

**HONORABLE MAGISTRADA Y MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL NEIVA
SALA CIVIL- LABORAL- FAMILIA**

**REF: PROCESO VERBAL (ENRIQUECIMIENTO INJUSTO) de MERY YANIRA
CORREA MARTINEZ y CARLOS ADOLFO ROMAN CONTRA ROSA MARIA Y
ENRIQUE POLANIA ANDRADE. RAD: 2017-27601**

De conformidad al art. 14 del decreto 806 de 2020, procedo a sustentar en esta instancia el recurso de alzada, siguiendo la misma línea directriz sustentadora de la impugnación contra el fallo del 26 de abril de 2019, y donde solicite a esta Corporación Colegiada la revocación de aquella decisión para que en su defecto proceda: **1)** declarar que por parte de los codemandados **POLANIA ANDRADE**, no existió un enriquecimiento sin causa a expensas de los coaccionantes **MERY YANIRA** y **CARLOS ADOLFO**, no siendo procedente por ello ordenar pagar la suma de \$21.975.000 (capital, intereses) a los coaccionados, al faltar un elemento constitutivo de la acción de enriquecimiento, cuál es que los codemandantes son titulares de mecanismos judiciales para recuperar el precio de la negociación, que han debido ejercer antes de iniciar este pleito. **2)** Los coaccionantes al dejar extinguir la acción de estafa al no presentar oportunamente la querrela y la demanda ejecutiva, por esta dejadez y negligencia han perdido, cualquier otra vía de derecho para accionar como lo advierte la CSJ-SC en sentencia del 19 de diciembre del 2002. **3)** No se puede reclamar simultáneamente pago del precio con intereses, generándose por ello una indebida acumulación de pretensiones. **4)** La sentencia impugnada no es congruente, habida cuenta, en las pretensiones 3,4 y 5, no se solicitó el pago de intereses y en ninguno de los 17 hechos, los demandantes alegaron e pago de aquellos réditos, que se sentenciaron por valor de \$6.975.000. **5)** Se debe desestimar la súplica condenatoria de la existencia de solidaridad entre los contendientes, para el pago de los \$21.975.000, al no estar aquella convenida por las partes o fijadas por la ley. **6)** No hay lugar al pago de ingresos legales, el objeto de enriquecimiento es reparar un daño más no indemnizar, según sentencia del 19 de noviembre de 1936. **7)** Se debe declarar probadas las excepciones perentorias señaladas en la contestación y llamadas **“LOS CODEMANDANTES SON TITULARES DE OTRAS ACCIONES JUDICIALES PARA RECUPERAR EL PRECIO DE LA NEGOCIACION, LAS CUALES HAN DEBIDO EJERCER ANTES DE INICIAR ESTE PLEITO”, “LOS CODEMANDANTES AL DEJAR PRESCRIBIR LA ACCION PENAL POR ESTAFA PERDIERON LA OPORTUNIDAD PARA INICIAR EL PROCESO DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA”, “FALTA DE LEGIMITACION POR PARTE DE ENRIQUE POLANIA” “INDEBIDA ACUMULACION EN FORMA CONCURRENTES DE LAS PRETENSIONES DE PRECIO CON LAS DE PERJUICIOS, LAS QUE SE REPUDIAN Y SON EXCLUYENTES”**.

REPARO PRIMERO

La CSJ-SC en sentencia de noviembre 1 de 1918 dijo “.... **Que el demandante a fin de recuperar el bien carezca de cualquier otra acción originada, por un contrato, un cuasi contrato, un delito, un cuasi delito o de las que brotan de los derechos absolutos. Por tanto carece igualmente de acción in rem verso el demandante que por su hecho culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho...**”.

La CSJ-SC en sentencia de noviembre de 1936 expresó “**No existe otra acción legal específica, prevista por la Ley para reparar la situación del empobrecimiento**”.

La CSJ-SC en fallo de julio 30 de 1992 anota en uno de sus apartes “... **la acción in rem verso aparece como una alternativa residual, esto en defecto de otra acción lo que significa que si el acreedor tiene la potestad de encausar su reclamo por vía diferente vr. gr. la ejecutiva o pedir la resolución o el cumplimiento de la obligación, no puede abrirle puertas al mecanismo resarcitorio que nos ocupa hasta tanto se culmine aquel tramite o sea subsidiaria como resulta, debe inevitablemente ensayarse el cobro (frente a la ejecutiva) ya de la acción que comporta el reclamo del derecho incorporado...**”.

La CSJ-SC en sentencia de diciembre 10 de 1999 estableció “... **La acción in rem verso no pretende otra cosa que conjurar un hundimiento del orden jurídico que hubiera podido asegurarse bajo la égida de otra acción...**”.

