

Magistrada

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá

E. S. D.

Ref.: **Exp. 40-2018-00146-01**

> Recurso de reposición

Como apoderado judicial de don MIGUEL ÁNGEL ALONSO GARCÍA, interpongo recurso de reposición contra el auto de 31 de julio último que decretó la suspensión del proceso, a fin de que se **revoque** y, en su lugar, proceda el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo de primera instancia, con base en los siguientes

Argumentos Jurídicos

1). La suspensión del proceso sólo procede a petición de parte.

Así se deduce de la parte inicial del artículo 161 del Código General del Proceso, al establecer que "*El Juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso...*"(subrayo).

Por cuanto en este caso no conozco que exista "*solicitud de parte*"; no procedía, en forma oficiosa, la suspensión del proceso dispuesta en el auto ahora recurrido.

2). La sentencia **no depende** de la que se profiera en el proceso de restitución.

Al respecto, obsérvese cómo el numeral 1º, artículo 161 del Código General del Proceso establece que procede la suspensión del proceso "*Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso...*" (subrayo).

Por consiguiente, es claro que el legislador en el nuevo ordenamiento procesal agregó como condición *sine qua non* que la sentencia dependa **necesariamente** de lo que se decida en otro proceso.

Y, "*necesariamente*", quiere decir de modo forzoso, inevitable o insalvable.

Considero equivocada la consideración de su señoría en el sentido de no ser posible decidir sobre la eventual regulación del canon si se desconoce hasta cuándo estará vigente el contrato de

arrendamiento, por cursar entre las mismas partes proceso de restitución del inmueble arrendado, porque este aspecto tiene que ver con el alcance o efectos de la eventual regulación del canon de arrendamiento, pero jamás constituye un condicionante o impedimento insalvable para definir en segunda instancia este asunto.

Cuando un juez deba dictar sentencia de alimentos para un hijo y se encuentre con que existe un proceso de investigación de la paternidad, es un caso donde sin lugar a duda sí dependería su fallo del que deba proferirse en aquel juicio, puesto que se refiere al tema de la legitimación en la causa, punto sobre el cual no podría pronunciarse por estar *sub júdice*.

Con todo respeto, estimo que los efectos del fallo de segundo grado que aquí ha de proferirse no pueden tomarse como obstáculo insuperable para dictarlo.

3). Dilación injustificada del proceso.

Al no ser fundada la suspensión del proceso ordenada en el auto recurrido, se vulnerarían en forma flagrante a mi prohijado los derechos constitucionales al debido proceso y a la administración

de justicia consagrados en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política.

En suma, ni hay petición de parte ni la falta de sentencia del proceso de restitución constituye óbice insuperable para el proferimiento del fallo de segunda instancia en este asunto.

Por tanto, solicito a su señoría despachar en forma favorable el recurso de reposición y entrar a resolver la alzada.

Respetuosamente,



ISRAEL BOSIGA HIGUERA

t.p. 43.533

email: isbosiga@hotmail.com



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

3. El suscrito en calidad de apoderado judicial del señor **MAURICIO JOSÉ SANTAMARÍA LIZARRALDE**, el día 16 de julio de esta anualidad, remití a los correos electrónicos indicados en el traslado otorgado al suscrito: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co; mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

Anexo certificación del envío de los correos y sustentación recurso.

Por lo anterior, solicito de la manera mas respetuosa se revoque la declaración del auto del pasado 31 de julio, y se dé por sustentado dentro del término, el recurso de apelación presentado por el suscrito.

Del Señor Magistrado,

Atentamente,



JORGE ENRIQUE REYES SANTIAGO

C.C. No. 79.708.398 de Bogotá

T.P. No. 220.263 del C. S. de la J.

Fw: Apelación Proceso No. 2017-00173

JORGE ENRIQUE REYES SANTIAGO <jorenrey_00@hotmail.com>

Jue 16/07/2020 9:49 AM

Para: secscatribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.vo <secscatribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.vo>;

mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Mauricio Santamaria <maurosantamaria@hotmail.com>

📎 1 archivos adjuntos (8 MB)

CamScanner 07-16-2020 09.38.40.pdf;

Buenos días

Por medio del presente correo y dentro del término legal me permito allegar sustentación del recurso.

Atentamente

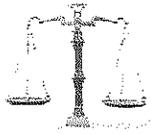
*JORGE ENRIQUE REYES S.
Calle 12 B No. 9 - 13 Oficina 208 Bogotá
Celular 312 347 94 97*

De: Enrique Santiago <quikesan1508@gmail.com>

Enviado: jueves, 16 de julio de 2020 9:44 a. m.

Para: jorenrey_00@hotmail.com <jorenrey_00@hotmail.com>

Asunto: Apelación Proceso No. 2017-00173



secc trib sup bta 2
m para d v 9)

Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

H. Mg. Dr. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

SALA CIVIL

Bogotá

E.

S.

D.

REF: PROCESO DE PERTENENCIA No. 2017-00173

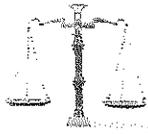
DEMANDANTE: MAURICIO JOSÉ SANTAMARÍA LIZARRALDE

DEMANDADOS: OLGA MARCELA CARRASCO FONSECA Y DEMÁS PERSONAS
INDETERMINADAS

Se presenta ante Usted, **JORGE ENRIQUE REYES SANTIAGO**, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.708.398 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 220.263 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial del señor **MAURICIO JOSÉ SANTAMARÍA LIZARRALDE**, por medio del presente escrito, estando dentro del término legal, me permito presentar **RECURSO DE APELACIÓN** en contra la Sentencia proferida por su Despacho el pasado 12 de noviembre de 2019, notificada en estado del día 13 del mismo mes y año, en los siguientes términos:

Previo a demostrar las falencias del fallo que se ataca por medio del presente recurso de apelación, es para el suscrito muy importante aclarar que el bien inmueble que se discute en pertenencia fue adquirido por la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte dentro de las presentes diligencias, y que solo fue propietaria del apartamento 501 y garaje 12, hasta el 21 de septiembre de 2006).

Desde el año 1993 y hasta el año 2004, mi poderdante señor **MAURICIO JOSÉ SANTAMARÍA LIZARRALDE**, sostenía una relación sentimental con la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA**, como se evidencia con declaración extraprocesal suscrita por la señora **CARRASCO FONSECA** y que hace parte del proceso.

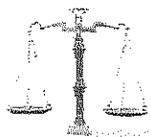


Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

El 21 de septiembre de 2006 se realiza venta de los inmuebles que se discuten en usucapión de la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** a la señora **OLGA MARCELA CARRASCO FONSECA** (parte demandada en el proceso de la referencia), mediante la escritura pública No. 3843 de la Notaria 63 del Circulo de Bogotá.

1. Con relación al interrogatorio realizado a mi poderdante me permito precisar que el señor **SANTAMARÍA LIZARRALDE**, es profesor de inglés y no conoce la diferencia jurídica entre una declaración de unión marital de hecho y un matrimonio celebrado bajo algún ritual, pues en su respuesta, él manifiesta que contrajo matrimonio con la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte del proceso), pero lo que en verdad surgió entre ellos fue una unión marital de hecho, y en vigencia de esa relación se compran los bienes inmuebles que se discuten en este proceso, y se trasladan a vivir en estos inmuebles en el año 2004, ingresando como pareja, y bajo esta relación ambos tienen los derechos suficientes para estar en el inmueble. Cuando su compañera **CONSUELO** se traslada a los EEUU, claro que mi poderdante continúa con su vínculo con su compañera, manejando mensajes de texto, correos electrónicos, al punto que mi prohijado realiza los retiros de la pensión de su compañera y le envía a ella los valores entregados. Al momento que la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte del proceso), decide quedarse en los Estados Unidos de Norteamérica, mi poderdante inicia su posesión de manera pública, pacífica y tranquila asumiendo frente a los todos y cada uno de miembros de la copropiedad la calidad de propietario, al punto de asistir a todas y cada una de las Asambleas y ser elegido de manera voluntaria por los asambleístas como presidente de las mismas, en algunas oportunidades.

2. Respecto a los testimonios rendidos, dentro de las presentes diligencias, me aparto desde ya de la valoración sostenida por el Despacho de conocimiento, al no realizar una comparación de las respuestas dadas en el presente proceso y las entregadas en los dos procesos que la parte demandada aportó como pruebas trasladadas (Proceso de Pertinencia No. 2015-00710 que curso en el Juzgado 27 Civil del Circuito de



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

Bogotá y Proceso de Restitución de inmueble arrendado No. 2017-00387 que curso en el juzgado 25 Civil Municipal de Bogotá) que siento pruebas trasladadas debieron ser sometidas a un estudio y valoración objetiva de cada uno, previo a proferir la Sentencia aquí atacada.

I. Testimonio del señor **NELSON DARÍO GÓMEZ CASTILLO** (Proceso 2015-00710 del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá)

Téngase en cuenta que el apoderado de la parte pasiva, en la contestación de la demanda y sus respectivas excepciones presentadas, intenta confundir al despacho, allegando apartes de la declaración del señor **GÓMEZ CASTILLO**, que entrego dentro del proceso No. 2015-00710 del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, el día 7 diciembre de 2016, de una manera incompletas y amañadas, antes las cuales el suscrito apporto copia de la totalidad del testimonio del deponente, y que a pesar de estar dentro del plenario el Juzgado no comparo, y que para claridad me permito transcribir a continuación:

“ ...

- Testigo: Nelson Darío Gómez

Declara que digo la verdad

... ”

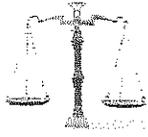
- Jueza

Que profesión ejerce y que estudios a realizado?

- Testigo: Nelson Darío Gómez

Soy ingeniero de sistemas, tengo la especialización en seguridad de la información y de la universidad católica de Colombia.

- Jueza



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

Donde es su lugar de residencia, la dirección exacta y la ciudad.

- Testigo: Nelson Darío Gómez

Calle 150 a no 48 – 60 apartamento 201 de la ciudad de Bogotá, edificio portal de Málaga.

...

- Jueza

Bueno usted se encuentra aquí al frente para que nos cuente todo lo que usted sepa respecto al inmueble el cual nos encontramos en este apartamento

- Testigo: Nelson Darío Gómez

Claro

- Jueza

Que persona lo ha ocupado o lo han ocupado desde hace cuanto tiempo, diciéndonos bien por las circunstancias por lo cual usted adquirió dicho conocimiento en Razón a que el señor Mauricio Jose Santamaria Lizarate a iniciado un proceso que se llama de pertenencia, con mira a adquirir de ese modo la propiedad del inmueble que está siendo ocupado

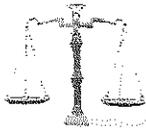
- Testigo: Nelson Darío Gómez

Ok

- Jueza

Por consiguiente cuéntenos usted todo lo que sepa o sobre lo que le acabo de preguntar sobre las condiciones del inmueble y quien lo ha ocupado.

- Testigo: Nelson Darío Gómez



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

Bueno, ayer hace 9 años yo llegue a este edificio, mi papa compro el apartamento en el que yo resido y desde esa época pues yo ya había visto aca a don Mauricio, residiendo en este apartamento, desconozco cuantos años mas llevaba atrás, pero desde que yo llevo acá, completo 9 años en que yo lo he visto a el aca, residiendo en este apartamento. Que es el tiempo que yo llevo también aquí viviendo en este edificio.

- Jueza

En calidad de que lo ha conocido?

- Testigo: Nelson Darío Gómez

Pues, yo siempre he visto que el está al frente en lo que es tema de administración, de las asambleas el asiste como propietario, de hecho aquí solamente asisten propietarios o quienes tenga autorizado mediante un poder para asistir a las asambleas y tener voz y voto, y el siempre aparece como el propietario del apartamento 501.

...

- Jueza

Usted conoció a la señora consuelo Carrasco Fonseca o a la señora Olga marcela Carrasco Fonseca.

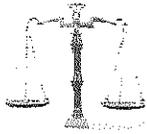
- Testigo: Nelson Darío Gómez

No

- Jueza

Que persona es la que ha estado frente al apartamento, que usted sepa que ha estado muy atenta al apartamento, indicando que es lo que ha visto usted, o como se ha enterado de que la persona es la encargada del mismo?

- Testigo: Nelson Darío Gómez



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

Como le digo nosotros administramos junto con otra persona con don Eduardo Rodríguez, y el que siempre ha pagado acá es Mauricio, siempre ha pagado la administración, pues obviamente el todo tema de los servicios públicos, si no ya se los hubieran cortado, pues me imagino que el también los está haciendo, pero que nosotros tengamos la conciencia de que quien está pagando la administración, que es lo que le compete a la administración pues es Mauricio.

- Jueza

Y usted como lo reconoce al señor Mauricio Santamaría, respecto del inmueble, como lo ve, que es el del inmueble?

- Testigo: Nelson Darío Gómez

Pues yo veo que esta empoderado del apartamento en el tema de suplir todas las necesidades que tiene el apartamento contra gastos y se ve como la persona que está al frente como la persona que es el propietario, pues usted acaba de mencionar que es un juicio, de posesión el que se está adelantando yo asumía que él era el dueño, esa es la figura que el.

- Jueza

Y desde cuando usted asumía que él era el dueño.

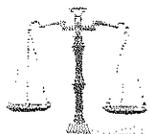
- Testigo: Nelson Darío Gómez

No, desde que yo llegue aca, desde que empezamos con las riendas de administración, uno se da cuenta quine paga, quien es el titular, quien va a las asambleas, quien firma como el propietario, ese tipo de cosas da la referencia que el propietario es el.

- Jueza

Alguna persona ya ha disputado al señor Santamaría, la ocupación del inmueble?

