REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.
Calle Del Cuartel Edificio Cuartel del Fijo – Cuarto Piso.

PROCESO VERBAL
RADICADO: 13001 3103 002 2021 00131 00
DEMANDANTE: CONSTRUCCIONES MARTINEZ NUÑEZ S.A.
DEMANDADO: INVERSIONES CAPELLA LOZANO Y CIA S en C

Cartagena de Indias, Octubre veintiseis (26) de del dos mil veintiuno (2021

1. OBJETIVO:

Se encuentra al despacho el presente asunto pendiente de desatar el recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto de fecha 05 de Agosto de 2021, en virtud del cual se rechazó la demanda en reconvención en el asunto de la referencia.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Argumenta el recurrente, en cuanto a la **AUSENCA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD**, en virtud del cual fue rechazada la demanda, que en el libelo introductorio afirmó lo siguiente: *"…3.-En desarrollo de lo previsto en la cláusula citada en el numeral 2 anterior,* ***MARTINEZ*** *convocó a la sociedad y a las personas naturales señaladas en el numeral 1 a un tribunal de arbitramento ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, como aparece acreditado en el Capítulo de PRUEBAS de esta demanda"*

"4.-Luego de notificada la parte convocada, contestada la demanda, formulada demanda de reconvención, contestada la misma, reformada la demanda, nuevamente contestada, formulada excepciones de fondo por ambas partes y sus respectivas respuestas, el Tribunal de Arbitramento convocó a LAS PARTES a la audiencia de conciliación ordenada por el Articulo 24 de la Ley 1563 de 2012"

"5.- Por auto Nº 13 de fecha 18 de septiembre de 2020, que se adjuntó como prueba, el Tribunal de Arbitramento declaró "agotada y fracasada la

audiencia de conciliación y continúese con el trámite legal de este proceso arbitral en los términos indicados en la ley"

(…….)

Que como ninguna de las partes canceló los honorarios de los árbitros, del secretariado y demás gastos del proceso arbitral, se procedió a proferir auto N 18 de fecha 23 de octubre de 2020.

Agrega que en el auto de fecha 21 de junio de año en curso, se indicó que la providencia arbitral aportada no permite establecer que la conciliación se realizó en debida forma, concluyendo que al no identificarse cuál fue el objeto de la conciliación surtida en el tribunal de arbitramento no es posible establecer la congruencia de objeto necesaria para esta pueda tomar los efectos de procedibilidad anterior a este proceso, para concluir que dicha diligencia no se encuentra agotada.

Frente a lo cual argumenta, que la demanda que da origen a este proceso, se trata de solicitud de declaración en torno a la vigencia del contrato de opción de compra suscrito entre las partes el 16 de Julio del 2012, el cual por tanto tenia todos sus efectos legales el día 17 de Julio del 2019 conforme lo solicitó en la pretensión primera, y que también hizo mención en las pretensiones segunda, tercera, cuarta, sexta y séptima.

Que del acta N°12 del proceso arbitral, que contiene el auto de fecha de 23 de octubre de 2020, y que afirma obra a folios 9 al 20 de los anexos del expediente, se logra observar que en ambos procesos, tanto en el arbitral como el presente verbal, se trata de dirimir diferencias con ocasión de la celebración del contrato de opción de compra de fecha16 de julio de 2012, por lo que a su juicio queda demostrado que las pretensiones de ambos procesos tienen en ellas el grado de congruencia que se requiere para concluir que si se cumplió con el requisito de procedibiidad.

Respecto a la **AUSENCIA DE JURAMENTO ESTIMATORIO**, pone de presente la pretensión QUINTA de la demanda, y anota que con esta no solicita que los demandados sean condenados a pagar perjuicios ni devolver suma alguna, sino que se les condene a asumir los costos que la parte demandada tendrá que incurrir en la consecución de una licencia de urbanismo, un nuevo contrato de encargo fiduciario de administración e inversión con la fiducia que estimen conveniente y por las demás diligencias que se requieran hasta obtener de terceros el mismo número de preventas de unidades inmobiliarias que ya se tenían contratadas. Que se trata lo solicitado, es de una compensación para que las cosas vuelvan a su estado anterior, es decir, que se llegue al mismo número de preventas que ya se

tenían contratadas, para cuyo efecto la parte demandada tendrá que asumir los costos que todo ello le llegare a implicar.

