a continuación, se presenta un cuadro comparativo de las actuaciones adelantadas por el demandante en el proceso sucesoral, donde se observa claramente su falta de legitimación en la causa por activa en el presente asunto, así:

Fecha	Berta Donataria	Berta Donante
05 Marzo 2007	Solicitud de inventario y avalúo adicional presentada por el demandante en el proceso de sucesión de la señora Bertha Paz, a través del cual solicitó la inclusión del inmueble identificado con Matrícula Inmobiliaria # 060-40138 en proporción del 50% que supuestamente estaba en cabeza de la causante, con base en un certificado de libertad y tradición de la misma fecha que contiene información errada sobre la tradición del mismo. De igual forma solicitó el embargo y secuestro del referido inmueble. En ningún momento hizo alusión a la condición contenida en la Escritura Pública # 746 de 1939.	
06 Marzo 2007	El Juzgado 7º de Familia de Cartagena profirió auto en el que fijó el día 21 de marzo de 2007 para celebrar la audiencia de inventario y avalúo adicional y decretó el embargo y secuestro de la cuota parte del inmueble.	
12 Marzo 2007		La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena expidió una Nota Devolutiva informando que negaba la inscripción del embargo y secuestro ordenado por el juzgado, debido a que la embargada (Bertha Paz) no es propietaria de la cuota parte del inmueble objeto de la medida judicial.
13 Marzo 2007	El señor Jorge Enrique Paz Soto efectuó una cesión de derechos a favor del demandante en los siguientes términos: «De igual manera cedo el 100% de los derechos herenciales que le corresponden a <u>mis apoderados y mi cuota parte sobre el 50% del inmueble</u> identificado con el número de matrícula inmobiliaria # 060-40138 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena al Doctor Ramon Ignacio Saravia Saravia identificado como aparece al pie de su firma» (Resalto y negrilla fuera de texto). De acuerdo con el texto transcrito al demandante no le fueron cedidos los derechos concernientes a la	La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena expidió el respectivo formulario de corrección del certificado de libertad y tradición del inmueble en cuestión.

7
26A

	condición contenida en la Escritura Pública # 746 de 1939, sino los derechos que eventualmente tuvieran las referidas personas sobre un objeto material y tangible como lo es el 50% del inmueble materia de discusión.	
14 Marzo 2007		El apoderado del demandante es notificado de la Nota Devolutiva del 12 de marzo de 2007.
20 Marzo 2007		El demandante presentó recurso contra la Nota Devolutiva, lo que evidencia su conocimiento de la real situación del inmueble antes de presentar el inventario y avalúo adicional y el trabajo de partición.
21 Marzo 2007	El demandante presentó el inventario y avalúo adicional en el que incluyó como activo sucesoral el lote de terreno, es decir, que reclamó la inclusión de un bien derivado de la supuesta condición de donataria de la señora Bertha Paz, no obstante haberle informado la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena que el inmueble no pertenecía en ninguna proporción a la <i>de cujus</i> .	En el mismo documento, el demandante incluyó como activo la condición establecida en la Escritura Pública # 746 de 1939, la cual, además de no haber sido incluida en los derechos herenciales que le fueron cedidos, se infiere que la reclamó como activo sucesoral de Bertha Paz en su condición de donante, evidenciándose una gran contradicción en la verdadera condición de la causante frente al inmueble objeto de controversia.
11 Abril 2007	El Juzgado 7º de Familia de Cartagena profirió auto mediante el cual dio traslado del inventario y avalúo adicional y, además, aceptó la cesión de derechos herenciales celebrada entre el señor Jorge Paz y el demandante, así: «Visto el documento contentivo de una Cesión de Derechos Herenciales y siendo ello procedente, <u>el Juzgado acepta la cesión de los Derechos Herenciales que llegaren a tener los cedentes sobre el 50% del inmueble</u> identificado con el folio de M.I. # 060-40138 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad, a favor del doctor RAMON IGNACIO SARAVIA SARAVIA. En consecuencia, <u>téngase a éste como Cesionario de tales Derechos Herenciales</u> ». Quiere ello decir, que al demandante le fue reconocida su condición de cesionario de los derechos herenciales de la señora Bertha Paz Franco como donataria y no como donante.	
13 Abril 2007		La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena profirió la Resolución # 088 de 2007, confirmando la Nota Devolutiva.
29 Mayo 2007		El demandante presentó el trabajo de partición donde sólo incluyó la condición establecida en la Escritura Pública # 746 de 1939, adjudicándose para él la hijuela # 17 consistente en lo siguiente: «Al doctor RAMÓN IGNACIO SARAVIA SARAVIA, le corresponde la suma de \$10.000.000,00, para pagársela se le adjudica el siguiente activo: El 50% del activo contenido en el trabajo de inventario y avalúo adicional y que <u>consiste en la condición que se desprende de la Escritura Pública # 746 del 24 de Octubre de 1.939 [...]</u> ».

