

08/08/2022



SEÑORES:
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO -
SUCRE
E. S. D

PROCESO	EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE	CONSTRUCCIONES Y MOVIMIENTOS DE SUCRE S.A.S.
DEMANDADO	CONSORCIO VIAL ARGELIA REPRESENTADA LEGALMENTE POR JOSÉ ALBERTO ESCAFF NADER Y CONTRA SUS INTEGRANTES.
RADICADO	70001310300320210009600

De la manera más atenta, comedida y respetuosa, me dirijo a usted, para impetrar el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, de manera oportuna, en contra de la providencia proferida por ese despacho, de fecha **02 de agosto de la presente anualidad y notificada por estado el día 3 de agosto**, específicamente, en relación con el **numeral 1**, que ordenó *levantar la medida cautelar de embargo y secuestro, decretada mediante auto de fecha 14 de marzo del 2022. Y. por tanto dejarla en firme.* Son razones de mi disenso las siguientes,

CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS

PRIMERO: Es cierto que, en el proceso de la referencia, su despacho, atendió de manera positiva la solicitud de la medida cautelar de una **TUBERÍA DE PVC** de pared estructural de diámetro: 813 MM (30´´), correspondiente a 142 unidades o tubos de 6 metros de longitud, (Literal B, numeral 3 del anexo número 1, inventario de suministros rechazados por el contratante pertenecientes al **CONSORCIO VIAL ARGELIA**), esta tubería antes de recibirla el **FOMVAS**, fue enviada a las instalaciones o bodegas de la Alcaldía de Sincelejo – Sucre, ubicada en el barrio pasa corriendo, detrás de la sanidad de la policía Nacional y cuya nomenclatura es carrera 16 A N°26-51 en Sincelejo – Sucre.

SEGUNDO: Practicada la diligencia de embargo y secuestro, el abogado **ALBERTO ELIAS ARCE ROMERO**, el representante judicial de

FOMVAS, el 16 de Mayo del 2022, solicita el levantamiento de la medida cautelar ordenada el día 14 de Marzo del 2022.



TERCERO: Es de destacar, que el día 09 de Marzo del 2022, el Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de la ciudad de Sincelejo (**FOMVAS**), profiere la resolución número **100-02-057 del 2022**, “Por medio de la cual, se liquida unilateralmente el contrato de obra pública número **L-FOMVAS-001-2019**, cuyo objeto es **“CONSTRUCCIÓN DE VÍAS Y ANDENES DEL CORREDOR VIAL ARGELIA, PERTENECIENTE AL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS DE LA CIUDAD DE SINCELEJO”**, celebrado entre el **FOMVAS** y el **CONSORCIO VIAL ARGELIA**”. Así mismo, el día 19 de Abril del 2022, se dicta la resolución número **100-02-096 del 2022**, “Por medio de la cual, se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número **100-02-057 del 09 de Marzo de 2022**, proferida por **FOMVAS**.”

CUARTO: Resulta, relevante, que ambas resoluciones el abogado solicitante del levantamiento de la medida cautelar, conocía o ha debido conocer, la existencia de estas dos pruebas sobrevinientes en la medida, que su solicitud fue calendada el día 16 de Mayo del 2022, fecha para la cual, en el **FOMVAS** ya había sido liquidado el contrato y, resuelto el recurso de reposición que pretendió reponer la liquidación del contrato.

QUINTO: ¿Qué importancia tiene estas dos pruebas sobrevinientes, a la fecha de la práctica de la diligencia de Embargo y Secuestro que fue ejecutada el día 22 de Marzo de 2022? Dos hechos fundamentales, **la nula finalidad de FOMVAS sobre los tubos pertenecientes al Consorcio Vial Argelia, demandado dentro de este proceso ejecutivo. Y, dos, que de esa propiedad ya tenía conocimiento el togado.**

SEXTO: En efecto, la resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución número **100-02-057 del 09 de Marzo del 2022**, proferida por **FOMVAS**, hace un relato sobre el particular, para intentar garantizar al contratista la indemnidad de la tubería, propiedad del contratista.

Así lo señala la resolución que resuelve el recurso de reposición:

- “ *De igual manera y en cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de obra número **L-FOMVAS-001-2019**, específicamente en la cláusula 4- Obligaciones del **CONTRATISTA** referente al inciso 7*

garantizar la infraestructura necesaria para la correcta ejecución del objeto del convenio de acuerdo a los documentos que soportan los estudios previos, lo cual, a su vez, nos remite al documento anexo: *Especificaciones técnicas – Componente de alcantarillado sanitario, donde se manifiesta abiertamente en sus generalidades (Pág. 7), “que todos los materiales que el **CONTRATISTA** suministre para la construcción de las obras serán de primera calidad y en un todo de acuerdo con estas especificaciones, para lo cual, deberá presentar a su costo los respectivos ensayos en un laboratorio acreditado para tal fin”.* “Así como también, en el componente de suministros – accesorios, serán adquiridos en fábrica de reconocida experiencia y tradición en su fabricación y que demuestre que los tubos cumplen con las especificaciones sobre dimensiones, resistencia, impermeabilidad, absorción y demás requerimientos técnicos exigidos para el efecto”.

