

MEMORIAL DR. YAYA PEÑA RV: RECURSO DE SUPLICA Y NULIDAD DENTRO RECURSO DE APELACION 2022 02 16

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 15/03/2022 14:38

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL DR. YAYA PEÑA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: JUDICIAL PELAEZ SIERRA ABOGADOS SAS <judicialpelaezsierra@gmail.com>

Enviado: martes, 15 de marzo de 2022 2:26 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota

<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RECURSO DE SUPLICA Y NULIDAD DENTRO RECURSO DE APELACION 2022 02 16

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.

M.P. Doctor OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

E. S. D.

Referencia: RECURSO DE APELACION 2022 02 16

Juzgado de origen: VEINTICINCO (25) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Demandante: MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA

Demandada: MARLENY MARIN PATIÑO

Proceso de PERTENENCIA No. 11001310302520150041301

DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado de MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA en el proceso de la referencia, muy atentamente me dirijo a usted, con el fin de allegar **RECURSO DE SUPLICA** contra el auto del 10 de marzo de 2022 y **NULIDAD**.

Adjunto dos memoriales contentivos del recurso de suplica y nulidad, incapacidad médica y sustentación recurso de apelación.

En caso de no ser el competente, por favor remitir a quien corresponda, muchas gracias

Cordialmente,

DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE

C.C. 7.548.817 - TP. 61491 del CSJ



Carrera 13 A No. 34 59 Oficina 302 Bogotá Colombia

Teléfono (1) 9 27 27 25

Celular 310 2 28 09 10

judicialpelaeznierra@gmail.com

 Antes de imprimir este mensaje por favor compruebe que es necesario hacerlo. Una tonelada de papel implica la tala de 15 árboles y el consumo de 250.000 litros de agua. El Medio Ambiente es cuestión de **TODOS.**

La información contenida en este correo electrónico y en cualquier documento adherido al mismo, está dirigida sólo al uso personal de los destinatarios y puede tratarse de una comunicación abogado-cliente la cual es privilegiada y estrictamente confidencial. Si usted no es el destinatario depositario o un agente o apoderado responsable por entregarlo al destinatario, sea notificado de que ha recibido este documento por error y que cualquier revisión, diseminación, distribución o copia de este mensaje está estrictamente prohibida y es sancionada por la ley. Si usted ha recibido esta comunicación por error, le ofrecemos disculpas y le agradecemos por favor responda a este correo electrónico, informándonos de este error y borre el mensaje de su carpeta de entrada y destruya cualquier copia que haya sido salvada o impresa.

Se ha realizado el mejor esfuerzo para asegurar que el presente mensaje y sus archivos anexos se encuentran libre de virus y defectos que puedan llegar a afectar los computadores o sistema que lo reciba, no se acepta responsabilidad alguna por eventuales daños o alteraciones derivados de la recepción o uso del presente mensaje, por lo tanto es responsabilidad del destinatario confirmar la existencia de este tipo de elementos al momento de recibirlo y abrirlo.

CONFIDENTIAL. The information contained in this email is confidential and only can be used by the individual or the company to which it is directed. If you are not the authorized addressee, any retention, diffusion, distribution or copy of this message are prohibited and sanctioned by the law. If you receive this message by error, we offer excuses and thank you to reply and erase the message received immediately.

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
M.P. Doctor OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
E. S. D.

Referencia: RECURSO DE APELACION 2022 02 16
Juzgado de origen: VEINTICINCO (25) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Demandante: MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA
Demandando: MARLENY MARIN PATIÑO
Proceso de PERTENENCIA No. 11001310302520150041301

DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado de MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA, de conformidad con el artículo 331 del Código General del Proceso me dirijo a usted muy respetuosamente Honorable Magistrado, con el fin de **interponer RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**, en contra de la providencia proferida el 10 de marzo de 2022, mediante la cual, se decreta desierto el recurso de apelación.

