

Señor
HONORABLE MAGISTRADO
Dra. XIMENA ORDOÑEZ BARBOSA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA

REFERENCIA: PROCESO VERBAL PROPUESTO POR LA SEÑORA JOSEFINA DIETTES SERRANO EN CONTRA DE ISABEL CRISTINA MORALES DIETTES, JAVIER MAURICIO MORALES DIETTES Y JUAN MANUEL MORALES DIETTES.

RADICADO: JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO 2018-00027-01

INTERNO: 2023-00104-00

EMILSE VERA ARIAS, mayor de edad, vecina de la ciudad, abogada inscrita, portadora de la T.P. No. 44.618 del C.S. de la J. e identificada con la C.C.No. 63.294.627 de Bucaramanga, con domicilio laboral en la calle 36 12 – 19 oficina 204 de Bucaramanga, correo electrónico: emilseveraarias@hotmail.com, en mi condición de apoderada de los demandados ISABEL CRISTINA MORALES DIETTES, JAVIER MAURICIO MORALES DIETTES Y JUAN MANUEL MORALES DIETTES, conforme al poder presentado, me permito comparecer a su Despacho para presentar los reparos en los términos de la ley 2213 de 2022:

Para ratificar la sustentación del recurso de Apelación es necesario enunciar **la INCONGRUENCIA** atendiendo que la sentencia impugnada no guarda lo preceptuado en el art. 281 del C.G. del P. :

Hay incongruencia en la demanda y consecuencialmente en la sentencia como lo señalo la apoderada de la parte demandada, en cuanto al desconocimiento del derecho y que se sintetiza en observar la Constitución Política como lo ha señalado la sentencia proferida T-5490941 en acción de tutela que dijo "VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Configuración", no se pidió declarar la existencia del contrato de comodato entre demandante y los demandados y la sentencia lo retrotrajo al año de 1970 como herederos de quien se acepta se le entregó el bien a título gratuito que demuestra la buena fe en la posesión como lo reconoció la sentencia en anterior proceso de pertenencia que no la decretó por considerar insuficiente el tiempo necesario para la prescripción.

SE EXPLICA LA INCONGRUENCIA EN LA DEMANDA:

- 1- Se solicitó declarar terminado desde el 31 de octubre de 2014 el comodato precario que ni con la demanda ni dentro del proceso se demostró su existencia.
- 2- Se solicitó en la petición definición del art. 2220 del C.C. - **lo cual probablemente permitió que la señora Juez diera por terminado jurídicamente el contrato...**- con fundamento en sentencia de segunda instancia proferida por el Honorable Tribunal (Superior) de Bucaramanga.
- 3- Se determino en la petición de la litis: **"la señora Celia Serrano de Diettes verbalmente le concedió a su hija CARMEN GRACIELA DIETTES DE MORALES"**, afirmación que contradice el comodato, porque una cosa es "conceder" y otra cosa es tener **la relación jurídica del contrato de comodato**.
- 4- Se determina en la demanda que la concesión lo fue desde el mes de enero de 1970.
- 5- Se señala que el inmueble es el de la carrera 8 No. 13 – 56 del municipio de Lebrija.
- 6- También se indica como bien **"el lote contiguo"** de propiedad de su otra hija JOSEFINA DIETTES SERRANO, lo cual determina que se trata de dos predios uno el inmueble dado en presunto comodato y el otro el lote contiguo que pertenece según la petición a JOSEFINA DIETTES SERRANO en donde existen construcciones que no se indicaron, ni se probaron en el proceso y por ende no se identificaron.
- 7- Igualmente se habla de que la muerte de la comodataria, ocurrido el 28 de octubre de 2014 da la causal para exigir el bien por parte de quien se dice ser propietaria sin posesión.