1

8
265

		La hijuela que se adjudicó el demandante consiste en un derecho que no le fue cedido por parte de los herederos de la señora Bertha Paz.
03 Julio 2007		El Juzgado 7º de Familia de Cartagena profirió sentencia, por medio de la cual, aprobó los trabajos de partición presentados en el curso del proceso de sucesión de la señora Bertha Paz.
02 Octubre 2007		La Superintendencia de Notariado y Registro expidió la Resolución # 6620 de 2007, confirmando la Nota Devolutiva y la Resolución # 0188 de 2007.
30 Marzo 2012		A través de apoderado judicial el señor Javier Paz y otros familiares de la señora Bertha Paz presentaron ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena solicitud de nulidad absoluta del proceso sucesoral, argumentando lo siguiente: «Este bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 060-40138, este inmueble NO PERTENECE A LA MASA HEREDITARIA de la causante BERTA MATILDE PAZ FRANCO (...) cuya propiedad le pertenece a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO-ANDI COMFENALCO CARTAGENA y LOS CORALES DE CARTAGENA S.A.S. (...) la cesión de derechos herenciales hecha sin la autorización mis mandantes sobre un BIEN INMUEBLE AJENO no transmite dominio, ni posesión; ya que BERTA PAZ FRANCO NO TIENE DERECHO DE DOMINIO sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 060-40138».

Se concluye entonces, que está plenamente demostrada la falta de legitimación en la causa por activa del demandante, ya que como quedó evidenciado el mismo no ostenta la calidad de donante y su condición de cesionario de los derechos de los herederos de la señora Bertha Paz, deriva de la supuesta calidad de donataria de la misma y no de su verdadera condición de donante, puesto que así fue acordado entre él y aquellos en el acuerdo de cesión, por lo que no estaría facultado para exigir el cumplimiento de la condición establecida en la escritura pública.

- **Falta de legitimación en la causa de la coadyuvante María Victoria Paz Rey y del ad excludendum Néstor Guillermo Paz Peñas.**

Aunque la coadyuvante y el ad excludendum manifiestan tener legitimación en la causa por activa, alegando su calidad de herederos del señor Felipe Santiago Paz De León, se debe precisar que dicha situación no les confiere la titularidad de esta acción civil, como se explicará a continuación.