- Testigo: Nelson Darío Gómez



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

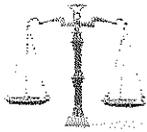
No, que yo sepa no. Aquí no nos ha llegado ninguna solicitud de paz y salvo ni nada de esas cosas... (Negrilla, cursiva y subrayado fuera de texto).

Como se puede apreciar en las respuestas dadas en la declaración de fecha 7 de diciembre de 2016, el señor **NELSON DARÍO** reconoce plenamente a mi poderdante como propietario de los predios que se discute en usucapión, y desconoce a terceras personas que hayan iniciado alguna acción para disputar la posesión que ha ejercido el señor **MAURICIO JOSÉ** desde el año 2004 y hasta la fecha. Pues para el suscrito es muy curioso como una persona que cambia en sus respuestas entre el proceso anterior y el actual, y no debemos apartar de vista que la labor de los Jueces es buscar la verdad verdadera, y para ello debe realizar una valoración exhaustiva de todas y cada una de las pruebas que obran dentro del plenario, previo a proferir sus fallo, por lo anterior no se debe perder de vista que la transcripción de la totalidad del testimonio del señor **GÓMEZ** obra dentro de la foliatura.

II. Testimonio de la señora **CONSUELO AMPARO CUESTO PÁEZ**

Téngase en cuenta como la testigo falta a la verdad al manifestar de entrada que "...le consta que CONSUELO y OLGA MARCELA autorizaron a Mauricio a vivir en ese apartamento, por hacer una obra de caridad, porque él tiene 3 hijas y estaba enfermo..." pues para la fecha que mi poderdante **SANTAMARÍA LIZARRALDE** ingresa al inmueble, la propietaria inscrita era únicamente la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte dentro del proceso) y sostenían una relación sentimental, como consta en la declaración que obra dentro del plenario. Aunado a lo anterior dentro del plenario se aportó certificación expedida por la Universidad La Salle donde consta que mi poderdante tenía contrato con Labor Determinada con la Universidad la Salle desde el 10 de agosto de 2002 y hasta el 21 de marzo de 2014, desempeñándose como profesor de inglés en las sedes de la Universidad en Bogotá.

Por lo tanto, esta es una **manifestación de mala fe** en la cual casi se vulneran los derechos a la dignidad de mi cliente y aun de sus hijas al hacer estas aseveraciones. Nótese que todos



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

los testigos de la parte demandada repiten al unísono que mi poderdante tenía una mala situación económica, que sentía lastima de él y de sus hijas.

Pero me pregunto ¿acaso una persona que tiene contrato con una Universidad tan prestigiosa y reconocida, puede estar en ¿la indigencia como lo quieren hacer ver los testigos y el apoderado de la parte demandada?

Frente a la aseveración que hace la señora **CONSUELO AMPARO CUESTO PÁEZ** "...que **CONSUELO** y **MARCELA** volvieron a Colombia y se quedaron en el apartamento..." nótese que los demás deponentes en cada uno de los procesos y aun en las presentes diligencias, manifiestan que no conocen a la señora **OLGA MARCELA CARRASCO FONSECA** ni de vista ni de trato, aun el administrador manifestó que solo ha conversado con ellas vía telefónica y eso fue hace un año y que no conoce a la aquí demandada.

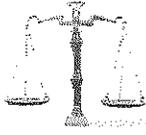
Esta misma deponente asevera que toda la familia conoce que la señora **OLGA MARCELA** vivía en Búfalo, pero el hecho que conocer un país o un estado, en donde reside una persona no es suficiente para señalar que se conoce la residencia de una persona, y menos para hablar de una mala fe. Y solo se ha demostrado que ha existido comunicación con la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte del presente proceso y fue propietaria del inmueble hasta el año 2006) y jamás se aportó prueba siquiera sumaria de la existencia de alguna comunicación entre mi poderdante **MAURICIO JOSÉ** y la demandada **OLGA MARCELA**

- I. Testimonio del señor **ANIBAL RAFAEL CHAMORRO** (Proceso 2015-00710 del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá).

"...ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: buenos días.

...

JUEZA: ¿Cuál es su profesión?



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: soy guarda de seguridad en el edificio portal de malaga

....

JUEZA: ¿Usted conoce o conoció a la señora CONSUELO CARRASCO FONSECA?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Si claro, la conozco.

JUEZA: En virtud de esa respuesta, indique una circunstancia de lugar tiempo y modo en que obtuvo dicho conocimiento y si tiene algún parentesco o alguna vinculación de carácter laboral o dependencia con el Señor Mauricio José Santamaría o con la señora Olga Marcela Carrasco Fonseca

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: No, no señora.

JUEZA: bueno, usted está aquí convocado para que nos cuente todo lo que sepa con relación a qué persona o qué personas han habitado o han ocupado el apartamento 501 y el garaje número 12 ubicado en el edificio portal de Málaga, edificio que se encuentra en la calle 146 a número 40 a 06 y para que usted nos diga todo, cuanto le Conste con relación a esa situación, en virtud a que, en este momento el Señor Mauricio José Santamaría, instaura demanda de pertenencia contra la Señora Olga Marcela Carrasco, con miras de obtener a través del modo de la pertenencia a la propiedad del inmueble, entonces para que usted nos cuente o nos narre, todo lo que tenga de conocimiento, siempre diciendo las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ello tuvo que usted percibe, entonces, si es tan amable cuéntenos

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Pues yo entré en el edificio a trabajar en el 97 conocí a la señora Carrasco en el 2004, cuando va compraron el apartamento y conocí también a Don Mauricio Santamaría desde ahí entonces, doña Olga carrasco, pues me enteré que se había ido para Estados Unidos y don Mauricio Santamaría se quedó en el apartamento y desde ahí yo no la he vuelto a ver a ella, el único que se quedó ahí fue el, viviendo en ese apartamento.



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

...

JUEZA: ¿Por qué razón usted conoció el apartamento por dentro en el año 2006 o 2007?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: por lo que, a don Mauricio yo le iba y le colaboraba con el tapete para lavarlo y eso.

JUEZA: y qué actividad desarrollada ella cuando estaba como propietario

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: No, la verdad sé, sé que estaba ahí pero como le digo ella se demoró muy poquito tiempo ahí, ahora a Olga Marcela Carrasco no la conozco

JUEZA: ¿no la conoce?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: No, de verdad no la conozco, no sé quién es.

JUEZA: qué personas han ocupado el inmueble fuera de la Señora Consuelo Carrasco.

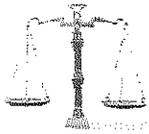
ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: no, ha estado Don Mauricio desde que yo estoy, antes de ella estaba otra familia, pero cuando ya lo adquirió ella después estaba Don Mauricio

JUEZA: ¿y qué calidad le da usted al Señor Mauricio Santamaría respecto del inmueble?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Cómo propietario del apartamento por lo que él vive ahí, el dueño del apartamento.

JUEZA: pero qué actividades conoce usted que haya desarrollado el Señor Mauricio Santamaría en el inmueble

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Pues de mantenerlo, haciéndole su pintura y eso y le mandó cambiar puerta de seguridad.



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

JUEZA: usted porque lo sabe

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: porque como yo le digo, yo trabajo ahí, es un edificio pequeño.

JUEZA: alguna persona ha disputado la ocupación del inmueble y del garaje al Señor Santa María

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: no, no, no

JUEZA: ¿porque usted dice tajantemente que no?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: porque cada quien le respeta cada quien su parqueadero, y para que le ocupen su parqueadero tienen que dar autorización del apartamento, entonces si se autoriza que lo utilice otra persona pues la utiliza, pero si no, no.

...

JUEZA: ¿Qué es lo que a usted le reflejó que él estuviera ahí en el apartamento, como dueño del apartamento, como el encargado?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Por lo que él paga todo, paga la administración, paga los servicios, paga todo.

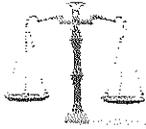
JUEZA: ¿A usted la Señora Consuelo Carrasco, en algún momento le refirió que iba a abandonar el inmueble y se lo iba a dejar al Señor Santa María?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: No, la verdad no

JUEZA: ¿Cómo ha sido la relación social con el señor Santa María?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Bien.

JUEZA: cuando refiere a bien ¿Qué significa?



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Cómo de empleado y residente, soy un trabajador del edificio siempre he sido muy respetuoso con ellos.

JUEZA: ¿qué mejoras le han hecho al apartamento, que a usted le conste que él se le haya hecho?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Pues, lo que le digo la pintura, la puerta de seguridad...

JUEZA: ¿Quién las ha hecho En qué época y porque le consta?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: La época sino me acuerdo, yo recuerdo que hicieron esa puerta y me consta por lo que uno está ahí viendo, no me acuerdo en qué época fue que cambió la puerta esa, hubo problemas en el edificio porque se habían entrado a algunos apartamentos a hurtar.

No más preguntas por parte del despacho, si son tan amables los apoderados

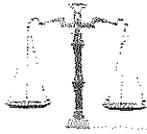
APODERADO DEMANDANTE: Señor Rafael una pregunta, manifieste al despacho en su calidad de vigilante y guarda de seguridad del edificio, ¿qué persona, a usted lo autorizó cuando se le manifestó que iban a entrar a hacer obras en el apartamento, quién autorizó el ingreso de los obreros para pintar, de la persona que arregló la puerta, y quién lo autoriza a usted para que permita el acceso al edificio más concretamente al apartamento?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: el señor Santa María

...

APODERADO DEMANDANTE: usted sabe o le consta y por qué motivo, quién Cancela la administración del apartamento, quién Cancela servicios e impuestos del mismo

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: la verdad, Don Mauricio, él hace entrega de la plata a uno para que uno se la entregue al administrador Igualmente, el



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

administrador le da el recibo a uno para que uno se la entregue a don Mauricio por eso me consta, porque él la paga.

APODERADO DEMANDANTE: No tengo más preguntas

...

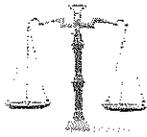
CURADORA: informe al despacho Si para el año 2006 de ¿usted vio o conoció supo que la Señora Consuelo estuvo en Bogotá o Acaso estuvo en el apartamento?

ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO: Que se haya quedado no lo sé, no la vi, y no sé si estuvo aquí en Bogotá. (Negrilla, cursiva y subrayado fuera de texto).

El señor **ANÍBAL RAFAEL** para el mes de octubre de 2016 realiza su declaración en donde manifiesta de manera clara que reconoce al señor **MAURICIO JOSÉ SANTAMARÍA LIZARRALDE**, como propietario del apartamento 501 y garaje 12 del Edificio Málaga P.H., y no conoce ni ha conocido a la señora **OLGA MARCELA CARRASCO FONSECA** quien actúa en calidad de demandada en el presente proceso.

Pero de manera curiosa y sin conocer por qué en la declaración entregada dentro de las presentes diligencias realiza unas apreciaciones algo contrarias, situación que la señora Juez no verifico a pesar que dentro del plenario obra la totalidad del proceso que curso en el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá.

De la misma manera en el declaración entregada el día 11 de octubre de la presente anualidad, el deponente manifiesta que la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte dentro del presente proceso) se quedó en el apartamento sobre el que ejerce la posesión mi poderdante, pero no se debe de perder de vista que a señora dejo de ser propietaria desde el año 2006, por lo tanto no se debe de predecir que ella es propietaria, por el solo hecho de pernotar una noche en ese lugar.



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

II. Testimonio del señor **EDGAR VICENTE CONTRERAS CARRASCO**

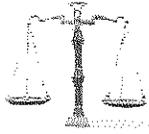
Téngase en cuenta que dentro del presente testimonio se sigue confundiendo al Despacho con las falacias sobre una presunta obra de caridad que realizaron en favor de mi poderdante **MAURICIO JOSÉ** y por la similitud de apellidos entre la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte dentro del presente proceso) y **OLGA MARCELA CARRASCO FONSECA** (parte pasiva dentro del proceso de pertenencia), se trata de crear una figura imaginaria en donde se busca crear un vínculo entre **OLGA MARCELA CARRASCO FONSECA** y el inmueble que se discute en pertenencia, situación que nunca ha existido, pues la propietaria inscrita desde el año 2006 nunca recibió de manera material el apartamento y garaje y por el contrario se denota su actuar desinteresado y de abandono con los predios.

Sobre la manifestación que hace el deponente que le llevo un dinero a la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA**, pues no es un hecho que sea pertinente o conducente para el proceso que nos ocupa porque esta persona no es parte del proceso.

III. Testimonio del señor **EDUARDO RODRÍGUEZ LUNA**

Con referencia a este testigo me permito demostrar que se manifiesta que reconoce como propietaria a la señora **CONSUELO CARRASCO FONSECA** (quien no es parte dentro del presente proceso), por un certificado de libertad que vio, así las cosas no se puede perder de vista que ese certificado de tradición y libertad tiene que tener una fecha anterior a septiembre de 2006, pues en ese momento es cuando se realiza la venta de los bienes que se discuten en usucapión a favor de la demandada y también responde el deponente que no conoce a la aquí demandada **OLGA MARCELA CARRASCO**.

A continuación, me permito transcribir a partes del testimonio rendido por el señor **RODRÍGUEZ LUNA** en la anterior demanda de pertenencia que curso en el Juzgado 27 Civil



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

del Circuito de Bogotá y que es pieza procesal allegada por la parte demandada en el proceso de la referencia. (Proceso 2015-00710 del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá)

"... EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Buenos días su señoría mi nombre es EDUARDO RODRIGUEZ LUNA, mi documento de identidad es 6.496.573, vivo en la calle 150ª a # 48 – 60 apartamento 301

...

