

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA – SALA CIVIL FAMILIA

MG. CARLOS GIOVANNY ULLOA ULLOA

E. S. D.

REF. Sustentación del recurso de apelación dentro del proceso declarativo de JORGE AFANADOR contra COOPROFESIONALES y OTRO

RAD. 2020 – 234 – 01

PEDRO FELIPE RUGELES RUGELES, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado de la parte demandante y apelante dentro del proceso de la referencia, por medio de este escrito presente, dentro del término legal, **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia del 8 de febrero de 2023, en los siguientes términos:

A. OPORTUNIDAD:

Teniendo en cuenta que el recurso fue admitido mediante auto notificado por estados el 6 de marzo de 2023 y quedó ejecutoriado el día 9 del mismo mes, el término de sustentación va desde el viernes 10 hasta el jueves 16 de marzo, por lo que me encuentro dentro del término legal.

B. SUSTENTACIÓN:

Conforme lo indica el artículo 327 del C.G.P., la sustentación se desarrollará complementando los reparos propuestos ante el Juez de primera instancia, de acuerdo con la siguiente metodología:

I. Los reparos 1, 2, 3 y 4 se sustentarán bajo los siguientes presupuestos nucleares:

- **La indebida interpretación fáctica y valoración probatoria como causas de una sentencia que aplica erróneamente el juicio de responsabilidad contractual en el caso concreto, liberando de la culpa al demandado sin mayor rigor jurídico.**
- **La violación del principio de la *cosa juzgada formal y material*.**

Como se indicó en los reparos, la señora juez de primera instancia no observó con detenimiento el material probatorio obrante —las asambleas de asociados a la cooperativa en las que se advertía la intención de rematar el inmueble, los reportes contradictorios a centrales de riesgo, DIAN y el juzgado, la denuncia penal basada en un avalúo comercial espurio, y, sobre todo, el expediente del proceso ejecutivo entre Jorge Afanador y Coopprofesionales— como era necesario para analizar debidamente la culpa de la demandada, dentro del terreno contractual o, en subsidio, extracontractual, según se planteó en la demanda.

Como consecuencia de la indebida valoración probatoria, carente de sana crítica y objetividad, la señora juez no garantizó un trato igual a las partes y, asignándole más responsabilidades que las que tenía JORGE AFANADOR, absolvió sin mayor explicación el cúmulo de faltas en que incurrieron los demandados, reducidas todas al simple “error”. Y también como consecuencia de la indebida apreciación fáctica del caso, la señora jueza yerra en lo más mínimo, que era la fecha del pago de la obligación, cuando dice que “*estaba cancelada desde 2015*”, aunque conste en el proceso ejecutivo que lo estaba, en verdad, desde 2012. Un fallo que inicia mal por desconocimiento del proceso se convierte, necesariamente, en una sentencia plagada de errores.

No es del todo cierto que los hechos de la demanda se encuadren, más que nada, en el abuso del derecho de litigar; al existir un contrato entre las partes, debe prevalecer el derecho contractual,

siendo que el extracontractual es accesorio, residual. ¿Hubo contrato entre las partes? ¿Cooprosesionales lo incumplió? ¿Su incumplimiento causó daños al demandante? ¿Cuáles y en qué órbita? ¿Fue el incumplimiento del demandante esencial o, cuando menos, justificaba el del demandado en un plano concreto de equidad, atado al principio negocial de la buena fe? Eso es lo que deberá preguntarse el *a-quo*. De la literalidad de las palabras contenidas en el contrato de transacción, se obtiene que si Jorge Afanador no cumplía con sus obligaciones “*el proceso continuaría su curso normal*”. Pues bien, ¿era el curso *normal* el no imputar los pagos hechos a la obligación, independientemente de la refinanciación?...

Para llegar a un fallo anticipado, al margen de los requisitos objetivos, resulta necesario que el juzgador conozca a fondo todos los hechos, todas las pruebas y que con ellas sea suficiente, en realidad, para fallar todas las pretensiones. Empero, y por poner tan sólo un ejemplo, se desecharon a todos los testigos que iban a declarar sobre sus intenciones de comprar, arrendar o invertir en el inmueble de Jorge Afanador, (el Maestro de Arte Gustavo Sorzano, el arquitecto Camilo González, varios agentes de finca raíz, entre otros) y de la imposibilidad de hacerlo por el hecho de que estaba hipotecada por la Cooperativa, aspecto que nada tenía que ver con medidas cautelares.

