

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dra. ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada Sala Civil

E. S. D.

REF: PROCESO	PERTENENCIA
DEMANDANTE	JOSÉ JOAQUIN BASTIDAS VERA
DEMANDANDA	JORGE ENRIQUE MENDEZ CAMACHO Y PERSONAS INDETERMINADAS
RADICADO 2013 – 0783	
JUZGADO	CUARENTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

RECURSO

JEANNET LUCIA ROJAS BARACALDO identificada con C.C. Nro. 51.612.414 de Bogotá, domiciliada y residenciada en esta ciudad, profesional en ejercicio, portadora de la T.P. Nro. 44.240 del Consejo Superior de la judicatura, actuando en calidad de abogada de amparo de pobreza del demandante, interpongo recurso de Reposición contra el auto de fecha 28 de agosto del 2020, por los siguientes fundamentos:

El artículo 321 del estatuto procesal preceptúa: **"Procedencia.** *Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.*

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

...3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas."

Providencia apelada, que permite decidir el recurso de alzada, iniciando por su admisión, teniendo en cuenta la negativa del decreto de pruebas, especialmente el del punto SEGUNDO del memorial en que se interpone el recurso subsidiario de Apelación. Esto es lo relacionado con el imperativo normativo de INSTALAR LA VALLA por parte de mi mandante. Prueba que debe decretarse. Recordando que las pruebas son del proceso más no de las partes, para garantizar una recta administración de justicia.

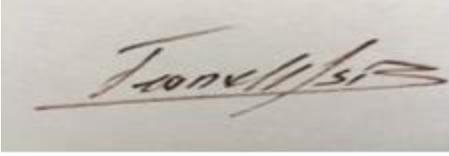
De otra parte, respecto a la solicitud de citar a los señores BETTY BASTIDAS VERA y JAIME BASTIDAS VERA, se afirma que se interpretó por el a quo como reforma o adición de la demanda, no es correcto, porque se debe atender es a la interpretación de la demanda, en tanto que son personas mencionadas en un hecho de la misma y en una diligencia de entrega. Lo que obliga al funcionario judicial, a citarlas, incluso de manera oficiosa, por tratarse de un litis consorcio, al ser coposeedores, garantizando la convocatoria al litigio de todas las personas que se crean con derecho sobre el bien pretendido en el proceso de la referencia.

Como consecuencia, tenemos, que no es la negación de una simple solicitud, ni más ni menos es de relevancia procesal y sustancial para garantizar una decisión conforme a derecho y evitando posibles nulidades. Así se encuadra también en el numeral 10 de la norma arriba citada que dice "Las demás expresamente señaladas en este código." y es precisamente la señalada en el art. 61 CGP en todos sus incisos.

Por lo anterior. Solicito de la señora Magistrada, REVOCAR el auto de fecha 28 de agosto de 2020 y ADMITIR el recurso interpuesto.

De la señora magistrada,

Atentamente,

A rectangular image showing a handwritten signature in dark ink on a light-colored background. The signature is cursive and appears to read 'Jeannet L. Rojas Baracaldo'.

JEANNET LUCIA ROJAS BARACALDO

C.C. Nro. 51.612.414 de Bogotá

T.P. Nro. 44.240 del CSJ

Dirección Electrónica jelurojas@hotmail.com

Número telefónico 3158568136

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, D.C. – SALA CIVIL

Atn. Mag Ponente. Dra. **CLARA INES MARQUEZ BULLA.**

E. S. D.

REF. EXPEDIENTE 11001319900220190025401

PROCESO DECLARATIVO DE SERRANO LIEVANO & CIA S.A.S. Vs. FRANQUICIAS ISERRA S.A. EN LIQUIDACION

ROSA DELIA PARRA CARRILLO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.029.363 de Bogotá, portadora de la T.P. No. 59.770 C.S.J, por medio de este escrito y encontrándome dentro de la oportunidad legal, me permito sustentar el RECURSO DE APELACION interpuesto contra el fallo proferido el día 21 de Julio de 2020 dentro del trámite de la referencia, como procedo a continuación.

I.- LA DEMANDA.

Se trata de una acción de impugnación de la decisión tomada en la asamblea de accionistas de Franquicias Iserra S.A., En liquidación, llevada a cabo el día 10 de mayo de 2019, en el sentido de “mantener la liquidación de esa sociedad hasta la terminación del contrato de arrendamiento de los locales que tiene esa sociedad en el Centro Comercial Metrópolis de Bogotá, **incluidas sus renovaciones**, contrato celebrado con Citibank hoy Scotiabank Colpatria”.

Se solicitó declarar la nulidad absoluta de esa decisión tomada por la Asamblea General de Accionistas por cuanto:

1) Excede los límites del contrato social en la medida que sujeta la liquidación de la sociedad Franquicias Iserra S.A. a la terminación de un contrato de arrendamiento que puede **renovarse** de manera indefinida, contrariando así las disposiciones contenidas en los artículos 218 y s.s. del Código de Comercio y lo establecido en el artículo 81 de los estatutos sociales contenidos en la Escritura Pública 1945 otorgada el día 24 de Junio de 1997 ante el Notario 40 del Circulo de Bogotá, y,

2) Fue adoptada “sin el número de votos previstos en los estatutos y/o la ley, ya que Serrano Gómez y Cía. S. en C. debió haberse abstenido de participar en dicha votación debido al conflicto de interés que le asiste en esa determinación, por ser su representante legal y socio gestor, Ernesto Serrano Pinto, liquidador principal de FRANQUICIAS ISERRA S.A., EN LIQUIDACIÓN.

II.- LA DECISION OBJETO DE IMPUGNACION

La Superintendencia de Sociedades consideró en primera instancia que debían negarse las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

1. Respecto de la nulidad por vulnerar los artículos 218 y ss del C. de Co.

En síntesis, la Superintendencia considera que como “no es posible aducir el proceso liquidatorio como causal de cancelación de un contrato que da cuenta de unos servicios que le son prestados a la compañía” y que como “durante el proceso de liquidación

voluntaria con reglas diferentes de las establecidas en el obligatorio judicial, la sociedad en liquidación puede y debe dar cumplimiento a los contratos suscritos por ella siendo así, la decisión que difiere la liquidación de la compañía a la terminación del contrato de arrendamiento no riñe con la normatividad que se señala vulnerada, mas aun cuando el contrato de arrendamiento se viene desarrollando de tiempo atrás con la autorización del mismo demandante”.

2. *Del conflicto de intereses que impedía la votación de Serrano Gómez y Cía S. en C. por conflicto de intereses*

Considera el fallador, que tampoco ha de prosperar esta nulidad por cuanto, en conclusión, no encuentra norma que limite al accionista para abstenerse de votar.

III.- ARGUMENTOS DE LA SUSTENTACION DE ESTE RECURSO.

Centrándome en los argumentos esgrimidos por la Superintendencia de Sociedades en la decisión recurrida, **y sobre todo en el hecho de que la decisión asamblearia impugnada comprende, además, las renovaciones del contrato de arrendamiento suscrito por el liquidador el 31 de enero de 2011**, a continuación procedo a exponer las razones por las cuales no comparto el fallo recurrido, así:

1. Contrario a la conclusión de la Superintendencia de Sociedades, “la decisión que difiere la liquidación de la compañía a la terminación del contrato de arrendamiento”, que incluye sus eventuales renovaciones, sí desconoce o vulnera los artículos 218 y s.s. del Código de Comercio.

1.1. Lo primero que hay que decir al respecto, es que en este proceso no se está solicitando la terminación del contrato de arrendamiento ni la decisión asamblearia atacada tiene como finalidad la conclusión o continuación de dicho contrato, como parece haberlo entendido la superintendencia de sociedades. Lo que se está pidiendo con esta demanda es la anulación de la decisión del máximo órgano social que sujeta, condiciona o, en palabras de la Superintendencia, “difiere” la liquidación de la sociedad Franquicias Iserra S.A. a la terminación del referido contrato de arrendamiento y sus renovaciones. Esa y no otra es la razón de la presente demanda de impugnación.

Ahora bien, la existencia ni la ejecución del referido contrato de arrendamiento y sus renovaciones puede convertirse en un obstáculo para que los accionistas de Franquicias Iserra S.A., en Liquidación, puedan ver finalmente cancelados sus aportes mediante el pago del pasivo interno de la sociedad, a través de su liquidación definitiva. Ciertamente, el liquidador puede fácilmente ceder el contrato de arrendamiento entre los accionistas de Franquicias Iserra S.A., en Liquidación, como si se tratara de una adjudicación en especie.

Se demostró plenamente dentro del proceso y se confesó en la contestación de demanda, que dentro del trámite de liquidación voluntaria iniciada el 17 de abril de 2001, desde el año 2011 se terminó de cancelar el pasivo externo y que desde entonces, la labor del liquidador ha estado orientada exclusivamente a la conservación de los activos. Es decir, hace 9 años el liquidador no realiza ninguna labor para concluir la liquidación de la sociedad, a pesar de que no le queda pendiente nada más por realizar. Con los testimonios quedó clara esta situación, que todas las actuaciones tendientes a la liquidación de la sociedad se han surtido

y que ya no hay pasivo externo por cancelar, siendo el único objeto actual de la sociedad, el administrar y preservar los inmuebles de propiedad de la sociedad.

Así las cosas, nos encontramos frente a un proceso de liquidación que lleva 19 años, con un liquidador que autorizado para arrendar, pactar y establecer la forma de pago del cánon de arrendamiento, decide que se consignen los cánones en las cuentas de su empresa y ya pagados todos los pasivos y cargas, mantiene sin cuenta a la empresa, para abrirla solamente cuando la sociedad que represento decide iniciar acciones ante la Superintendencia, entidad para la cual, parece considerar que si se renueva el contrato de arrendamiento por otros 10 años, no hay ninguna infracción legal si se mantiene una sociedad sin objeto alguno, solamente el de cumplir con las obligaciones derivadas de un contrato de arrendamiento suscrito encontrándose la sociedad en liquidación.