JUEZA: Esta usted citado aquí para que nos cuente todo lo que usted sepa con relación a un inmueble que está siendo en este momento ocupado por el aquí demandante que es un apartamento y también un garaje, considerando que él ha hecho actos de señor y dueño para obtener a través del modo de la pertenencia la propiedad sobre el mismo, entonces para que usted nos narre que personas han ocupado el inmueble que consiste en un apartamento ubicado en el 5 piso en la misma dirección que usted narro, siempre diciendo las circunstancias de modo tiempo y lugar en el cual usted ha obtenido dicho conocimiento.

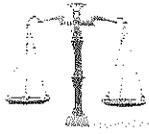
EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Desde que yo tengo conocimiento, la única persona que ha vivido hay es el señor Mauricio Santamaría, en su momento lo ocuparon también sus hijas, pero actualmente lo ocupa únicamente el señor Santamaría.

JUEZA: Podría usted indicarme ¿desde hace cuantos años o desde hace cuánto tiempo usted ha vivido en el edificio portal de Málaga?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Si, el apartamento lo tengo desde el año 98 – 99 pero vivo en el desde el año 2005, desde entonces conozco al señor Mauricio.

JUEZA: USTED dice que es propietario desde el año 99 y según los documentos que aparecen acá obra como propietaria la señora consuelo carrasco Fonseca hasta el 2006 año en el que se vendió a la señora Olga marcela carrasco, conoció usted a alguna de ellas.

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. A ninguna de las dos personas conozco.



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

JUEZA: usted sabe que actos de señor y dueño haya desplegado el aquí demandante sobre el apartamento?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Que me conste a mí, el pago de las cuotas de administración del apartamento, porque yo soy tesorero del edificio y soy quien maneja las cuotas de administración, entonces él es el que las paga y como tal yo expido los recibos a nombre de él que él es quien las paga, el que me entrega el dinero de la cuota de administración.

...

JUEZA: En concreto usted dice que lo que ha hecho o que usted considera que es de eso, es el pago de la Administración, ¿qué otras cosas otras conductas se han hecho por parte del aquí demandante respecto del inmueble?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Pues haber yo supongo que si él está usufructuando el apartamento y el parqueadero yo considero que es el propietario, sin que me conste a mí, hasta ahora me entero que él no es el propietario.

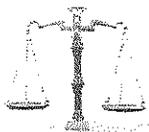
JUEZA: El Señor Mauricio José ante usted cómo se ha presentado respecto del inmueble?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. No hemos tenido conversación alguna al respecto, esos temas nunca los hemos tocado, yo siempre considere que él era el propietario.

JUEZA: ¿Alguna persona diferente al Señor Mauricio José ha ocupado ese inmueble?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Pues haber, hace un tiempo lo estuvo ocupando con una dama en el apartamento, pero supongo que esa relación se acabó por que no volví a ver a la señora.

JUEZA: De acuerdo con el dicho, que usted el tesorero de la propiedad horizontal, ¿tiene usted conocimiento de que alguna persona haya reclamado la propiedad del



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

inmueble al Señor Mauricio José, o se haya producido algún, en alguna manera conflictos por la ocupación de que el mismo, viene haciendo el aquí demandante?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. No conozco y hasta ahora me entere que había otra persona que estaba reclamando la propiedad del inmueble.

...

APODERADO DEMANDANTE: usted conoce y puede manifestar la despacho Quién hace quién asistido, asiste, a las asambleas tanto ordinarias como extraordinarias en calidad y en qué calidad asistido saber la persona.

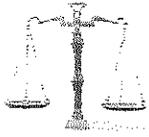
EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Efectivamente el Señor Mauricio Santamaría es el que asistió a todas las asambleas lo que hace que estoy haciendo yo a ellas, si, se supone que él ha ido cómo propietario del apartamento Porque son las asambleas, en cualquier propiedad horizontal los que tienen derecho a asistir son los propietarios, entonces él ha asistido en esa calidad.

APODERADO DEMANDANTE: Aclare del despacho ahorita manifiesta usted que hasta el momento conocen de este proceso, porque lo solicitamos que compareciera como testigo, ¿conoce usted va

conocidos de algún otro proceso, iniciado por otra persona y se sabe qué persona sobre el inmueble apartamento 501 y garaje del edificio donde usted reside?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. No señor, no conozco de alguna otra reclamación al respecto.

APODERADO DEMANDANTE: Sabe usted o le consta, porque motivo en algunos documentos especialmente las certificaciones que se expiden o más bien a nombre de qué persona las certificaciones respecto a propiedad pagó administración expide digamos usted como tesorero.



Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Si a nombre del señor Mauricio Santamaría por petición de él.

CURADORA: En concreto, manifieste al despacho ¿desde qué fecha usted ha visto al Señor Mauricio Santamaría asistiendo a las asambleas generales del edificio?

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. A las asambleas a que yo he asistido desde el año 2005, siempre lo he visto a el asistiendo en esa calidad.

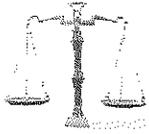
CURADORA: Desde el año 2005, que usted dice que vive en el apartamento vecino del señor Santa María a la fecha indique al despacho, Si es el apartamento donde habita el señor Santamaría ha estado desocupado por periodos de tiempo largos, o si por el contrario ha permanecido siempre ocupado.

EDUARDO RODRIGUEZ LUNA. Siempre ha permanecido ocupado por el señor Santamaría..." Negrilla, cursiva y subrayad fuera de texto.

1. Elementos esenciales de la posesión

Al respecto la jurisprudencia se ha pronunciado en varias oportunidades, de la siguiente manera; "La posesión es "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño". De aquí se desprenden sus dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El corpus es el cuerpo de la posesión, esto es el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre. El animus, por su parte, es el elemento interno o subjetivo, es el comportarse "como señor y dueño" del bien cuya propiedad se pretende" **Sentencia T-518/03**

Estos dos elementos se conjugan en los hechos de la demanda, pues quien más que el poseedor de buena fe, quien actúa de una manera pública y pacífica, realizaría todos y cada uno de actos que se manifiesta

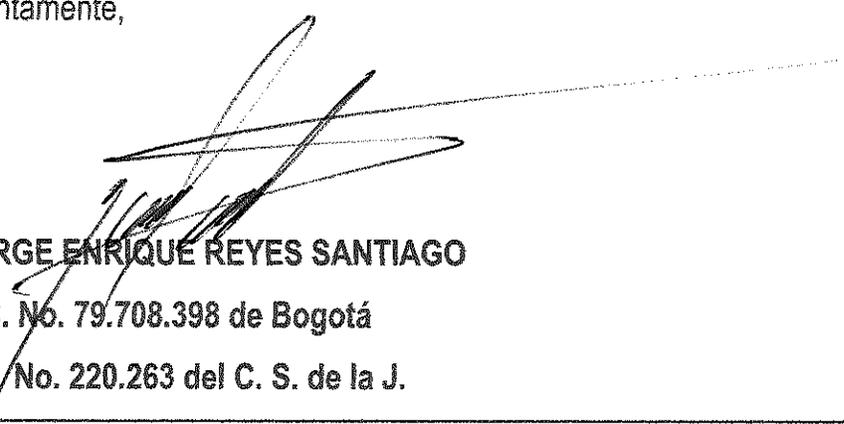


Jorge Enrique Reyes Santiago
Universidad Libre de Colombia
Abogado

Por todo lo anterior, solito se revoque la sentencia preferida el día 12 de noviembre de 2019 y en su defecto se concedan todas y cada una de las pretensiones de la demanda principal y se niega la presunta demanda de reconvencción.

Del Señor Magistrado,

Atentamente,



JORGE ENRIQUE REYES SANTIAGO

C.C. No. 79.708.398 de Bogotá

T.P. No. 220.263 del C. S. de la J.

Honorable Magistrada
Dra. HILDA GONZALEZ NEIRA
Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL- 11001310304220170042801
DEMANDANTE: CONSTRUCTORA E INVERSIONES EL SOLAR
DEMANDADO: SEGUROS DEL ESTADO S.A. Y LADRILLERAS UNIDAS DE COLOMBIA

RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

Actuando en calidad de apoderado judicial de la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES EL SOLAR; de manera respetuosa me permito interponer Recurso de Reposición y en Subsidio Apelación en contra del auto de fecha 31 de julio de 2020 el cual rechazó de plano la solicitud de nulidad propuesta, el cual me permito sustentar de la siguiente manera:

Es procedente la solicitud de Nulidad de todo lo actuado hasta el auto de fecha 01 de julio de 2020, conforme a las siguientes razones: Artículo 133 Núm. 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado, del CGP.

1). El día 31 de enero de 2020 se llevó a cabo audiencia de primera instancia en el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá y en dicha audiencia interpose Recurso de Apelación, el cual fue sustentado en debida forma y el señor juez lo concedió por encontrarse debidamente interpuesto y sustentado, ordenando remitir el proceso al Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil.

2). El 21 de febrero de 2010 su señoría admitió el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

3). Mediante auto de fecha 1 de julio de 2020 se ordena sustentar el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto, so pena de declararlo desierto.

4). Mediante auto de fecha 15 de julio de 2020 el despacho resolvió declarar desierto el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, el 31 de enero de 2020.

Así las cosas, se encuentra errada la interpretación por parte del despacho frente al mencionado Decreto 806 de 2020, artículo 14 inc. 3º; por cuanto el recurso de apelación que fue presentado antes del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que se vive actualmente en el país, esto es, (31 de enero de 2020), fue sustentado oportunamente por el suscrito en la audiencia llevada a cabo el día 31 de enero de 2020. Por la misma razón se concedió el recurso y se ordenó remitir el proceso al Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil.

Que si bien el Decreto 806 de 2020 en su artículo 14 Inc. 3º señala:

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.

Lo cierto es que el recurso de apelación ya había sido oportunamente sustentado, concedido y admitido por su despacho, mucho antes de presentarse el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Por lo que el deber ser del Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil frente al proceso, era fijar fecha para audiencia y en su defecto, proferir fallo de segunda instancia, como quiera que al momento de la admisión del recurso no fueron decretadas pruebas.

Por lo que con los autos del 1º y 15 de julio de 2020, se está vulnerando el derecho al debido proceso de mi prohijada CONSTRUCTORA E INVERSIONES EL SOLAR. Situación diferente se presentaría si el mencionado recurso de apelación se hubiere interpuesto durante el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que nos aqueja; donde se tiene que el fin del Decreto 806 de 2020 es "implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil" más no, de someter los asuntos ya conocidos antes del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, a nuevas reglas cuando ya se habían implementado por el despacho las reglas que regían el procedimiento y conocimiento del recurso de apelación. Es decir, de someter a mi prohijada CONSTRUCTORA E INVERSIONES EL SOLAR a sustentar dos veces el recurso de apelación, cuando en el audio de la audiencia de primera instancia se encuentra sustentado el mismo.

Por lo anterior solicito respetuosamente al despacho lo siguiente:

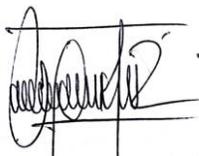
1).- Reponer el auto de fecha 31 de julio de 2020, para en su lugar, declarar la Nulidad de todo lo actuado hasta el auto de fecha 01 de julio de 2020 y teniendo en cuenta que el recurso de apelación por parte de la demandante CONSTRUCTORA E INVERSIONES EL SOLAR ya se encuentra debidamente sustentado y admitido desde el 21 de febrero de 2020; se ordene correr traslado del mismo a las demandadas SEGUROS DEL ESTADO S.A., y LADRILLERAS UNIDAS DE COLOMBIA por el termino de Cinco (5) días, y/o fijar fecha y hora para la realización de la audiencia.

En caso de no reponer su decisión, solicito respetuosamente se conceda el recurso de Apelación.

NOTIFICACIONES. -

Las personales las recibiré en la secretaría de su despacho o en la Calle 82 No. 112 F – 10 Interior 34 Apto 101 en la ciudad de Bogotá, teléfonos 3138517040 – 6557096. Correo electrónico: jair.atuesta@hotmail.com.

Cordialmente,



JAIR FERNANDO ATUESTA REY
CC: 91.510.758 de Bucaramanga
T. P. 219.124 del C. S. de la J.



Calle 117 A No. 09 B - 08
PBX (0571)7460107

e mail seneoryseneor@seneorlawyers.com
www.seneorlawyers.com

Bogotá D.C. – Colombia

**SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MAGISTRADO LUIS ROBERTO SUAREZ
E. S. D.**

ASUNTO: SUSTENTO RECURSO DE APELACIÓN
EXPEDIENTE: 110013199002**20190011901**
DEMANDANTE: PIVO S.A.S.
DEMANDADO: OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO

JULIO JOSE SENEOR L., abogado, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado especial de la sociedad PIVO S.A.S., sociedad constituida, conforme las leyes de la República de Colombia, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con Nit. No. 900.303.918-1 y matrícula mercantil No. 1918089, por medio del presente escrito, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN presentado en contra de la sentencia emitida el 31 de enero de 2020 y notificada por estado el 03 de febrero de 2020, de la siguiente forma:

PRIMERO: MOTIVOS DE LA APELACIÓN:

Reiterando lo establecido en el recurso de apelación presentado, si bien es cierto que la Superintendencia conforme la parte resolutive condena al señor OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO (único socio, representante legal y liquidador) por:

- Violar la ley por no informar a sus acreedores sobre la liquidación y disolución de la sociedad.
- Violar la ley por no elaborar el inventario de los activos y pasivos que tenía la obligación de hacer
- Violar la ley por no realizar el pago del pasivo externo de la compañía en los términos que señala la misma ley

Pero pese a lo anterior:

- Solo condenó al señor OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO (único socio, representante legal y liquidador) a pagar LOS PERJUICIOS CAUSADOS a

PIVO S.A.S. por \$5'340.662, cuando lo solicitado y demostrado por perjuicios fue la suma de \$481'490.076.