- 8- Esta primera petición no menciona a quienes puede exigirse la entrega del inmueble.
- 9- En la segunda petición se habla *que los sucesores procesales*, hoy demandados, sin nombrarlos, así se hubieren enunciado en la iniciación de la demanda como demandados y así se dijo en la sentencia, sin comprobar esta situación y sin señalarlo con la precisión que exige para ello el art. 82 del C.G. del P. y además con cita del art. 2211 del C.C., no propio de las peticiones, se solicita restituir tales inmuebles; quiere decir lo anterior que en hipótesis se hace referencia a la carrera 8 No. 13 – 56 del municipio de Lebrija y “*al lote contiguo*” que se señala en la primera petición, situación que no clarificó la sentencia.
- 10- En la petición tercera se citó nuevamente el artículo 2211 del C.C. para deprecar las normas del comodato o préstamo de uso en cuanto a las obligaciones que pasan a los herederos de ambos contrayentes, pero con la precisión que debe entenderse señalada en el artículo 2205 ibidem, en que el comodatario se obliga a restituir la cosa prestada, no es la muerte, “*en el tiempo convenido, o a falta de convención después del uso para el que ha sido prestada*” (negrilla mía), que aquí no tiene comprobación y por ello se debe atender el artículo 2212 ibidem “*si los herederos del comodatario no teniendo conocimiento del préstamo pueden o no ejercer la acción reivindicatoria*” que no es la que aquí se tramitó para reclamar frutos civiles a quien no tiene demostrada su legitimación en la causa para efectos de demandar la entrega del “*lote contiguo*” que tiene construcciones por los valores que puedan tener dos edificios de cuatro plantas a los cuales no se hace ninguna referencia ni comprobación.
- 11- En esa misma petición tercera se hace la afirmación que lo que allí se dice se declara bajo juramento estimatorio con cita del artículo 206 del C. G. del P. que no tiene apoyo, porque no se trata de *una indemnización, compensación, o el pago de frutos o mejoras* que como se puede observar se han desconocido para los demandados por la falta de prueba y que tampoco podría haber lugar a objeción porque invocando un supuesto contrato de comodato a título gratuito, hacer las deducciones que se ordenaron no tienen razón.
- 12- En la sentencia recurrida para atender esta petición se tuvo en cuenta, no la estimación sin prueba manifestada por la parte demandante sino la comprobación de la posesión quieta tranquila y pacífica que tienen los demandados y por ello sin que se hayan cuestionado debidamente los contratos, efectivamente han recibido dineros por las mejoras plantadas y a las cuales no han renunciado, ni les fue prohibido plantarlas por existencia de comodato o propiedad.

Los numerales anteriores determinan la incongruencia entre las peticiones y los hechos que se enunciaran en la demanda en los numerales 1.-. La mención de comodato inicial que no se tuvo en cuenta en la sentencia, en su fecha sino en el año de 1.970 y con la claridad que tiene este hecho que no es determinante para la relación jurídica de comodato precario cuando se dice “*CARMEN GRACIELA DIETTES DE MORALES recién casada con el señor Ernesto morales afrontaba una difícil situación económica pues carecía de peculio propio, estaba sin trabajo fijo, vivía pagando arriendo por lo cual contando con el consentimiento de su otra hija la propietaria de la casa, dispuso entregar a CARMEN GRACIELA, el inmueble ubicado en la carrera 8 No. 13 – 56 del municipio de Lebrija para que la cuidaran y vivieran en ella*”, es decir una relación de trabajo, todo lo cual contradice el numeral PRIMERO DE LA DEMANDA que se concedió en la sentencia sin hacer referencia en ella a esa gratuidad.

La incongruencia que se señalan entre los numerales 1.- a 8.- de las peticiones y los numerales 3.- al 6.- de los hechos de la demanda, debiendo resaltar que se dijo “*entendió que el referido comodato solo terminaba con la muerte del comodataria*”, (negrilla mía) en el derecho sustancial y procesal no hay entendidos, hay manifestaciones de voluntad y actuaciones.