“La Entidad considera que adquirió a través del contratista unos suministros que debían contar hasta el último momento con las condiciones técnicas y de calidad de cuando se adquirieron, evidenciando una falta al deber de cuidado de los recursos públicos por parte del contratista de obra, con la exposición de estos materiales a la intemperie”.

“En el informe de la empresa **DURMAN**, se deja sentado que la tubería alcantarillado gran diámetro **RIB STEEL 30” y TDP de 30”** “No cumplió con las pruebas de resistencia al impacto, tal como se registra a continuación”.

(...);

(...)

“Teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos la entidad considera que, frente a los principios de calidad y estabilidad de la obra, estos suministros no podían ser recibidos, por lo que debían ser devueltos al contratista y este deberá reintegrar los recursos pagados por esta tubería al **FOMVAS**. La entidad dando cumplimientos a las obligaciones contraídas por su parte, mediante la suscripción del contrato estatal de obra número **L-FOMVAS-001-2019 Ratifica su postura de no aceptación de las tuberías RIB STEEL 30”Y TUBERÍA TDP – 30”, POR NO CUMPLIR CON LOS ENSAYOS DE RESISTENCIA AL**

IMPACTO”. *(las negrillas me pertenecen)*, lo cual, significa, en grados de la más estricta razonabilidad, que las tuberías nunca pertenecieron al **FOMVAS**, sino al **CONTRATISTA**, el **CONSORCIO VIAL ARGELIA**, y ratificado por la resolución que liquida unilateralmente el contrato y corroborado, una vez más, por la Resolución por la cual, ordena no reponer el recurso de reposición impetrado por el **CONTRATISTA**.

Es de resaltar las nociones elementales de propiedad y tenencia en los bienes muebles. **FOMVAS**, jamás tuvo la propiedad de la tubería en mención; fue un tenedor de buena fe. Tenencia, es una figura del derecho civil, según la cual, una persona puede disponer o usar de un bien no como dueño, sino reconociendo la propiedad ajena. La propiedad de esa tubería desde el momento en que el contratista la adquirió corresponde a él y nada más que a él. La resolución que liquida el contrato, es prueba fehaciente que nunca **FOMVAS**, fue su propietario. Y el embargo y secuestro del bien, estaba dirigido contra el verdadero propietario de esa tubería que corresponde al **CONSORCIO VIAL ARGELIA**.

SÉPTIMO: Al momento de hacer el acta de liquidación final de obra, la tubería, que no había entrado al dominio del **FOMVAS**, la tubería ni se recibe, ni se paga. Por lo tanto, el contratista, finalmente, se le paga y suministra a **FOMVAS**, la tubería que ya está instalada, la que no instaló y tenía en bodega en el balance de recibo final de obra, no fue recibida por sus condiciones técnicas y físicas, según el concepto del fabricante (**DURMAN**).

PRUEBA SOBREVINIENTE

Según la autora **ANA MARÍA GARCÍA JAIME**, las pruebas son la piedra angular de toda decisión judicial, puesto que, el juez debe proferir su decisión con base en ellas (Código General del Proceso, 2012, artículo 164). El aporte de las pruebas es esencial para la comprobación de un hecho que sustenta una pretensión o una excepción, por lo que, el Código establece las oportunidades probatorias en las que la parte puede “aportar el material que tenga en su poder” o “realizar la petición al operador jurídico para que realice alguna actividad encaminada a obtener los elementos de prueba que no posee (Rojas, 2015, Pruebas Civiles – Tomo III, P.81). El demandante puede hacerlo inicialmente en la demanda (Código General del Proceso, 2012, Art. 82.6) y en el traslado

de las excepciones, (Código General del Proceso, 2012, Art. 370 – 443 – 1), el demandado podrá hacerlo en la contestación de la demanda (Código General del Proceso, 2012, Art. 96.4), y en el escrito de las excepciones (Código General del Proceso, 2012, Art. 442-1). Sin embargo, de manera excepcional, se puede descubrir material probatorio con posterioridad a los escenarios previstos por la ley, por lo que tal situación se encontraría justificada en la medida en que, si las partes hubieran tenido conocimiento de su existencia, lo hubieran aportado, este es el caso de las **PRUEBAS SOBREVINIENTES**. Ahora bien, e juez antes de realizar el juicio de admisibilidad de dichas pruebas deberá asegurarse que no sean “**PRUEBAS ILÍCITAS**”, notoriamente impertinentes, inconducentes y manifiestamente superfluas o inútiles” (Código General del Proceso, 2012, Art. 168).