- Olvidó u omitió señalar en la parte resolutive de la sentencia que el señor OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO (único socio, representante legal y liquidador) no realizó las reservas legales, que por ley estaba en la obligación de efectuar.
- Olvidó u omitió señalar que el señor OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO (único socio, representante legal y liquidador) se adjudicó a sí mismo la suma de \$400'000.000, pese a que la deuda como prestamista a su propia sociedad era solo de \$331'835.950, por lo que el valor adicional, terminó siendo una utilidad, para el socio único que en el presente caso es el mismo liquidador.
- Señaló la sentencia que el préstamo que el socio le hizo a la sociedad tiene una prelación de créditos superior a los perjuicios causados o que las reservas omitidas, cuando esto no es lo indicado en la ley ni en los conceptos de la misma Superintendencia de Sociedades, olvidando que la responsabilidad del liquidador es ILIMITADA.

SEGUNDO: La falta de condena y las omisiones presentadas en el fallo que redundaban en razones adicionales para condenar por todos los perjuicios causados, se originó principalmente por una indebida valoración de las pruebas y una indebida aplicación de la ley en la sentencia

Se presenta una indebida aplicación de la ley porque la normatividad señala:

“ARTICULO 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, los administradores responden

- Solidariamente
- Ilimitadamente
- Se presume la culpa del administrador.

Por tanto, cuando la norma habla de que el administrador es ILIMITADAMENTE RESPONSABLE significa, precisamente eso, que la responsabilidad es ILIMITADA, o sea, sin límite, no que se limita a una cifra específica, monto de aportes o patrimonio de la sociedad administrada, lo que se ignoró totalmente en la sentencia atacada.

Ahora bien, la presunción de la culpa según la Corte Constitucional tiene como objetivo o finalidad

“Para la Corte no están llamados a prosperar los cargos respecto de los incisos acusados de la Ley 222 de 1995, en la medida que el establecimiento de la presunción de culpa para los administradores obedece a una finalidad específica e importante como lo es la de facilitar el establecimiento de la responsabilidad de los administradores, atendiendo el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que les ha sido encomendada, pues los citados funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones de orden social.”
(Sentencia C-123 de 2006)

En ese orden de ideas, si existe una presunción de culpa, es obligatorio dar aplicación al artículo 166 del Código General del Proceso, que nos indica:

“ARTÍCULO 166. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”

En otras palabras, la presunción tiene como uno de sus efectos INVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA, esto es, le corresponde al presunto INFRACITOR desvirtuar su responsabilidad, tal y como sostiene la jurisprudencia y la doctrina así:

*“A pesar de que se ha aceptado la existencia de presunciones elaboradas por los jueces o presunciones hominis, confundidas antitécnicamente con los indicios[43], en lo que interesa al presente asunto, las presunciones de dolo y culpa sólo pueden tener fuente legal. Se trata de una técnica normativa a la que recurre el legislador quien, en la búsqueda de proteger un interés valioso [44], convierte en asunto relevado de prueba, para efectos de convicción[45], ciertos hechos o circunstancias, a partir de un hecho base que debe estar debidamente probado[46]. **Con esta medida, el legislador busca atribuir ex ante[47], de manera adecuada, la carga de la prueba, partiendo de un razonamiento construido a partir de la lógica y la experiencia[48], de lo que normalmente ocurre, a efectos de invertir el deber de prueba hacia el hecho contrario.** Esto quiere decir, en otras palabras, que la apariencia de la presunción requiere de la plena prueba del hecho antecedente o base que abre la puerta al uso de la presunción como medio de convicción. El basamento lógico y resultado de la experiencia propio de las presunciones, las diferencia de las ficciones, técnica legislativa diferente que da por establecido un hecho, para producir un determinado resultado, aunque resulte contrario a la realidad de lo que normalmente ocurre. Por demás, las presunciones pueden ser refutables, mediante prueba en contrario (presunciones legales, de hecho o iuris tantum) o irrefragables (de Derecho o de iuris et de iure).*

Las presunciones de dolo o de culpa son afectaciones directas de la presunción de inocencia que, a pesar de no ser de la entidad de la responsabilidad objetiva, sí exigen que la medida adoptada por el legislador resulte razonable y proporcionada, para ser constitucional. Se trata de formas de responsabilidad subjetiva, es decir, en las que el establecimiento del componente subjetivo del hecho causante de la responsabilidad, dolo o

*culpa, es dogmáticamente imprescindible para declarar la responsabilidad, **pero la carga de la prueba se encuentra legalmente invertida**” (Sentencia C-225/17 del 20 de Abril de 2017 Mg. P. Alejandro Linares Castillo)*

Por tanto, conforme a la ley sustancial, con efectos procesales, basta con probar el incumplimiento en los deberes como administrador y en este caso como liquidador, para endilgarle la responsabilidad solidaria e ilimitada, que contempla la norma aducida y como consecuencia de lo anterior, es al señor OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO (único socio, representante legal y liquidador) quien debía demostrar que no tenía obligación de responder por los perjuicios acusados y no al contrario.

Lo anterior, conlleva a que la sentencia atacada resulte ilógica, incoherente y contraria a derecho, al atribuirle una responsabilidad al señor OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO (único socio, representante legal y liquidador), pero por unos perjuicios ínfimos, esto es, de solo \$5'340.662, cuando lo solicitado y probado por perjuicios fue la suma de \$481'490.076, olvidando que la misma norma establece que la responsabilidad es SOLIDARIA E ILIMITADA, quien debe probar en contrario es el infractor según la ley y a su vez, quien tiene un indicio grave en contra, por lo que el examen de las pruebas de defensa debe ser más exhaustivo

Ahora bien, al contrario de lo sostenido en la sentencia, se encontró que tanto el liquidador y único socio, como su hijo empleado, en sus declaraciones incluyeron imprecisiones o mentiras, por lo que a sus dichos no debió dárseles credibilidad, y en consecuencia, al no cumplir con su carga probatoria, el Juez debía declararles culpables y condenarles a los perjuicios deprecados.

TERCERO: INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

Si bien es cierto, los jueces tienen libertad en la valoración probatoria, esta libertad no puede ir en contra de los hechos probados, las presunciones legales establecidas y los indicios que el legislador ha estipulado.

En el presente caso, tenemos:

- Una serie de hechos probados. (Existencia de contratos, existencia de facturas e incumplimiento de los deberes del liquidador)

- Una presunción legal en contra del demandado (En virtud de la ley)
- Un indicio GRAVE (según la ley) en contra del demandado.
- Se encontraron mentiras en las declaraciones del señor Oscar Yime Ardila y del señor Oscar Alejandro Ardila (hijo del demandado)
- El liquidador engaño a PIVO S.A.S. al decirle el 30 de abril por e-mail que había entrado en proceso de disolución y liquidación, cuando en realidad la sociedad ya no existía hace días por su liquidación.
- El socio único se debía \$331'835.950, pero se pagó a si mimos, \$400'000.000 (Según el acta de liquidación de la sociedad)

Pero pese a dichos hechos, dicha presunción, dicho indicio grave, a las mentiras del demandado (socio único, representante legal, liquidador y beneficiado directo con la liquidación) y pagarse más de lo que se debía, el juez le da valor y crédito al testimonio de Alejandro Ardila y a la versión del demandado y valora negativamente o le resta credibilidad e ignora otras pruebas sin explicación válida alguna que muestran la magnitud o monto de perjuicios, como se pasara a observar en cada uno de los siguientes puntos.

CUARTO: INDEBIDA VALORACIÓN RESPECTO DE LAS FACTURAS RECLAMADAS

4.1. Respecto de las facturas se tiene probado que las facturas 2754, 2755 y 2762 del 16 de abril de 2018, fueron recibidas, no fueron rechazadas y no fueron incluidas por el liquidador en el inventario de las acreencias externas.

4.2. Quedó demostrado que existía un contrato de franquicia, en virtud del cual, para que la sociedad GRUPO ARDILA pudiera operar, la sociedad PIVO S.A.S. debía proveerle productos. (Cláusula 3.9), que es justamente el concepto por el cual están emitidas las facturas reclamadas.

4.3. Quedó demostrado que GRUPO ARDILA S.A.S. debía comprar los productos suministrados para operar la franquicia (Cláusula 4.4. y siguientes) y por supuesto que debía pagarlas (Cláusula 4.10 del contrato de franquicia)

4.4. Se demostró que tanto el señor Oscar Yime Ardila (Socio Único, Representante Legal y Liquidador) **mintió** en su declaración, pues señaló que nunca había recibido las facturas cobradas (incluyendo las 2754, 2755 y 2762 del 16 de abril de 2018) pero quedó demostrado que si habían recibido varias facturas, sobre las cuales se formuló condena.

4.5. Está demostrado que las facturas restantes: las cuales son 2756, 2757, 2830, PI – 1322, PI 1323, PI 1324, PI – 1325, PI 1326, fueron enviadas por correo electrónico a quien correspondía recibirlos y dichos correos electrónicos nunca fueron tachados de falsos o que las facturas fueron rechazadas.

4.6. Está demostrada perfectamente la presunción grave en contra, en los términos de lo señalado en el artículo 22 de la ley 640 de 2000

4.7. Está demostrado que sobre Oscar Yime Ardila (socio único, representante legal, liquidador y único beneficiario en la liquidación), pesa la presunción de responsabilidad del artículo 200 del C.Co., modificado por la ley 222 de 1995, que le atribuye responsabilidad solidaria e ilimitada.

Por tanto, si existe todo el anterior acervo probatorio, resulta contrario a la ley, contrario a la lógica jurídica y a las reglas de la experiencia que se le dé crédito al testimonio del hijo del demandado y al interrogatorio de parte al demandado, cuando se estableció que dichas versiones contenían mentiras.

Tantas mentiras contenían sus declaraciones, que ellos siempre señalaron que no debían ninguna factura, pero se condenó por 3 de estas o que el señor Alejandro Ardila estuvo en Neiva y al mismo tiempo estuvo en Barranquilla, justamente en una reunión de la franquicia BEER PUB de titularidad de PIVO S.A.S, por lo que se evidencia que su dicho carece de valor.

Al contrario, resultan creíbles las versiones del representante legal de PIVO S.A.S., y del señor Jerver Torres, pues son contundentes al señalar que:

- Existe el contrato de franquicia.

- Existe un suministro de producto.
- Se emitieron las facturas correspondientes a dicho suministro.
- La franquicia operó hasta finales de abril del año 2018, pese a que la sociedad ya no existía (generándose obligaciones de pago de regalías, cuotas de publicidad y suministro de productos que debían ser pagados).

Por tanto, lo legal y justo es que la sociedad pagara sus deudas originadas en el contrato de franquicia e instrumentadas en las facturas y no que de manera soterrada o a escondidas liquidara la misma, para que el mismo liquidador y socio único, se apropiara de todo el dinero que tenía al momento de liquidar la sociedad, esto es, se pagara el préstamo que había hecho a la sociedad y se adjudicara varios millones más.

Ahora bien, si en gracia de discusión las facturas no fueron recibidas, es claro que por la existencia del contrato de franquicia, tenía el GRUPO ARDILA que pagar las regalías, el suministro de productos, la cuota de publicidad.

Nótese por favor que para adjudicar la responsabilidad y su consecuente resarcimiento de perjuicios, no es obligatorio que la deuda repose en una factura o un título valor, basta con demostrar que se tenía la obligación de cumplir determinada prestación económica, sin importar el origen, por lo que es justamente esa prestación económica que se reclama.

QUINTO: INDEBIDA VALORACIÓN RESPECTO DE LA DEUDA POR EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE OBRA

La sentencia atacada, erradamente sostiene que si bien es cierto, la sociedad GRUPO ARDILA a cargo del liquidador, debía hacer las reservas correspondientes, también lo es, que en la prelación de créditos, primero deben pagarse las deudas ciertas como el préstamo de el mismo liquidador, socio único y representante legal y luego si pensar en las reservas correspondientes.

Pero contrario a lo señalado en la sentencia, tenemos que:

- a) La norma señala que el administrador, como el liquidador, cuando falta a sus deberes responde solidaria e ILIMITADAMENTE, no limitadamente al patrimonio de la sociedad, pues esto sería hacer decir a la norma justamente lo contrario a lo que ella establece.

- b) El artículo 2488 y siguientes del Código Civil señalan la prelación de créditos y en dichas normas no se habla que los créditos sujetos a reserva tengan mayor o menor prelación que otros, por lo que nuevamente erra la sentencia apelada

- c) La misma Superintendencia de Sociedades ha señalado que las reservas no tienen una prelación de créditos propiamente dicha, sino que deberá observarse qué tipo de crédito se originaría en caso de concretarse la deuda en litigio.

Lo anterior fue establecido en las siguientes palabras:

“En este sentido, el artículo 2496 del Código Civil, ibídem, expresa respecto de los créditos de primera clase, lo siguiente: “los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata”

De ahí que en el supuesto planteado, se debe revisar la naturaleza del crédito litigioso y determinar si goza o no de prelación y privilegio por pertenecer a la primera clase, caso en el cual, de acuerdo con el precitado artículo, todos los bienes del deudor estarían comprometidos con el pago de estas obligaciones, lo que desde luego incluye la obligación de constituir la reserva adecuada para efectuar el pago del crédito litigioso, y pagar en forma proporcional las obligaciones de esta categoría en el orden de su numeración como lo dispone la citada ley”

(OFICIO 220-204594 DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2017 emitido por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES)

Por tanto, lo que debió hacerse en primer lugar era inventariar las deudas, incluyendo las litigiosas o eventuales, posteriormente graduar conforme la prelación de créditos y finalmente proceder a pagar conforme señala la ley, lo que claramente NO hizo el liquidador.