Para sustentarlo, se citó la **sentencia del 28 de junio de 2022 de la C.S.J.**, M.P. Octavio Tejeiro, que desarrolla el tema del incumplimiento contractual. En ella se explican los efectos del artículo 1609 del Código Civil a la luz de una jurisprudencia de 1943. Lo que nos llama la atención es que la Corte dice que en ese caso analizado el Tribunal encontró que el demandante carecía de legitimación para reclamar el incumplimiento “*en razón a que fue quien transgredió primero, y de forma esencial, ese vínculo jurídico al no haberle proporcionado al contratista la información necesaria para que ésta pudiera realizar los estudios técnicos*”. Resaltamos la palabra **esencial** porque lo que con ella quiere decir la Corte es que no cualquier incumplimiento del demandante constituye causa suficiente para la excepción de contrato no cumplido; la obligación incumplida debe ser esencia, es decir, pertenecer a la sustancia del negocio.

El mutuo no es un contrato sinalagmático, sino un contrato sinalagmático imperfecto, pues es naturalmente unilateral y deviene bilateral en lo que respecta a las cargas que, por vía del principio de la buena fe, adquiere el mutuante para con el mutuario, que son precisamente las que fueron desatendidas por la demandada como contraprestación al pago hecho por el demandante, obligación que éste sí cumplió y a cabalidad, siendo la más esencial de todas. Por tanto, la jurisprudencia del 28 de junio de 2022, M.P. Octavio Tejeiro, no es del todo aplicable al caso.

En cambio sí encuentra campo de aplicación la jurisprudencia citada en el memorial mediante el cual se recorrió el traslado, **sentencia del 5 de agosto de 2014**, M.P. William Namén Vargas, en la cual se establecen las obligaciones del mutuante por la condición de ser el contrato de mutuo sinalagmático imperfecto; obligaciones atadas al principio de buena fe que consisten, por ejemplo, en reconocer los abonos, en no reportar injustamente en centrales de riesgo y, en general, en no abusar de la posición dominante, posición que refulge solamente en una relación de índole contractual, como la que aquí se ha invocado principalmente.

Dice el **Maestro Hinestrosa** que para que pueda aplicarse la excepción de contrato no cumplido “*las obligaciones deben ser conexas*”, siendo “*elemental la observación de que ha de tratarse de las prestaciones propias del contrato, y no de obligaciones adicionales o complementarias*”. Así mismo, señala que “*la exigencia de equilibrio de relación contractual, igual que los deberes de lealtad y corrección, imponen, igual que para el evento de la resolución, moderación, temperamento, de parte del contratante insatisfecho. La excepción de inejecución debe constituir una respuesta proporcionada, analógicamente a como se predica de la legítima defensa*”¹.

¹ Fernando Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones II*, Universidad Externado, p. 934 y 935.

Pues bien, el despacho, sin haber hecho un profundo análisis de todas las obligaciones, de su correlatividad y naturaleza², y sin haber efectuado, al menos, una ponderación de *compensación de culpas*, ante las evidentes negativas de la Cooperativa a reconocer todo pago y conservar la hipoteca, declara probada solamente una excepción, la primera, que fue denominada por los demandados como **“Inexistencia de incumplimiento de contrato, cumplimiento de contrato de mutuo (...)”**. Para la señora juez, entonces, lo que opera en la práctica como excepción es una *excepción de contrato no cumplido*, por cuanto JORGE AFANADOR no incumplió el contrato y COOPROFESIONALES por ende no estaba obligada a cumplirlo, presupuesto suficiente para negar la Responsabilidad Contractual.

Con la prosperidad de dicha excepción se nos presentan dos problemas, el uno de índole constitucional, y el otro, de índole legal:

- 1) El juzgado viola el principio de congruencia entre las *excepciones* y la sentencia, por el específico hecho de que hace prosperar una pretensión de los demandados *por hechos diferentes a los allí invocados*, y, desde luego, *por argumentos jurídicos diferentes a los invocados*, pues COOPROFESIONALES jamás alegó su conducta de no reconocer los pagos y mantener embargos, reportes e hipoteca, porque JORGE AFANADOR no hubiera cumplido con levantar la hipoteca de CONAVI, el embargo de la DIAN y constituir nueva hipoteca con Coopprofesionales, sino porque, según ellos, “no había pagado” (ni el mutuo inicial, ni lo acordado en el acuerdo extraprocésal). Lo apegado al derecho habría sido que la juez, a partir de hechos nuevos vistos por ella, hubiera hecho prosperar *otra excepción*, pero no la misma que fue motivada de forma distinta.