La incongruencia que surge de los numerales 1.- a 12. Señaladas de las peticiones y los numerales 8.- a 12.- de los hechos tienen dos apreciaciones, una desde el punto de vista de la afirmación que se hace de la existencia de cosa juzgada en la sentencia del 17 de julio de 2017 proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga y Tribunal Superior de Bucaramanga en proceso ordinario de declaración de pertenencia promovido por CARMEN GRACIELA DIETTES DE MORALES, hoy sus herederos que no tiene carácter de cosa juzgada, y de otra parte, que según la sentencia mencionada T-5490941 el principio de congruencia de la sentencia tiene como alcance: “*El juez debe*

tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello."

Respecto a las pruebas debe decirse que la prueba traslada tiene plena vigencia por la potísima razón que en la parte resolutive no otorgo ni desconoció ningún derecho, sino que ratifico la posesión de los herederos de CARMEN GRACIELA DIETTES DE MORALES como se transcribió en el punto primero -folio 529- y lo manifestado en el numeral 9-. de los hechos de la demanda, desde entonces no ha sido invocado por procedimiento para determinar lo expuesto, no se puede con la invocación de un comodato, no probado, preconstituir la obligación de entrega y que aún hoy habiendo transcurrido el tiempo necesario para completar el que se echó de menos en cuanto a posesión para los aquí demandados a efectos de acreditar la pertenencia.

A las pruebas documentales de los literales a) al e) deberán dársele la apreciación que corresponda y se solicitó tener en cuenta prueba sumaria para las declaraciones extra-proceso conforme lo manda el artículo 222 del C.G. del P. , pero no se recibieron en ratificación por lo cual cualquier referencia a ellas no tiene apoyo procesal.

En cuanto a la hipótesis relacionada con la estimación de dinero en que se condenó a los demandados a pagar por concepto de frutos civiles, con fundamento en el juramento estimatorio, que no es de recibo, por no tener comprobación, y oficiosamente fue modificada dicha estimación por la señora Juez, de tal manera que su ordenamiento entra dentro de las sentencias ultra petita y extra petita porque uno fue el valor de la estimación excesiva que por razón de tal apreciación contrariando el art. 206 inciso tercero del C.G. del P. dejó de ordenar pruebas oficiosas para tasar el valor pretendido y por ello con fundamento en competencia oficiosa motu proprio la señora Juez estimo la condena en \$188.100.000 para los demandados por concepto de frutos civiles, evidenciando aún más la incongruencia de esta sentencia.

También en la sentencia se ordenó pagar mejoras que no tienen comprobación en su valoración como se ve en el expediente.

La ley 1743 de 2014 en su art. 13 inciso 4º. Que reformó el artículo en cita 206 determinó que si la cantidad estimada excediere en el 50% de la que resulte probada -que aquí no se probó- se condenara a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al C.S de la J. , a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, una suma equivalente al 10% entre la cantidad estimada y la aprobada. Siendo así, le corresponde al señor Juez tener en cuenta esta condena que no hizo, y por ser los valores dineros que se recaudan para el Estado deberá resolverse sobre tal aspecto.

No resta señalar que hay incongruencia también en el numeral SEPTIMO de la sentencia porque según lo ordenado en la sentencia se pretermite el art. 365 No. 1 del C.G. del P. como quiera que se hicieron reconocimientos a favor de los demandados y por ello debe haber condena en costas también para la demandante.

LA SENTENCIA:

En la contestación de la demanda se propusieron las excepciones de: **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA, INEXIGIBILIDAD DEL CONTRATO, CADUCIDAD DE LA ACCIÓN POR PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y BUENA FE POSESORIA.**

EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO EN SENTENCIA DE FECHA 27 DE ENERO DE 2023 ORDENO en la parte Resolutiva de la Sentencia, que tiene en su conjunto las siguientes apreciaciones respecto de la desestimación de las excepciones: **"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por los demandados.."**