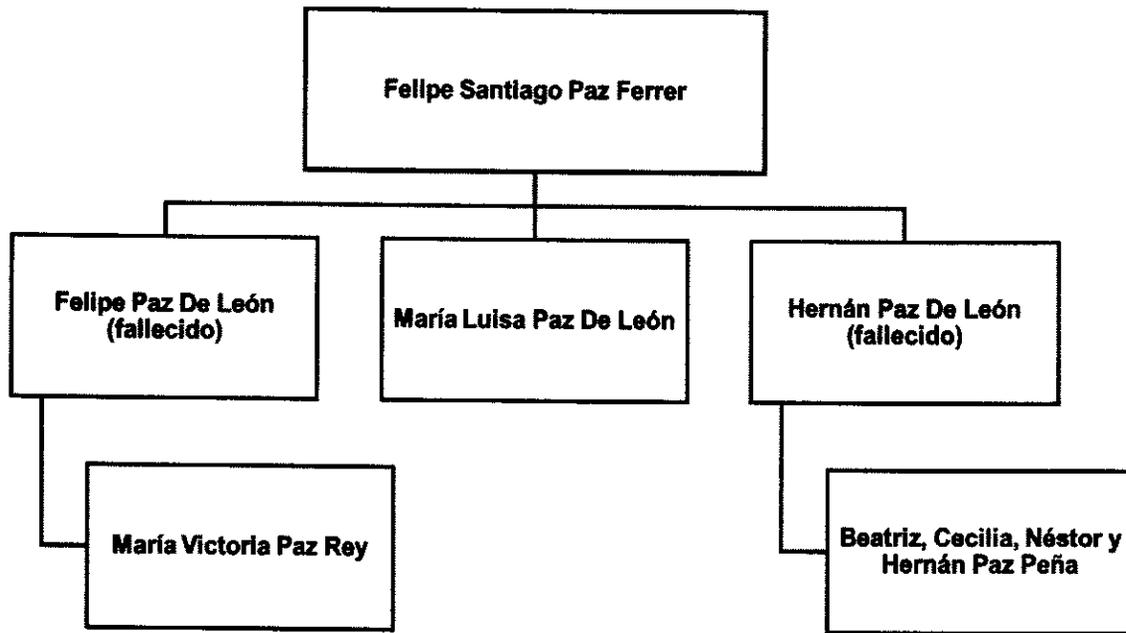
Si en gracia de discusión se aceptara que los herederos de los donatarios están legitimados para incoar la acción rescisoria de la donación, tenemos que la coadyuvante y el ad excludendum no heredaron nada del señor Nicolás Macario Paz, así como tampoco de la

A

9
266

finada Bertha Matilde Paz, quienes procedieron a realizar la donación a través de la Escritura Pública # 746 de 24 de octubre de 1939, que viene a ser el asunto objeto de discusión en el presente proceso.

A continuación, mostramos el árbol genealógico de los intervinientes, así:



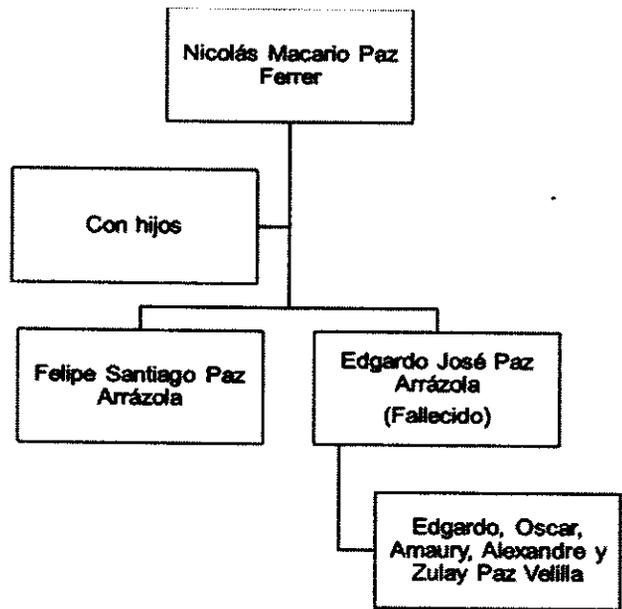
Como quedó visto, la señora María Victoria Paz Rey (coadyuvante) es hija del señor Felipe Paz De León, ya fallecido, quien a su vez era hijo del señor Felipe Santiago Paz Ferrer, también difunto, quien fuera hermano del donante Nicolás Macario Paz Ferrer, lo que quiere decir, que los dos últimos mencionados podrían ser herederos el uno del otro en el tercer orden hereditario, en caso de faltar los dos precedentes (hijos, padres, nietos) y, a su vez, la coadyuvante podría ser heredera del donante en el cuarto orden hereditario en representación de su padre, siempre que no existan los herederos de los órdenes previos.