Se resalta a este Honorable Tribunal el hecho subyacente a la excepción que plantó la Cooperativa, de que ella nunca continuó el proceso ejecutivo por los motivos arriba planteados, sino por supuesto incumplimiento en el pago de las cuotas, y porque alegaban no el incumplimiento del acuerdo extraprocésal, sino su inexistencia. Nunca se alegó que el motivo para mantenerlo hipotecado, reportado y embargado, y para negar la existencia del acuerdo, era que JORGE AFANADOR hubiera incumplido las obligaciones de hacer que tenía, distintas a las de dar; y muestra de ello es que no se inició proceso aparte para ejecutar la obligación que se había plasmado en el acuerdo extraprocésal del año 2005 y estimar los posibles perjuicios causados.

Es claro que la obligación principal del mutuo original era pagar la deuda, y la de refinanciación, pagar lo refinanciado; y que, entonces, las de levantar las hipotecas y embargos, en cuanto de hacer, eran accesorias. Además, es indudable que negarse a reconocer el pago durante más de 8 años y mantener embargado y reportado al deudor no era una medida legítima, proporcional de la Cooperativa en comparación con el incumplimiento del demandante en lo que a CONAVI y la DIAN se refiere, pues además carecía de toda importancia que el demandante cumpliera con tales cargas cuando ya había pagado la obligación y no tenía nada más que garantizar a la Cooperativa, esto a partir del año 2012.

En el caso citado por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal hizo una ponderación sobre las obligaciones en torno a su relevancia, a la hora de determinar la falta de legitimidad del demandante, cosa que pasó por el alto este Juzgado 8 Civil del Circuito, que nunca valoró la conducta de Coopprofesionales; de hecho, le restó cualquier importancia a ella. Por supuesto, tampoco se valoró que la obligación de pagar era correlativa a la de imputar los pagos, y que la de levantar las hipotecas y embargos lo era a la de la refinanciación, de suerte que sólo afectaba esta novación, mas no la obligación original, que seguía vigente en el peor de los casos, y que Jorge en todo caso también pagó. Es decir que, si no fue incumplido el acuerdo transaccional de refinanciación, en definitiva, sí

² Al respecto, es rico el volumen II del conocidísimo *Tratado de las Obligaciones* del Maestro Fernando Hinestroza, quien desarrolla toda la doctrina de la equivalencia de las prestaciones al analizar la excepción de contrato no cumplido, que es la excepción que, en la práctica, el despacho ha hecho prosperar en cabeza a favor de Coopprofesionales declarando que ésta no incumplió su contrato porque Jorge lo incumplió, se supone, primero.

lo fue el contrato de mutuo original, pues los pagos hechos a él con posterioridad a la notificación de la demanda ejecutiva fueron desconocidos también.

Lo precedente es de suma importancia porque la señora juez asumió que COOPROFESIONALES había decidido guardar silencio frente a los abonos que hizo JORGE AFANADOR y luego frente al requerimiento del juzgado antes de reactivar el proceso, porque éste no hizo los trámites ante CONAVI y la DIAN y porque no se suscribió una nueva hipoteca inútil, y que por ende estaba habilitado para continuar con un proceso ejecutivo que debía haber finalizado en 2012, sin tener en cuenta que, si JORGE AFANADOR no debía, no tenía por qué continuar; y que, por la mala fe y negligencia de COOPROFESIONALES, dicho cobro se extendió hasta el año 2019 luego de una ardua batalla judicial.

- 2) Como es admitido por el demandante ese incumplimiento parcial y/o cumplimiento tardío de JORGE AFANADOR solamente con respecto a CONAVI, la DIAN y la nueva hipoteca, nos corresponde referirnos al respecto para demostrar al Honorable Tribunal que tal incumplimiento no fue, ni legítimo, ni esencial, ni, por tanto, suficiente para negarle las pretensiones de incumplimiento que elevara el demandante sobre la base de un incumplimiento verdaderamente esencial, como lo era no reconocer el pago y mantener embargos, reportes e hipotecas.

Al respecto, es claro el demandante siempre estuvo allanado a cumplir con el acuerdo extraprocésal celebrado en 2005. Como quedó probado, desde que se firmó dicho documento el señor AFANADOR realizó cada uno de los pagos acordados, pagos que, recuérdese, la demandada no tuvo en cuenta sino más de un lustro después del último de ellos, y no porque quisiera, sino por la presión judicial. También es diáfano que esas cláusulas de someter el acuerdo extraprocésal a que JORGE AFANADOR levantara otra hipoteca, cancelara un embargo con un tercero que en nada afectaba el derecho que tenía la Cooperativa en primer grado, y que elevara una nueva hipoteca no siendo realmente necesaria pues el cupo de la primera era suficiente para amparar la deuda, solicito sean declaradas como *cláusulas abusivas* o en todo caso como cláusulas *nulas de nulidad absoluta*, o en últimas como cláusula *ineficaces* de pleno derecho.