Conforme NISIMBLAT N. (2012. Derecho probatorio. P.202). *Por consiguiente, el juez debe examinar si esta prueba sobrevenida cumple con los requisitos de: a.) conducencia, es decir que sea apta, idónea y permitida por la ley para demostrar determinado hecho; b.) pertinencia, quiere decir que entre la prueba y el hecho a demostrar haya lógica, por lo que depende de cada caso en particular; y c.) utilidad, que la prueba preste un servicio al proceso, por lo que, “serán inútiles las pruebas que tiendan a demostrar hechos notorios, hechos debatidos en otro proceso o hechos legalmente presumidos”.*

Así mismo, *De igual manera, independientemente de que estas pruebas se incorporen al proceso con posterioridad deben regirse por los principios probatorios de veracidad, originalidad e inmaculación. Si el juez considera que la prueba cumple con los requisitos, proferirá un auto donde ordenará la práctica o permitirá su aporte al proceso. (LÓPEZ F. 2017. Código General del Proceso – Pruebas, p.35).*

Para que pueda ser valorado el medio de prueba, en el caso sub-júdice se trata de dos pruebas documentales:

1. **La resolución 100-02-057 del 09 de Marzo del 2022**, “Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra pública N°L-FOMVAS -001-2019, cuyo objeto es “Construcción de vías y andenes del corredor vial ARGELIA, perteneciente al sistema estratégico de transporte público de pasajeros de la ciudad de Sincelejo”, celebrado entre el FOMVAS y el **CONSORCIO VIAL ARGELIA**, y,

2. **La resolución 100-02-096 del 19 de Abril del 2022, “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 100-02-057 del 09 de Marzo del 2022, proferida por el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS”.**



TRASLADO DE LAS PRUEBAS SOBREVINIENTES

Le ruego a su señoría, le dé traslado a quien presuntamente funge como tercero interviniente en el proceso, con el propósito de cumplir con el principio de contradicción probatoria, conforme a lo dicho por la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 18 de Julio de 1985), “Entre los principios que han de observarse en la producción y aportación de la prueba al proceso, se halla el de la contradicción, según el cual, la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, la prueba debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes”.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda. En efecto **FOMVAS**, nunca ha sido un propietario de la tubería embargada y secuestrada. Fue un mero tenedor, sin ánimo de señor y dueño. Quien poseyó con ánimo de señor y dueño con la finalidad de un servicio público fue el **CONTRATISTA**, quien actuó con temeraria y proclive actitud fraudulenta fue, también, el **CONTRATISTA**. No solo incumplió a **FOMVAS**, también incumplió a mi apadrinado judicial, a quien le adeuda más de **QUINIENTOS MILLONES DE PESOS**.

El proceso ejecutivo, no está dirigido contra **FOMVAS**, sino contra un deshonesto **CONTRATISTA**. **FOMVAS** en fin, no tiene legitimidad en la causa de este debate judicial. Por una parte, porque no solo, el caso sub-júdice no está dirigido contra esa entidad estatal y ésta no es la demandada, no es la dueña de la tubería y, si, estaba obligada a devolverla ésta no se produce, por la

fuerza mayor, de una orden judicial, que ha sido creada por el incumplimiento del contratista con uno de los tantos proveedores a quien éste estafó. No veo la razón suficiente para que el representante judicial de **FOMVAS**, pueda tener interés en defender los intereses del fraudulento acreedor.



COROLARIO

Ruego a su señoría se sirva, reponer la providencia calendada el día 02 de Agosto de 2022, y en su defecto, se ordene seguir adelante la ejecución, ante el remoto evento que no acceda a mi petición, en subsidio, impetro el recurso de apelación ante el superior, conforme el numeral 2 del Artículo 322 del Código General del Proceso. Conforme a las consideraciones expuestas.

ANEXOS

- 1. RESOLUCIÓN 100-02-057 DEL 2022**
- 2. RESOLUCIÓN 100-02-096 DEL 2022**

Con suma cortesía.

HÉCTOR TERCERO MERLANO GARRIDO
C.C. N°9075807 EXP. EN CARTAGENA.
T.P. N°16127 DEL C. S. DE LA J.