Por su parte, el señor Néstor Guillermo Paz Peñas (*ad excludendum*) es hijo del señor Hernán Paz De León, ya fallecido, quien a su vez era hijo del señor Felipe Santiago Paz Ferrer, también difunto, quien fuera hermano del donante Nicolás Macario Paz Ferrer, lo que quiere decir, que los dos últimos mencionados podrían ser herederos el uno del otro en el tercer orden hereditario, en caso de faltar los dos precedentes (hijos, padres, nietos) y, a su vez, el *ad excludendum* podría ser heredero del donante en el cuarto orden hereditario en representación de su padre, siempre que no existan los herederos de los órdenes previos.

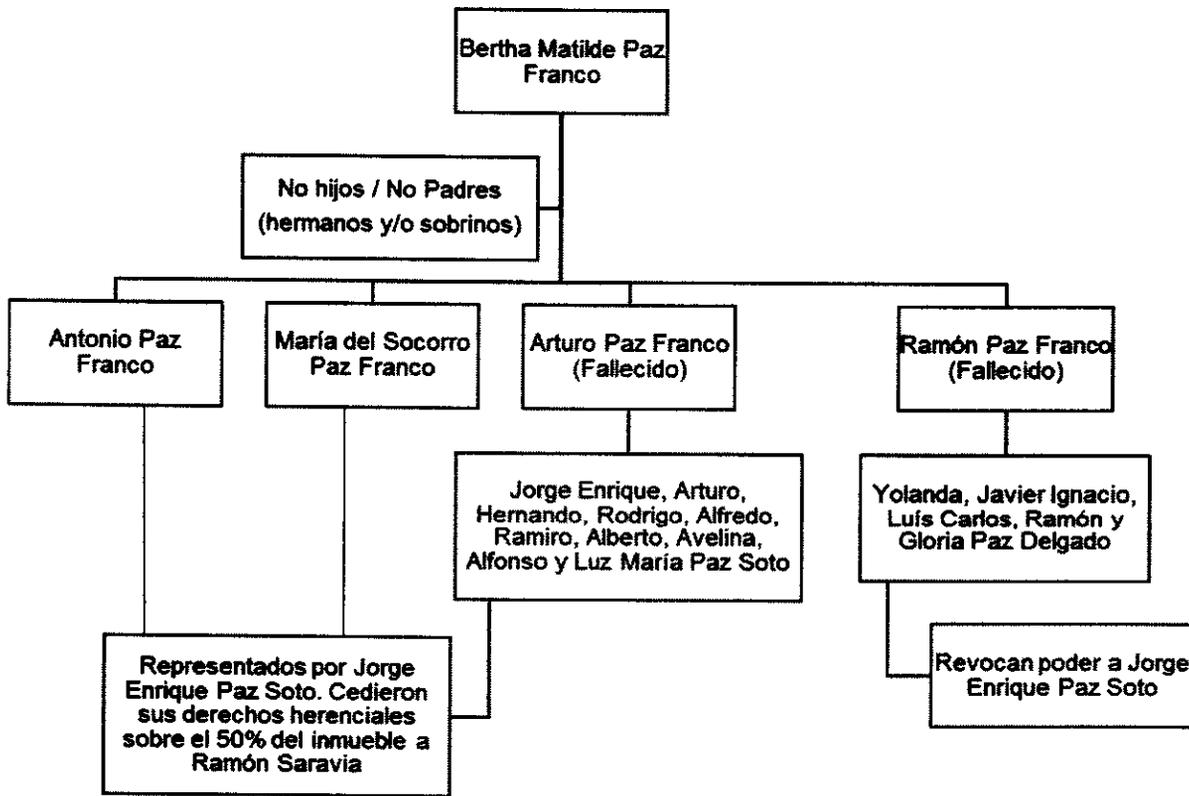
Pero está demostrado, que el señor Nicolás Macario Paz Ferrer dejó descendencia y prueba de ello es la intervención como litisconsortes necesarios que ellos han efectuado dentro del proceso de la referencia. Estos son:

A

10
269



De igual manera, la señora Bertha Paz Franco no contrajo matrimonio ni tuvo hijos y sus padres no sobreviven, por lo que entraron a sucederla sus hermanos y en algunos casos sus sobrinos en representación de los primeros, entre los cuales, no se encuentra ni la coadyuvante ni el *ad excludendum*, como se muestra a continuación:



1

11
268

Lo antes visto desvirtúa por completo el hecho de que estos intervinientes puedan ser herederos de los donantes Nicolás Macario Paz y Bertha Matilde Paz y, por ende, queda demostrado que por esta razón tampoco estarían legitimados en la causa por activa para intervenir en este proceso.