Sobre CONAVI:

En lo concerniente al levantamiento de la hipoteca con CONAVI, es importante recalcar lo mencionado en el traslado de la contestación de la demanda, donde se puso de presente que la deuda con dicho banco vencía hasta el año 2007, según el pagaré, por lo que JORGE AFANADOR no podía obligarse a lo imposible comprometiéndose a levantar la hipoteca antes del vencimiento de la obligación, tornándose en una cláusula ineficaz por imposibilidad del objeto o, cuando menos, nula de nulidad absoluta. Con todo, el saldo de la obligación en abril de 2006, 6 meses después del acuerdo de refinanciación, era de apenas **\$27.635**, una suma insignificante e insuficiente para que COOPROFESIONALES pudiera alegar incumplimientos determinantes por esta deuda del señor AFANADOR. Por si fuera poco, mi poderdante informó de la dificultad para levantar la hipoteca dada la fusión entre CONAVI y Bancolombia y, en muestra de su buena fe, llevó el recibo de pago de la obligación a la Cooperativa, tal como iban a declararlo algunos de los testigos que el despacho no tuvo en cuenta (por ejemplo, María Teresa Lamus). Por último, en marzo de 2006 —mientras estaba suspendido el proceso ejecutivo entre COOPROFESIONALES y JORGE AFANADOR en el Juzgado 11 Civil Municipal— la hipoteca con CONAVI se levantó, tal como consta en la escritura pública que se aportó al proceso como prueba³, pero, como ya se dijo en el traslado, el demandante no la registró por temor fundado a ser embargado por la Cooperativa, y claro, por dificultades económicas.

³ Ver prueba 3.b. del traslado de las excepciones de mérito.

Sobre la DIAN:

En lo que respecta a la DIAN, fue tardío el cumplimiento porque la obligación con esta entidad terminó de pagarse en 2014 y el embargo fue cancelado hasta el año 2017, tal como consta en el certificado de tradición y libertad del inmueble. precisamente por el temor de JORGE con la COOPERATIVA que ese momento negaba los casi 100 millones de pesos que él había pagado para saldar la obligación. Y en lo concerniente a la nueva hipoteca, la misma no se realizó porque COOPROFESIONALES nunca citó a mi prohijado para tal fin.

Sobre la nueva hipoteca con Cooprosesionales:

Como lo dije líneas arriba, la obligación de “suscribir una nueva escritura abierta sin límite de cuantía que reemplace la escritura 1260 del 3 de junio de 2003” era totalmente inocua, inútil e inane, pues esa hipoteca ya era abierta y sin límite de cuantía, tal como se ve en la anotación No. 4 del inmueble con M.I. 300-232256; siendo así que esta omisión de hacer una nueva hipoteca en nada afectaba la prosperidad del acuerdo de refinanciación, y era totalmente innecesaria, de suerte que no pueda ser capaz de derrumbar las pretensiones puntuales del demandante.

Sobre la cosa juzgada:

No siendo suficiente el cobijar bajo el falso manto de la legalidad la decisión de COOPROFESIONALES de no reportar los pagos, de no atender el requerimiento y, peor, de negar los pagos y acuerdo durante años, la señora juez atenta contra el principio de cosa juzgada formal y material al determinar, contra sentencia ejecutoriada de los jueces de ejecución, que declararon que sí hubo novación, que “esta era una apreciación de ese juzgado” y que “no hubo una novación” de las obligaciones al firmarse el acuerdo extraprosesal, pasando, pues, sustentar el fallo en un vicio constitucional que alimenta la inseguridad jurídica al paso que transforma una situación justa para el demandante, en una injusta.

Además, no es cierto que de la jurisprudencia citada por el despacho para respaldar esta apreciación se deba concluir que la voluntad debe estar “expresa y claramente declarada en torno a la novación”, pues basta que se cumpla el reemplazo de una prestación por otra para que se dé la novación, y esa sustitución por sí misma confirma la existencia de la voluntad previa, pues no existen actos de magia. Así pues, la novación sí existió tanto porque la jueza lo halló probado y falló a partir de ese hecho en sus liquidaciones de crédito, tanto como porque la intención de las partes era, en efecto, refinanciar el crédito, y refinanciar el crédito implicaba generar otro crédito con condiciones distintas, que, al ser cumplido por Jorge Afanador, extinguiría la obligación originaria; en este sentido, y si se quiere, era una novación sometida a condición resolutoria.