La CSJ-SC en sentencia de enero 11 de 2000 manifiesta “...**En otros términos la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa .Subsecuentemente en el punto no es de recibo coexistencia de acciones. Un carácter esencialmente subsidiario**”.

La CSJ-SC en fallo de mayo 21 de 2002 acotó “... **y que dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener la satisfacción por la lesión injusta que ha sido ocasionada**”.

La CSJ-SC en sentencia de julio 18 de 2005 determinó “... **Que el demandante para recuperar su bien carezca de cualquier otra acción originada por las fuentes legales**”.

La CSJ-SC en sentencia de octubre 7 de 2009 acordó “**La Corte en relación con este tema ha dicho de tiempo atrás que para que sea legitimada en la causa la acción in rem verso se requiere que el demandante a fin de recuperar el**

bien carezca de cualquier otra acción originada por un contrato un cuasicontrato, un delito un cuasidelito o las que broten de los derechos absolutos “ (...) es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener la satisfacción puesto que la acción in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario” (G.J. Tomo XLI,pag. 474, XLV pág. 29 y Sent. 053 febrero22/91.En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia 124 del 10 de diciembre de 1999.Sent. Cas. Agosto 28 2001”.

La CSJ-SC en sentencia de diciembre 19 de 2012 anota“ **En materia de enriquecimiento sin causa tanto en materia civil como mercantil ,que un individuo obtenga una ventaja patrimonial, que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, esto es, que entre el enriquecimiento y la mengua haya correlación y correspondencia .Es decir que se observe un nexo de causalidad ,que no se deba u origine en el otro, el desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que la justifique, lo que es igual que la relación patrimonial no encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada, que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio...”.**

La ley 169 de 1896 art. 4, hoy vigente, reza que tres decisiones uniformes del Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable y puede ser aplicable por los jueces en casos semejantes.

El reglado 7 del CGP anota, los falladores en sus decisiones deberán tener en cuenta jurisprudencia y doctrina probable y en caso de apartarse de esta, estarán obligados a exponer en forma clara y expresa los argumentos jurídicos que justifiquen su decisión.

Se lee en el art. 42 ordinales 6 y 7 ibídem, es deber del juez en la sustentación de las providencias tener en cuenta lo previsto en el reglado 7 ejusdem sobre la doctrina probable.

En el escrito de complementación de alegaciones, en el reparo **PRIMERO** se advierte que el sentenciador de instancia en su fallo no consideró la doctrina probable, siendo su deber hacerlo” **Al declarar el enriquecimiento ilícito por parte de los codemandados por la suma de \$ 21.975.000 con el consiguiente empobrecimiento de los codemandantes, ignoró la abundante jurisprudencia civil de la CSJ-SC que en uno de sus apartes precisa que aquella acción solo es admisible, siempre que el afectado no goce de otros medios judiciales para la satisfacción de su pretensión de enriquecimiento, siendo cierto que la**

coaccionante MERY YANIRA es titular de varias acciones las cuales no ha ejercido”.

La doctrina probable puesta de presente en la abundante jurisprudencia patria citada, está recapitulada en los fallos del 7 de octubre de 2009 del **Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y 4 de diciembre de 2018 del **Dr. LUIS ALFONSO RICO PUERTAS** aplicadas al resolver estos conflictos jurídicos, sobre un mismo punto de derecho.

La doctrina probable referida, aplicable en asuntos civiles o mercantiles, contempla las exigencias requeridas para la admisibilidad de la acción in rem verso como son enriquecimiento, empobrecimiento, nexo de causalidad, ausencia de una causa legal o acuerdo de voluntades que justifiquen el desmejoramiento patrimonial y que no haya lugar a la coexistencia de acciones o que no cuente el afectado con otro medio judicial para la satisfacción del desequilibrio económico.

Cuando el reclamante no tenga ningún otro medio judicial para obtener la satisfacción de la pretensión de enriquecimiento, originada en un contrato o a causa de un delito o en razón a un derecho objetivo, en este caso si puede proceder a iniciar el litigio o a demandar el enriquecimiento injusto.

También se ha pregonado de manera pacífica, por el Tribunal de Casación, que los requisitos mencionados atrás, se tienen como concurrentes o acumulativos y la ausencia de uno de ellos hace inadmisibile la acción de enriquecimiento torticero.

Cuando los coaccionantes demandan a los hermanos **POLANIA ANDRADE**, no estaban legitimados en la causa activa para dirigir su reclamo al contar con la facultad para acudir a las vías judiciales entre estas, la ejecutiva, la resolutive, pago de lo debido, cancelación de perjuicios por no hacerse la tradición; se advierte no estar probado por los actores la culminación de alguno de los trámites judiciales de aquellas acciones, a pesar de corresponderles la carga de la prueba.