Reitero, como lo manifesté en mis alegatos, que el señor liquidador de Franquicias Iserra S.A. en liquidación en su interrogatorio de parte y en la misma contestación de la demanda, manifestó que la sociedad entra en liquidación en el 2001, en el 2011 se cancelan la totalidad de los pasivos externos, en el 2014 ya ha cancelado algunos pasivos internos y desde esa fecha se mantiene solo para efectos del contrato de arrendamiento, empezando a cancelar remanentes de liquidación en el año 2018 por aproximadamente 1.389 millones de pesos; es decir, todos los actos tendientes a liquidar se han culminado, quedando pendiente la entrega de los remanentes de la liquidación y por ello la decisión de asamblea cuya declaratoria de nulidad se solicitó, definitivamente trasciende el límite legal normativo y estatutario por no dirigirse al fin liquidatorio.

Insisto: En ningún momento, el contrato de arrendamiento puede convertirse en un obstáculo para la liquidación de la sociedad, menos aún cuando el arrendatario conocía que la sociedad estaba en liquidación y que el resultado natural de la misma será o la venta de los inmuebles arrendados y/o su adjudicación en especie entre los accionistas en proporción a su participación.

El contrato de arrendamiento vence en el 2021 y el arrendatario puede renovarlo por 10 años más, por periodos de 5 años, por lo cual la decisión demandada deja la liquidación condicionada al contrato de arrendamiento, decisión que por ser contraria a lo establecido en los artículos 222 y 223 del C. de Co, es nula, sumado esto a que, según lo establecido en el artículo 225 y ss del C. de Co. las normas para liquidar la sociedad son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

El problema jurídico que ha debido plantearse el juzgador de instancia, definitivamente no era ni la celebración ni la terminación del contrato de arrendamiento, sino si contraría las normas legales y estatutarias, el atar la duración de un proceso liquidatorio a la duración de un contrato de arrendamiento y sus eventuales renovaciones, cuando ya se han pagado todos los pasivos externos y solo quedaría pendiente la entrega de los remanentes de la liquidación, a través de tantos mecanismos legales y financieros que existen para ello.

Si el fallador de instancia, hubiese llegado a este interrogante, definitivamente sí hubiese llegado a una diferente conclusión, pues las circunstancias así planteadas sí transgreden las normas estatutarias y legales, contenidas en los artículos 218 y s.s. del Código de Comercio y lo establecido en el artículo 81 de los estatutos sociales contenidos en la Escritura Pública 1945 otorgada el día 24 de Junio de 1997 ante el Notario 40 del Circulo de Bogotá; en las que se dispone que el trámite liquidatorio deben tender a la inmediata liquidación y no propiciar la renovación

indefinida en el tiempo y menos aún atada a un contrato de arrendamiento y sus renovaciones, que como ya se anotó anteriormente, puede ser indefinido en su duración.

- 1.2. Muy a pesar de que el trámite de liquidación voluntaria no tenga un término establecido en la ley para su finalización, no por esa razón la liquidación voluntaria se puede traducir en un trámite indeterminado o indefinido. En ese sentido es muy claro el artículo 222 del Código de Comercio al señalar que “Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación.” Sin embargo, contrario a esa disposición, el liquidador de Franquicias Iserra S.A. lleva casi 20 años liquidando la sociedad, a pesar de que desde el 2011 dicha compañía no tiene pasivo externo. Empero, lo peor es que el liquidador no tiene la mas mínima intención de liquidar la compañía como lo confesó en la contestación de la demanda y se deduce de sus declaraciones, aduciendo la supuesta existencia de diferencias entre los accionistas que podrían dar lugar a unos eventuales perjuicios como se indica en la contestación de la demanda, razón por la cual no ha considerado ceder el contrato entre los accionistas de Franquicias Iserra S.A.

Esa es la verdadera razón por la cual el liquidador no liquida la sociedad Franquicias Iserra S.A. y no la existencia del mencionado contrato de arrendamiento, como parece haberlo entendido de manera equivocada la Superintendencia de Sociedades. El problema es que ni las supuestas diferencias o perjuicios están acreditados en este proceso, y aunque lo estuvieran nada tienen que ver con el proceso liquidatorio.

De allí que es claro que condicionar la liquidación de la sociedad a la terminación de un contrato de arrendamiento como lo dispuso la Asamblea y lo consintió la Superintendencia de Sociedades viola o desconoce, entre otros, el artículo 222 del Código de Comercio según el cual “Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación”, pues esa decisión está orientada a mantener una liquidación por el término que dure una relación contractual que puede renovarse de manera indefinida en el tiempo, cuando de acuerdo con las disposiciones de ley todos los actos de la sociedad, y por tanto de sus órganos, deben estar dirigidos es a la “inmediata liquidación” de la compañía como lo dispone la norma en mención.

En otras palabras, un trámite que como el de la liquidación debe ser finito, esto es, tener una conclusión y, además, pronta, pues así se desprende de la orden impartida por el artículo 222 del Código de Comercio, con la decisión de la asamblea y la bendición de la Superintendencia de Sociedades, cambió totalmente su naturaleza y ahora está sujeta a la duración de un contrato que puede resultar indefinido por las múltiples renovaciones que puede llegar a tener y la intención probada del liquidador de no oponerse a su terminación por las razones que él mismo menciona en la contestación de la demanda.

- 1.3. La decisión asamblearia impugnada más que “diferir la liquidación de la compañía a la terminación del contrato de arrendamiento”, como lo entiende la Superintendencia de Sociedades, a mi modo de ver de manera equivocada, lo que hace es condicionar la liquidación de la sociedad a la terminación del citado negocio., lo cual va en contravía de las disposiciones legales arriba citadas cuya vocación es procurar la inmediata liquidación de la sociedad una vez estén dadas las condiciones para ello y estas condiciones, por supuesto, nada tienen que ver con unos contratos de arrendamiento.

En ese sentido, la decisión de la Asamblea General de Accionistas y, por contera el fallo de la Superintendencia de Sociedades, están sujetando y/o admitiendo que se puede sujetar la culminación del trámite de la liquidación de la sociedad Franquicias Iserra S.A. a la correncia de un hecho futuro incierto, como es que el arrendatario decida no renovar el contrato, pues de este proceso está claro que el liquidador no tiene ninguna intención de hacerlo (como se desprende de la contestación de la demanda) y mucho menos el máximo órgano social.

Y bajo ese entendido, la decisión asamblearia como la decisión apelada es doblemente ilegal porque admiten la posibilidad de condicionar la conclusión de un trámite que como el de la liquidación (así sea voluntaria), por ley no admite o permite ese tipo de condicionamientos.

- 1.4. Como si lo anterior no fuera suficiente, la decisión asamblearia impugnada incurre en otra irregularidad, a saber: De acuerdo con el numeral 4 del artículo 238 del Código de Comercio, es función del liquidador “obtener la restitución de los bienes sociales que estén en poder de los asociados o de terceros, a medida que se haga exigible su entrega, lo mismo que a restituir las cosas de que la sociedad no sea propietaria”.

El término inicial del pluricitado contrato de arrendamiento vence el 1º de febrero de 2021¹. En esa medida, la obligación del liquidador es pedirle al arrendatario la restitución de los inmuebles al vencimiento del plazo inicial. Así lo entendió además la Delegada para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, que se abstuvo de investigar la conducta del liquidador tras considerar, en esencia, que “esperar a la terminación del mismo en el año 2021 para continuar con la liquidación de la sociedad resulta diligente toda vez que la terminación unilateral del mismo podría acarrear el pago de indemnizaciones...”².

Sin embargo, la decisión asamblearia impugnada impide incluso que el liquidador cumpla con esa obligación de “obtener la restitución de los bienes sociales que estén en poder de los asociados o de terceros, a medida que se haga exigible su entrega”, esto es, al vencimiento del plazo inicial del contrato el 21 de febrero de 2021, contradiciendo o vulnerando, así mismo, esa disposición, pues condiciona la liquidación a la terminación de dicho contrato y sus renovaciones.

- 1.5. Por último, es pertinente agregar que teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 222 del Código de Comercio, en el sentido de que una sociedad en liquidación no puede “iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto” ya que conserva “su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”, la Asamblea no podía sujetar, condicionar o, incluso, diferir “la liquidación de la compañía a la terminación del contrato de arrendamiento” y sus renovaciones, por las razones que paso a exponer a continuación:
 - a. Aunque en principio el contrato termina el 21 de febrero de 2021, el arrendatario puede renovarlo por otros 10 años como lo permite la Cláusula Tercera de dicho contrato.

¹ Cláusula Segunda del Contrato de Arrendamiento.

² Oficio 301-049531 del 21 de febrero de 2020.

- b. La decisión asamblearia impugnada, al condicionar la liquidación efectiva de Franquicias Iserra S.A. hasta la terminación del contrato, sin hacer referencia al vencimiento inicial del mismo, esto es, al 21 de febrero de 2021, comprende los períodos de renovación de dicho contrato.
- c. La renovación de un contrato de arrendamiento comercial constituye una nueva operación, por oposición a lo que acontece con las prórrogas.
- d. Como ya lo mencioné, de acuerdo con el artículo 222 del Código de Comercio una sociedad en liquidación no puede “iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto” ya que conserva “su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”, como lo sería en este caso el deshacer del contrato de arrendamiento.
- e. Por consiguiente, la decisión de la asamblea termina autorizando la celebración de nuevas operaciones (para este caso, renovaciones del contrato de arrendamiento), en franco desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 222 del Código de Comercio.

De Allí que la decisión de la Superintendencia de Sociedades, resulta así mismo violatoria de la mencionada disposición.

2. En cuanto a la nulidad por haber sido adoptada la decisión “sin el número de votos previstos en los estatutos y/o la ley, ya que Serrano Gómez y Cía. S. en C. debió haberse abstenido de participar en dicha votación debido al conflicto de interés que le asiste en esa determinación, por ser su representante legal y socio gestor, Ernesto Serrano Pinto, liquidador principal de FRANQUICIAS ISERRA S.A., EN LIQUIDACIÓN.