Pero, en el evento de que no se hubiera dado la novación o de que Jorge Afanador hubiera incumplido la transacción, ¿qué pasaba? Que el mutuo original, el de los dos pagarés de \$43.000.000 y \$20.000.000, renacía (si es que había muerto) y sea como sea continuaba prestando sus efectos. Entonces, el juzgado debía ver que este mutuo fue incumplido por COOPROFESIONALES, y que, al haber hecho los pagos de ahí en adelante hasta quedar a paz y salvo en 2012, JORGE AFANADOR sí cumplió con esta obligación principal y no podría decirse que hubo de su parte incumplimiento pues aquí no había condiciones adicionales como las que surgieron luego respecto de la DIAN y CONAVI.

Sobre la mala fe *contractual* del demandado que el juzgado omitió analizar, como mínimo, para aplicar la compensación de culpas o teoría de las concausas:

Examinemos uno a uno los actos de mala fe de la COOPERATIVA que, ocurridos en medio de una relación estrictamente contractual, de mutuo, el despacho pasó por alto, imponiendo sólo la carga a JORGE AFANADOR, de forma desproporcionada y poco objetiva:

- 1) **No reportar los abonos ante el Juzgado 11 Civil Municipal de Bucaramanga:** En efecto, ese juzgado en 2008 requirió solamente a la parte actora, COOPROFESIONALES, para que informara si se había incumplido o no el acuerdo extraprocésal de 2005; sin embargo, la Cooperativa siempre omitió el deber de buena fe y no reportó abono alguno hecho al crédito, es decir, al contrato, provocando que se liquidara el crédito a partir de valores erróneos, que, dicho sea de paso, tampoco se objetaron fundadamente.
- 2) **No reportar los abonos ante el Juzgado 6 Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga:** A pesar de la insistencia de JORGE AFANADOR a través de apoderada judicial, la Cooperativa siguió negando los pagos hechos durante casi 10 años, después de haberse requerido para que informara el cumplimiento del acuerdo extraprocésal.
- 3) **Negar la existencia del mismo acuerdo extraprocésal:** Pese a que dicho acuerdo fue firmado y autenticado, y presentado físicamente al juzgado, la Cooperativa siguió negando su existencia hasta último momento, en una muestra clara de querer hacer incurrir en error a la justicia para de ese modo llevar a remate la casa hipotecada de JORGE, tal como lo querían, según quedó constancia en diversas Actas de Asamblea de Asociados de COOPROFESIONALES, allegadas al proceso.
- 4) **Aceptar los abonos, pero cambiando las condiciones de los intereses:** Viéndose atrapados por lo que era evidente, esto es, que JORGE en efecto sí había hecho abonos por casi cien millones de pesos, la Cooperativa reporta los abonos el 13 de septiembre de 2017 pero decide liquidar nuevamente el crédito bajo otra tasa de interés. Afortunadamente, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga, mediante auto del 29 de noviembre de 2019 resolvió el recurso de apelación interpuesto por las partes y estableció la tasa de interés que debía aplicarse, lo que dio lugar a que en la última liquidación práctica se determinara que JORGE AFANADOR había cancelado la totalidad de la obligación desde agosto de 2012.
- 5) **Reportar valores diferentes en la declaración exógena de la DIAN:** demostrándose la mala fe, la Cooperativa, en su declaración exógena a la DIAN, reportó siempre la deuda por los **\$10.000.000 aprox.** que JORGE AFANADOR debía cuando María Teresa Lamus lo requirió para pagar, al tiempo que insistía ante el juzgado que la deuda superaba los **\$200.000.000**, y la afirmaba a los asociados la voluntad de rematar la casa.
- 6) **Reportar en centrales de riesgo 10 obligaciones inexistentes o que no pertenecían a JORGE AFANADOR, y, en lo que respecta a la obligación del crédito, reportar información diferente que la reportaba en el proceso:** demostrándose la mala fe y el deseo de presionar por todos los flancos a JORGE AFANADOR para que terminara perdiendo su casa, la Cooperativa reportó 10 deudas a CIFIN, que no pertenecían al demandante⁴, y, en lo que respecta a la obligación verdadera, la mantuvo por los mismos **\$10.000.000 aprox.**, contra lo que afirmaba en el juzgado.