En el presente caso el préstamo del único socio y liquidador, es un crédito de 5º categoría, la misma categoría del pago del acreedor del contrato de prestación de servicios de obra, por lo que debió dejarse la reserva a prorrata y no como lo señaló la sentencia atacada que solicitamos modificar para ajustarla a la ley.

- d) Se equivoca la Superintendencia al señalar en la sentencia que la sociedad carecía de recursos para pagar a sus acreedores y hacer las reservas respectivas, toda vez que el ACTA DE LIQUIDACIÓN No. 001 del 02 de Abril del año 2018, señala textualmente:

“d. Pasivos de la entidad. En cuanto a los Pasivos de la entidad, se puede decir que el valor más representativo por cancelar será el saldo de la deuda para con el único accionista, el cual asciende a \$331'835.950; cifra que queda después de haberle sido adjudicado el valor de la venta de la propiedad planta y equipo que a continuación se enuncia:

e. Pago de Pasivos: La empresa Grupo Ardila S.A.S., vendió toda la propiedad (no hay bienes inmuebles) Planta y Equipo por valor de \$400'000.000 para subsanar la deuda con el único accionista”

Como claramente se observa de lo anterior, el único accionista que es el mismo liquidador, se adjudicó \$400'000.000 cuando su supuesta deuda era de \$331'835.950, por lo que con dicha operación tuvo una utilidad de

\$68'164.050, sin que se explicara la razón de por qué se pagó más dinero que el que supuestamente se debía.

Por tanto, se evidencia a todas luces una defraudación de los acreedores al no haber liquidado como correspondía la sociedad GRUPO ARDILA S.A.S. y en su lugar desconocer al acreedor PIVO S.A.S. y adjudicarse más dinero del que supuestamente se debía, razón suficiente para condenar al liquidador a pagar la deuda a su acreedor de forma solidaria e ilimitada, conforme la ley, incluyendo el valor faltante del contrato de prestación de servicios de obra.

SEXTO: DE LAS OBRAS ADICIONALES EJECUTADAS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE OBRA.

De una forma muy extraña, la Superintendencia de Sociedades, niega que exista la obligación de pagar las obras adicionales, toda vez que en palabras de la providencia recurrida:

“... No obstante lo anterior, no obra prueba en el expediente sobre la existencia de una deuda por ese concepto a favor de PIVO S.A.S. y a cargo de GRUPO ARDILA S.A.S. Por el contrario, tal y como lo manifestó el testigo Jerver Torres Rojas, los discutidos adicionales no fueron facturados”

La sentencia en este punto específico, presenta los siguientes errores:

- Considera que como no se emitió factura, no hay obligación de pago y no hay perjuicio, en otras palabras solo se debe pagar, lo que se ha facturado y no lo que genera perjuicios, lo que a todas luces es una premisa falsa y contraria a la ley.
- Considera la Superintendencia que no hay pruebas pese a que:
 - Se reconoce que existe una relación de las obras adicionales.

Dicha supuesta relación es un certificado de revisoría fiscal, por lo que ofrece certeza de lo que en ella se consigna, si ninguna de las partes lo tacha de falso y se adelanta el incidente de tacha de falsedad.

- Correo electrónico del arquitecto, informando que las obras adicionales fueron aprobadas por quien entonces era el representante legal de GRUPO ARDILA S.A.S.
- Testimonio del señor Jerver Torres Rojas, acreditando la falta de pago de las obras adicionales

Por tanto, resulta contraevidente, señalar que no hay prueba de la deuda, cuando justamente se mencionan diferentes medios probatorios, sin olvidar el indicio grave en contra ya mencionado, la presunción de responsabilidad que por ley recae sobre el demandado.

Por consiguiente, la sentencia apelada debe revocarse y emitirse una nueva, en armonía con las pruebas existentes en el proceso y con lo señalado en la ley, que claramente establece que el liquidador es solidaria e ilimitadamente responsable y no que solo es responsable de lo que el acreedor haya alcanzado a facturar, dentro de una liquidación de la cual NO tuvo noticia.

SEPTIMO: PERJUICIOS DERIVADOS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Señala la sentencia que no existe obligaciones de la sociedad extinta, que generen perjuicios a PIVO S.A.S. por la terminación del contrato de franquicia que entre las partes existía, en las siguientes palabras:

“Así púes, al no existir un pronunciamiento de la autoridad arbitral o judicial competente que haya reconocido la aplicación de la cláusula penal a favor de la demandante, dicha acreencia no puede ser considerada por este

Despacho como una obligación insoluta que debía incluirse, en tal calidad, dentro del inventario de liquidación”

Del anterior fragmento, se evidencia una ruptura entre la realidad procesal y la decisión tomada, toda vez que:

- a) El contrato de Franquicia, tal y como aparece en los documentos aportados con la presentación de la demanda, contenía una serie de obligaciones de tracto sucesivo y otras que a medida que pasara el tiempo se generaban, (regalías, pago de suministro, pago de cuota de publicidad), lo que fue corroborado por los testigos del proceso.
- b) La existencia de dichas obligaciones contractuales incluso fue ratificada por el señor liquidador, al señalar que conocía y sabía que tenía el deber de pagar regalías y por el testigo, su hijo y administrador del punto de franquicia (1:06:24 de la grabación del testimonio del señor Oscar Alejandro Ardila)
- c) La sociedad se liquidó, según el acta de liquidación No. 001 del día 02 de abril de 2018, pero solamente se informó de la terminación el día 30 de abril de 2018, esto significa que pese a la liquidación:
 - i. La sociedad siguió operando, siguió ejecutando el contrato de franquicia, recibiendo producto de PIVO, generándose la obligación de pago de regalías, pago de suministros, pago de cuota de publicidad, pese a estar liquidada la sociedad, toda vez que el señor Alejandro Ardila (Administrador del local “Beer Pub” en Neiva e hijo del liquidador), sostuvo que el local estuvo operando hasta finales del mes de abril (1:00:00 de la grabación del testimonio de OSCAR ALEJANDRO ARDILA, hijo del demandado)
 - ii. Se engañó a PIVO S.A.S. ya que el mensaje del 30 de abril decía que la sociedad GRUPO ARDILA, entraba en proceso de

disolución y liquidación, pero esto fue mentira, porque la sociedad, para esa fecha ya estaba liquidada.

iii. Pese a que la sociedad franquiciada GRUPO ARDILA S.A.S. ya no existía, PIVO siguió invirtiendo y cumpliendo sus obligaciones como Franquiciante, como la capacitación al administrador e hijo del liquidador que se realizó entre el 16 al 18 de abril (1:15:00 de la grabación del testimonio)

d) El comportamiento del liquidador al no dar aviso de la disolución y liquidación y dar por terminado el contrato de franquicia solo cuando la sociedad franquiciada ya no existía, le impidió ejercer los derechos que contemplaba el contrato, hacer los cobros que señalaba el contrato y en especial, no pudo ejercer o reclamar sus derechos a la terminación del contrato de franquicia (Cláusula 14 contrato de franquicia)

Por tanto, es claro que al no poder cobrar las sumas adeudadas por la liquidación previa de la sociedad y a escondidas de sus acreedores, a PIVO S.A.S. se le generaron los siguientes perjuicios.

- Cobrar las regalías mensuales (5% de las ventas de GRUPO ARDILA S.A.S. Cláusula 6.2.1.)
- Cobrar las cuotas de publicidad (2.5% de las ventas del GRUPO ARDILA S.A.S)
- Obtener la cesión de las líneas telefónicas (Cláusula 14.3 del contrato de Franquicia)
- Obtener la cesión del establecimiento de comercio (Cláusula 14.4. del contrato de franquicia).
- Obtener o cobrar la cláusula Penal (Cláusula 14.9. del contrato de franquicia).

Como consecuencia de lo anterior, se generaron unos perjuicios atribuibles a la actuación del liquidador y socio único, por los cuales debe responder en los términos de la ley, esto es, de forma solidaria e ilimitada.

OCTAVO: CONCLUSIONES

Por tanto, como tenemos:

- a) Indicio grave en contra de OSCAR YIME ARDILA de los hechos narrados en la demanda
- b) Presunción de responsabilidad por no cumplir la ley por parte de OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO, la cual adjudica responsabilidad SOLIDARIA E ILIMITADA
- c) Mentiras de OSCAR YIME ARDILA TRUJILLO en sus declaraciones al afirmar que:
 - i. PIVO S.A.S. no era un acreedor al momento de la disolución, cuando quedó comprobado lo contrario, al punto que se reconoció la obligación de pago de facturas.
 - ii. Mentiras en la carta (e-mail) de terminación del 30 de abril de 2018, en la que sostuvo el liquidador ARDILA TRUJILLO que la sociedad GRUPO ARDILA entraba en proceso de disolución y liquidación, cuando la realidad era que la sociedad ya no existía.
 - iii. Mentiras en su declaración sobre que la fecha de liquidación fue el 13 de abril, cuando el acta de liquidación tiene una fecha de 02 de abril (Interrogatorio de parte al demandado Minuto 40:20)
- d) El liquidador y único accionista se atribuyó \$400'000.000 cuando la sociedad solo le debía la suma de \$331'835.950 pesos

- e) Existen varias facturas debidamente entregadas, que demuestran que GRUPO ARDILA quedó debiendo por productos suministrados para operar la franquicia, regalías, entre otros \$11'646.756 pesos
- f) Existen pruebas, (contrato de prestación de servicios de obra, testimonios certificados de revisoría fiscal) que señalan la falta de pago del contrato de prestación de servicios de obra, por un valor de \$55'699.822
- g) Existen pruebas (testimonios, certificados de revisoría fiscal, declaraciones y correos electrónicos) que señalan que por obras adicionales aprobadas la sociedad GRUPO ARDILA quedó debiendo \$14'101.699
- h) Quedó demostrado que por la falta de aviso oportuno (cuando la ley lo indica), que la sociedad PIVO S.A.S. no pudo obtener el cumplimiento de las obligaciones contractuales del acuerdo de franquicia, incluyendo la cláusula penal que este contenía.

Por tanto, teniendo en cuenta que todos estos perjuicios fueron ocasionados por el incumplimiento de las normas de liquidación por parte del liquidador, este es el responsable y debe responder de conformidad con la misma ley de manera solidaria e ilimitada, sin importar que el perjuicio sea por falta de pago de facturas, incumplimiento de contrato, falta de las reservas legales o cualquier otro, pues se insiste la obligación de responder por los perjuicios es ilimitada y no condicionada a la existencia de una factura.

En ese orden de ideas, reitero las peticiones previamente formuladas:

PETICIONES

Sea revocada la sentencia emitida el pasado 31 de enero de 2020 y en su lugar sea condenado el liquidador, demandado e infractor de las normas legales, por los perjuicios causados, incluyendo:



Calle 117 A No. 09 B - 08
PBX (0571)7460107

e mail seneoryseneor@seneorlawyers.com
www.seneorlawyers.com

Bogotá D.C. – Colombia

CONCEPTO	VALOR
Facturas no pagadas	\$11'646756
Cuota faltante del contrato de Prestación de servicios de obra	\$55'699.822
Obras adicionales	\$14'101.699
Incumplimiento y terminación intempestiva de la franquicia	\$400'000.000

Cordialmente,



JULIO JOSE SENEOR

C.C. 79.146.179 de Bogotá

T.P. 33.375 del C. S. de la J

Honorables
Magistradas(os). del Tribunal Superior del Distrito
Judicial de Bogotá, D.C. –Sala Civil–
Vía Email: secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
E.S.D.

Ref.: *Proceso* : **Declarativo – Impugnación Fiduciaria**
 Magistrada : **05. Dra. Martha Isabel García Serrano**
 Radicación : **11 001 31 03 013 2013 00122 05**
 Demandante : **Subaru de Colombia S.A. (hoy Cancar S.A.)**
 Demandados : **Mayra Alejandra Chauta Ibarra y otros**
 Asunto : **Apelación Sentencia. Sustentación ante el Tribunal**

En función de apoderado especial de la compañía **Subaru de Colombia S.A. (hoy Cancar S.A.)**, atendiendo al traslado que se nos hace el **H. Tribunal Superior de este Distrito** para que señalemos las cláusulas de la censura contra la sentencia pronunciada por el **Juez Trece Civil del Circuito de Bogotá, D.C.**, queremos señalar, con todo respeto, que los términos del reparo fueron formulados mediante memorial que radicamos ante el *a quo* con fecha 4 de octubre de 2019, después de lo cual se concedió la apelación en el efecto devolutivo.

1/19

Sea pues esta la ocasión para reafirmar los conceptos que allí se expusieron transcribiendo sus acápites y resaltando la pertinencia de las dos cuestiones cardinales de la censura: una de naturaleza judicial que hace contraevidente el fallo por falta de apreciación y apreciación equivocada de las pruebas y otra, por error de derecho en la interpretación de la ley, cuestiones estas que llevan a la revocatoria de la sentencia recurrida, como se verá a continuación:

Acápite I

Síntesis del proceso

Quedó establecido, que la parte que interpreto, en su momento, usó la prerrogativa para **sustituir** la demanda ejecutiva con obligación de hacer, conforme lo señalaba sin limitación alguna el art. 88 del CPC, permitiendo replantear integralmente

las pretensiones, hechos, pruebas, naturaleza y vía procesal las cuales se enderezaron a la antes llamada acción ordinaria.