Nuevamente, considero que se llegó a una decisión errada por el juzgador de primera instancia, pues se hizo alusión a un eventual conflicto de intereses y se centró el razonamiento en cuanto a las normas que limiten el derecho a voto de las acciones.

Como se ha venido manifestando y se demostró en el trámite procesal, la propuesta, votada favorablemente por la accionista mayoritaria (56%), Serrano Gómez y Cía S. en C., a través de su representante legal suplente, señora Beatriz Silva, encontrándose presente su socio gestor, quien a su vez es el liquidador de la sociedad demandada, si vulnera el marco legal de la actuación de la sociedad y de su liquidador, quienes no se están confundiendo, pero que con su actuación enmarcada por fuera de los estatutos, genera un conflicto de intereses, casi lindando con el abuso del derecho de voto.

Como se manifestó en la contestación de la demanda y constituye confesión, el liquidador se rehusa a adjudicar en especie los remanentes de la liquidación porque considera que los señores William Serrano Pinto y Guillermo Serrano Liévano, se niegan a firmar o no firman los actos jurídicos respectivos.

La afirmación anterior se desprende claramente de la confesión que en ese sentido hace el liquidador al contestar los hechos 9 y 11 de la demanda. Por ejemplo, en el hecho 9 de la contestación de la demanda, se justifica la falta de gestión del liquidador para liquidar la sociedad así:

“De acuerdo con los hechos presentados en el caso concreto del proceso de liquidación de Franquicias Iserra S.A. y dado que existe un agudo conflicto familiar y societario,

entre la familia Serrano Liévano y la familia Serrano Gómez, existe un latente riesgo que los activos que a la fecha se encuentran en cabeza de la Sociedad en liquidación, puedan potencialmente afectar derechos de terceros (arrendatarios), pues incluso frente a otros inmuebles en copropiedad donde se evidencia la participación de los señores William Serrano Pinto, su hijo Guillermo Serrano Liévano y Cia. S.A.S. (...) al momento de requerirse su participación en la suscripción de contratos o cualquier acto jurídico sobre los inmuebles de su copropiedad, se presentan trabas o requerimientos de nuevas condiciones que han impedido que se puedan suscribir contratos de arrendamiento...”.

Por su parte, al contestar el hecho 11 de la demanda el liquidador señala que a pesar de que mi poderdante le ha pedido en varias oportunidades que liquide la sociedad así sea mediante la adjudicación en especie de sus activos (hecho que expresamente reconoce), él no lo hace, simplemente, porque esa posibilidad generaría una “copropiedad... de 3 personas jurídicas... y 2 personas naturales, y donde como se ha establecido, existe un agudo conflicto familiar y societario entre las familias Serrano Liévano y Serrano Gómez”; situación que, agrega, ha sido revisada por “el liquidador y la asamblea de accionistas quienes han analizado los riesgos que las propuestas de los demandantes y los señores William Serrano Pinto y Guillermo Serrano Pinto (sic) han presentado”, situación que de paso se aclara no se ha debatido al interior de ninguna asamblea.

Ahora bien, no es verdad que exista un agudo conflicto familiar ni societario como se desprende del Laudo Arbitral del 6 de marzo de 2020, que se anexó al proceso y con apoyo en la propia declaración de Ernesto Serrano Pinto concluyó al respecto que:

“Ante las preguntas hechas por el apoderado de AVIDESAS MAC POLLO S.A., relacionadas con la existencia de “agudos conflictos familiares” entre el convocante y los demás accionistas, se precia una confesión de su parte en relación a que se trata de una diferencia de apreciación sobre los negocios, mas no de una relación familiar en conflicto o resquebrajada”

Y aunque el Tribunal reconoce que Ernesto Serrano Pinto siente algún “desagrado” por la designación de Guillermo Ernesto Serrano Liévano como Gerente de Proyectos de Avidesa Mac Pollo S.A., advierte más adelante que estas diferencias “no dan cuenta de un conflicto familiar que pueda calificarse como “agudo” y tampoco permiten probar que esto fue lo que motivó las decisiones impugnadas y sobre las cuales versa este litigio”.

Para el caso que nos ocupa, existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero y por ello el liquidador de Franquicias Iserra S.A. en liquidación, sr Ernesto Serrano Pinto, ha debido abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, pues teniendo el 56% de la participación accionaria definitivamente si tenía el interés manifiesto de mantener la sociedad por lo que denomina en su contestación de demanda como la protección del patrimonio familiar.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la declaración pública acerca de la naturaleza de negocio y de sus condiciones corresponde a una intención real; pero, de ordinario, para eludir prohibiciones legales tocantes con la capacidad de las partes, se recurre a una operación triangular, mediante la interposición de un tercero, quien sin tener interés en el negocio, se presta a desviar los efectos de este, primeramente

hacia sí, para luego trasladárselos, mediante otro acto, a quien verdaderamente está llamado a recibirlos, como ocurrió en este asunto.

La duda respecto a la configuración de los actos de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas. Es preciso advertir que la prohibición para los administradores está referida a la participación en los actos que impliquen conflicto de interés o competencia con el ente societario.

De acuerdo con lo manifestado por esta Superintendencia en oficio 220-187377 del 10 de noviembre de 2014: "(...) estando sometido el interés de la sociedad a la determinación del administrador, que por sí mismo o con su concurso en las decisiones de la junta directiva o asamblea, tendría en esas circunstancias no solo la posibilidad, sino además motivos más que obvios como beneficiario directo que es en ambos casos, para favorecer su interés personal, por sobre el interés de la sociedad que se torna opuesto al suyo, es evidente que esta disyuntiva lo coloca indefectiblemente en un conflicto de interés, el cual, cuando ocurre, desplaza la posibilidad de elaborar juicios de valor acerca de los más justo o favorable para la compañía, trasladándola al máximo órgano social, de suerte que ya no les corresponde ni siquiera actuar en beneficio de la compañía, su única posibilidad de conducta es abstenerse de tomar decisión alguna y en forma inmediata poner la decisión a consideración de la asamblea general de accionistas, so pena de vulnerar la disposición legal referida."

En la contestación de la demanda se confiesa que nuevamente al presentar las documentales allegadas en el numeral 2 se "pretende demostrar los perjuicios que ocasiona la obstaculización generada por el conflicto societario y familiar (verdadera causa petendi), en otras sociedades familiares y por lo cual en la presente liquidación no se ha procedido con la distribución en especie, además de lo estipulado en el contrato de arrendamiento de los inmuebles de la sociedad"

Confesar que no existe agudo conflicto familiar y querer manifestar lo contrario, es faltar a la verdad ante esta superintendencia y simplemente resalta el interés del liquidador, socio gestor de Serrano Gómez, que a su vez es accionista mayoritario de Franquicias Iserra S.A: en liquidación, de no liquidar la sociedad.

Igualmente, en su interrogatorio de parte el señor liquidador confesó que aunque no ha cobrado sus servicios de liquidador, no ha renunciado a la remuneración y esto lleva a una gran incertidumbre a la sociedad que se ven sometida a la visión personal del liquidador que incluso ante el mismo Superintendente Delegado se ha negado a señalar un plazo para liquidar.

Así las cosas, si existe un interés personal, que constituye un conflicto de interés en la votación realizada en la que la sociedad de la cual es representante legal y posee el 56% de la participación accionaria, vota a través de interpuesta persona, por lo que ha debido a abstenerse de votar la propuesta así fuese por interpuesta persona.

Por ello, teniendo en cuenta que el si existe un conflicto de intereses en la toma de la decisión, solicito revocar la decisión atacada.

IV.- PETICIÓN

Por las razones antes mencionadas, comedidamente solicito se revoque la decisión proferida en primera instancia por la Superintendencia de Sociedades y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demana.

En estos términos dejo sustentado el recurso de apelación.

Con el respeto acostumbrado,



ROSA D. PARRA CARRILLO
C.C. No. 52.029.363 de Bogotá
T.P. No. 59.770 del C.S.J.

Señor Magistrado

DR. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.

E.

S.

D.

REF: Proceso No. 2011-337. JUZ 48 CCTO BTA

De: BLANCA ROSA LADINO Y OTROS.

Contra: COOPERATIVA VELOTAX LTDA Y OTROS.

IVAN MAURICIO LOPEZ AVELLANEDA, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en calidad de apoderado de la COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA, dentro del proceso de la referencia, estando dentro de los términos, del decreto 804 de 2020, respecto del recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en contra de mi representada, por medio del presente escrito, me permito sustentar el respectivo recurso de acuerdo con las inconformidades expuestas en el momento de su presentación, a saber:

SUSTENTACION DE LA APELACION

1.-El motivo de inconformidad contra la sentencia apelada de fecha 11 de marzo de 2020, consiste en que el Juez del Circuito, No tuvo en cuenta al momento de dictar sentencia la Fuerza Mayor o caso Fortuito alegado en conclusión por esta defensa, como eximente de culpa presunta en la responsabilidad civil contractual, en desarrollo de actividad peligrosa de la demandada Velotax, que con ocasión al incumplimiento del contrato de transporte entre ella y la víctima LESLIE ANDREI YURIBE LADINO, bastó con probarse el daño causado con el hecho y el nexo de causalidad entre éste y la víctima, para decretar la condena en contra de mi representada, dando aplicación a lo normado por el artículo 2356 del C.C. como ha sostenido la jurisprudencia reiteradamente “ *El caso fortuito o Fuerza mayor es una causa exhortativa capaz de contrarrestar la presunción de culpa consagrada en art 2356 del C.C.(sentencia 104del 26 de nov de 1999).*”

Es objeto de esta sustentación hacer referencia que, dejó de apreciar el señor Juez en la sentencia aquí atacada, la prueba obrante en el proceso del expediente aportado por la Fiscalía Seccional de Melgar quien conoció del caso, según el cual obra prueba testimonial de pasajero que también viajaba del vehículo de Velotax el día de los hechos, en la cual se afirma, que en el momento de ocurrencia del accidente se desplazaban normalmente por la vía cuando al pasar una curva apareció un gran encharcamiento de agua que ocupaba todo el carril, por lo cual el vehículo de Velotax al cogerlo quedó totalmente cubierto por agua, pierde el control y se desliza para ir a invadir el carril contrario y estrellarse contra el camión de placas SMR322 afiliado a Rápido Humeada que en ese instante también transitaba por allí.