Frente al ordenamiento esta excepción por ejemplo la de **INEXIGIBILIDAD DEL CONTRATO**, es llana porque para exigir un contrato, requiere, se demuestre su existencia, puesto que no basta para ese contrato que se diga que se inició en el año 1.970 hasta el 28 de octubre de 2014, sin otras apreciaciones, no menos importante es que el contrato de comodato precario no puede ser jurídicamente terminado, pues ese contrato señalado, debe tener los requisitos del mismo, es decir, entrega de un bien a título gratuito, y la obligación de entregarlo después de terminado el uso en fecha determinada, pero depende de su fecha de iniciación comprobada y la demostración de la prueba de su iniciación que no es determinado en la sentencia y depende de solicitar, al menos con hechos posteriores, que se entregue.

SEGUNDO: DECLARAR JURIDICAMENTE TERMINADO EL CONTRATO DE COMODATO PRECARIO DESDE EL AÑO 1.970 HASTA EL 28 DE OCTUBRE DE 2014, ES DECIR DESDE HACE CUARENTA Y

CUATRO AÑOS EN SU INICIACIÓN Y HASTA LA MUERTE DE GRACIELA DIETTES SERRANO respecto del predio de la carrera 8 No. 13- 56 del barrio Centro del municipio de Lebrija – Santander, según se afirma realizado por conducto de su progenitora CELIA SERRANO DE DIETTES.

EL COMODATO, según lo define la ley : es contrato de préstamo o uso, en donde una parte entrega a otra una especie gratuitamente sea especie mueble o raíz que debe entregarse, después de terminado el uso. Estas características no se analizaron desde ningún punto de vista para llegar a las conclusiones a que llego la sentencia.

las razones de la terminación no se cumplieron porque no hay prueba de la exigencia y al declarar después de cuarenta y cuatro años, así se hable de 1970 a 2014, términos que exceden en mucho el tiempo desde los primeros Códigos Colombianos y la Jurisprudencia que regularon la prescripción adquisitiva. Este contrato exige entrega del bien que no puede ser en un año, como se afirma en la sentencia, sin señalar la fecha del año de 1.970 pero también tener por lo menos el mes y como es un hecho, no tiene terminación “jurídicamente” sino agota los requisitos de la gratuidad, excluye la condena, como se hace en el reivindicatorio, para condenar en frutos civiles a herederos y “ a pagar por concepto de frutos civiles” en el contrato gratuito, que se dice, se hizo con CARMEN GRACIELA DIETTES SERRANO, aunque no se excluya la conservación de construcciones que no se prohibían por razón de las obligaciones y definición legal, Maxime cuando en el ejercicio de prescripción adquisitiva de dominio y que en la parte resolutive llevó a declarar extrapetita y ultrapetita la existencia del contrato de comodato precario, así en la motivación se hubiese tenido como paradigma el señalamiento de una situación para transversar el comodato concedido, cuando en estricto sentido en lo probado y aceptado en la sustentación de la sentencia se dice que la entrega fue a título gratuito y esa circunstancia sirve para que desde ahora se invoque que las prestaciones mutuas no son las que habrán de reconocerse sino las construcciones que no tuvieron descripción al momento de “entregar” como se dijo en un año y que valga la pena ahora invocarlas para una presunta entrega contraría al derecho.

Debe advertirse que el vocablo “transversal” es un verbo que no está en el diccionario jurídico, ni en el diccionario de la Real Academia Española para tornarlo en “jurídico” conforme al Código Civil aplicando los artículos 27 y 29 y menos para determinar que la sentencia en pertenencia sea cosa juzgada, cuando se admitió la posesión como allí se dijo por parte de los hoy demandados.