Ahora bien, el fallador omitió todo lo anterior y decidió que ante el silencio de JORGE AFANADOR la culpa era exclusivamente suya, “(...) *no existe justificación que lo exonere de su omisión de actuar en el juicio*

⁴ Ver prueba 6 del traslado de la contestación de la demanda.

compulsivo seguido en su contra, por ejemplo, atendiendo la orden requisitoria de la cual se duele (...), que no fue una orden contra él, demostrándose aquí la falta de parcialidad y apego a hechos y pruebas del proceso.

Por otro lado, dice la señora juez que “(...) ciertamente, como lo reconoció en su interrogatorio el Gerente de la Cooperativa (min 2:27:30), existió error por parte de dicha entidad a la hora de reportar el pago de los abonos realizados por el aquí demandante, pero tampoco puede perderse de vista, todo el tiempo que el deudor guardó silencio ante el proceso ejecutivo, en donde podía, a no dudarlo, poner de presente los abonos para que el juez tomara las medidas pertinentes (...). Al respecto, llama mucho la atención cómo la juez le resta toda importancia a ese “error”, que en estricto derecho es suficiente para probar la culpa; y desarrolla sus argumentos imponiendo una carga que era única de COOPROFESIONALES, pues así lo impuso el juez, en cabeza de JORGE AFANADOR y básicamente culpándolo por su proceder atado a la presunción de buena fe, al pagar sus cuotas desde 2005 hasta 2012 esperando que de ese mismo modo actuara la COOPERATIVA y reportara dichos pagos.

Frente a esta problemática, hay que traer a colación que JORGE AFANADOR no se había enterado de que su proceso estaba en sede de ejecución, pues al haber pagado en 2012 la última cuota era legítimo sentirse liberado de tal cosa, y porque, tal como se indicó en el hecho 44° y posteriores de la demanda integrada y consta en documentos del proceso, sólo hasta el 19 de febrero de 2015 la señora María Teresa Lamus —testigo del proceso— le informó el saldo que el señor AFANADOR tenía con la Cooperativa. No obstante, al querer el señor JORGE AFANADOR cancelar la totalidad de la deuda NUNCA encontró respuesta por parte de COOPROFESIONALES, quienes ni siquiera con derechos de petición, quejas y tutelas atendieron los requerimientos que, subráyese, se extendieron hasta 2017, fecha en la que, cansado de no tener respuesta, entra al proceso judicial a través de su apoderada cuyo impecable trabajo logró frenar la injusticia que se estaba cometiendo. Luego no es correcto afirmar que el aquí demandante tuvo una actitud pasiva frente al proceso o la deuda, cuando lo real es que sus intenciones de cancelar la obligación estuvieron plenamente demostradas.

En síntesis, si bien el señor JORGE AFANADOR tuvo oportunidades para reportar los abonos, lo cierto es que el juzgado nunca lo requirió y que ninguno de sus actos habilitaba a COOPROFESIONALES para guardar silencio y proceder de mala fe al no atender múltiples requerimientos hechos por la justicia y que desembocaron en un daño que debe ser indemnizado.

Así las cosas, sin duda alguna, de no prosperar nuestra teoría de que esas obligaciones por él incumplidas o desatendidas no eran esenciales o eran ineficaces, en este evento podrí aplicarse, en últimas, la *compensación de culpas o teoría de las concausas*, porque, tal como lo determinó el juzgado, una causa del daño fue el silencio de JORGE AFANADOR, pero otras más importantes fueron las múltiples faltas de la Cooperativa, que impactaron mucho más en el resultado final, pues, en un escenario abstracto, si JORGE AFANADOR hubiera informado de los pagos más temprano, ellos los hubieran negado.

No hay motivo para pensar que hubieran tenido una actitud distinta algunos años antes, cuando su intención era clara. Y, lastimosamente, la testigo Marina de Jesús Arévalo, otrora representante legal de COOPROFESIONALES que firmó el acuerdo extraprocésal, no pudo declarar sobre las profundas inconsistencias que, por ese tiempo, determinaron su salida de la Cooperativa y el inicio de una lamentable “cruzada” contra este deudor, por motivos reprochables, oscuros.

II. Los reparos 5 y 6, que aluden a la responsabilidad extracontractual, misma que se solicita analizar sólo en caso de que no prosperen los argumentos frente a la responsabilidad contractual, se sustentarán bajo los siguientes ataques nucleares a la sentencia:

- (i) El insuficiente y poco objetivo análisis de la culpa en la Responsabilidad Extracontractual y en el caso concreto, carente de sana crítica.
- (ii) El defecto fáctico y sustantivo, o sea legal, en aplicar una norma de contenido general que alude específicamente a *medidas cautelares*, pasando por el alto tipo de proceso — Ejecutivo Mixto—, la hipoteca, los reportes a centrales de riesgo, la denuncia penal temeraria, etc., hechos que superaban el supuesto contemplado en el inciso tercero del numeral 10 del artículo 597 del C.G.P., por el cual se decretó la *caducidad* (o *prescripción*, según lo entienda el fallador) de la acción judicial de perjuicios.