Entonces fue de manera sorpresiva al pasar una curva, como se encuentra el conductor del vehículo de Velotax Ltda., con ese estancamiento de agua, lo que le hace imposible evitarlo, pues al estar en la curva no fue posible verlo antes de llegar a ese lugar, y una vez allí pierde totalmente el control de su rodante; Si se analiza que en ese momento por la gran cantidad de agua estancada, las llantas del automotor pierden adherencia con el suelo de la vía, produciéndose un efecto de deslizamiento, que lo va a llevar a chocarse con el camión de la empresa Rápido Humadea, con la fatal consecuencia conocida en el plenario, lo que muestra de manera clara la irresistibilidad e inevitabilidad que tuvo el conductor de Velotax Ltda., ante tal clase de obstáculo que se le apareció sobre la vía.

Atienda también señor Magistrado ponente, que fue la Fiscalía Seccional de Melgar, al dictar Resolución de Preclusión de la investigación en favor del señor DANIEL MAURICIO MAYORGA conductor del vehículo de Velotax Ltda., en la indagación preliminar que se le adelantaba por el delito de Homicidio culposo, en su parte motiva, quien hace alusión a la FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, como elemento determinante del accidente en el cual pereció el señor ANDREY URIBE, elemento también eximente de culpa penal en la conducta desplegada por el indiciado conductor de Velotax, motivo por el cual se inhibe de continuar con la investigación que cursaba en su contra, según consta en la copia del expediente de la instrucción penal, que obra como prueba a este proceso.

Se ha pronunciado el señor Juez del circuito en esta sentencia a decir, que no acoge la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de culpa presunta civil, apreciando de manera intrínseca y subjetiva el hecho, que por ir el vehículo de Velotax desplazándose con exceso de Velocidad, le impide detenerse o reducir la velocidad en el momento de coger el encharcamiento de agua, y ser este un comportamiento imprudente y también la causa que perdiera el control del vehículo, por

lo que consideró que si era evitable tal hecho, pero desconociendo abiertamente que en ningún aparte del proceso obra prueba testimonial, técnica o si quiera indiciaria, que concluyera que el vehículo de Velotax instantes previos al impacto, realmente se desplazaba con exceso de velocidad o a alta velocidad, para poder plasmar en la sentencia que existió exceso de velocidad, desconociendo que según la doctrina y jurisprudencia, que a pesar que nos rige el sistema de la libre apreciación de la prueba imperante en nuestro sistema procesal vigente, el juez debe realizar una valoración conjunta de los medios de convicción.

Con todo respeto, el A quo parte de una prueba que no existe dentro del proceso, reiteramos no hay ninguna que diga que nuestro conductor iba en exceso de velocidad, luego el fallador supone ese hecho con base en una prueba inexistente.

El exceso de velocidad no es un factor que se pueda apreciar de manera intrínseca subjetiva, pues para determinarlo en un fallo, debe al menos anteceder, un estudio en experticia técnica de físico o técnico forense, quienes después de hacer el análisis de los informes de tránsito levantados por las autoridades que atendieron el caso, después de aplicar formulas de la física y la lógica matemática, arrojen como resultado, que el vehículo en cuestión, se desplazaba a determinada velocidad en el momento del impacto y que dicho factor, exceso del límite de velocidad permitida para ese lugar, fue el determinante del accidente que trae como consecuencia el resultado fatal.

Exceso de velocidad referido por el Juez, que no establece de que velocidad se trata, puesto que tampoco se expresa en la sentencia en cuanto consistió el exceso de velocidad, ni cuál era la velocidad máxima permitida para ese sector de la vía, o que en el momento de ocurrencia del accidente fatal, se hubieran presentado factores que alteraran las condiciones de la vía, que hicieran presumir la prohibición de superar los 30 kilómetros por hora establecidos por el Código Nacional de Tránsito, cuando se presentan esos eventos. Entonces ha debido el señor Juez haber realizado una correcta valoración conjunta de los medios de convicción antes de dar por concluido que existió un exceso de velocidad en la conducción del vehículo de Velotax al momento de la ocurrencia del hecho.

Ante tal inexistencia de otros medios probatorios en el plenario, ha debido el señor Juez decretar de manera oficiosa dicha experticia con perito físico forense, experto en accidentes de tránsito, que junto con otras pruebas recaudadas, tener una base metódica más sólida, que la de su fuero interno, para promulgar que, por el exceso de velocidad en

que incurrió el conductor del vehículo de Velotax, no es aplicable al caso en concreto la Fuerza Mayor o Caso fortuito como eximente de culpa presunta generadora de la responsabilidad contractual de la empresa Velotax Ltda.

Ante tal falencia no puede cohonestar esta defensa y aceptar que se desaparece el eximente de la responsabilidad contractual contemplado en el art 64 del código civil y aceptar que se le impongan las condenas por perjuicios causados a los familiares de la víctima que hacen parte de la parte resolutive del fallo impugnado.

Incluso, del informe de accidente que se hace en el lugar de los hechos, después de la ocurrencia del mismo, las causas probables del accidente son hipótesis, las cuales deben probarse plenamente dentro de la presente actuación, es así que la resolución 0011268 del 16 de diciembre de 2012 (Manual de Diligenciamiento del Informe Policial de Accidentes de Tránsito), **en la cual se especifica que la hipótesis indicada NO IMPLICA RESPONSABILIDAD PARA LOS CONDUCTORES**, sino que expresan las acciones generadoras o intervinientes en la evolución física del accidente. Entonces si en esa causa probable del accidente, por ejemplo, se indica que pudo deberse a un exceso de velocidad, ello no conlleva responsabilidad para el conductor hasta que dentro del proceso se determine plenamente que, si existió esa alta velocidad, menos puede el señor juez suponer un exceso de velocidad en nuestro caso, cuando no se encuentra probada, incurriendo así en un error en la valoración de una prueba inexistente.

Es evidente que en nuestro caso se presentó un hecho eximente de responsabilidad como el la fuerza mayor o el caso fortuito, en razón a que le accidente se presentó de manera imprevisible e irresistible, cuando nuestro conductor, al llegar a la curva se encuentra con un charco inmenso de agua que cubre la aerovan, y las llantas pierden adherencia al piso, hecho que él no pudo divisar previamente (el charco de agua) precisamente por estar en una curva. Al respecto ha señalado la Jurisprudencia "*Imprevisible es el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, examinando en cada situación de manera específica los siguientes criterios: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) el concerniente a su carácter inopinado, excepcional y **sorpresivo***" (negrillas del suscrito) S.C.C. Exp.:0829-92. Y es que fue sorpresiva la aparición de dicho encharcamiento al conductor de Velotax por cuanto como quedó establecido transitaba por el sector de la "nariz del diablo", por lo cual se trata de una vía totalmente curva y angosta y para la época del accidente de doble carril, en donde por tales características, le impedía desplazarse con el exceso de velocidad, que ha querido enrostrar el señor Juez a este hecho, y tampoco por este mismo motivo le fue fácil al conductor advertir el estancamiento de agua sobre la vía,

lo cual demuestra también que si se trató de un hecho imprevisible, irresistible e inevitable.

Amén de lo anterior, el juez desconoció las normas del Código de comercio, como son Art. 992 y 1003 numeral 2º .

El Art. 992 señala “EXONERACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR>. <Artículo subrogado por el artículo 10 del Decreto extraordinario 01 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> *El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña.....”* (negrillas mías)

Así mismo el Art. 1003. **Que trata de la <RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR>. Señala: *El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato.***

Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos:

...

2) Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño;

...”

Entonces al presentarse un eximente de responsabilidad se rompe el nexo causal entre el hecho generador del daño y el daño mismo. Si bien es cierto el daño se presentó, no puede haber imputación jurídica por la causa extraña que se presentó.

Reiteramos, para nuestro caso es evidente que de la manera como ocurrió el accidente, estamos en presencia de una causal eximente de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito.

Estas figuras se encuentran en el artículo 64 del Código Civil, que enuncia:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. ”

Nuestra jurisprudencia se ha ocupado ampliamente del tema y se ha concluido que las causas excluyentes de la culpabilidad no son otra cosa que la presencia de un acontecimiento extraño a la voluntad del hombre,

como fue nuestro caso, se reitera situación que le resultó imprevisible e irresistible y extraño a la voluntad del conductor, porque de manera abrupta en la curva encontró un inmenso charco de agua que desestabilizó el vehículo, al perder las llantas la adherencia al piso, que lo llevo a deslizarse e invadir el otro carril y chocar con el otro vehículo que venía en sentido contrario.

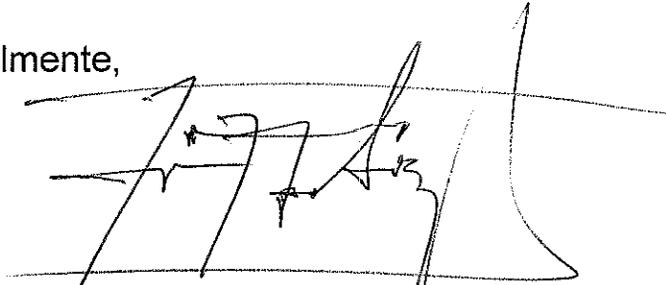
2.-De otro también es objeto de alzada por esta defensa la condena al pago de perjuicios materiales en contra de mi defendida, por un lucro cesante consolidado de setenta millones de pesos (\$70.400.000.00) a favor de los aquí demandantes, puesto que como quedó plenamente probado tanto la compañera permanente de la víctima como su hijo menor de edad, meses después de la ocurrencia del insuceso, fueron beneficiados con la asignación de la pensión vitalicia por parte del seguro social del fallecido señor ANDREY URIBE, según lo depuesto por la beneficiaria de la misma compañera permanente y madre del menor señora DIANA PAOLA FORERO, en interrogatorio de parte surtido en esta actuación, de concederse dicha condena en su favor se estaría indemnizando por doble partida y por el mismo concepto, a la demandante, lo cual sería constitutivo a un enriquecimiento sin causa, o enriquecimiento injusto, contraviniendo los lineamientos de la jurisprudencia colombiana según la cual la indemnización del perjuicio no puede ser fuente de enriquecimiento para su reclamante.