Por último, en cuanto a los DOCUMENTOS ILEGIBLES, realiza un recuento de demanda anterior que había sido tramitada en este mismo despacho y posteriormente retirada bajo el radicado 13001310300220200021100, en la cual efectivamente había documentos ilegibles. Y que posteriormente presenta nueva demanda la cual contiene todos los documentos legibles con excepción del folio 114, por lo que no entiende porque en auto del 21 de Junio se afirma que parte de los documentos son ilegibles.

3. CONSIDERACIONES:

El art. 90 inc 3 del CGP, establece que "*Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarara inadmisible la demanda…".* Lo cual quiere decir, que es imperativo atender la orden de subsanación, so pena de ser rechazada. En cuyo caso, esta última decisión, si es susceptible de ser recurrido e incluso revisada ante el superior en virtud al principio de doble instancia, que se aplica de manera excepcional cuando se trata de apelación de autos

En el caso que nos ocupa, es de destacar que mediante proveído de fecha 21 de Julio del año en curso, fue inadmitida la demanda, concediéndole al interesado el término de cinco (5) días para que procediera a su subsanación. No obstante ello, en resistencia a tal decisión, el demandante interpuso recurso de reposición y adicional a ello, allegó memorial en virtud del cual manifiesta que subsana la demanda presentando para el efecto estimación bajo juramento de la cuantía.

No obstante ello, este Despacho, mediante auto que ahora se revisa, rechazó la demanda tras considerar que no habían sido subsanados los defectos reseñados en el auto inadmisorio, en razón a que no allegó constancia de haber agotado el requisito de procedibiidad de la conciliación y por no haber indicado en debida forma el juramento estimatorio de que trata el art. 206 del CGP.

En contraposición a lo dicho por el Despacho, el recurrente sostiene que el requisito de conciliación, ya viene agotado con la audiencia de esa naturaleza llevada a cabo ante Tribunal de Arbitramento, que tuvo lugar con anterioridad al inicio de este proceso judicial, y que no fue posible continuar en razón a que las partes, que son las mismas de este proceso no cancelaron los honorarios establecidos a favor de los árbitros.

Al respecto, preciso es decir, que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto, busca evitar una contienda judicial, permitiendo que los contrincantes logren una fórmula de arreglo con ayuda de un tercero imparcial y calificado. Las partes, hechos y pretensiones, abordados a través de este mecanismo deben guardar armonía con los invocados en la subsiguiente instancia judicial, para que sea válido como agotamiento del requisito de procedibilidad para entonces si dar apertura al proceso jurídico.

En el caso que nos ocupa, es de advertir, que con antelación a la presentación del proceso, las partes aquí enfrentadas, acudieron como mecanismo alterno para solucionar el conflicto, ante Tribunal de Arbitramento – Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, ante el cual fue intentada audiencia de conciliación, según emerge de los anexos a la demanda, entre los cuales consta copia del Acta N°12 del 20 de Febrero del 2020, en la cual los árbitros dejaron constancia de varias determinaciones, entre estas el AUTO N° 13, que declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación y ordenó continuar con el trámite legal del proceso arbitral, ante la imposibilidad de las partes de llegar a un arreglo directo.

Tal documento, permite concluir, que en efecto entre las partes aquí enfrentadas y ante funcionario debidamente calificado para ello, fue intentado un acercamiento directo en aras de resolver el conflicto, empero, con resultado fallido. Sin embargo, es de relievar que auscultado los restantes anexos del libelo introductor, entre estos no se encuentra el escrito de demanda génesis del proceso arbitral a fin de constatar que se trata de los mismos hechos y pretensiones de que trata el presente asunto, lo cual en principio impediría al Despacho realizar el examen correspondiente análisis a fin de determinar tal similitud.