Si el juzgador singular hubiese acogido en su sentencia la copiosa doctrina probable con respecto a la inadmisibilidad de la acción de enriquecimiento injusto por coexistir acciones judiciales, otro hubiese sido el sentido del fallo impugnado, como sería haber declarado inaceptable aquella acción, a su vez reclamada por unos litigantes no legitimados para accionar.

La sentencia ignora la doctrina probable, violando por falta de aplicación, las leyes 169 de 1896 art. 4 y 1564 de 2012 arts. 7 y 42 ordinales 6 y 7, y a su vez dio lugar a la aplicación indebida del art. 8 de la ley 153 de 1887, en la cual se funda la acción de enriquecimiento injusto, encausada con fundamento en un principio o regla general del derecho.

El sentenciador de instancia acoge en su providencia la acción de enriquecimiento injusto, teniendo en consideración el fallo del 7 de julio de 2002 de la CSJ-SC, por considerar que los presupuestos de aquella se cumplían; anota que el problema jurídico era saber si los actores tenían otras acciones antes de iniciar este pleito, no obstante desconoció que aquellos si gozaban de otras vías judiciales, no ejercidas ante la ley a pesar de su vigencia, especialmente el proceso ejecutivo.

A la jurisprudencia del Tribunal de Casación, especialmente el fallo del 7 de julio de 2012 que tiene fuerza normativa por ser doctrina probable, aplicada por el juzgador en su fallo, se interpretó en forma equivocada, al declarar que existió el enriquecimiento por parte de los accionados a expensas de los codemandantes, olvidando que estos son titulares, entre otras, de las acciones de resolución de compraventa (Art. 1546 del C.C.) y la ejecutiva (Arts. 422 y s.s. CGP) ; error que a su vez dio lugar a no considerar el art, 7 y 42 ord.6 y 7 del CGP y a aplicar indebidamente el art. 8 de la ley 153 de 1887, en el cual se funda la acción de enriquecimiento ilícito, encausada con fundamento en un principio general del derecho.

REPARO SEGUNDO

Al declarar el juez en su fallo la existencia del enriquecimiento injusto por parte de los codemandados, con el consiguiente empobrecimiento de los codemandantes, aplicó indebidamente el artículo 8 de la ley 153 de 1887, creador del principio general del derecho y fundamento de la acción en comento, cuyas exigencias para su aceptación, están plasmadas en copiosa jurisprudencia patria inadvertida por el operador judicial; este error de aplicación indebida generó a su vez inaplicación de las leyes 169 de 1896 artículo 4 y 1564 de 2012 arts. 7 y 42 ordinales 6 y 7. Si el juez de instancia en su providencia impugnada, hubiese tenido en cuenta, que la señora **MERY YANIRA** contaba con otras acciones judiciales, no tramitadas ante la justicia ordinaria, la decisión hubiese sido absolutoria, al declararse improcedente el enriquecimiento torticero. La presencia de acciones coexistentes, como la resolutive y la ejecutiva dan lugar al rechazo de la acción mencionada; se insiste a más de esto la parte actora no estaba legitimada en la causa activa para demandar, por ser titular de otras vías procesales. A pesar de tener la parte demandante a su cargo la carga de la prueba, no probó haber tramitado o ensayado los procesos de resolución y ejecución. La ley 169 de 1996 y la 1564 del 2012, reflejan la doctrina probable, obligatoria para los juzgadores y vertida en profusa jurisprudencia, enmarcada dentro de una línea jurisprudencial con respecto al enriquecimiento que data desde 1918 hasta la fecha y que recapitula el Tribunal de Casación en fallos del 7 de octubre del 2009 y 4 de diciembre del 2018.

REPARTO TERCERO

La acción in rem verso tanto civil como comercial, es de recibo siempre que el afectado no tenga otro medio judicial para la satisfacción de su pretensión originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito y un cuasidelito.

Se dice, entre otras sentencias por parte de la CJS-SC del 10 de diciembre de 1999 y 28 de agosto de 2011 “...**es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario**”.

Antes de accionar la parte demandante ha debido iniciar el proceso declarativo de resolución de compraventa con indemnización de perjuicios, al no cumplir **ROSA MARIA** con la obligación legal de hacer la tradición del inmueble vendido (Art. 1546 del C.C) en razón a la doble venta; o el proceso ejecutivo (Art. 422 y s.s. del CGP) cuyo título de ejecución emana de una confesión ficta o presunta, consignada en un auto interlocutorio, proferido en audiencia pública, amparado con la presunción de legalidad y acierto inherente a toda decisión judicial, a desvirtuarse esta ensayando el proceso y no acudiendo a una mera interpretación del juzgador de instancia, cuando por la cuantía de la pretensión no tenía competencia funcional para hacerlo; pretensiones judiciales aquellas de naturaleza civil, no prescritas ni satisfechas ante la jurisdicción ordinaria, mediante la tramitación los procesos respectivos.