Entonces si el Seguro Social ha reconocido a la señora DIANA PAOLA FORERO como compañera permanente y a su hijo pensión vitalicia en un 50% para cada uno sobre el salario que devengaba el señor ANDREI URIBE, por su muerte accidental, se ha sufragado por parte del seguro social el lucro cesante pasado y futuro que fue objeto de las pretensiones de esta demanda, o sea que para el momento de dictar sentencia dicho perjuicio material ya es inexistente a la luz del derecho, quedando únicamente insatisfechos los perjuicios extrapatrimoniales o morales que sin entrar a reconocerlos ya fueron objeto de condena en la sentencia atacada, no teniendo en cuenta el juez que los mismos no ocurrieron a causa de un delito sino de un hecho culposo, como lo es el accidente de tránsito.

En conclusión y teniendo como base los argumentos anteriormente esgrimidos solicito ante la sala civil de decisión del honorable tribunal superior de Bogotá, revocar en su integridad la sentencia de fecha 11 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado 48 civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso radicado número 2011-337, objeto del -

presente recurso, por estar configurado un elemento eximente de responsabilidad como es la fuerza mayor o caso fortuito y la prueba de exceso de velocidad no esta probada dentro del expediente, lo que hace que el juez se baso para condenar en una prueba inexistente.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ivan Mauricio Lopez Avellaneda', written over a horizontal line.

IVAN MAURICIO LOPEZ AVELLANEDA

C.C. No. 79.3298.198 de Bogotá

T.P. No. 86782 del C.S. dela J.

Correo electrónico: ilopezalisa@yahoo.com.mx



SEÑORES:

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

MP.DR. JULIAN SOSA ROMERO

E. S. D.

PROCESO : ORDINARIO

DEMANDANTE : RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL

DEMANDADO : INCONCAR LTDA

RADICADO : 110013103-020-2013-00109-01

JUZGADO : SEGUNDO (2) CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE BOGOTÁ

RECURSO DE APELACIÓN

FERNANDO JOSE MERCHÁN RAMOS, en calidad de apoderado judicial del demandante dentro del proceso de la referencia, encontrándome dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 14 del Decreto Legislativo No 806 de 2020, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

La sociedad demandada, INCONCAR LTDA, por conducto de apoderado judicial instauró proceso ejecutivo contra el Señor RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, demanda que por reparto correspondió al juzgado catorce (14) civil municipal de Bogotá bajo el radicado No 2003-0131. Como medida cautelar la sociedad demandada, INCONCAR LTDA, solicitó el embargo y posterior secuestro del vehículo de servicio público intermunicipal de placa SYS-078 de propiedad del demandante, RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL. La aprehensión del rodante se materializó el día once (11) de agosto de dos mil cuatro (2004) por efectivos de la Policía Nacional, quedando el rodante legalmente inmovilizado al interior del proceso referido.



Al interior del proceso ejecutivo de INCONCAR LTDA contra RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, el vehículo de placa SYS-078 duro inmovilizado quince (15) meses, desde el once (11) de agosto de dos mil cuatro (2004) hasta el once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005), fecha ultima en la que el rodante fue puesto a disposición del Juzgado 15 Civil de Circuito.

Durante el tiempo en que el rodante estuvo inmovilizado a órdenes del juzgado catorce (14) civil municipal de Bogotá dentro del proceso ejecutivo la sociedad INCONCAR LTDA no lo secuestro, impidiendo así su normal administración del vehículo de placa SYS-078, ahogando en deudas al Señor RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL con la frustración de la explotación económica de éste.

La sociedad demandada, INCONCAR LTDA , al interior del proceso ejecutivo que curso en el juzgado catorce (14) civil municipal de Bogotá bajo el radicado No 2003-0131, obró imprudentemente, con culpa grave, temeridad, mala fe, y con notorio abuso del derecho a litigar por NO MATERIALIZAR EL SECUESTRO DEL RODANTE.

Como consecuencia de la anterior medida el demandante fue despojado de la tenencia del antedicho bien, viéndose avocado a dejar de percibir el usufructo derivado de la explotación económica del rodante, circunstancia ésta que lo obligó a entrar en mora con la misma sociedad demandada y con terceras personas, lo cual generó serios y graves perjuicios económicos como morales para el demandante, aunado a que el automotor fue desvinculado de la empresa Transportadora Expreso Gaviota S.A. por no cumplir con el plan de rodamiento al no prestar el servicio público de transportes de pasajeros.

El proceso ejecutivo se adelantó con el pleno de las formalidades previstas en la ley para el efecto, y mediante sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil siete (2007) declaró prosperas parcialmente las excepciones propuestas por el aquí demandante, RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL



Conforme se desprende del contenido de la demanda, a través del presente proceso el demandante, RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, pretende que la sociedad demandada, INCONCAR LTDA, sea declarada civil y directamente responsable extracontractualmente, de la totalidad de los perjuicios causados, y como consecuencia de esa declaratoria sea condenada a resarcirlo en las cuantías y por los conceptos solicitados en la demanda. Así las cosas, es claro que el presente proceso se fundamenta en la institución jurídica de la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL consagrada en los artículos 2341 y siguientes del C.C.

Determina el artículo 2341 del CC. que *"el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido"*. Así mismo, preceptúa el artículo 2356 del C.C. que *"por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta"*.

II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Que al interior del proceso ejecutivo de INCONCAR LTDA contra el Señor RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, el cual curso en el juzgado catorce (14) civil municipal de Bogotá bajo el radicado No 2003-0131, el rodante de placa SYS-078 fue debidamente embargado con fundamento en el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 2488 del Código Civil, en el sentido que el acreedor tiene el derecho de perseguir los bienes del deudor.

Que la inmovilización del rodante de placa SYS-078 fue el resultado adverso derivado del ejercicio legítimo de un derecho, que sobrevino por la mora imputable única y exclusivamente al deudor, acá accionante, de suerte que, ante la deshonra de sus obligaciones, es apenas lógico, que se hallara forzado a soportar que sobre sus bienes recayeran las cautelas que, razonada y proporcionalmente es si, deprecara su acreedor.

Que si bien es cierto el secuestro del rodante de placa SYS-078 no se materializó porque el Despacho comisario no se elaboró, y tampoco se designó auxiliar de la justicia para su custodia, el acá accionante, podía también impulsar el tramite atinente al decreto y practica del secuestro.



Que la tardanza en la práctica del secuestro del rodante de placa SYS-078 no obedeció a un acto de desidia, ni provisto de mala fe ni constitutivo de una conducta abusiva de la sociedad acá demandada, ni que se hiciese de manera excesiva y/o con desbordamiento del derecho que pretendía garantizar.

En consecuencia, de lo expuesto declaró prospera la excepción denominada "falta de los presupuestos propios de la acción invocada", desestimando así todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La sentencia proferida por el A quo contiene protuberantes y evidentes errores de hecho como de derecho, los cuales relaciono a continuación:

1. ERRORES DE HECHO MANIFIESTOS EN QUE INCURRIÓ EL A QUO EN LA SENTENCIA RECURRIDA

- 1.1. No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada obró con negligencia al interior del proceso ejecutivo que dio origen al presente proceso, ya que tenía el deber jurídico de decir la verdad y de presentar los hechos en aquél proceso de forma verídica, lo cual no hizo, y por ello fue que se declararon prosperas parcialmente las excepciones propuestas por el acá demandante mediante sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil siete (2007), esto es, pago y cobro de lo no debido dentro del proceso ejecutivo de INCONCAR LTDA contra RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, que curso en el Juzgado Catorce (14) Civil Municipal de Bogotá bajo el radicado No 2003-0131
- 1.2. No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada abuso del derecho a litigar, al no secuestrar el rodante de servicio público de placa SYS-078 dentro del proceso ejecutivo que dio origen al presente proceso.



- 1.3. No dar por demostrado, estándolo, que los perjuicios reclamados derivan de la no explotación económica del rodante de servicio público ante la omisión del secuestro por parte de la sociedad demandada.
- 1.4. No dar por demostrado, estándolo, que las medidas cautelares a interior del proceso ejecutivo, que dio origen al presente proceso, se tornaron abusivas.
- 1.5. No dar por demostrado, estándolo, que se configuró la responsabilidad civil extracontractual de la demandada por abuso del derecho a litigar.
- 1.6. Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada actuó con diligencia y cuidado al interior del proceso ejecutivo.
- 1.7. Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada obró de buena fe al interior del proceso ejecutivo que dio origen al presente proceso.
- 1.8. No aplicar los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.
- 1.9. No aplicar el artículo 95 de la C.N.
- 1.10. Interpretar indebidamente los artículos 9, 10, 682, 683 y 689 del CPC.
- 1.11. No interpretar la demanda de manera racional, lógica, sistemática e integral.

2. PRUEBAS NO APRECIADAS

- 2.1. Copias del proceso ejecutivo de INCONCAR LTDA contra RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, radicado 11001400301420030013100, el cual curso en el Juzgado Catorce (14) Civil Municipal de Bogotá.
- 2.2. Copia de la certificación expedida por EXPRESO GAVIOTA S.A., fechada el 9 de junio de 2006.
- 2.3. Copia de la certificación expedida por EXPRESO GAVIOTA S.A., fechada el 12 de febrero de 2008.
- 2.4. Copia de la resolución No 001134 del 19 de diciembre de 2016 proferida por la Dirección Territorial del Ministerio de Transporte de Cundinamarca.
- 2.5. La demanda.