Lo anterior por cuanto en actuaciones sobrevinientes de los ejecutado, quienes previendo la medida cautelar ordenada por el *a quo*, transfirieron a título de fiducia mercantil los bienes a que la promesa (título ejecutivo) obliga, incurriendo en la trasgresión que señala *in fine* el art. 1238 del C.Co.

Quede claro también que el H. Tribunal Superior de Bogotá^[1] en providencia del 2 de agosto de 2016, declaró, de cara a la excepción de cláusula compromisoria, la procedencia de la demanda frente a las pretensiones primera principal **simulación relativa**, junto con sus subsidiarias: **recisión por fraude pauliano** y **simulación absoluta** de los negocios jurídicos contenido en las escrituras 432 y 575 de 2013 otorgadas en la notaría once de este círculo.

2/19

Acápito II

La sentencia recurrida

Bajo el *Corolario* [de que] *fracasada la apelación intentada, habrá de confirmarse la decisión, imponiendo la condena en costas al recurrente.* (¿?). La sentencia, que lleva fecha del 6 de septiembre próximo pasado, es en su parte resolutive del siguiente tenor:

[1] MP.Dr. Julio Enrique Mogollón González.

DECISIÓN

En consideración a lo expuesto en las líneas que preceden, el **Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SE ORDENA el levantamiento de las medidas cautelares. Oficiése.

CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho, la suma de \$ 6'000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO
Juez

Acápito III Censura

3/19

Se acusa la sentencia por violación de los arts. 1045, 1501, 1740, 1741, 1742, 1746, 1766 y 2490, del C.C.; el art. 1238 *in fine* del C.Co; y 174, 175, 187, 248, 249 y 250 del CPC (hoy 164, 146, 176, 266, 241 y 242, respectivamente, del CGP), incurriendo en errores de hecho y de derecho, a consecuencia de ostensible diagnosis equivocada, al descartar la simulación/nulidad invocada en la pretensión primera principal y sus subsidiarias, pese a tener por ciertos los hechos en que se fundan las mismas, según paso a detallar:

3.1. Falta de apreciación y apreciación errónea de la prueba que conduce al fallo contraevidente del numeral primero de su parte resolutive, pues al interpretar conductas, documentos y testimonios idóneos, se les resta el alcance que objetivamente les corresponde, menoscabando el mérito que debe concedérseles según el método de la libre apreciación, particularmente de cara a

que todos, absolutamente todas y cada una de las pruebas recaudadas, indican que los actos acusados son nulo o bien simulado en dirección a la impugnación fiduciaria vista en el art. 1238 del C.Co.

Todas las pruebas del actor fueron decretadas, en forma oportuna y regular, siendo por lo demás auténticas, ceñidas al asunto, no objetadas, no redargüidas y sin tacha:

- Contrato de Promesa de Compraventa celebrado entre **Subaru de Colombia S.A. y María Elisa Ibarra Ramírez, Leonardo León Chauta Ibarra y Mayra Alejandra Chauta Ibarra.**
- Contrato de Promesa de Compraventa de Derechos Fiduciarios
- Certificado de existencia y representación legal de la compañía **Subaru de Colombia S.A.**
- Folio de matrícula inmobiliaria 50S-728778 correspondiente al predio Santa María de la Cruz, Lote B.
- Folio de matrícula inmobiliaria 50S-728786, correspondiente al predio Santa María, Lote A.
- Contrato de Promesa de Compraventa celebrado entre **Subaru de Colombia S.A. y María Elisa Ibarra Ramírez, Leonardo León Chauta Ibarra y Mayra Alejandra Chauta Ibarra.**
- Contrato de Promesa de Compraventa de Derechos Fiduciarios
- Certificado de existencia y representación legal de la compañía **Subaru de Colombia S.A.**

- Folio de matrícula inmobiliaria 50S-728778 correspondiente al predio Santa María de la Cruz, Lote B.
- Folio de matrícula inmobiliaria 50S-728786, correspondiente al predio Santa María, Lote A.
- Folio de matrícula inmobiliaria 50S-40015459, correspondiente al predio Hacienda el Tablón.
- Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Pagos celebrado entre **María Elisa Ibarra Ramírez, Mayra Alejandra Chauta Ibarra, Leonardo León Chauta Ibarra y Martha Victoria Chauta González** (Por Una Parte) y **Fiduciaria Colpatria S.A.**
- Pagares y su carta de instrucciones, con los que la demandada da cumplimiento y/o se allana a cumplir, a las cláusulas de garantía a que la promesa obliga. En el evento de cumplirse por cualquier forma la obligación, tales títulos serán desglosados del proceso, para su entrega a los respectivos titulares del derecho que en ellos se incorpora, siempre que bajo su cargo no queden pendientes obligaciones o condenas.
- Reproducción de correos electrónicos cruzados por las partes entre sí y con la **Fiduciaria Colpatria. S.A.**, que dan cuenta del desarrollo del negocio que tuvo origen en el contrato de promesa cuya ejecución se demanda.
- Escritura pública 432 del 21 de febrero de 2013, Notaria Once de este círculo.
- Escritura pública 575 del 4 de marzo de 2013, Notaria Once de este círculo.
- Folio de matrícula inmobiliaria 50S-40015459, correspondiente al predio Hacienda el Tablón.

- Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Pagos celebrado entre **María Elisa Ibarra Ramírez, Mayra Alejandra Chauta Ibarra, Leonardo León Chauta Ibarra y Martha Victoria Chauta González** (Por Una Parte) y **Fiduciaria Colpatria S.A.**
- Pagares y su carta de instrucciones, con los que la demandada da cumplimiento a las cláusulas de garantía a que la promesa obliga. En el evento de cumplirse por cualquier forma la obligación, tales títulos serán desglosados del proceso, para su entrega a los respectivos titulares del derecho que en ellos se incorpora, siempre que bajo su cargo no queden pendientes obligaciones o condenas.
- Reproducción de correos electrónicos cruzados por las partes entre sí y con la **Fiduciaria Colpatria. S.A.**, que dan cuenta del desarrollo del negocio que tuvo origen en el contrato de promesa cuya ejecución se demanda.
- Escritura pública 432 del 21 de febrero de 2013, Notaria Once de este círculo.
- Escritura pública 575 del 4 de marzo de 2013, Notaria Once de este círculo.

6/19

Pruebas estas orientadas a determinar (1) La existencia de una obligación expresa, clara y exigible, como que el proceso ejecutivo que precedió a esta acción dictó auto mandamiento de pago. (2) Que, tal obligación se pactó con anterioridad al otorgamiento de las escrituras cuya valides se ataca. (3) Que, por efecto de los actos escriturarios reprochados, con mala fe, se produjo un daño directo, cierto y mensurable a la compañía demandante. Siendo la intención defraudar al acreedor impidiéndole las medidas cautelares sobre los bienes cautelados en el ejecutivo. Y (4) **Que, este daño es reparable en los términos del art. 1238 *in fine* del C.Co., disposición que dio vida a la acción fiduciaria que en este proceso se pretende, y de la cual no se ocupó en absoluto la sentencia.**

En cuanto a la absolución de posiciones y la prueba testimonial, se recepcionaron por cuenta nuestra, los siguientes juramentos de verdad:

- Interrogatorio de parte a la doctora **Clara Amelia Shool Franco**, actual representante legal de la compañía demandante, el cual resultó cierto, coherente y consistente con los hechos de la demanda, arrojando además detalles de la negociación y del comportamiento de los intervinientes. Por lo demás, este dicho no fue refutado, desvirtuado o puesto en duda en ninguno de sus aspectos. Sin razón y sin derecho, este interrogatorio se pretermitió en la valoración probatoria y en las consideraciones de la sentencia, punto que hace parte de esta impugnación fundada en la falta de apreciación de la prueba.
- Declaración del doctor **Otto Shool Franco**. Este testigo pormenoriza sin ambages, en que consistió el negocio, cuáles fueron sus estipulaciones, como se echó a pique, y cuáles fueron las decisiones unilaterales adoptadas por los demandados, las cuales forzaron la ejecución por la obligación de hacer y luego la sustitución a dicho proceso a declarativo en virtud del fraude fiduciario.
- En el mismo sentido, bajo los mismos efectos, declaró el doctor **Luis Eduardo Echeverry**, uno de los anteriores gerentes de la sociedad demandante. Igual que en el testimonio referido con precedencia, éste tampoco fue refutado, desvirtuado o puesto en duda en ninguno de sus aspectos.

7/19

Cabe también aducir como prueba de la parte actora los indicios defraudatorios que sean podido advertir en el proceso.

- Es permitido al juez extraer argumentos de prueba de los comportamientos procesales de los litigantes^[2]. Estos argumentos de juicio pueden inferirse, algunas veces, de la conducta observada por la parte que impliqué como en este caso, comportamientos que muestran lo que anida en la intención del simulador poniendo al descubierto elementos como la mala fe, las previsiones, el tiempo sospechoso de algunas actuaciones, las omisiones, mendacidades, interposiciones y hasta el comportamiento endoprosesal. ^[3]

- Obra contra los demandados **Mayra Alejandra Chauta Ibarra; María Elisa Ibarra Ramírez; Leonardo León Chauta Ibarra y Martha Victoria Chauta González** la presunción *iuris tantum*, **confesión presunta**, conforme lo norman los arts. 205 y 137-4 del CGP, los cuales no se aplicaron. La presunción omitida es grave, concordante y convergente con otros indicios y las demás pruebas que obren en el proceso (arts. 241 y 242 Ib.), como se verá enseguida:

- El móvil o *causa simulandi* es expresado en la contestación de la demanda por **Mayra Alejandra Chauta Ibarra**, quien cifra como causa que llevó al negocio fiduciario que se impugna la participación de **Otto Shool Franco** en la ejecución de la promesa en calidad de apoderado de los demandados en el negocio fiduciario. De tal persona dice que ostenta una “...*irregular representación*...” y mantiene un “...*interés absoluto en favorecer a tal empresa*...” **[Subaru de Colombia S.A.]**. lo cual de ninguna manera enerva la acción, pues esta acción no se resuelve con una justificación, que a la postre, para lo único

[2] **Peyrano**, Walter Jorge. *Valor probatorio de la conducta procesal de las partes*. Ed. La Ley. Buenos Aires, 1979. p. 1049 y ss. Citado por **Muñoz Sabate**, Luis en *La Prueba de la Simulación*. Ed. Temis. Bogotá, 1991.

[3] **Muñoz Sabaté**, Luis. *La prueba de la simulación*. Ed. Temis. Bogotá, 2011.

que sirve es para constatar el proceder contra las reglas de la buena fe y la lealtad negocial.

La demandada sustenta la tesis del incumplimiento contractual de la promesa que ya sabemos por el Tribunal que aquí no se discute, **a no ser que tal afirmación, — por cierto, conjetural y falsa— venga a ser la causa simulandi:** “...La constitución de un fideicomiso sin participación de la demandante... Obedeció a que una vez incumplida la promesa de compraventa por parte de la parte actora se encontraban mis mandantes en capacidad de modificar el estado de sus bienes”.

- Respecto al tercero sociedad **Contegral S.A.** lo cierto es que, cuándo los **Chauta** plantearon este conflicto, **Contegral S.A.**, –sabedor de los sucesos– no dudo en utilizar todos los recursos jurídicos y financieros a su disposición, hasta lograr la terminación y liquidación del **Fideicomiso Familia Chauta**, cuyos bienes fueron a parar a título de restitución al haber patrimonial **Contegral S.A.**; comportamiento harto conocida como *consilium fraudis*, el cual se entiende de la simple conciencia, y conocimiento del daño a terceros, lo cual basta para caracterizarlo; aunque haya predominado el móvil de obrar en propio beneficio o el de favorecer a un tercero, por afecto u otro interés singular.
- Se conoce como *Interpotition* (Muñoz Sabaté) el indicio ocultativo que a su vez constituye una técnica de coartada para eludir el dato del negocio conocido previamente, lo cual descarta en toda la buena fe de quien premeditadamente se inmiscuye en el negocio ajeno para sacar partida sin atender al perjuicio que sabe se causará al tercero.

9/19

Por la otra parte, están las resultas probatorias de la parte demanda, comenzando por la documental:

- Los documentos aducidos por los **Chauta- Ibarra** como prueba, no hacen más que demostrar lo que ya es meritorio en este juicio, la existencia de una obligación anterior sobre la cual se impuso un nuevo negocio. En otros términos: dejan probado, objetiva y materialmente, que conociendo las promesas de compraventa y habiendo recibido anticipos como parte del precio, establecieron las fiducias de Parqueo (**El Tablón y Familia Chauta**) en la misma época en que cursaba el proceso ejecutivo que por eso fue reformado bajo impugnación fiduciaria.

Digamos a este respecto, a modo de conclusión anticipada que, tal comportamiento es demostrativo de mala fe, entendida como toda *“maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a ...crear en la mente de una persona... un móvil o razón para consentir, móvil o razón que en realidad no existe, que es ilusorio y pernicioso”* ^[4], esto es, en la inducción intencional en error al comprador, al notario y a la fiducia a quienes manifiesta que no ha comprometido negocio alguno con los bienes que está disponiendo en fiducia. Puntualización que pesa igualmente cuando a quien se quiere perjudicar es al tercero con el que se tiene la obligación originaria.

10/19

En cuanto a la absolución de posiciones y la prueba testimonial de los demandados tenemos lo siguiente:

- Los demandados **Mayra Alejandra Chauta Ibarra; María Elisa Ibarra Ramírez; Leonardo León Chauta Ibarra y Martha Victoria Chauta González** no comparecieron al interrogatorio de parte, surtiéndose para ellos los efectos previstos en art. 205 y 372-4 del CGP, es decir, respecto a ellos, se presumen ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda, que es lo que el actual Estatuto Judicial llama *confesión presunta*. Normas estas a las que el despacho

[4] **Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta**, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Ed. Temis. Bogotá, 2005, pág. 202.

a quo no dio aplicabilidad ni en lo procesal y sustancial, ni en lo disciplinario, pues dice el art. 372-4 del CGP que la inasistencia injustificada a la audiencia inicial a rendir el interrogatorio de parte merece sanción pecuniaria de 5 smlmv.