Con el interrogatorio de parte anticipado, contentivo de un título ejecutivo, donde se declaró confesa a la demandada **ROSA MARIA** y a su hermano **ENRIQUE**, al no asistir a la audiencia señalada por el juzgado segundo civil municipal el 12 de abril de 2016, los codemandantes han debido, antes de gestar este litigio, iniciar el proceso ejecutivo de mínima cuantía para el pago de la obligación dineraria reclamada por la suma de \$15.000.000, como lo permite el art. 422 del CGP. Dice la CSJ-SC en sentencia del 30 de julio 1992, con respecto a la acción ejecutiva como medio judicial, aplicable por su semejanza con este asunto, “**la acción in rem verso aparece como una alternativa residual, esto es en defecto de otra acción, lo que significa que, si el acreedor tiene la potestad de causar su reclamo por vía diferente, vr. gr. La ejecutiva o pedir la resolución o el cumplimiento de la obligación, no puede abrirle puertas el mecanismo resarcitorio que comporta la acción que nos ocupa, hasta tanto se culmine aquel tramite, o sea, subsidiaria como resulta, debe inevitablemente ensayarse el cobro (frente a la ejecutiva) ya de la acción que comporta el reclamo del derecho incorporado.**

Se plasma en el hecho 11 “...y las pretensiones de devolución del precio, perjuicios daños e intereses moratorios” y en el hecho 16 “... para devolver el precio actualizado y la perdida adquisitiva del precio con los intereses y el pago de los daños y perjuicios...”, expresiones estas propias de una confesión

de la apoderada (Art. 193 del CGP), ignorada en la sentencia, alusiva tácitamente a la titularidad de la acción resolutoria con pago de perjuicios por parte de sus poderdantes, quienes no probaron que ensayaron o intentaron judicialmente la acción resolutoria y la ejecutiva ante la autoridad competente.

Las suplicas de la parte demandante están llamadas a ser revocadas, al no configurarse una de las exigencias que impone la doctrina probable para la prosperidad del enriquecimiento injusto, cuál es que el afectado no tenga otro medio judicial para la satisfacción de la pretensión resarcitoria y según lo visto los reclamantes si cuenta con acciones vigentes y diversas para reparar el desequilibrio económico.

REPARO CUARTO

La sentencia desconoce y no le da valor probatorio al documento público, emitido por la Fiscalía y presumido auténtico, de donde se infiere que **MERY YANIRA** por su negligencia o culpa dejó extinguir la acción punitiva de estafa, al presentar tardíamente la querrela; de haberse examinado aquel documento público y atendido su contenido desde el punto de vista probatorio era improcedente declarar por parte del juzgador de instancia la existencia de la acción de enriquecimiento, error de derecho que hizo inaplicar los arts. 7 y 42 ord. 6 y 7, emanados de la ley 1254 de 2012, norma contentiva de la doctrina probable, reflejada específicamente en fallo del 19 de diciembre de 2012 del Tribunal de Casación, que anota **“Por tanto carece igualmente de la acción in rem verso, el demandante que por su hecho o culpa perdió cualquiera de otras vías de derecho”**; siendo esta una, de las varias jurisprudencias reinantes, por su fuerza normativa son de obligatorio cumplimiento para el operador judicial de primer grado, en razón a su deber procesal de aplicarla como sustentación de su decisión; advirtiendo, ante la ausencia de argumentos claros para apartarse de dicha decisión, el juzgador desconoce nuevamente la doctrina probable consignada en aquella jurisprudencia y otras.

REPARO QUINTO

La providencia recurrida, por un error de derecho, no consideró probatoriamente la confesión de la abogada de la contraparte, señalada en el art.193 del CGP y consignada en el hecho 8 del libelo demandatorio, donde textualmente se lee **“ ... no pudo instaurar una denuncia de estafa porque con el transcurrir del tiempo operó la caducidad del delito de estafa”**; de haberse tenido en cuenta y evaluado dicho medio probatorio la decisión judicial hubiese sido desestimatorio, en el entendido que la doctrina probable mencionada con respecto art. 7 y 42 ordinales 6 y 7 ibídem y proyectada en la sentencia de la Alta Corte de Casación, del 19 de diciembre de 2012 obligaba al juez a su acogimiento; insisto, **MERY YANIRA** al dejar caducar la acción penal por estafa, perdió la oportunidad para iniciar el

proceso de enriquecimiento injusto, por su imprudencia y negligencia, decisión aquella, con fuerza normativa y vinculante para el sentenciador, que ha debido tenerla en cuenta en la fundamentación de su fallo, pero inexplicablemente no lo hizo.