3. ERRORES JURISDICCIONALES EN QUE INCURRIÓ EL A QUO EN LA SENTENCIA RECURRIDA

3.1. PRIMER ERROR JURISDICCIONAL

El primer error jurisdiccional cometido por el juez A quo fue fáctico, al concluir con el tenor literal, exegético y aislado de la demanda como única pretensión la "*omisión del secuestro del rodante*" haciendo caso omiso de los restantes fundamentos fácticos y de derecho, por cuanto de su interpretación lógica, sistemática, íntegra y racional, surge con claridad, con evidencia manifiesta, como una verdad de a puño, el hecho de que el rodante no hubiera sido secuestrado ni explotado económicamente fue lo que ocasionó los perjuicios, encubriendo así dicha omisión de la sociedad demandada INCONCAR LTDA.

Como el secuestro sobre el rodante no se materializó por desidia y negligencia de la sociedad demandada, el demandante dejó de percibir el usufructo durante los quince (15) meses en que duro inmovilizado el rodante de placa SYS-078, pues de haberlo hecho se hubiera dado aplicación a lo dispuesto por los artículos 9, 10, 682, 683 y 689 del CPC. (Actualmente 48, 51, 52, y 595 del CGP)

La presente demandada no solo se fundamenta en "*la omisión del secuestro*" sino en la "*no explotación económicamente del vehículo de servicio público intermunicipal*," el cual fue embargado y aprehendido, pero NO SECUESTRADO por parte de la empresa demandada INCONCAR LTDA, lo que conllevó a que el demandante dejara de percibir el usufructo derivado de la explotación económica del mismo, circunstancia ésta que lo obligó a entrar en mora con más renuencia con la misma sociedad demandada y con terceras personas, lo cual le generó serios y graves perjuicios económicos como morales, aunado a que el automotor fue desvinculado de la empresa Transportadora a la cual se encontraba afiliado, concretamente a expreso Gaviota S.A., por no cumplir con el plan de rodamiento al no prestar el servicio público de transportes de pasajeros. Si el rodante hubiera sido usufructuado por parte de la sociedad aquí demandada no se habrían ocasionado los perjuicios reclamados.



El código civil colombiano en el artículo 2273 define el secuestro de cosas o bienes de la siguiente forma:

«El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor.»

En un proceso ejecutivo se solicita al juez el embargo y secuestro de una propiedad para que el acreedor garantice el pago de la deuda reclamada.

En tal caso, el juez decreta la aprehensión material del bien mediante la figura del secuestro, entregando al secuestre la tenencia y gestión del bien, hasta tanto se satisfaga el crédito reclamado, o en su defecto, se remate el bien embargado para el pago de la obligación.

Para el caso en concreto existe nexo causal entre la demanda inicial, proceso ejecutivo, y el decreto de medidas cautelares y la abnegación de secuestrar rodante.

Las medidas de embargo y secuestro tienen por efecto separar al propietario de la administración, explotación y custodia del bien afectado por la medida (C.P.C. art. 683).

El aquí demandante fue separado de la administración del rodante, razón por la cual no estaba en capacidad de protegerlo, que cuando estaba en pleno ejercicio de sus facultades jurídicas. El estudio de la relación de causalidad entre las medidas cautelares y el daño, debe abordarse desde la siguiente perspectiva: la imposibilidad del propietario de proteger su patrimonio, como consecuencia de la restricción del control sobre el bien fue lo que influyó en la producción del daño

El A quo no aportó suficientes argumentos jurídicos para derivar una carga de vigilancia exclusivamente en el demandante, ii) excluyó del juicio de responsabilidad un elemento que le es propio (la influencia causal en la producción del daño, que tiene el hecho de separar al propietario de la administración de sus bienes) y iii) incluyó un elemento ajeno a la estructura de la responsabilidad,



como era la carga de vigilancia sobre el bien que se radicó en el propietario, incurriendo en vía de hecho por defecto sustantivo.

3.2. SEGUNDO ERROR JURISDICCIONAL

El segundo error jurisdiccional cometido por el juez A quo fue fáctico por preterición, ya que ignoró y dejó de apreciar la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) Civil Municipal de Bogotá el diecinueve (19) de diciembre de dos mil siete (2007) dentro del proceso ejecutivo No 11001400301420030013100 de INCONCAR LTDA contra RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, donde se declararon prosperas parcialmente las excepciones propuestas por el acá demandante, esto es, pago parcial y cobro de lo no debido.

En los embargos se da el abuso del derecho cuando se ejercen las vías de derecho que se tienen en las actuaciones de carácter procesal para perseguir los bienes del deudor, pero en forma injustificada, esto es, con el ánimo de perjudicarlo, es decir, que para la configuración de la teoría del abuso es preciso que se tenga un derecho subjetivo y que este se ejerza "*sin sujeción estricta a las fines económicos y sociales para el cual fue establecido, y al margen de los límites que el mismo ordenamiento jurídico señala*".

Como especie particular de culpa aquiliana, el empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, cuando, simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquellas. De manera que ésta sigue la regla general predicable en materia de responsabilidad civil extracontractual, esto es, que el perjuicio sólo es indemnizable en la medida de su comprobación.

La temeridad y mala fe de la sociedad demandada se encuentra probada con base en la sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil siete (2007) dentro del proceso ejecutivo No



11001400301420030013100 de INCONCAR LTDA contra RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL, donde se declararon prosperas parcialmente las excepciones propuestas por el acá demandante, esto es, pago parcial y cobro de lo no debido, de lo que se concluye que la sentencia recurrida contiene fallas estructurales derivado de errores fácticos por preterición.

3.3. TERCER ERROR JURISDICCIONAL

El tercer error jurisdiccional contenido en la sentencia fue normativo o sustantivo, por interpretación indebida de los artículos 9, 10, 682, 683 y 689 del CPC., aplicables para la época en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la presente demandada.

El Juez A quo incurrió en vías de hecho por dos razones: insuficiente argumentación y la introducción de elementos ajenos al juicio de responsabilidad, ya que en su concepto la sociedad demandada no tenía responsabilidad alguna sobre la omisión del secuestro del rodante que había embargado, sino que dicha tarea incumbía también al acá demandante. Por lo tanto, que no existía relación causal entre la omisión del secuestro del rodante y la conducta de la sociedad demandada, es decir, que no se configuró responsabilidad alguna en cabeza de ésta.

En la argumentación expuesta por el Juez A quo, claramente aduce que la carga de solicitar el secuestro del rodante embargado correspondía al titular de la propiedad del mismo, pues *"mientras no haya sido vencido en el litigio tiene el deber de permanecer en vigilia respecto del destino que pueden tener los que son sus bienes"*. Empero, en la misma argumentación sostiene que la sociedad demandada como acreedora tenía el derecho de perseguir los bienes del deudor, en este caso del acá demandante, y que el embargo y la inmovilización del rodante de placa SYS-078 fue el resultado adverso derivado del ejercicio legítimo de un derecho, que sobrevino por la mora imputable única y exclusivamente al deudor, quien deshonro sus obligaciones, pero que la materialización del secuestro era responsabilidad del propietario mientras no sea vencido en el juicio. La línea argumentativa del A quo fue completamente contradictoria.



El A quo concluyó que el acá demandante, en su calidad de ejecutado dentro del proceso ejecutivo tenía la obligación de secuestrar el rodante de su propiedad, genero para él una carga, y eludió la existencia de las obligaciones de la sociedad demandada al interior del precitado proceso. El A quo no hizo más que sostener que era el acá demandante, como propietario y como ejecutado quien debía soportar la carga de secuestrar el rodante sin mencionar fuente normativa que apoyara tal conclusión.

Si bien es cierto que el acreedor de una obligación personal se encuentra facultado por ley para solicitar las medidas cautelares de embargo y secuestro con el fin de garantizar la prosperidad y eficacia de los procesos ejecutivos, éste derecho no es absoluto, pues lleva consigo unos deberes y unas responsabilidades; que de incumplirse se convierte en abusivo el derecho a litigar por parte del ejecutante, incurriéndose en una responsabilidad civil extracontractual para con el deudor, por abuso del derecho a litigar consagrado en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil y 72 del Código de Procedimiento Civil (actualmente artículo 80 del CGP)

El A quo no pudo ser más explícito al considerar que el control del secuestro del rodante correspondía al acá demandante por ser el propietario, quien mientras no haya sido vencido en el litigio tiene el deber de permanecer en vigilia respecto del destino que puedan tener los que son sus bienes. Entonces, el acá demandante podía y debía, más que nadie, haber reclamado al juez que conoció del proceso ejecutivo el secuestro del rodante, y como no lo hizo, no puede trasladar a la sociedad tal responsabilidad.

Las medidas de embargo y secuestro tienen por efecto separar al propietario de la administración, explotación y custodia del bien afectado por la medida (C.P.C. art. 683). Habida consideración de este hecho, la pregunta sobre la relación causal se establece a partir de analizar cuáles son las consecuencias que se derivan de la adopción de medidas cautelares, sobre la capacidad del propietario para proteger su bien.



La persona separada de la administración de sus bienes no está en idéntica capacidad de protegerlos, que cuando estaba en pleno ejercicio de sus facultades jurídicas. El estudio de la relación de causalidad entre las medidas cautelares y el daño, debe abordarse desde la siguiente perspectiva: la imposibilidad del propietario de proteger su patrimonio, como consecuencia de la restricción del control sobre el bien, ¿influyó en la producción del daño?

En conclusión, i) el A quo no aportó suficientes argumentos jurídicos para derivar una carga de vigilancia exclusivamente en el acá demandante, ii) excluyó del juicio de responsabilidad un elemento que le es propio (la influencia causal en la producción del daño, que tiene el hecho de separar al propietario de la administración de sus bienes) y iii) incluyó un elemento ajeno a la estructura de la responsabilidad, como era la carga de vigilancia sobre el bien que se radicó en el acá demandante por ser el propietario, incurriendo en vía de hecho por defecto sustantivo.