CESION DE COMODATO PRECARIO:

En el contrato de comodato no hay propietario que transmita derechos que se puedan reclamar por persona que haya adquirido los bienes desde hace más de diez años, como quiera que la escritura pública No. 3.358 del 29 de diciembre de 1.964, que daría origen al comodato que se depreca no puede invocarse porque desde entonces hasta ahora no ha existido posesión de la señora JOSEFINA DIETTES SERRANO y como han transcurrido 59 años, pues los argumentos en contra de la prescripción no se tuvieron en cuenta porque se invocó por el operador judicial “falta de técnica jurídica” que puede exigirse en la demanda y las fórmulas para las acciones, pero no para denegar derechos y menos en la caducidad, que por estar señalada en la norma de la prescripción extintiva y adquisitiva, pero en la admisión de la demanda si hay necesidad de declararla por el señor juez pero por ello no se puede dejar de analizar la invocación de prescripción que se permite hacer con fundamento en la escritura pública 3358 del 29 de diciembre de 1964.

INEXISTENCIA DE ACCIONES DE DOMINIO:

Igualmente, esta la inexistencia de acciones de dominio, porque no puede decirse que hayan comprobantes que se hayan traído al proceso por parte de la demandante JOSEFINA DIETTES SERRANO para defender la propiedad y posesión, no obstante que en la cláusula quinta de la escritura en referencia determinó “ que tiene recibido a su satisfacción el inmueble que adquiere y que ha pagado el precio”, lo cual se demuestra en contrario porque los poseedores han sido los demandados, un tiempo por adjudicación de posesión en trámite de sucesión y con el ejercicio del ánimo de señores y dueños, quienes además tienen mejoras en el inmueble que dejaron de tenerse en cuenta para esta acción, pero oficiosamente valoro la señora Juez, y en una eventual situación

sino se discutieron en este proceso habrá oportunidad de oponerse en la entrega con fundamento en los motivos legales que aquí se invocan.

FALTA DE DISCRIMINACION DE MEJORAS EN LOTE CONTIGUO

No menos importante, la falta de identificación de las mejoras en el denominado "*lote contiguo*", es decir que en este proceso al dejar por fuera las mejoras reales existentes se hizo una estimación para la competencia que distan mucho de los valores que se señalaron con el avalúo comercial actual, que al aceptarlo EL Juzgado incurre en lesión enorme y además con enriquecimiento sin causa, que no es objeto de controversia en este asunto y por ello también fue desconocida la indemnización que pueda efectuarse aún en la hipótesis del fallido comodato.

Esta, la razón para la prosperidad de la inexistencia del contrato de comodato que se debe invocar, no la falta de legitimación que tampoco exige técnica jurídica para que el señor juez la declare oficiosamente, sin perjuicio que sea invocada como excepción previa y deba declararse cuando no se ha hecho en la sentencia.

¿Habrá acción por quien no ha tenido posesión del inmueble? ¿ha pretermitido en el transcurso del tiempo transcurrido, como se ha dejado expuesto, cualquier invocación de acción de dominio?

CONTRADICCION ENTRE COMODATO PRECARIO Y ENTREGA DE BIEN POR ESTADO ECONOMICO DE QUIEN RECIBE:

Ahora bien, de lo expuesto por el Juzgado, en contradicciones entre comodato y entrega del bien por el estado económico de quien recibe, en el raciocinio para sustentar la sentencia se debe resaltar que se dijo que la señora CELIA SERRANO DE DIETTES entrego el bien en comodato y luego se afirma que le concedió la entrega por el estado económico en que se encontraba su hija GRACIELA DIETTES SERRANO en Lebrija, de quienes derivan derechos no determinados y que aquella le entrego el bien de la calle 8 No. 13 – 56 del barrio centro del municipio de Lebrija y con fundamento en que se tenía sospechas de que el marido se apropiaría del bien, lo cual considero que no es una inferencia que pueda hacer la señora juez o los testigos que no existieron en el proceso.

En estas afirmaciones que en este caso no debía hacerlo el A quo como uso de lo jurídico para desentrañar la voluntad plasmada por una de las partes del presunto contrato DE COMODATO que no es fácil de deducir la gratuidad, ni el tiempo pactado para la entrega y que pueda ser la posibilidad de uso, de la liberalidad con prevención de la disposición del bien por un allegado y de ahí la escritura publica sin entrega de la posesión, ya que quien recibe el bien se torna en cesionario de comodato gratuito sin demostración en el documento público.