Constituyen argumentos que sustentan esta solicitud lo siguientes:

En el presente caso el suscrito apoderado de conformidad con el artículo 322 del estatuto procedimental, en el curso de una audiencia interpuso en forma verbal recurso de apelación contra la providencia inmediatamente después de pronunciada, el cual sustentó ampliamente en ese momento exponiendo cada una de las inconformidades por las que estimaba debía revocarse aquella decisión, posteriormente conforme al numeral 3 inciso 1 de la norma precitada, dentro de los 3 días siguientes se precisaron uno a uno los reparos concretos que se le hacen a la decisión (aparece recepcionado en la página de la rama judicial consulta de procesos), quedando desde ese momento sustentado el recurso, puesto que sobre los mismos argumentos versaría la sustentación que haría ante el superior.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia consideraba anteriormente que no bastaba al recurrente sustentar los reparos en el escrito de interposición del recurso, en aras de preservar la oralidad como principio neural del Código General del Proceso, que era necesario que el apelante compareciera a sustentarlo oralmente con fundamento en el inciso 5º del artículo 107 del CGP, el cual previó que cuando se produce cambio de juez luego de las alegaciones y antes de que se profiera fallo ha de repetirse la audiencia de alegatos para que el nuevo funcionario conozca de viva voz los argumentos que exponga cada parte,

Circunstancia que cambió con ocasión de la pandemia ya que la legislación adoptada por las circunstancias de aislamiento y las medidas sanitarias impusieron a todos los asociados, en particular a los dispensadores y usuarios de la administración de justicia, sacrificar el principio de la oralidad. Fue así como el artículo 14 del Decreto Legislativo 806, del 4 de junio del 2020, introdujo un cambio sustantivo en el trámite del recurso de apelación contra sentencias en procesos civiles y de familia al disponer que *“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. ...”*, como se cita en el mismo sentido en el auto recurrido.

Con el mayor acatamiento considero que incurre en error el despacho al no tener en cuenta que el decreto Legislativo 806 ya no hizo referencia a la convocatoria “a la audiencia de sustentación y fallo” reglada en el inciso 2 del artículo 327 del CGP, bajo esa nueva realidad normativa es oportuno presentar los reparos al interponer la apelación contra una sentencia y al mismo tiempo sustentarlos, sin tener que hacerlo nuevamente ante el superior y repetir el escrito de sustentación. Se aleja entonces de los recientes precedentes judiciales, providencias que recogieron la rigidez de la tesis que pregonaba la necesidad de sustentar aun ante el superior la apelación ya sustentada por escrito al interponer la impugnación, **concluyendo que, al menos mientras rija el Decreto 806 de 2020, el apelante de una sentencia en materia civil y de familia que con el escrito de impugnación además de precisar los reparos los sustente, no está obligado a sustentar de nuevo la alzada ante el ad quem, porque basta con lo argumentado ante el a quo**, transcribo apartes de algunas de ellas;

- **Sentencia de tutela del 18 de mayo del 2021 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia**, con ponencia del magistrado ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, expediente 11001-02-03-000-2021-01132-00.

“ 4.5. Bajo esa perspectiva, en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación, de lo contrario, si los reproches realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada.

....

4.7. *En esas condiciones, no puede desconocerse, entonces, que erró el Tribunal accionado al declarar la deserción de la alzada propuesta por la parte demandada, acá interesada, por ausencia de sustentación, dado que desde la interposición de dicho medio aquélla expuso con detalle las razones por las cuales disenta de la sentencia de primera instancia proferida dentro del asunto objeto de revisión constitucional; y como ese escrito se hallaba dentro del expediente, la Sala Civil de Decisión criticada pudo tener por agotada la sustentación de la apelación, y de esta manera, dar prelación al derecho sustancial sobre las formas, por virtud del principio de economía procesal*

4.8. *Respecto al excesivo rigorismo jurídico, tiene señalado la jurisprudencia constitucional, que «puede estructurarse... cuando (...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia»; es decir: ‘el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales’ (CC T352/12, citada recientemente CSJ STC-2680-2020).*

4.9. *Lo hasta aquí dicho, encuentra apoyo en un caso reciente de similares contornos, en el cual la Corte consideró que:*