3.4. CUARTO ERROR JURISDICCIONAL

El cuarto error jurisdiccional contenido en la sentencia fue normativo o sustantivo, al no aplicar lo previsto por el artículo 95 de la C.N., y artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

Conforme se desprende del contenido de la demanda, a través del presente proceso el demandante pretende que la sociedad demandada sea declarada civil y directamente responsable extracontractualmente, de la totalidad de los perjuicios causados derivados de la omisión del secuestro del rodante de servicio público placa SYS-078, y como consecuencia de esa declaratoria sea condenada a resarcirlo en las cuantías y por los conceptos solicitados en la demanda. Así las cosas, es claro que el presente proceso se fundamenta en la institución jurídica de la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL consagrada en los artículos 2341 y siguientes del C.C.

Determina el artículo 2341 del CC. que *" el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa*



o el delito cometido". Así mismo, preceptúa el artículo 2356 del C.C. que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Si bien es cierto que el acreedor de una obligación personal se encuentra facultado por ley para solicitar las medidas cautelares de embargo y secuestro con el fin de garantizar la prosperidad y eficacia de los procesos ejecutivos, éste derecho no es absoluto, pues lleva consigo unos deberes y unas responsabilidades; que de incumplirse se convierte en abusivo el derecho a litigar por parte del ejecutante, incurriéndose en una responsabilidad civil extracontractual para con el deudor, por abuso del derecho a litigar consagrado en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil y 72 del Código de Procedimiento Civil (actualmente artículo 80 del CGP).

Para el caso en concreto el INCONCAR LTDA incurrió en un abuso del derecho al interior del proceso ejecutivo No 11001400301420030013100, toda vez que el rodante de servicio público intermunicipal no fue secuestrado ni explotado económicamente desde el once (11) de agosto de dos mil cuatro (2004) hasta el once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005), tiempo durante el cual el demandante dejó de percibir el usufructo derivado de la explotación económica, aunado que mediante sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil siete (2007) se declararon prosperas parcialmente las excepciones propuestas por el acá demandante, probándose así la relación de causalidad entre el daño sufrido por aquél y el abuso al derecho a litigar por parte de la sociedad demandada.

La sociedad demandada NO MATERIALIZÓ el secuestro del rodante de placa SYS-078, impidiendo así su normal administración, ahogando en deudas al demandado con la frustración de la explotación económica de éste.

En los embargos se da el abuso del derecho cuando se ejercen las vías de derecho que se tienen en las actuaciones de carácter procesal para perseguir los bienes del deudor, pero en forma injustificada, esto es, con el ánimo de perjudicarlo, es decir, que para la configuración de la teoría del abuso es preciso que se tenga un derecho subjetivo y que este se ejerza "*sin sujeción estricta a los fines económicos y sociales para el cual fue establecido, y al margen de los límites que el mismo ordenamiento jurídico señala*".



La sociedad demandada, al interior del proceso ejecutivo de INCONCAR LTDA contra el Señor RAFAEL DE LOS REYES SALAZAR BERNAL; que curso en el juzgado catorce (14) civil municipal de Bogotá bajo el radicado No 2003-0131, obró imprudentemente, con culpa grave, temeridad, mala fe, y con notorio abuso del derecho a litigar, en primer lugar, por no materializar el secuestro del rodante, y en segundo lugar, al haber prosperado parcialmente las excepciones de pago parcial y cobro de lo no debido mediante sentencia fechada el diecinueve (19) de diciembre de dos mil siete (2007).

La teoría del abuso del derecho se sentó con el criterio, según el cual, una persona no puede abusar de sus propios derechos. Con la Constitución de 1991, esa concepción teórica sufrió un giro radical, al haberse elevado este principio general de derecho a principio de orden constitucional. En forma expresa, el artículo 95 consagró el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; en ese artículo, como lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional, subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales.

Para el caso en concreto INCONCAR LTDA incurrió en un abuso del derecho cuando, toda vez que el rodante de servicio público intermunicipal no fue secuestrado ni explotado económicamente para que con el producido se pagara la deuda, hechos que sin lugar a dudas son generadores de una responsabilidad civil y, por consiguiente, habrá de indemnizar al demandante, quien resulto perjudicado.

De manera concreta podemos sintetizar y precisar que se configura el abuso del derecho, según el criterio dominante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema cuando se mantienen medidas que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida, que fue lo que ocurrió para el caso de marras.



V. PETICIÓN

Con base en lo expuesto, de manera comedida y respetuosa solicito a esta Sala revocar en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, y en consecuencia de ello acceder a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Atentamente,

FERNANDO MERCHAN RAMOS

FERNANDO JOSÉ MERCHAN RAMOS

C.C. No 80.491.968 de Bogotá

T.P. No 119540 del C.S.J.

HONORABLES MAGISTRADOS.

Respetuosamente presento la sustentación al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el día 15 de julio de 2020, por la Juez 42 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso No.2014-00055 de JOSE HUGO GIRALDO LOPEZ.

Presente demanda de DECLARACION DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN ORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO en nombre del señor JOSE HUGO GIRALDO LOPEZ contra la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES MONDRIAN LTDA., de los apartamentos 205, garaje 5, 305 garaje 27 con los respectivos depósitos, ubicados en la carrera 50 A NO. 122 -40 Edificio Mondrian de Bogotá, D. C., se aportó como Justo título la escritura pública de dación en pago No.123 del 23 de enero de 2003 de la Notaria 50 del círculo de Bogotá, suscrita por el señor GERMAN DANIEL MARTINEZ en favor de mi representado señor JOSE HUGO GIRALDO LOPEZ , escritura pública que fue ratificada mediante documento privado obrante a folio 232 del expediente, documento que no fue tachado de falso y del cual el señor GERMAN DANIEL MARTINEZ en su declaración reconoció que si era su firma.

El fallo de primera instancia la juzgadora negó las pretensiones de la demanda principal, es decir, la PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN ORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO, considerando la existencia del contrato de arrendamiento allegado al proceso por la parte demandada en la demanda principal y demandante en reconvención.

MI inconformidad radica en la apreciación que hizo la señora Juez de las pruebas aportadas y recaudadas sin tener en cuenta los términos de la audiencia inicial, de saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas.

Una vez se tomaron los interrogatorios de parte, al momento de fijar el litigio el despacho manifestó: **“No se discute la transacción mencionada en el numeral primero, en tanto que existe un documento que lo prueba**, solo la veracidad de sus manifestaciones, esto es respecto del pago. **Por lo demás, en relación con la demanda de reconvención, es aceptado por el demandante en la acción principal, que es poseedor actual de los predios reclamados por el actor en la súplica reivindicatoria, por lo cual se declara confesas a las partes de los hechos anteriormente mencionado”** Esta decisión se notifica en Estrados. Cabe aclarar que no fue objeto de reproche esta decisión por ninguna de las partes. Claramente el despacho dejo planteado como problema jurídico “el pago”.

Es decir, se declararon confesas las partes en cuanto a reconocer al demandante señor JOSE HUGO GIRALDO LOPEZ su calidad de poseedor de los inmuebles, vuelvo y reitero esta decisión no fue objetada por la parte demandada y demandante en reconvención.

Mi representado recibió de manos del Gerente y socio de la Constructora señor GERMAN DANIEL MARTINEZ, como el mismo lo declara, entregue las llaves al señor Hugo Giraldo para que ingresara a los apartamentos entre ellos los inmuebles objeto de usucapión, primero con la escritura pública de dación en pago y posteriormente ratificada esta dación en pago mediante documento privado de agosto de 2005, obrante a folio 232, lo que corrobora en declaración el señor Jairo Restrepo, quien dice que en el mes de agosto de 2005 se reunieron el señor GERMAN DANIEL MARTINEZ, JAIRO RESTREPO CUERVO Y JOSE HUGO GIRALDO LOPEZ, hicieron cuentas de los dineros aportados e invertidos en la Constructora por cada uno y por eso se firmó ese documento. fecha desde la cual mi representado a ejercido actos de señor y dueño,

La escritura pública de dación en pago fue suscrita para garantizar los dineros que aportaría mi representado señor José Hugo Giraldo López como inversionista, y fue suscrita por el señor GERMAN DANIEL MARTINEZ, quien en su declaración tuvo contradicciones en sus respuestas, como por ejemplo decir que el contrato de arrendamiento fue cumplido y no cumplido que pago y no pago, contrario a las declaraciones del señor Edgar Guaje y del señor Jairo Restrepo

que mencionan que el señor José Hugo Giraldo López era el “inversionista” comprometido a sufragar los gastos necesarios judiciales, de servicios públicos, cuotas de administración entre otros, es decir, los que se requerían para recuperar la tenencia de los inmuebles y ponerlos al día.