También debe tomarse en cuenta que, el señor Felipe Santiago Paz Ferrer y sus sucesores no participaron en la donación efectuada a través de la Escritura Pública # 746 de 24 de octubre de 1939, por lo tanto, no están legitimados para ejercer la acción rescisoria de dicho acto jurídico.

Sumado a lo antes dicho, encontramos que la acción de rescisión de donaciones no es procedente para reclamar el dominio sobre un inmueble que supuestamente fue de propiedad del abuelo de los intervinientes, ya que la acción rescisoria se circunscribe a la verificación del cumplimiento o no de unas condiciones en cabeza del donatario derivadas de la donación de la que fue beneficiario. Pero como se observa, los hechos y pretensiones esbozadas por los intervinientes evidencian que se tratan de situaciones que deben ser ventiladas en otro tipo de proceso, hecho que demuestra su falta de legitimación en la causa en este asunto.

- **Falta de legitimación en la causa de los intervinientes Jorge Enrique, Alfonso, Arturo, Hernando, Rodrigo, Alfredo, Ramiro de Jesús, Alberto y Avelina Paz Soto, así como también Antonio Paz Franco y María del Socorro Paz de Vélez.**

Mediante auto de 21 de enero de 2014, el despacho reconoció personería al abogado Luís Alfonso López De Hoyos como apoderado de las personas indicadas en el anterior encabezado. Ello con base en un poder otorgado por el señor Jorge Enrique Paz Soto, quien actuó en su propio nombre y en el de las demás personas mencionadas, el cual, fue protocolizado ante el Consulado General de Colombia en Miami (Estado Unidos) el 24 de septiembre de 2013.

Sea del caso resaltar que, el señor Jorge Enrique Paz Soto manifiesta expresamente en el poder que actúa en su calidad de heredero de Bertha Matilde Paz Franco, al igual que lo hacen sus demás familiares.

A pesar de ello, no puede olvidarse que las personas antes mencionadas cedieron al demandante principal el cien por ciento (100 %) de los derechos herenciales que estos creían tener sobre el cincuenta (50 %) del inmueble objeto de donación, tal como consta en la cesión que realizaron el 09 de marzo de 2007 y que fue protocolizada ante el Consulado General de Colombia en Miami (Estados Unidos), instrumento en el cual acordaron lo siguiente:

«DE IGUAL MANERA CEDO EL 100% DE LOS DERECHOS HERENCIALES QUE LE CORRESPONDEN A MIS APODERADOS Y MI CUOTA PARTE SOBRE EL 50% DEL INMUEBLE IDENTIFICADO CON EL NÚMERO DE MATRÍCULA

L

12
262

INMOBILIARIA # 060-40138. DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CARTAGENA AL DOCTOR RAMÓN IGNACIO SARAVIA SARAVIA, Identificado como apare al pie de su firma».

Así las cosas, se tiene, que la cesión antes mencionada deslegitima a los cedentes para acudir a este proceso a reclamar el cumplimiento de las condiciones señaladas en la escritura de donación.

3.2 PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL TÉRMINO PARA CONSTITUIR EN MORA Y PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Sea lo primero decir que en el ordenamiento jurídico colombiano no existen obligaciones a perpetuidad y, además, la condición bajo la cual se celebró la donación en 1939 no es imprescriptible. En efecto, no existen obligaciones imprescriptibles y mucho menos su vigencia y exigibilidad quedan condicionadas a hechos meramente potestativos del "acreedor".

Dicho lo anterior, se procede a revisar el contenido del artículo 1483 del Código Civil Colombiano, que instituye lo siguiente:

«ARTICULO 1483. <MORA DEL DONATARIO EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES>. Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación.

En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta.

Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación, y de que se aprovechare el donante».