El despacho se refiere a las pretensiones de Responsabilidad Extracontractual, que desecha, curiosamente, sin hacer próspera ninguna excepción de fondo, como era su deber, puesto que no porque hubiera prosperado la primera excepción principal debía dejar el juez de estudiar las excepciones subsidiarias, al ser arenas diferentes de estudio. Con todo, en términos sustanciales parecería que el despacho, contra la técnica procesal, invoca una excepción no citada por los demandados, que sería, según las palabras de la Corte Suprema de Justicia, de prescripción.

En primer lugar (1), para sostener su argumento, la señora jueza citó la **sentencia del 28 de abril de 2011 de la C.S.J.**, radicado 2005-00054-01, que trata sobre el viejo artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se dice que el efecto de no agotar los mecanismos previstos en dicha norma para reclamar perjuicios por las medidas cautelares es la *prescripción* de la acción (folio 20 de la sentencia). Es decir que, en la práctica, la señora juez estaría aplicando la prescripción del derecho de JORGE AFANADOR de reclamar perjuicios derivados las medidas cautelares (no de la hipoteca), y sabido es que la prescripción no puede declararse de oficio, considerando que COOPROFESIONALES alegó solamente la prescripción de la acción contractual, pero no la prescripción del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, cuyo equivalente sería el 597 del Código General del Proceso, norma en la cual el despacho cimenta su punto, en concordancia con el 283 *ejusdem*.

Dice el despacho que *“de las normas en cita, quien resulte beneficiado con una condena en abstracto por perjuicios, deberá promover el incidente dentro de los 30 días (...), so pena de hacerse acreedor a la caducidad del derecho”*, cosa distinta a la *“prescripción de la acción”* de que nos hablaba la otra sentencia. Ahora bien, ¿se benefició acaso JORGE AFANADOR de una condena en abstracto por perjuicios? No, luego no está en el mismo supuesto. Y, además, no podría ser el efecto la caducidad de la acción, sino *como consecuencia de la prescripción del derecho*, habida cuenta de lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, que es línea de principio sobre el tema.

En segundo lugar (2), el artículo 283 del C.G.P. indica que los perjuicios que se tramitan por incidente son aquellos que deriven *“de las medidas cautelares”*. **La hipoteca no es una medida cautelar**, sino un contrato accesorio de garantía. En consecuencia, estábamos no ante un proceso ejecutivo singular, sino ante un Proceso Ejecutivo Mixto con Garantía Real, que desborda los supuestos de las normas por el despacho citadas. En este sentido, **los daños causados como consecuencia de mantener la hipoteca sobre la casa que el demandante no pudo vender ni arrendar por ello, según pruebas documentales y testimoniales que no se practicaron, privándose de múltiples oportunidades de negocio, son daños que sí deben ser indemnizados, al margen de la normatividad citada, al ser claro que el artículo 597, inciso 3º, numeral 10, que hace parte del título de medidas cautelares, no cubre la totalidad de la situación fáctica en que hallaba el demandante, pues refiere**

únicamente los daños por medidas cautelares, que se solicitan mediante incidente después de su levantamiento.

Nada dice la norma acerca de daños generados por denuncias temerarias, reportes injustificados a centrales de riesgo y falsedad en declaración exógena a la DIAN, como **tampoco de hipotecas**; que, si bien no sacan el bien del comercio, es claro de acuerdo con la costumbre que nadie compra un bien con hipoteca hasta tanto no se sanee la deuda que la soporta, tal como AMAC se lo pidió a JORGE AFANADOR, pues era lo que pasaba en este caso particular: que para poder vender su inmueble (o arrendarlo), y así **poder aceptar las múltiples oportunidades de negocios y viajes que tuvo que rechazar por falta de recursos siendo ese su único patrimonio**, había que levantar la hipoteca; y la hipoteca, claramente, en sana crítica, no se levantaría hasta que COOPROFESIONALES reconociera el pago de la obligación.