REPARO SEXTO

El fallo viola el ordenamiento jurídico reflejado en las leyes 153 de 1887, 169 del 1896, 1285 del 2009; por aplicación indebida del artículo 4 de la ley 153 de 1887, fundamento de la acción de enriquecimiento ilícito, proyectada en la copiosa jurisprudencia, con fuerza normativa, indicada en el **REPARO PRIMERO** de este escrito; por no aplicación de la ley 169 de 1896, art. 4; por inaplicación de los cánones 7,13,42 ordinales 6 y 7, 88 ordinal 2, 176, 193,205, 244, 245,246,250,281 del CGP; por quebrantación de las normas sustanciales del art. 1546 del C.C. y 925 del C. de Co.al no aplicarlas. La transgresión de este orden jurídico, se proyecta a la carta política en su art. 29 en lo que respecta al debido proceso, derecho de defensa, igualdad y contradicción, derechos fundamentales a protegerse constitucionalmente por la acción de tutela.

REPARO SEPTIMO

La Corte Constitucional en sentencia C.836/01 y el art. 7 del CGP, obligan al juez como su deber procesal considerar la doctrina probable y puede apartarse de ella siempre que aquel exponga clara y razonadamente la razón de su apartamiento.

En sentencia de la CSJ-ST del 09 de noviembre de 2007, en un asunto mercantil considero como de "**necesaria observación**" la doctrina probable por haberse acogido "**implícitamente**" en la jurisprudencia unificada.

El Colegiado Constitucional, en fallo SU 354/17, define el precedente judicial como "**la sentencia o el conjunto de ellas anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas judiciales resueltos debe necesariamente considerarse por las autoridades al momento de proferir el fallo (...) 5.1 esta Corporación ha sido enfática en señalar que el precedente judicial no está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si no que se extiende a las Altas Cortes**".

Como línea jurisprudencial, relacionadas con el enriquecimiento ilícito se tienen, entre estas, las siguientes sentencias de la CSJ-CS : la del 30 de j 19 de noviembre de 1936; 30 de junio de 1932; 22 de febrero de 1991; 1 de noviembre de 1998; 10 de diciembre de 1999; 11 de enero de 2000; 28 de agosto de 2001; 2 de mayo de 2002; 7 de julio de 2002; 7 de octubre de 2009; 19 de diciembre de 2012; 18 de julio de 2015; 4 de diciembre de 2018.

La jurisprudencia citada por errores de interpretación o por no acogerla algunas veces el operador judicial de instancia en el fallo, desconoció el precedente constitucional tenido como una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, al vulnerársele a mi defendida sus derechos fundamentales de defensa, del debido proceso, contradicción igualdad, acceso a la justicia así como principios de seguridad, buena fe, relacionados en la CP en los preceptos, 13, 29,83 y garantizados constitucionalmente.

REPARO OCTAVO

Con el interrogatorio de parte anticipado, donde se declara presuntamente confesa a mi poderdante **ROSA MARIA**, al no asistir a la audiencia señalada por el juzgado segundo civil municipal del 12 de abril de 2016, la parte demandante antes de iniciar este pleito, tenía la opción de ejecutar para el pago de los quince millones (15.000.000.00), como lo permite el Art. 422 del CGP, sin embargo no lo hizo, infiriéndose ante la ausencia de prueba que no se intentó o se tramitó judicialmente aquella acción; se insiste la CSJ-CS en fallo del 30 de julio de 1992 en uno de sus apartes precisa “... **debe inevitablemente ensayarse el cobro (frente a la ejecutiva) ya de la acción que comporta el reclamo incorporado...**”; doctrina probable no acogida por el juzgador en la sentencia a pesar de su deber procesal de hacerlo en la sustentación de esta.

REPARO NOVENO

No consideró el art 88 ord 2 y 281 del CGP las prestaciones reclamadas de enriquecimiento y perjuicios en la demanda se excluyen entre sí, dando lugar a una indebida acumulación de pretensiones; así como también la sentencia es incongruente al no estar en consonancia con los hechos de la demanda, las suplicas **TERCERA, CUARTA, QUINTA**, no mencionan el pago de intereses y en ninguno de los 17 hechos tampoco se indican estos réditos, sin embargo se condenó a los coaccionados a pagarlos en la suma de \$ 6.975.000.