Como puede observarse, la disposición en cita no señala un término específico para el adelantamiento de la constitución en mora al donatario que eventualmente no se haya allanado a cumplir la condición que le fue impuesta a través de una donación, pero no quiere ello decir que entonces la misma se convierta en una condición eterna susceptible de ser exigida en cualquier tiempo, puesto que dicha interpretación es contraria a la Constitución Política Colombiana de 1886, vigente al momento en que se llevó a cabo la donación, la cual, en su artículo 37 consagraba la siguiente prohibición:

«Artículo 37.- **No habrá en Colombia** bienes raíces que no sean de libre enajenación ni **obligaciones irredimibles**» (Resalto y negrilla fuera de texto).

La disposición constitucional traída a cuento señala claramente que, en Colombia para el año de 1939, cuando se efectuó la donación y, hasta el año de 1991 (seis años después

1



del fallecimiento de la donante) no podía establecerse obligaciones que perduraran indefinidamente en el tiempo.

Acerca de esta prohibición, se pronunció la Corte Constitucional a través de la sentencia T-597¹ de 1992, diciendo:

«Durante la vigencia de la Constitución de 1886 la doctrina justificó **la prohibición de las obligaciones irredimibles y perpetuas** no sólo por obvios inconvenientes de orden económico y jurídico sino fundamentalmente porque implicaban una restricción en el campo de la libertad de las personas» (Resalto y negrilla fuera de texto).

Valga anotar que, la donación es un contrato por el que una parte que se constituye en donante, transfiere un determinado bien a otra que lo acepta y se denomina donatario, por ello, resulta aplicable el artículo 38 de la Ley 153² de 1887, que establece que «En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración [...]», por ende, a la donación que nos ocupa le continúa aplicando la Constitución de 1886.

Sumado a lo anterior, encontramos que el Código Civil Colombiano, vigente desde el año 1873, en su artículo 1625 dispone que las obligaciones se extinguen, entre otras situaciones, por el paso del tiempo, tal como se muestra a continuación:

«ARTICULO 1625. <MODOS DE EXTINCION>. 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:

[...]

10.) **Por la prescripción.** [...].»

A su vez, el artículo 2512 *ibidem*, sobre este modo de extinción de las obligaciones, preceptúa:

«ARTICULO 2512. <DEFINICION DE PRESCRIPCION>. **La prescripción es un modo** de adquirir las cosas ajenas, o **de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo,** y concurriendo los demás requisitos legales.

Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción» (Resalto y negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el término o plazo que tenían los donantes y sus sucesores (que insistimos no están legitimados) para “constituir en mora” a los donatarios por el

¹ REF: EXPEDIENTE T-4737, MAGISTRADO PONENTE: Ciro Angarita Barón.

² Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

A

14
271

supuesto incumplimiento de la condición de destinar el lote a un balneario y no a un alojamiento, se encuentra prescrito.

En este punto existen pruebas en el expediente que dan cuenta que desde 1943 (cuando se protocolizó la construcción del balneario), posteriormente en 1977 (con la inscripción en el registro público de comercio de la Cámara de Comercio de Cartagena del establecimiento de comercio Hotel Balneario Los Corales) y, en todo caso, en 1985 (cuando se celebró el contrato de arrendamiento entre la **SMPC y COMFENALCO**), se hizo público y oponible que el balneario contaba con un alojamiento, hecho que de configurar un incumplimiento de la condición ha debido ser alegado como máximo en el término de veinte (20) años de la prescripción extraordinaria de la época, es decir, que siendo conservadores en el año 2005 prescribió la oportunidad de alegar ese incumplimiento.

El demandante arguye que constituyó en mora a los donatarios a través de la citación a la conciliación prejudicial en el Centro de Conciliación TALID, que data del 31 de enero de 2008, lo que a todas luces demuestra que lo hizo por lo menos entre sesenta y cinco (65)³, treinta y un (31)⁴ y tres (3)⁵ años después de haber quedado prescrita la oportunidad para hacerlo.

3.3 PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN DE LA DONACIÓN.

Siguiendo la misma línea de la excepción que antecede, si en gracia de discusión se aceptara que la constitución en mora fue realizada a tiempo, encontramos que también estaría prescrita la acción rescisoria ejercida por el demandante, tal como se pasa a explicar.