En tercer lugar (3), el auto de terminación del proceso ejecutivo se profirió por **pago total de la obligación**, no por revocatoria del mandamiento de pago o prosperidad de las excepciones, que es lo que prevé el Legislador en este caso del incidente de perjuicios por medidas cautelares en procesos ejecutivos. El señor JORGE AFANADOR ni siquiera propuso excepciones de mérito. De ahí que no sea posible predicar que, conforme al numeral 4 del artículo 597 C.G.P. en concordancia con el inciso 15 de la misma norma, el juez debía condenar de oficio o a petición de parte en perjuicios, pues eso iría en contra del espíritu de la norma, que evidentemente propone el supuesto de hecho cuando la terminación se da por formas distintas al pago total, toda vez que esta última modalidad está contemplada en normal especial, a saber, el art. 461 C.G.P., que nada dispone sobre el incidente de regulación de perjuicios, sino que alude simplemente el levantamiento de las medidas cautelares.

Así, el verdadero sentido de la norma era encontrarle un remedio expedito al derecho del demandado de obtener una indemnización cuando vencen las excepciones de mérito y se revoca el mandamiento de pago, pero no cuando se declara el pago total de la obligación. Es decir, el *abuso del derecho* es mucho más amplio que el artículo 597 y que el 283 C.G.P. Compone mucho más que perjuicios por medidas cautelares cuando se revoca el mandamiento de pago. No verlo es no querer brindarle justicia al demandante, y buscar razones de derecho para ello, sin sana crítica.

Visto lo anterior, se tiene que el despacho judicial de ejecución que decretó la terminación del proceso por pago total NO condenó en perjuicios ni en costas a COOPROFESIONALES, sino, por el contrario, condenó en costas a JORGE AFANADOR, quien, por haber pagado unas cuotas de más, tuvo casualmente un saldo a favor. Esto implica que, así mi cliente hubiese solicitado la regulación de esos perjuicios, el despacho los hubiera declarado improcedentes al haberse dado la terminación por el pago total de la obligación, que resultó de las liquidaciones de crédito.

Ahora bien, esto no quiere decir que no se pudieran causar perjuicios cuando se solicite el pago de la ejecución con la garantía real de hipoteca, cosa distinta, porque, como se vio en este caso, al mantener injustamente durante 7 años ese gravamen real cuando la obligación estaba más que cancelada esto le generó un daño a mi poderdante que no pudo concretar las oportunidades de negocios, por ejemplo con AMAC, CAMILO GONZÁLEZ ARQUITECTURA y todas las invitaciones a los lujosos festivales de moda —para cuya asistencia requería vender la casa—, pruebas que no pudieron ser practicadas por la injusta sentencia anticipada; lo realmente importante es que de ninguna forma se podía, en el mismo proceso, solicitar perjuicios por **pérdida de la oportunidad** porque el artículo 597 trata directamente sobre medidas cautelares, y la hipoteca no lo es.

Para terminar con un breve resumen, los siguientes son defectos propios del juzgado de primera instancia al analizar la Responsabilidad Extracontractual desde el punto de vista de la actuación *dentro del proceso judicial*, en lo que tiene que ver con la falta de objetividad, detalle y razonabilidad a la hora de valorar la *culpa* de la demandada COOPROFESIONALES por sus actos propios, y la de su

Representante Legal, César Pedroza, por su negligencia grave, a la luz del art. 23 de la Ley 222 de 1995, que fue traído con la demanda a la discusión, como fundamento para demandarlo en nombre propio; y al momento de analizar los hechos realmente sucedidos en dicho proceso ejecutivo, que es el que da lugar a la ambigua declaratoria de caducidad dentro de la base de la prescripción, mas sin hacer prosperar ninguna excepción de fondo, contra las reglas de los artículos 281 y 282 del Código General del Proceso.

Por último, y sólo para el caso de que ninguno de nuestros anteriores argumentos convenciera al Honorable Tribunal, no sobra considerar que el juzgado citó para sustentar su decisión de considerar precluida, para usar un término general, la acción del demandante de reclamar sus perjuicios derivados de las medidas cautelares (dejando a un lado los de la hipoteca y otros) no necesariamente es un precedente judicial en el sentido de considerarse doctrina probable, y menos cosa juzgada constitucional, por lo que, de acuerdo con lo indicado por la Corte Suprema en sentencia STC-22772016 del 25 de febrero de 2016, es posible alejarse de la decisión bajo motivos fundados.

C. SOLICITUD:

De acuerdo con la anterior sustentación, solicito a este Honorable Tribunal revocar la sentencia de primer grado y proferir en su lugar otra que declare la responsabilidad civil contractual, con el alcance que el despacho determine, o en subsidio, la extracontractual, considerando cada uno de los argumentos invocados en cada una de las arenas jurídicas.

Cordialmente,



PEDRO FELIPE RUGELES RUGELES

C.C. 1.098.641.953 de Bucaramanga

T.P. 230.278 del C.S.J