Muy diferente aceptar que las mismas normas que rigen el arrendamiento (oneroso) para su terminación por la muerte de quien recibió el inmueble, que ni siquiera pueda ser titular de derecho de herencia porque la escritura que ostenta no le permite hacerlo y menos ejercitar acciones de dominio, porque están prescritas y se le concedan, sin proceso, dentro del término de prescripción.

Los alegatos de la representante de los demandados con fundamento en el derecho, que no se tuvieron en cuenta, entendible que la nueva Doctrina afirma que los artículos de los Códigos no se deben citar, porque el señor juez sabe el derecho, pero se insiste en que las normas sustanciales están por encima del derecho adjetivo en la interpretación.

BUENA FE DE LOS DEMANDADOS.

Negar que la buena fe con que obran los demandados merece tenerse en cuenta después de 1.991 conforme al art. 83 de la Constitución Política, pues si la entrega se hizo para disfrutar el bien gratuitamente, y no se indicó fecha de entrega, quienes tienen el inmueble detentan la posesión en los términos del artículo 762 del C.C. y además con la connotación que ella fue otorgada a ciencia y paciencia de quien lo entregó, no en comodato, sino con ese título gratuito y sin señalar la fecha precisa de la terminación, porque debería existir la condición de entrega ya sea, a la muerte de

quien entregó el inmueble o de quien recibió el inmueble toda vez que no existe la prueba de esos dos elementos, entrega en comodato y entrega del comodato.

La sentencia de pertenencia cuyo proceso se trajo como prueba trasladada es clara en señalar que carece de cualquier apreciación de **COSA JUZGADA** debido a que tanto en la parte motiva como en la resolutive, no existe desconocimiento de posesión por parte de los aquí demandados sino apreciación de ausencia de prueba del tiempo que necesitaban, entonces y el que hoy determina la ley a partir del año 2013, conforme a la referencia que se hizo a la decisión del Honorable Tribunal y de ahí que esa providencia se pueda invocar ahora.

La sentencia que se invoca como **COSA JUZGADA** QUE fue confirmada por el H. T.S. al minuto 22.23 de la audiencia correspondiente, no absolvió a nadie ni condeno a los demandados sino que se sustento en la afirmación que no se declaraba la prescripción porque a la presentación de la demanda no habían transcurrido diez años, todo lo cual mantiene incólume la vocación a prescripción que tienen los demandados ya que la inferencia sobre comodato se analizo desde un punto vista de la utilización de un vocablo que no tiene apoyo en derecho, transversa.

SUFICIENTES LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES PARA SOLICITAR :

- SE REVOQUE LA SENTENCIA APELADA ATENDIENDO LO EXPUESTO POR LA APELANTE Y QUE IRREGULARMENTE SE CONCEDIÓ LA APELACIÓN COMO SE INDICO EN OTROS ESCRITOS Y SEÑALANDO QUE LA PARTE DEMANDANTE Y LA SEÑORA JUEZ SE DEDICARON A DAR POR SENTADA LA COSA JUZGADA, QUE NO EXISTE Y A DESATENDER EL TRANCURSO DEL TIEMPO SEÑALANDO "COMODATO" AL CONTRATO QUE NO TIENE ESAS CARACTERISITICAS Y POR ELLO INEXISTENTE PORQUE NO HAY PRUEBA PARA HACER DECLARACIONES NI CONDENAS, NO SE DETERMINO EN SENTENCIA LOS EXTREMOS TEMPORALES DEL CONTRATO NI SE ESTABLECIÓ LAS CONDICIONES DE ENTREGA ENTRE LOS PRESUNTOS COMODATARIOS.

De la señora Magistrada,



EMILSE VERA ARIAS
T.P. No. 44.618 del C.S. de la J.
C.C. No. 63.294.627 Bucaramanga