Con relación a este punto, señala el artículo 1484 del Código Civil que:

«ARTICULO 1484. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESCISORIA. La acción rescisoria, concedida por el artículo precedente, terminará en cuatro años desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta» (Resalto y negrilla fuera texto).

Ciertamente, confiesa en su demanda el accionante que, en el año 2008, a través de la citación al centro de conciliación TALID, comunicó con efectos de constitución en mora el incumplimiento de la condición.

Es importante tener en cuenta que, la audiencia de conciliación no es un medio legalmente idóneo para realizar el requerimiento para constituir en mora, pues otro es el procedimiento señalado por la ley para realizarlo extrajudicialmente, previsto en el artículo 18 del CPC, vigente para la época, que adscribía a los jueces civiles municipales el conocimiento de "los requerimientos" y diligencias varias que se pretendan hacer valer ante los jueces civiles.

³ Si se contabiliza el tiempo desde el año 1943 cuando se protocolizó la construcción del balneario.

⁴ Si se contabiliza el tiempo desde el año 1977 cuando se registró el establecimiento de comercio Hotel Balneario Los Corales.

⁵ Si se contabiliza el tiempo desde el año 1985 cuando se celebró el contrato de arrendamiento entre la SMPC y Comfenalco.

A

15
ZAL

Empero, teniendo en cuenta que la acción rescisoria "prescribe"⁶ a los cuatro (4) años, y partiendo del término confesado, se obtiene, que también estaría prescrita la acción desde ese punto de vista dado que la interrupción de la prescripción no se dio con la presentación de la demanda sino con la notificación de la misma a **LOS CORALES**, en su calidad de litisconsorte necesario de los otros demandados, notificación que sólo se vino a efectuar el 04 de septiembre de 2018.

Al respecto señala el CPC en el artículo 90 (artículo 94 del CGP), lo siguiente:

«ARTÍCULO 90. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.»

La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. **Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos»** (Resalto y negrilla fuera de texto).

Se desprende de esta norma que:

- a. La presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de la misma se notifique al demandado dentro de un (1) año, contado a partir de la notificación de dicha providencia al demandante.

La demanda fue presentada por la parte actora el 29 de enero de 2010. El auto admisorio fue proferido el 19 de febrero de 2010 y el demandante fue notificado el día 22 del mismo mes y año, razón por la cual, el plazo de un (1) año para notificar a la parte demandada venció el 21 de febrero de 2011, ya que el 19 de febrero de ese año no fue día hábil.

- b. La interrupción sólo se producirá si pasado el término anterior se lleva a cabo la notificación al demandado.

⁶ Existe reiterada jurisprudencia que ha señalado que más que un término de prescripción la ley se refiere es a caducidad de la acción.

A

La **SMPC** contestó la demanda el día 06 de abril de 2010 y **COMFENALCO** hizo lo propio el 20 de abril del mismo año, lo que permite inferir que dichas entidades si fueron notificadas dentro del plazo exigido por la norma en comento.

- c. Si existe litisconsorcio necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan los efectos de la interrupción.

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a través de providencia del 01 de junio de 2017, dictada en el curso de este proceso, mediante la cual, ordenó que el *a quo* procediera a realizar la vinculación de la sociedad **LOS CORALES**, expuso que:

« [...] la circunstancia manifiesta de tener dicha empresa, una evidente relación '*litisconsorcial necesaria*' con los demandados, **impone que el a-quo**, conforme a los dictados del **art. 61 del C. G. del Proceso**, sea a petición de parte o de oficio, haga enlace de esta firma con la actuación hasta ahora surtida, antes de que venga a ser vertida la sentencia de primera instancia [...]».

Resulta evidente entonces que, en la presente controversia existe un litisconsorcio necesario de la parte demandada, del cual hace parte la sociedad **LOS CORALES**, por tanto, para que se surtieran los efectos de interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora, era necesario que se notificara también la demanda a mi representada, quien desde febrero de 2009 le fue cedido en calidad de aporte a sociedad el 1.6666666666% del lote de terreno objeto de controversia y, luego, en diciembre de 2011 le fue cedido el 98.3333333333% restante.