REPARO DECIMO

Aplicó el sentenciador indebidamente el art. 831 del C de Co., a pesar de no existir el enriquecimiento sin causa y de tratarse de un asunto de naturaleza civil; los codemandantes no ensayaron ni la acción resolutoria (art. 1546), ni la ejecutiva (art. 422 CGP) y ante la coexistencia de acciones vigentes, la residualidad propia de la acción in rem verso seguía operando, por tanto era desacertado la declaración judicial de esta.

REPARO DECIMO PRIMERO

ROSA MARIA vendió doblemente el lote # 17, primeramente a **MERY YANIRA** por escritura pública # 3520 del 2009 y después a **MYRIAN POLANIA ANDRADE** por instrumento público # 2009 del 2010, registrado, este último, en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva el 05 de octubre del 2010 dándose el fenómeno de la doble enajenación, consagrado en el art 1873 del C.C; entendiéndose que la actora viene a constituirse en acreedora de la vendedora **ROSA MARIA**, ante la imposibilidad de cumplir esta con la obligación de hacerle la tradición por la doble venta del mismo bien y como lo ha dicho la CSJ-SC en sentencia del 6 de abril del 1954, LXX VII, 358 y factible de aplicar a este asunto por su semejanza “... **El nuevo ultimo comprador viene a quedar constituido no en dueño del inmueble sino en acreedor de su vendedor para efecto de exigirle el cumplimiento de sus prestaciones bilaterales de carácter personal puede por consiguiente acogerse al artículo 1546 del C.C y optar entre, pedir la resolución o el cumplimiento del contrato en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios...**”.

Si **ROSA MARIA**, propietaria y vendedora de un bien propio, lo vende dos veces, resulta obvio que esta no cumpliría, como realmente ocurrió, con la obligación de efectuar la tradición a nombre de **MERY YANIRA** del lote # 17 por tener otro dueño con escritura pública, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, y ante el incumplimiento de aquella puede la accionante exigir la resolución del contrato, con la indemnización de perjuicios, figura jurídica contemplada en el art.1546 del CC.

Al hacerse la venta del lote # 17 manzana 8B a **MERY YANIRA**, por parte de **ROSA MARIA**, surge para esta la obligación de efectuar la tradición del inmueble como lo precisa el art. 1880 del CC. al no lograrse el registro de la correspondiente escritura por ser propietaria otra persona por la doble negociación, por este incumplimiento nace para **MERY YANIRA** el derecho consagrado en el art. 1546 del Código Civil.

Si por culpa de **ROSA MARIA** no se logró la tradición del lote #17, **MERY YANIRA** antes de comenzar este pleito ha debido optar por la resolución de la compraventa, ante el incumplimiento de **ROSA MARIA** en transferir el dominio o iniciar la ejecución.

En nuestro ordenamiento jurídico, el comprador frustrado en la negociación, que no es preferido por no haber sido registrado su título traslativo de dominio, tiene derecho a exigir la resolución del contrato, reclamando la correspondiente indemnización de perjuicios, por incumplimiento del vendedor.

No se puede olvidar que la vendedora **ROSA MARIA** adquirió la obligación legal, como lo indica el art 1880 de hacer la tradición del lote, incumpléndola por vender dos veces el mismo inmueble.

El sentenciador en su fallo argumentó, una vez analizada la escritura 3520 no aparece en esta alguna obligación que permita inferir que **ROSA MARIA** se obligaba a realizar la tradición en cabeza de **MERY YANIRA**, por ello no puede aceptar este

despacho incumplimiento de aquella; quien ha debido registrar el instrumento público, es la señora **MERY YANIRA** y no lo hizo por un descuido de esta.

Para llegar a la conclusión anterior el funcionario judicial examinó equivocadamente el título escriturario # 3520, al considerar que la codemandada **ROSA MARIA** no estaba obligada a realizar la tradición del lote, por no aparecer en la escritura obligación alguna a cargo de aquella que la obligase a hacer la tradición del bien en cabeza de **MERY YANIRA**; por este yerro no aplicó el art.1880 del C.C que precisa como obligación legal del vendedor hacer la tradición del bien, la cual está implícita en el contrato de compraventa, no siendo obligatorio expresarla en el cuerpo del instrumento ;también interpreta incorrectamente la exuberante jurisprudencia patria, al entender que la acción de enriquecimiento no es subsidiaria por considerar que la demandante no es titular de acciones judiciales ; no menciona el artículo 1873 del C.C, que alude a la doble venta del mismo inmueble; viola por aplicación indebida el artículo 8 de la ley 153 de 1887 del cual se proyectan las jurisprudencia soporte de enriquecimiento sin causa.