No obstante, tal y como señala el recurrente, es de advertir, de la referenciada Acta, constancia del Auto N° 15, en virtud del cual fueron señalados el valor de los honorarios de los árbitros, y que para adoptar tal decisión fue realizado un barrido tanto de la demanda, como su contestación, a partir del cual se puede determinar cuál era el objeto de la Litis, y por ende de la conciliación fallida ante dicho tribunal.

Al respecto se logra advertir las siguientes consideraciones señaladas por el ente arbitral: *"Las partes acordaron en la cláusula décimo tercera del contrato que denominaron "opción de compra" celebrado entre ellos el 16 de julio de 2012 y sobre el que veras el proceso arbitral, que la solución de las diferencias que pudieren surgir en desarrollo o con posterioridad a su terminación, serian resuelta por un tribunal de arbitramento…".*

Más adelante, continua el Tribunal indicando que "*En el subjudice, ambos demandantes, basan sus pretensiones en derechos y obligaciones derivados de un contrato de opción de compra celebrado entre ellos y que versa sobre unos inmuebles localizados en jurisdicción del municipio de Cartagena hoy Distrito, región Caserío de Pontezuela…*"

También refiere que "*De la lectura de las demandas principal y de reconvención surge y sin que ello comporte pronunciamiento alguno sobre la materia lo que corresponderá a otras instancias del trámite que el objeto central lo constituye la vigencia y cumplimiento del contrato y de los acuerdos y obligaciones adquiridas por las partes involucradas en este trámite puesto que mientras que la parte demandante principal solicita pronunciamiento positivo los demandante en reconvención se oponen y piden al tribunal que declare su vencimiento y su incumplimiento, con la consecuente causación de la cláusula pactada, condenando al demandante principal a su reconocimiento y pago*"

Emerge de lo anterior, que el punto álgido de la discusión planteado ante el citado Tribunal gira en torno al cumplimiento o no del contrato de opción de compra suscrito por las partes, a partir de lo cual se arriba a la conclusión, que guarda relación, con la primera de las pretensiones encausada en la demanda de este proceso, no siendo de la misma suerte las subsiguientes pretensiones aquí elevadas, que si bien son consecuentes de la primera, estas no cuentan con ningún soporte que acredite, que también fueron formuladas ante el Centro de Arbitraje, razón, que pone en entre dicho, el cumplimiento del requisito de procedibilidad que se echa de menos en este asunto.

En ese orden, al margen, si tal intento de conciliación seria válido como requisito de conciliación para iniciar la contienda judicial, es del caso la observancia igualmente del juramento estimatorio que también fue echado de menos en el auto de inadmisión, y que no fue subsanado en debida forma.

A este respecto, nótese, que las pretensiones de la demanda, en su mayoría son de índole declarativas, sin embargo, en el auto de inadmisión se detuvo el Despacho en el análisis de la quinta pretensión, cuyo tenor es el siguiente:

QUINTA: Que ante la misma circunstancia a que se refiere la pretensión **CUARTA** anterior, se condene también a **CAPELLA** a que repongan para **MARTÍNEZ** el mismo número de preventas **- 155 -** de unidades inmobiliarias individuales que se tenían contratadas en las mismas condiciones de precio y forma de pago; precio que tendrá que ser incrementado con el **IPC** de **cada año desde el 12 de julio de 2019** hasta conseguir **las 155** preventas, en desarrollo de Contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión que había celebrado su filial **CARTAGENA GOLF S.A.S.**, con **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, por razón de los hechos que dan cuenta la presente demanda, y de conformidad con la relación de fecha 26 de diciembre de 2019 expedida por ésta última que se acompaña como prueba.

Esto por cuanto a juicio del Despacho, lo pretendido a través de est,a era el reconocimiento de una obligación patrimonial liquida. Por lo que se requirió al demandante, para que subsanara tal defecto, efectuando la declaración juramentada de lo solicitado, conforme a lo dispuesto en el art. 206 del CGP.