En ese orden de ideas, para lograr la interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad de la acción rescisoria y la constitución en mora, tenía la parte demandante hasta el 21 de febrero de 2011 la oportunidad para que todos los litisconsortes necesarios del extremo pasivo quedaran notificados, hecho que como quedó visto no ocurrió con **LOS CORALES**, quien sólo fue notificada de la admisión de la demanda hasta el 04 de septiembre de 2018.

Por ello, el 31 de enero de 2012 le prescribió y caducó la acción a la parte demandante, pues se cumplieron los cuatro (4) años que establece la norma para ejercer la acción rescisoria, si se contabiliza dicho término desde la citación a conciliar en el centro de amigable composición TALID surtida el 31 de enero de 2008.

Como ya se dijo, en el *sub lite*, la notificación de la demanda a la sociedad **LOS CORALES** en su calidad de litisconsorte necesario se surtió con la notificación por aviso de fecha 04 de septiembre de 2018, mediante la cual fue vinculada al proceso de la referencia, en obediencia a lo ordenado por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en providencia de 01 de junio de 2017, es decir, cuando ya la acción había prescrito desde hacía seis (6) años y siete (7) meses.

17
JA

3.4 PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE NULIDAD ABSOLUTA.

Algunos de los terceros intervinientes a través de sus apoderados alegan que la señora Bertha Matilde Paz otorgó poder al señor Ramón Paz para que vendiera o enajenara a título oneroso, pero en ningún momento autorizó que se efectuaran donaciones o cesiones gratuitas. Se infiere entonces que pretenden que se declare la nulidad absoluta del acto jurídico de la donación celebrada entre los señores Paz y la **SMPC**, porque a su juicio, las partes obviaron algunos requisitos que dan al traste con el acto de donación.

Sobre el particular, es necesario traer a colación el artículo 1741 del Código Civil, el cual, dispone:

«ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato» (Resalto fuera de texto).

De la norma en comento se deriva, que se configura la nulidad absoluta en dos situaciones específicas a saber:

- i. La producida por objeto o causa ilícita y,
- ii. La producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos.

En el *sub judice* los intervinientes insinúan la configuración de una nulidad absoluta por el supuesto incumplimiento de algunos de los requisitos legales del contrato de donación, es decir, por la segunda de las hipótesis previamente enlistadas, lo cual no es cierto.

Al respecto, solicito que se declare que se configuró la prescripción extraordinaria de dicha nulidad, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1742 del Código Civil que dice:

«**ARTICULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA.** Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando

f



18
245

no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria» (Resalto fuera de texto).

En el caso de marras, el acto jurídico que implícitamente consideran los intervinientes que constituye nulidad fue celebrado hace setenta y nueve (79) años, tiempo que excede el plazo exigido para la configuración de la prescripción extraordinaria que actualmente es de diez (10) años, razón más que suficientemente para que se acceda a su declaración.

IV. DECLARACIONES.

PRIMERO: Que se declaren probadas las excepciones previas formuladas a través de este memorial, las cuales, se encuentran previstas en el inciso final del artículo 97 del CPC. Lo anterior señora Juez, mediante sentencia anticipada que dicte en ese sentido.

SEGUNDO: Que se condene a la parte demandante y a los demás intervinientes al pago de las costas.

V. PRUEBAS.

Ténganse como tales las aportadas con la contestación de la demanda principal y las solicitadas en dicho escrito.

VI. ANEXOS.

Ténganse como tales los mencionados en los acápites de pruebas documentales y anexos de la contestación de la demanda principal.

VII. NOTIFICACIONES.

Mi poderdante en el barrio Crespo, Carrera 1 # 62 – 198, en la ciudad de Cartagena y a través del correo electrónico: pyme@abbconsulting.co

El suscrito en el barrio Marbella, Cra. 3 # 46 - 51, Edificio Laguna 46, Oficina 15-05, en la ciudad de Cartagena y a través del correo electrónico: acriales@crialesyasociados.co

Con todo respeto,



ÁLVARO CRIALES BETANCOURT
C.C. # 8.720.305
T.P. # 46.204