Está suficientemente probado con documentos, confesión de la procuradora judicial, que para cuando se demanda el enriquecimiento injusto existían otras vías legales para recuperar los \$ 15.000.000, medios probatorios no examinados o valorados, al no considerarse en la sentencia, máxime que dichas evidencias, hacían improcedente el reclamo de la acción de enriquecimiento torticero.

Si el juzgador mediante una interpretación correcta hubiese acogido la copiosa jurisprudencia que viene aplicándose pacíficamente desde 1918 con relación a los presupuestos del enriquecimiento torticero, su decisión habría sido declarar inadmisibile aquella acción.

REPARO DECIMO SEGUNDO

Asevera el operador judicial en su fallo, al no existir obligación por parte de **ROSA MARIA** de efectuar la tradición del inmueble negociado doblemente, mal podían los actores haber iniciado el cobro de los perjuicios, ya que la obligación era de los codemandantes, conclusión equivocada, según el reglado 1880 del C.C. era obligación legal de la vendedora efectuar la tradición del bien y si este compromiso no se logró por la doble venta que hiciera esta ,la codemandante **MERY YANIRA** ha debido demandar a aquella, para el pago de los perjuicios causados por el incumplimiento ,atendiendo lo mandado por el art. 1546 del C.C. y reflejado en la jurisprudencia del 6 de abril de 1954, LXX VII, 358 y aplicable en este asunto por su semejanza.

REPARO DECIMO TERCERO

Se escucha en el audio contentivo del fallo, palabras más o palabras menos del señor juez, si la acción penal esta caducada y la ejecutiva prescrita, con mayor

razón se justifica y se hace más eficaz la acción in rem verso ante la pérdida de aquellos derechos, no obstante esta conclusión ignora la doctrina probable expresada en la sentencia del 19 de diciembre del 2012, y de obligatorio cumplimiento, como lo precisan los arts. 7 y 42 ord. 6 y 7 de CGP **“por tanto carece igualmente de la acción in reverso, el demandante que por su hecho o por culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho”**. .

REPARO DECIMO CUARTO

Se tiene que la confesión ficta o presunta, generada en virtud del diligenciamiento del interrogatorio de parte anticipado tramitado ante el juzgado segundo civil municipal constituye un título ejecutivo, amparado por la presunción de legalidad y acierto; en el memorial del interrogatorio extraproceso de parte presentado por **MERY YANIRA** mediante su apoderada, reclamando que **ROSA MARIA** y **ENRIQUE POLANIA** le devuelvan la suma de \$ 15.000.000 pagados por la compra del lote #17 ,adjuntando para ello sendos cuestionarios tendientes a establecer mediante confesión judicial, se determina la existencia de una obligación clara, expresa y exigible de pagar una cantidad de dinero por parte de los coaccionados, naciendo un título ejecutivo, pero inexplicablemente la demandante **MERY YANIRA** no intentó iniciar la acción ejecutiva de la cual es titular.

El juzgador interpreta equivocadamente el art 422 del CGP al considerar que dicho título ejecutivo es precario, al no tener fecha de exigibilidad, afirmando la necesidad de hacer primeramente el requerimiento previo como lo establecía el estatuto procesa civil derogado; el requerimiento, hoy no es previo, como se desprende de los arts. 94 inciso segundo y 423 ibídem, normativas no aplicadas en el fallo cuestionado a pesar de su pertinencia. El canon 94 anota, la notificación del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor y esa será la fecha a tenerse en cuenta para cumplir lo consignado en el numeral 3 del art. 1608 del estatuto civil.

El juez en el fallo oral pone de presente que la acción ejecutiva se inició con el código de procedimiento civil anterior, por tanto era necesario hacer primero el requerimiento para iniciar el proceso ejecutivo, también dice que las diligencias de confeso se hicieron con vigencia del CPC derogado, lo que significa que era necesario el requerimiento previo para iniciar el ejecutivo. Frente a estas conclusiones equivocadas, que encierran una teoría fundamento de la decisión, no es aceptable teniendo en cuenta que el art. 489 del CPC, abolido, permitía iniciar la ejecución sin el previo requerimiento; el Legislador autorizaba con la presentación de la demanda ejecutiva se podía pedir la constitución en mora y efectuado dicho acto procesal, se libraba el mandamiento ejecutivo. Es decir en el libelo ejecutivo se solicitaba que una vez realizada la constitución en mora se procediera a librarse el mandamiento ejecutivo. Se lee en el reglado mencionado e interpretado erróneamente por el juzgador de instancia, **“En la demanda ejecutiva se podrá pedir que previamente se ordene el reconocimiento del documento presentado, el requerimiento para constituir en mora al deudor...”**.