- Hace mención de los testimonios de **Samuel Enrique Vélez Zuluaga; Nohora Patricia Hernández Parra, Nelson Camilo Rincón Denis** y los de los ya mencionados **Otto Shool Franco y Luis Eduardo Echeverry** buscando unificarlos en torno a que... *no manifiestan razón alguna por la que se debe advertir que existió simulación* apreciación probatoria totalmente desacertada por varias razones: (1) Los testimonios de **Otto Shool Franco y Luis Eduardo Echeverry** son contrarios a la afirmación de la Sentencia. Juntos testigos señalan que **Contegral S.A.**, o lo que es lo mismo, su gerente de operaciones **Samuel Enrique Vélez**, conocía anticipadamente (y lo omitió en su declaración) los acuerdos prometidos entre los **Chauta-Ibarra** y la hoy **Cancar. S.A.** por los mismos predios que constituyeron la fiducia el Parqueo (**El Tablón y Familia Chauta**). (2) Aunque consta las alegaciones que la actora hizo al descorrer los traslados de la contestación y lo dijo la interrogada **Clara Shool**, El testigo **Samuel Enrique Vélez** omite informar sus gestiones en planeación y sus visitas a **Subaru de Colombia S.A.** buscando adquirir el predio que al final logra con los **Chauta-Ibarra**. (3) la Señora **Nohora Patricia Hernández Parra**, nada trascendente aporta al punto neurálgico de la discusión distinto a los pagos que **Contegral S.A** hizo a los **Chauta-Ibarra** por la restitución a su favor del Parqueo **Familia Chauta**. Luego no es como dice la sentencia que de su testimonio se deriva la prueba para advertir o no la simulación. (4) **Nelson Camilo Rincón Denis**, a quien tanto crédito da el *a quo*, no puede hacer ninguna de las afirmaciones que tanto subraya la sentencia, en razón a que él no fue parte ni representante de ninguno de los intervinientes y mal puede disponer a

inopinadamente *que cuando se firmó un nuevo contrato, esta vez de la cesión de derechos fiduciarios, se dejó sin valor el contrato de promesa de compraventa inicialmente suscrito.* [5]

(5) En suma, los testimonios de **Contegral S.A**, no son consistentes y suficientes las declaraciones aisladas de los declarantes de **Contegral S.A** para desvirtuar las circunstancias de hecho en que se funda la demanda.

- Se sabe entonces que la primera promesa fue celebrada directamente por los copropietarios de los predios, quienes no pueden eludir dicho conocimiento, y la segunda promesa a través de mandato, lo que tampoco los exime a los copropietarios de su conocimiento.

- No se han negado los pagos por el objeto contractual (clausula segunda) los cuales en conjunto ascendieron a **\$250.001.409.00.** comprendiéndose por esto que sobreviven las obligaciones que impedían otros tratos sobre los mismos bienes.

- Por confesión directa y por confesión ficta, **Mayra Alejandra Chauta Ibarra. acepta por ante su apoderado, por lo tanto, confiesa** que se pactó contrato de promesa de compraventa donde se fijó como objeto que los demandados transferirían a través del mecanismo de fiducia a los demandantes los inmuebles con matrículas inmobiliarias 50S-728778; 50S-728786 y 50S-40015459. Así mismo, acepta que cohonestó abiertamente con que se *dispusiera* de los mencionados bienes.

- Visto lo anterior, lo que peor le queda a la pasiva es negar el carácter de acreedor de su contraparte. Ensayar tal hipótesis, carece de contenido al soslayar sin más, que el presente juicio es precedido por un ejecutivo con obligación de hacer; y tanto en uno como en otro, quedó la evidencia incontestable de que los demandados recibieron anticipos por el precio, amén de que ya se había

[5] Fls. 878 y 879.

avanzado considerablemente en las tratativas y adecuaciones que sentarían las estipulaciones para fideicomitente, fiducia y beneficiario, tal cual se desprende del contrato de promesa. Esto último, sin duda genera derechos de acreedor a la sazón del artículo 1546 del Código Civil. Derecho que cuando se impide usando como medio artero la sustracción de los bienes, da lugar a las acciones auxiliares que la ley confiere al acreedor, entre las cuales le está permitida la impugnación del negocio fiduciario (C.Co. arts. 1238 y 1240-8).

- Lo que se dice de doña **Mayra Alejandra Chauta Ibarra**, es predicable de los señores **Leonardo León Chauta Ibarra** y **María Elisa Ibarra Ramírez**, pues ellos confiesan y argumentan del mismo modo.
- Durante el juicio **Contegral** insistió con vehemencia sobre la inoponibilidad a ellos de la promesa. En lo que asiente la sentencia, ignorando que en casos así, opera el **principio de efecto vinculante** reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo, cuando la propia ley vincula como sujetos negociales a las personas no celebrantes, tal como lo prevé el artículo 1238 del Código de Comercio al decir: *El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.*
- El centro de la censura estriba en la prueba de conocimiento claro, previo y suficiente de **Contegral S.A.**, lo cual le permitió aprovecharse de la situación planteada y hacerse oportunamente a los bienes en disputa. Semejante comportamiento descarta del todo la buena fe creadora de derechos y, por el contrario, sitúa en el *consilium fraudis* al partícipe.
- Con el objeto de desvirtuar la buena fe de la firma **Contegral S.A.** en la adquisición por parte suya de los inmuebles matriculados 50S-728778 y 50S-728786, existen como los siguientes documentos que evidencian que

no les asiste la buena fe a los compradores, por cuanto el Señor **Samuel Enrique Vélez** representante legal de **Contegral S.A.** conocía plenamente que el señor **Otto Álvaro Shool Franco** actuaba como apoderado de los señores **María Elisa Ibarra Ramírez, Leonardo León Chauta Ibarra y Mayra Alejandra Chauta Ibarra**, y que en virtud de dicho poder anunciaba y publicitaba los lotes para su venta.

(a) Avisos publicados en el periódico *El Tiempo* de los lotes Diagonal 48 Sur No. 57-40/52 durante los meses de enero y febrero de 2009.

(b) Concepto técnico de norma expedido a **Samuel Enrique Vélez** por la **Secretaría Distrital de Planeación** de fecha 21 de septiembre de 2010 y recibida por **Contegral S.A.**, el 13 de octubre de 2010.

14/19

(c) (c) *Tarjeta de presentación*, fotocopia. La cual fue entregada por el representante de **Contegral. S.A.**, señor **Samuel Enrique Vélez Zuluaga, que en su momento** desempeñaba el cargo de Gerente de Operaciones en las reuniones sostenidas con el señor **Otto Shool Franco**, y la señora **Clara Amelia Shool Franco**, Luego no se evidencia la **Buena Fe** de **Contegral. S.A.**, cuando sostuvo reuniones con el señor **Otto Shool Franco**, representante de los herederos y hablaron específicamente sobre la **compra** de los inmuebles, en razón a que **Contegral. S.A.** se beneficiaría por tener una cercanía con los lotes que deseaban adquirir, al tener sus oficinas en la Diagonal 48 Sur No.57-66 Sur, en Bogotá.

– Refirámonos ahora a **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.** vocera de los patrimonios autónomos **Fideicomisos**

Parqueo El Tablón y Parqueo Familia Chauta. Que se presenta como un tercero neutral de buena fe. Con todo, ha de verse que, la sociedad fiduciaria deberá observar los deberes que le asisten de acuerdo con el art. 1234 del C.Co. y las demás normas que recogen las materias del sector financiero. Así está obligado a cumplir el deber de lealtad y buena fe en el pacto que celebrado con el fideicomitente cuidando que ninguna de sus actuaciones vulnere los derechos de terceros de buena fe, caso en el cual, la fiduciaria incurrió en prácticas que en ejerció de artículo 326, numeral 5º, literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es tenida por **Superintendencia Financiera de Colombia** como ilegal, no autorizada o insegura, procediendo su desmonte.

- Es necesario resaltar, que **Luis Carlos Merino Contreras**, quien ostenta la calidad de apoderado de la señora **Martha Victoria Chauta**, conocía la coexistencia de contratos, toda vez que fungía como apoderado de la pasiva al momento de la ejecución de la promesa de compraventa suscrita el 5 de octubre de 2012 entre la parte demandada y la demandante. No obstante, está más que claro la ausencia del principio general de la buena fe al haber manifestado bajo la gravedad de juramento por parte de los demandados, como se evidencia en las escrituras públicas N° 0432 del 21 de febrero y la N° 575 del 4 de marzo de 2013 de la Notaría 11 del Círculo de Bogotá, que la transferencia de los bienes inmuebles se realizaban en total transparencia, de forma lícita y acorde a todos los presupuestos normativos, incurriendo así en la consignación de una mentira.
- En punto del nexo, la sentencia no vio que en virtud del artículo 1233 del C.Co., al celebrarse el contrato de fiducia mercantil, la propiedad de los bienes objeto del contrato debe ser trasferida a la fiduciaria, quien constituye con ellos un patrimonio autónomo independiente del suyo

propio y del patrimonio del fideicomitente, el cual administra y se destina exclusivamente al cumplimiento de la finalidad señalada por el constituyente, de modo que en la ejecución de tal encargo el operador fiduciario no puede ignorar que está ejecutando una voluntad viciada en perjuicio de un tercero a cuyo legítimo derecho no se puede oponer, en tanto el inc. 1º. del art. 1238 ibídem, consagra una “*causa legal*” para deshacer los efectos del negocio fiduciario, tanto más si el núm.. 8º. del art. 1240 Ib. prevé como una de las causales de extinción del negocio fiduciario la “*acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario*” En últimas, vistas las inscripciones del registro inmobiliario, le correspondía a la fiducia un riguroso examen del negocio fiduciario estructurado entre **Mayra Alejandra Chauta Ibarra; María Elisa Ibarra Ramírez; Leonardo León Chauta Ibarra; Martha Victoria Chauta González** y la **Compañía Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (aquí Vocera de los Fideicomisos Parqueo El Tablón y Parqueo Familia Chauta).**

16/19

3.2. Error de derecho por falta de interpretación de la ley, de lo que correctamente llevaría a declarar el fraude fiduciario que no considero la sentencia.

La Corte ha sentado la correcta hermenéutica del art. 1238 del C.Co. al decir:

[E]l espíritu de la acción auxiliar prevista en el artículo 1238 inciso 1º no es, exclusivamente, la recomposición del patrimonio del deudor a partir de la presencia del consilium fraudis y el eventus damni, sino, en esencia, establecer un mecanismo que materialice la garantía de que los bienes del deudor son, efectivamente, la prenda general de los acreedores y que aquél no puede valerse del pacto fiduciario en detrimento de estos; y, en esa dirección, considera la Sala que la norma memorada contempla una acción encaminada a recomponer el patrimonio del deudor, pero desprovista del fraude, que se estructura por

la sola circunstancia de causarse un detrimento al acreedor o presentarse el acto reprochado con la jerarquía suficiente para generarlo (eventus damni), connotando, de manera nítida, una acción eminentemente objetiva. En ese contexto debe entenderse el contenido de la regla jurídica comentada. De suyo, emerge, entonces, que al acreedor le corresponde, inomisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder, esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo. Es evidente que extinguir un negocio jurídico por el sólo hecho de aniquilarlo, comportaría una odiosa e injustificable prerrogativa, así como una afrenta a la seguridad jurídica, a los derechos de las partes, de los terceros y, en fin, de la dinámica social y comercial.

17/19

La facultad del acreedor no está determinada única y exclusivamente por el hecho de la preexistencia del crédito; su conducta persecutora ha de estar anclada, se insiste, en el interés por evitar la vulneración de sus derechos a raíz de la negociación celebrada por el deudor; es claro que las acciones de carácter judicial y el presente asunto no es la excepción, están instituidas como un mecanismo sucedáneo del actuar espontáneo de las personas frente a sus compromisos u obligaciones. Por ello, acudir a una u otra herramienta procesal es una opción que opera luego de evidenciarse que el llamado a satisfacer la prestación debida, no se aviene, voluntariamente, a tal objetivo o que ha desplegado actos que afectan seriamente la acreencia. Demostrada tal circunstancia, nace como opción válida, la de perseguir, con éxito, algunos bienes fideicomitidos. [6].

[6] CSJ. SC del 25 de enero de 2010, rad. 11001 31-03-031-1999-01041-01.

Mucho ha explicado la doctrina y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que si el crédito perseguido por el tercero recae en un cuerpo cierto que después fue objeto de dación a título de fiducia, no hay duda de que el derecho de persecución en cabeza del acreedor ostenta por esa sola circunstancia un carácter serio, legítimo y actual que le permite incoar la acción declarativa en procura de reconstituir el patrimonio del constituyente con el bien que enajenó, protegiéndose en todo caso a los terceros de buena fe exenta de culpa. [7]

No hay duda de que la acción fiduciaria fue en todo el juicio la que gobernó la acción del demandante y que resultado argumentativamente lógica su invocación por lo demás reconocida jurisprudencialmente de la misma forma en que se procesa la acción pauliana:

Sea que el demandante haya activado la prerrogativa que tiene como acreedor anterior a la constitución del negocio fiduciario de perseguir el bien fideicomitado, o que haya optado por obtener la declaración de su extinción para buscar que el bien retorne al patrimonio de su deudor, lo cierto es que el denominador común en ambos casos es el de la calidad de acreedor que debe ostentar. Si lo que pretende es la declaración de extinción del negocio fiduciario o en general una previa declaración, v. gr., de que tiene derecho a perseguir el bien, no hay duda de que la categoría de acreedor debe ser “cierta e indiscutida” [8], a semejanza de como lo ha proclamado la jurisprudencia en tratándose de la legitimación del titular de un crédito que ejercita la acción pauliana, pues a fin de cuentas es un tercero que entra a controvertir un negocio particular por un interés que si bien lo reconoce la ley, ha de tener cauces delimitados. [9]
(Resaltado en la copia).