Respecto al contrato de arrendamiento que la juzgadora declara que existe entre las partes, Honorables Magistrados, en las declaraciones rendidas por el señor German Daniel Martínez, manifiesta que dicho contrato fue una “estrategia” para poder iniciar la querrela de perturbación de tenencia y así recuperar los inmuebles que estaban en poder de ocupantes del edificio, minuto 44.12, lo que corrobora en su declaración el señor Edgar Guaje, minuto 1:31.37 y el señor Jairo Restrepo, minuto 41:49 primera grabación y minuto 53:14 segunda grabación, que el contrato de arrendamiento fue una estrategia para recuperar los inmuebles, 7 apartamentos con sus garajes y depósito correspondiente, es decir el contrato de arrendamiento era sólo para estos fines, además cabe resaltar que si bien es cierto el contrato se suscribió el 10 de diciembre de 2002, en la cláusula novena de ENTREGA Y RECIBO: “EL ARRENDATARIO declara que recibe los inmuebles en el estado en que se encuentran”, como podía el arrendador hacer entrega de los apartamentos si en ese momento estaban en posesión de otras personas, el acuerdo dentro de la mencionada querrela fue el 10 de marzo de 2003, es decir, no se hizo entrega formal de los mismos, lo que se puede corroborar también con el decir en los testimonios del señor GERMAN DANIEL MARTINEZ, minuto 1:01:12 “desde que se abandonó el edificio, año 1999”, y minuto 1:09:00 “me desentendí del edificio desde el año 1999”, lo mismo que declara el señor Jairo Restrepo, minuto 27: 43 y minuto 35:03, aduce de igual manera que en propuesta a CISA de fecha 21 de enero de 2005 folio 275 el señor José Hugo Giraldo la suscribe como arrendatario reconociendo propietario, lo que no es cierto dicha propuesta la suscribe como “acreedor de la sociedad Inversiones y Construcciones Mondrian”. Cabe destacar que en declaraciones de los señores German Daniel Martínez, Edgar Guaje y Jairo Restrepo, los únicos apartamentos del señor José Hugo Giraldo eran los aptos 205, garaje 5, depósito 17, 305, garaje 25, depósito 16, los otros apartamentos 404, garaje 31, depósito 24 tiene otro propietario, lo mismo apto 501, garaje 17, depósito 5, apartamento 504 garaje 15 depósito 4, apartamento 207 garaje 7 depósito 21 y apartamento 405, lo que demuestra que el contrato de arrendamiento en su esencia nunca existió.

Honorables Magistrados está plenamente probado dentro del expediente que mi representado es quien ha ejercido actos de señor y dueño en los inmuebles objeto de este proceso y que ostenta la posesión material de los inmuebles de manera pública, pacífica e ininterrumpidamente, explotándolos económicamente sin reconocer dueño, lo que se corrobora con declaración del señor GERMAN DANIEL MARTINEZ al preguntársele como ingresó a los inmuebles el señor JOSE HUGO GIRALDO, el mismo lo dice, entregue las llaves de los apartamentos al señor JOSE HUGO GIRALDO, aunado a lo anterior existe la escritura pública de dación en pago presentada como justo título, que en la cláusula OCTAVA reza lo siguiente “ENTREGA: En la fecha se hace entrega real y material de los inmuebles al beneficiario de la dación en pago, sin limitación alguna”, es decir, que desde esta fecha mi representado recibió la posesión de los bienes objeto de la usucapión de manos de su dueño, que tiene efectos jurídicos y constituye Justo título ya que no ha sido mediante sentencia declarada simulada, ni anulada, y aún más en declaración dice el señor GERMAN DANIEL MARTINEZ, minuto 1:01:12 “desde que se abandonó el edificio, año 1999”, y minuto 1:09:00 “me desentendí del edificio desde el año 1999”, lo mismo que declara el señor Jairo Restrepo, minuto 27: 43 y minuto 35:03, si los inmuebles fueron abandonados por su propietario se confirma que es mi representado quien ha poseído los inmuebles sin reconocer dueño.

Cito la siguiente jurisprudencia, para sustentar los argumentos del recurso de apelación.

La Corte Suprema De Justicia sala de casación civil en sentencia de 21 de junio de 2002, expediente 6889, se refirió al tema de la siguiente manera:

«Para efectos de la prescripción ordinaria. Recibe el nombre de justo título traslativo el que consistiendo en un acto o contrato celebrado con quien tiene actualmente la posesión, seguido de la tradición a que el obliga (inc. 4 del art. 764 Código Civil), da pie para persuadir

al adquirente de que la posesión que ejerce en adelante es posesión de propietario. Precisamente por esta condición especial es que la ley muestra aprecio por tal clase de poseedores, distinguiéndolos de los que poseen simple y llanamente; y denominándolos regulares los habilita para que el domino que, en estrictez jurídica no les llega, puedan alcanzarlo mediante una prescripción sucinta, que, para el caso de los inmuebles, es de cinco años.»

Sobre esa temática, esta Corporación en fallo CSJ SC, 4 feb. 2013, rad. 2008-00471-01, memoró:

En relación con el justo título, tiene dicho la Corte, que por éste ha de entenderse ‘todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no obrase la adquisición del dominio. Si se trata, pues de un título traslativo, puede decirse que éste es justo cuando al unírsele el modo correspondiente, habría conferido al adquirente el derecho de propiedad, si el título hubiese emanado del verdadero propietario. Tal el caso de la venta de cosa ajena, diputada por el artículo 1871 como justo título que habilitaría para la prescripción ordinaria al comprador que de buena fe entró en la posesión de la cosa’ (Cas. Civil del 26 de junio de 1964, G.J. CVII, pág. 372). En otra ocasión señaló que ‘el justo título para poseer y prescribir adquisitivamente es uno constitutivo o traslativo de dominio que sirve legítimamente de motivo para que el que tiene la cosa se repute dueño de ella, séalo o no lo sea en la realidad’ (Cas. Civil del 29 de febrero de 1972, G.J. CXLII, pág. 88)¹.

b). Al examinar la argumentación del fallador de segundo grado cuestionada por la censura, refulge el desacierto jurídico en que aquel incurrió, porque el requisito del «justo título» no es legalmente exigible para la estructuración de la defensa argüida de estar el demandado en «posesión material derivada de una relación contractual», pues en ese sentido ninguna exigencia impone el ordenamiento jurídico, por lo que basta la existencia de la detentación material de la cosa con ánimo de señor o dueño, conforme al artículo 762 del Código Civil, y de otro lado, la vigencia de un vínculo o acuerdo de voluntades que surta efectos entre propietario y poseedor, como partes del proceso, que justifique la «posesión de la cosa» por el accionado, independientemente de que el convenio hubiere sido incumplido, o que estuviere afectado de nulidad, o de algún otra anomalía sustancial que permita su impugnación, pues tales aspectos corresponde debatirlos en un escenario judicial de naturaleza contractual.

Sobre el particular, la doctrina jurisprudencial de esta Corporación, ha sostenido que en el evento de existir un acto o contrato generador de obligaciones entre los sujetos procesales, del cual el accionado derive la «posesión material de la cosa», o que le de soporte, no es viable que el dueño de la misma obtenga la recuperación mediante el ejercicio de la «reivindicación», sino que tendrá que ampararse en las «acciones restitutorias» para debatir tal aspiración.

En ese sentido se pronunció en el fallo CSJ SC, 30 jul. 2010, rad. 2005-00154-01, donde se memoró lo siguiente:

(...), la jurisprudencia inalterada de la Corte, con razón, precisa esa postura, expresando al respecto: ‘La pretensión reivindicatoria excluye de suyo todos los casos en que la posesión del demandado sea de naturaleza contractual, es decir, se rija por un contrato celebrado entre el dueño y el actual poseedor. En tales casos, mientras el contrato subsista constituye ley para las partes (artículo 1602 del Código Civil) y como tal tiene que ser respetado por ellas. Entonces, la restitución de la cosa poseída, cuya posesión legítima el acuerdo de voluntades, no puede demandarse sino con apoyo en alguna cláusula que la prevea, mientras el pacto esté vigente. La pretensión reivindicatoria sólo puede tener cabida si se la deduce como consecuencia de la

¹ Se elimina lo subrayado en el texto original.

declaración de simulación, de nulidad o de resolución o terminación del contrato, es decir, previa la supresión del obstáculo que impide su ejercicio. En este proceso se pide la reivindicación de determinado predio como súplica enteramente independiente y autónoma. Esta pretensión no puede prosperar mientras el contrato de promesa subsista, pues ocurre que por ese contrato se transformó la posesión extracontractual del demandado en posesión respaldada por un contrato y regida por sus estipulaciones. (...). Cuandoquiera que alguien posea en virtud de un contrato, es decir, no contra la voluntad del dueño que contrató, sino con su pleno consentimiento, la pretensión reivindicatoria queda de suyo excluida, pues sólo puede tener lugar en los casos en que el propietario de la cosa reivindicada ha sido privado de la posesión sin su aquiescencia. La acción de dominio es por su naturaleza una pretensión extracontractual, que repugna en las hipótesis en que los interesados han convenido en que uno de ellos autoriza al otro para poseer en virtud de un determinado contrato celebrado entre el uno y el otro' (cas. civ. sentencia de 12 de marzo de 1981, CLXVI, página 366, reiterada en sentencia de 18 de mayo de 2004, [SC-044-2004] exp. 7076) (se resalta).

En verdad, admitirse la acción reivindicatoria con prescindencia de la relación jurídica contractual entre el dueño de la cosa y el poseedor, conduce al desconocimiento del acuerdo dispositivo de las partes, en grave atentado de la imprescindible seriedad, estabilidad y certeza del tráfico jurídico, dejando el vínculo intacto y sin solución.

Conformemente, cuando la fuente generatriz de la posesión es una relación jurídica negocial o contractual, su presencia excluye el ejercicio autónomo, directo e inmediato de la acción reivindicatoria en procura de la restitución de la cosa, que en tal hipótesis, únicamente puede obtenerse a través de las respectivas acciones contractuales inherentes al vínculo que ata a las partes y de la cual dimana.

Por último, el artículo 762 del Código Civil define la posesión como “tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”

Por lo anterior solicito a ustedes Honorables Magistrados revocar la sentencia apelada, declarar que mi representado señor José Hugo Giraldo López identificado con la cédula de ciudadanía No.4.483.727 de Pensilvania Caldas, adquirió por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio los inmuebles apartamentos 205, garaje 5, 305 garaje 27 con los respectivos depósitos, ubicados en la carrera 50 A NO. 122 -40 Edificio Mondrian de Bogotá, D. C., ordenar la cancelación del gravamen hipotecario y de la medida cautelar del proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de sentencias de Bogotá, ejecutivo No.1999-00906 origen Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá, cancelación de la inscripción de la demanda y negar las pretensiones de la demanda de reconvención.

De los Honorables Magistrados,

GLADYS CRISTINA ACEVEDO ROMERO
C.C.51.836.262 DE BOGOTA
T.P.167418 C.S DE LA J.