El juez al examinar los actos procesales, emanados del juzgado segundo civil municipal de Neiva, se equivocó al interpretarlos y a más de ello, en forma subjetiva desvirtuó la presunción de legalidad y acierto de que goza la providencia que declaro confeso a mis mandantes, ignorando el debido proceso en el entendido que para desvirtuar la presunción se requería por parte de **MERY YANIRA** ensayar o tramitar un proceso ante una autoridad con competencia funcional, atacando la sentencia y no de una simple interpretación del juzgador a todas luces equivocada y apartada del ordenamiento jurídico. No se evidencia en autos prueba de la culminación de los trámites de la pretensión resolutoria o de la ejecutiva. Con relación al tema, manifiesta el Alto Tribunal de Casación en fallo del 30 de julio de 1992 **“la acción in rem verso aparece como una alternativa residual, esto es en defecto de otra acción, lo que significa que, si el acreedor tiene la potestad de encausar su reclamo por vía diferente, vr.gr. la ejecutiva o pedir la resolución o el cumplimiento de la obligación, no puede abrirle puertas al mecanismo resarcitorio que comporta la acción que nos ocupa, hasta tanto se culmine aquel tramite, o sea, subsidiaria como resulta, debe” inevitablemente ensayarse el cobro (frente a la ejecutiva) ya de la acción que comporta el reclamo del derecho incorporado”**; según esta jurisprudencia era necesario culminar el trámite o la tarea judicial de que se intentó accionar la acción de enriquecimiento injusto, para dejar sin efecto la residualidad, actuación que a su vez permitía también desvirtuar la presunción de legalidad y acierto de la confesión ficta o presunta, contentiva de un título ejecutivo.

También considero el juez de primer grado que la obligación a cargo de la parte demandada no era exigible, olvidando que el auto interlocutorio que declaró confeso a los accionados, se presume legal y cierto goza. Dice el fallador en la sentencia recurrida y proferida verbalmente, el documento contentivo de la confesión ficta o presunta no era un título ejecutivo, sino precario, interpretación que lo llevó a dejar de aplicar los reglados 422 y 423 del CGP ; la última norma enseña, con el requerimiento para constituir en mora, la obligación se hace exigible y sus efectos se producirán a partir de la notificación, como lo permite el artículo 94 inciso 2 ibídem, canon también inaplicado en este pleito; se insiste no es necesario el requerimiento previo como lo exige el sentenciador en la audiencia. Cuando no se pacta plazo para el cumplimiento de la obligación, es preciso requerir judicialmente al deudor para constituirlo en mora; el requerimiento judicial a instancia del acreedor significa que está solicitándole al operador judicial que indique el termino dentro del cual el deudor debe cumplir con su obligación de conformidad con el artículo 94 inciso 2 del CGP y el canon 1608, numeral 3 del estatuto civil.

El fallador también manifiesta que la obligación ejecutiva es incierta al no ser expresa, sin embargo en ella brillan los elementos de clara, expresa, exigible, lo cual se determina teniendo en cuenta las preguntas del cuestionario arrojado con el interrogatorio de parte por la abogada de la contra parte, que comporta el reclamo del derecho incorporado, sobre la negociación cuya tradición no se hizo y como son los puntos 3,4,5,7, y 10, aprobados en la audiencia del 12 de abril del 2016 donde se declaró confeso a mis mandantes.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA ACTIVA

En este proceso se observa falta de legitimación por la parte activa, maxime, la parte demandante es titular de otras vías procesales, no tramitadas judicialmente ni prescritas y permitidas para recuperar los dineros pagados a la vendedora del inmueble, como precio de la compraventa de un inmueble objeto de una doble venta; uno de estos senderos judiciales es la acción ejecutiva, soportada en un título ejecutivo contentivo de una confesión ficta o presunta, originado en un auto interlocutorio proferido en audiencia del 12 de abril de 2016, afectado con presunción de acierto y legalidad, contentivo de una obligación clara, expresa y exigible de pagar la cantidad de \$ 15.000.000, que presta mérito ejecutivo; alternativa legal que ha debido ejercitar la compradora, antes de formular la pretensión de enriquecimiento sin justa causa y al no accionar ejecutivamente le falta legitimación en la causa activa para reclamar la acción de enriquecimiento injusto. El Tribunal de Casación en fallo de octubre 7 de 2009 dice **“La Corte en relación con este tema ha dicho de tiempo atrás que para que sea legitimada en la causa la acción in rem verso se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasi delito o las que broten de los derechos absolutos”**, doctrina probable no tomada en consideración por el juzgador en la sustentación del fallo condenatorio, a pesar de su obligatoriedad, razón de más para la revocación del fallo impugnado.

Atentamente

MARCO AURELIO CORTES OSPINA

C .C. 14196670

T.P. 8957.