18/19

[7] CSJ. SC del 10 de mayo de 2017, rad. 11001-31-03-012-1998-04834-01.

[8] La acción revocatoria requiere de la existencia de un crédito, con las características de cierto e indiscutido. CSJ SC 173-2004 del 26 de octubre de 2004, rad. C-5283831030001999-0065-01.

[9] CSJ. SC del 10 de mayo de 2017, rad. 11001-31-03-012-1998-04834-01..

Vistas, así las cosas, correspondía en la sentencia considerar este punto y no lo hizo por lo que procede la revocatoria de esta impugnación.

Acápito IV **Trascendencia del error**

El dar por demostrado un hecho sin sustento probatorio, la preterición de prueba y la desatención de principios e imperativos legales, condujeron al desvío en la interpretación de la ley procesal cuyo objeto no es otro que dar efectividad a los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4º del C P.C. hoy 11 del CGP).

Por lo anterior, sírvanse, Honorables magistrados, revocar la providencia impugnada y en su lugar dictar la que en derecho corresponda. La cual no es otra que declarar principalmente la **simulación relativa**, de los actos acusados o bien la **recisión por fraude pauliano** y/o la **simulación absoluta** pedidas en forma subsidiaria.

19/19

Señor Juez, con respeto,



Hernando Benavides Morales

t.p. 34700

E-mail: hbmabogado@gmail.com

HONORABLE MAGISTRADO PONENTE
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTA – SALA CIVIL
EN SU DESPACHO.-

REF : PROCESO VERBAL No. 11001310302120170033001

Demandante : DARCY EMILCE DIAZ GOMEZ

Demandado HITSON FLEGNIN HOLGUIN VARGA. (Demandante en Reconvencción).

Santiago Gamba Rondón, en calidad de apoderado de Hitson Flegnin Holguín Vargas, quien funge como demandado en el proceso referenciado y *demandante* en Reconvencción dentro de este mismo proceso, acudo para presentar en término hábil *sustentación del recurso de apelación*, que me permito fundamentar, así:

En la segunda consideración de la sentencia apelada, señala el a quo:

“ En los procesos de rendición de cuentas la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva se desprende del vínculo que ata los extremos enfrentados en la Litis.....”

Más abajo en el otro inciso de los considerandos , dice : “ *En este orden en principio la demandante esta legitimada para declarar en esta acción en su calidad de comunera por gananciales de los bienes que integran la sociedad patrimonial surgida de la unión marital de hecho que en otrora existió entre ella y Hitson Flegnin Holguin s ociedad que se declaró disuelta y en estado de liquidación , mediante proveído del 27 de mayo de 2015, proferido por el Juez quinto de Descongestión de Familia de Bogotá, en tanto que la legitimación por pasiva por lo pronto también se encuentra estructurada, pues la acción se legitima de manera directa al señor Hitson Flegnin Holguin Vargas , a quien la actora lo señala como el administrador de la universalidad de bienes.....”*

El segundo inciso del numeral quinto, expresa el Juez de intancia: “ *la razón central del infortunio de la acción principal y de la de reconvencción consiste en la esencia de legitimación en la causa por activa para presentar la demanda de rendición provocada de cuentas entre los comuneros*

Ahora, Honorables Magistrados, se observa en la parte final considerativa de la sentencia, contradicción con lo indicado inicialmente, o sea lo transcrito en el texto precitado., cuando informa :

“ Ahora bien como la legitimación es una cuestión propia del derecho sustancial su ausencia ya sea en la parte demandante o en la demandada o en ambos conduce necesariamente a un fallo adverso a las pretensiones porque como lo ha dejado sentado la misma Corte es apenas lógico que si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la apreciación de aquel”.

De acuerdo a lo expresado en el numeral anterior por el Juzgador de instancia, decide en sentencia declarar infundadas las pretensiones invocadas en la demanda inicial como en la de reconvencción, sin tener en cuenta que previamente hubo acuerdo para la dirección de los bienes patrimoniales.

Pues no veo razón clara, que inicialmente se indique en las consideraciones de la sentencia que tanto demandante como demandado están legitimados en la causa para accionar en este proceso, para luego decidir negar tal legitimación.

Como se desprende del petitum de la demanda de rendición provocada de cuentas instaurada por Darcy Emilce Diaz Gomez, que su excompañero Hitson Flegnin Holguin Vargas, rinda cuentas, como a su vez, el demandante en reconvencción pretende que la demandada proceda a rendir cuentas.

La pretensión está encaminada a que la demandada en reconvencción rinda cuentas y el señalamiento del término dentro del cual deba rendirla, el proceso está dirigido a que se determine la situación en que se encuentran recíprocamente la persona que las exige y la que esta en la obligación de rendirlas, para establecer de una vez por todas quien debe a quien y cuanto, o cual de las partes es deudora o cual es acreedora.

En cuanto al presupuesto del encargo para administrar los bienes de la sociedad patrimonial, lo realizaron en conjunto y de común acuerdo, pero una vez hubo sentencia de la existencia de la unión marital de hecho, estuvo en cabeza la administración del excompañero Hitson Flegnin Holguin Vargas.

En lo relacionado a la decisión de doble condena, pues según el Juzgado a

quo, se presentaron dos demandas de reconvención. Lo cual es cierto. Motivado que nos lleva a analizar si ambas demandas fundamentan en los mismos hechos, las mismas pretensiones y la demandada es la misma persona. En tal caso, a simple vista se nota que no son diferentes sino que las dos se soportan en los mismos hechos y pretensiones, entonces no veo la causa para que el juzgado condene a pagar honorarios sobre dos demandas cuando realmente es una sola.

En conclusión los argumentos expuestos en fallo que deniegan las pretensiones de la demanda principal y de reconvención, no pueden ser los de falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, si no que al contrario, las partes intervinientes son los legitimados, uno para accionar y el otro para controvertir.

Atentamente,

SANTIAGO GAMBA RONDON

C.C.No. 17.145.549 de Bogotá

T.P. No. 46.861 del C.S. de la Judicatura

E-mail: kasaga18@hotmail.com

Bogotá D.C., 04 de agosto de 2020

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: RUTH ELENA GALVIS VERGARA**

E. S. D.

**REF. RADICADO No. 11001310303120150052701
DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE LA SOCIEDAD EDITORIAL
PEDAGOGÍAS ALTERNATIVAS S.A. SIGLA EDIPEAL S.A.**

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN

NELSON RAÚL RODRÍGUEZ BRICEÑO, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado del señor FERNANDO REY PILONIETA accionante dentro del proceso citado en la referencia, por medio de la presente y de acuerdo a lo ordenado por su Despacho en auto de fecha 29 de julio de 2020 sustento el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado en contra de la sentencia de primera instancia proferida el pasado 13 de diciembre de 2019 por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá.

CONSIDERACIONES

OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN

No es de recibo por esta parte demandante, la sentencia judicial proferida por el Señor Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá, por medio de la cual resuelve negar las pretensiones de la demanda.

Aduce el Ad quo que no se logró probar dentro del proceso la causal invocada en la demanda contemplada en el artículo 457 del Código de Comercio “*Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito*” y que por el contrario a su juicio se demostró que la sociedad comercial acreditó una situación económica próspera.

Menciona igualmente el Juzgado, que al momento de abrir a pruebas el proceso, decretó la inspección judicial solicitada en la demanda, por lo cual concedió el término de 20 días en los que se guardó silencio.

Frente a esta motivación del Despacho judicial, es necesario advertir que el Juez al momento de abrir a pruebas no señaló fecha y hora para realizar la práctica de inspección judicial, ni mucho menos designó auxiliar de la justicia para realizar la inspección judicial a los libros de contabilidad y demás documentos que estimara necesarios, tal como se solicitó en la demanda inicial, pues precisamente se solicitó esta prueba para que a través de un tercero se determinara las utilidades que estaba generando la sociedad comercial, bajo los principios de publicidad e imparcialidad que garantizaran el debido proceso de las partes intervinientes.

En el expediente judicial no reposa citación alguna por parte del Despacho para llevar a cabo la inspección solicitada, tampoco obra prueba de la designación de auxiliar de la justicia quien debía rendir dictamen a expensas de la parte demandante quien solicitó dicha prueba, como lo dispone el numeral 10 del artículo 372 del Código General del Proceso:

10. Decreto de pruebas. El juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sujeción estricta a las limitaciones previstas en el artículo 168. Así mismo, prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados. Si decreta dictamen pericial señalará el término para que se aporte, teniendo en cuenta que deberá presentarse con no menos de diez (10) días de antelación a la audiencia de instrucción y juzgamiento.

En los procesos en que sea obligatorio practicar inspección judicial, el juez deberá fijar fecha y hora para practicarla antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento. (Subrayas fuera de texto).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha sentado jurisprudencia sobre la importancia de la prueba pericial, indicando lo siguiente:

(...) Señaló la Sentencia T-417 de 2008 que, aunque la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “prueba pericial” como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez. (Subrayas fuera de texto).

32. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por:

i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia;

ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes);

iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda (artículo 235);

iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º);

v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y,

vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241).¹

Por lo anterior, no puede el Ad quo motivar su decisión en un “supuesto” de utilidades que generaba la sociedad comercial para el año 2015, cuando se radicó la presente demanda. Para ello, debió ejecutar la prueba solicitada por el demandante con el fin de que un perito pudiera estimar los balances contables reales que a la fecha presenta la sociedad.

De otra parte, el Juzgador considera los argumentos presentados por una de las socias minoritarias, la cual expone textualmente que “en lugar de pérdidas, hay ganancias muy superiores al capital suscrito (...) que el propósito de la sociedad de la disolución es burlar el pago de acreencias a terceros y los de ella como socia minoritaria (...), apreciación personal que refiere por el solo hecho de tener cercanía directa con uno de los actuales acreedores de la sociedad comercial.

Ahora bien, en gracia de discusión, de no proceder la causal invocada en la demanda para la disolución y liquidación de la sociedad comercial por considerarse no probada, si se pudo establecer y probar la voluntad y decisión de la mitad de los socios (incluido el socio mayoritario), de no continuar con la sociedad y manifestar su interés de disolución, tal como lo indicaron los siguientes socios con sus respectivas cuotas de participación:

NOMBRE	CAPITAL SUSCRITO	%
FERNANDO REY PILONIETA	56.000.000	28,0

¹ Sentencia T-274/12

WALTER ENRIQUE ALDANA ROMERO	39.000.000	19,5
HECTOR GUSTAVO MONTEJO (Representado por curador ad litem)	2.000.000	1,0
LILIANA MARIA DUQUE HENAO	2.000.000	1,0
VICTOR HUGO MERCAO BALASNOA (Representado por curador ad litem)	2.000.000	1,0

Así las cosas, al encontrarse probadas otras causales de disolución, el Juez pudo decretar de oficio una de las causales contempladas en el artículo 218 del Código de Comercio: "Por decisión de los socios", pues la voluntad manifestada por los socios mayoritarios, no puede desconocerse o limitarse a criterios e intereses infundados de socios minoritarios, lo cual conlleva a la desaparición del "animus societatis", soporte fundamental para la existencia de cualquier ente jurídico.

*De conformidad con lo dispuesto en los artículos 379, numeral 3º, en concordancia con el 403 del CC, las acciones son libremente negociables, salvo que de manera expresa se consagre el derecho de preferencia a favor de la sociedad, de los accionistas, o de ambos. Cláusula que es ley para quienes suscriben el contrato y que de alguna manera salvaguarda el derecho de asociación consagrado en el derecho constitucional que esta íntimamente ligado al principio que rige el derecho societario, denominado **El animus societatis o affectio societatis**. Concepto que define esta Superintendencia como un elemento esencial del contrato, en los siguientes términos:*

1. *El animus societatis o affectio societatis es la intención o propósito de colaboración de los asociados en la empresa común. Es un elemento esencial del contrato de sociedad sin el cual no puede hablarse de sociedad; lo más que puede formarse por las personas que exploten una misma empresa, es una simple comunidad.*
2. *Esa característica del contrato de sociedad hace que sea además y, fundamentalmente 'un contrato de colaboración' por cuanto los socios buscan el beneficio económico, de manera conjunta o lo que es lo mismo, colectivamente, de allí que para que el contrato de sociedad tenga validez jurídica sea indispensable la preexistencia, en cada uno de los contratantes, de una voluntad o intención de contraer, es decir, de 'un animus societatis o affectio societatis'.²*

PETICIÓN

Por los argumentos anteriormente expuestos, solicito al Ad quem se sirva **REVOCAR** la sentencia proferida el pasado 13 de diciembre de 2019 y como consecuencia de ello se acceda a las pretensiones de la demanda, declarando disuelta la sociedad EDITORIAL PEDAGOGÍAS ALTERNATIVAS S.A. SIGLA EDIPEAL S.A.

De la Honorable Magistrada Ponente.


NELSON RAÚL RODRÍGUEZ BRICEÑO
 C.C. No. 79.798.394 de Bogotá
 T.P. No. 184.789 del C.S.J.

² Luís Guillermo Vélez. Superintendencia de Sociedades. 2012