En el memorial en virtud del cual procede el demandante a subsanar la demanda, explica el demandante, entre otros, que luego de la terminación de común acuerdo del contrato de administración e inversión, Alianza Fiduciaria S.A. devolvió a cada uno de los Encargantes las suma recibidas a buena cuenta de preventa, junto con los respectivos rendimientos financieros a que hacía referencia los contratos fiduciarios. Y que en relación dada por la fiduciaria de fecha 28 de noviembre de 2019, en la columna 8 aparece que las viviendas pre vendidas ascendieron a la cantidad de $41.010.838.235 y al final de la N°8, que corresponde a la cuota inicial dada por cada uno de los Encargantes, ascendieron a la suma de $42.105.361.771.14, cantidad que itera ya fue devuelta.

Y a continuación, indica que *"la cuantía de la pretensión QUINTA de la demanda se estima bajo juramento en la suma de $2.105.361.771,14, que era la cantidad que en aquella época se había recibido de cada uno de los ENCARGANTES*".

Y aclara que en la demanda no se solicita que los demandados sean condenados a devolver suma alguna, sino a que se les condene a asumir los costos que la parte demandada tendrá que incurrir en la consecución de una nueva licencia de urbanismo, un nuevo contrato de encargo fiduciario de administración e inversión con la fiducia que estime conveniente y por las demás diligencias que se requieran adelantar hasta obtener el mismo número de preventas de unidades inmobiliarias que ya se tenían contratadas. Y en el recurso interpuesto contra el auto de rechazo, agrega que lo solicitado se trata de una compensación, para que las cosas vuelvan a su estado anterior, es decir, que se llegue al mismo número de preventas que ya se tenían contratadas, para cuyo efecto la parte demandada tendrá que asumir los costos que todo ello le llegare a implicar.

En los términos en que viene planteada la citada pretensión, considera el Despacho que sí se trata de una pretensión de estirpe patrimonial, lo cual arroja al Juzgado la carga de emitir pronunciamiento en torno a la misma en la condigna sentencia que concluya el asunto, en cuyo caso debe acatarse lo dispuesto en el art. 206 del CGP, al erigirse tal estimación, en un medio de prueba.

Y siendo así, no entiende este Despacho, lo afirmado por el demandante, en relación a que no busca que los demandados sean condenados a devolver suma alguna, cuando incluso indica en la misma pretensión que las preventas que deben ser repuestas, deben tener en cuenta el IPC de cada año a partir del 12 de Julio del 2019, por lo que lo dicho en la demanda y lo afirmado posteriormente por el precursor del recurso, resulta no ser claro, y además es contradictorio.

En todo caso, la estimación que al caso, refiere el demandante, no satisface los requisitos a que se contrae la norma en cita, pues esta requiere que se haga "discriminando cada uno de sus conceptos", lo cual ciertamente fue omitido en la breve estimación referida por el demandante.

En consecuencia, y sumado a la irregularidad en cuanto al requisito de procedibilidad arriba explicado, este Despacho no encuentra razones para entrar a revocar el proveído objeto de censura, al cual se mantendrá en firme.

Y respecto al recurso de apelación interpuesto en subsidio, se concederá por ser procedente de conformidad con lo dispuesto en el art. 321 numeral 1 del CGP. El efecto en que se concede es el devolutivo, y como quiera que la apelación debe surtirse de manera virtual conforme a lo establecido en el Decreto 806 del 2020, se dispone que por secretaria se efectúe el correspondiente reparto ante el superior a través de la plataforma de Tyba

En razón de lo anterior y en mérito a lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER, el auto de fecha 5 de Agosto del 2021, conforme a las anteriores motivaciones.

SEGUNDO: Concédase el recurso de apelación interpuesto en subsidio. El efecto en que se conceden es el devolutivo, y como quiera que la apelación debe surtirse de manera virtual conforme a lo establecido en el Decreto 806

del 2020, se dispone que por secretaria se efectúe el correspondiente reparto ante el superior a través de la plataforma de Tyba,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

[1]

NOHORA GARCÍA PACHECO
JUEZ

[1] El presente proveído y su respectivo oficio contienen firmas escaneadas, en los términos y para efectos previstos en el artículo 11 del Decreto 491 del 20 de marzo de 2020. Su alteración, y manipulación o uso indebido acarreará sanciones penales y disciplinarias correspondientes.