«[A]un de aceptarse que el mentado canon 14 [del Decreto Legislativo 806 de 2020] pudiera aplicarse al caso de marras, y por tanto, que debía aportarse un

escrito en el que se sustentara la apelación, lo cierto es que una vez pronunciada la sentencia de primer grado, y concedida tal censura, la demandante, aquí interesada, procedió a sustentar por escrito tal réplica; entonces, al momento en que se admitió la alzada, ese memorial ya militaba en el expediente, motivo por el cual la Sala Civil Familia criticada pudo tener por cumplido el requisito que exigió en la primera de las providencias atacadas; no obstante, tampoco valoró esa específica situación en aras de dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas, e incurriendo en un defecto procedimental por en un defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto» (CSJ, STC9592-2020). “ (Negrilla fuera de texto).

- **Sentencia stc5790-2021** acción de tutela del 24/05/2021 Reporte de consulta relevante sala de casación civil y agraria Corte Suprema de Justicia, id 732397 m. Ponente OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE número de proceso t1100102030002021-00975-00.

3. El Código General del Proceso estableció que el impugnante debe cumplir tres cargas a fin de que el superior examine la cuestión decidida: i) interponer la apelación, ii) formular los reparos concretos ante el juez de primera instancia y iii) sustentar el recurso ante el superior, (CSJ STC3969-2018, STC7113-2018, STC6359-2020, entre otras); estructura que cambió con la entrada en rigor del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

.....

Desde esa lógica, a pesar de que las condiciones de tiempo y modo establecidas en el artículo 14 del Decreto 806 se muestran estimables frente a libertad de configuración del legislador, a la hora de observar la temática en el plano supralegal y en relación con los casos concretos, no es admisible la aplicación automática e irreflexiva de la sanción que contempla la norma en el caso de que se sustente por escrito de forma prematura, esto es, antes de que inicie el conteo de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas; pues, esa tarea debe estar soportada en un análisis ponderado en aras de establecer si las particularidades del caso permiten concluir que la sustentación anticipada era suficiente para la resolución de la alzada, sin que lo adelantado en esa gestión conlleve a sancionar al litigante de forma tan drástica como es el cercenamiento de la segunda instancia.

.....

Dicho en otras palabras, sin duda cuando el recurrente aporta el escrito de sustentación antes de la oportunidad contemplada en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 actúa de forma deficiente, lo que es censurable en la medida en que desatiente el mandato legal; no obstante, dada la naturaleza del error y su eventual intrascendencia frente a la carga de sustentar la alzada, es desproporcionado que se le sancione con la pérdida del derecho constitucional a impugnar la decisión que finiquitó la primera instancia.

.....

Por eso, el artículo 11 del estatuto adjetivo, que irradia todas las reglas del procedimiento, demanda al juez que, al interpretarlas, tenga en cuenta que

(...) el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

En armonía con ello, se ha insistido en que

(...) [e]l respeto por las formas propias de cada juicio no implica, en manera alguna que los ritos procesales sean un fin en sí mismos, todo lo contrario, la primacía de lo sustancial, impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de la administración de justicia y de los derechos subjetivos de quienes someten sus conflictos a ella.

“No se trata de avalar el desconocimiento absoluto de la ritualidad procesal, pero tampoco de que el funcionario judicial atienda de manera tan rigurosa a esas formalidades, pues ello apareja un “excesivo ritual manifiesto” que sacrifica prerrogativas constitucionales para salvaguardar la forma (CSJ STC7543-2020).

....

En suma, el recurso de apelación de sentencias, en vigencia del Decreto 806 de 2020, deberá sustentarse ante el superior por escrito y dentro del término de traslado indicado en el artículo 14 de esa norma. Toda sustentación posterior a ese lapso o la omisión del acto procesal desemboca, sin duda, en la deserción de la opugnación. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellas que se realicen con anterioridad a ese límite temporal, comoquiera que, aun cuando resulta ser una actuación inesperada y errada del censor, de todos modos se cumple con el acto procesal aludido y el juzgador de segundo grado, en últimas, ya conoce de los argumentos de inconformidad que le dan competencia para resolver, sin que ello implique ninguna afectación a los derechos del no recurrente, pues el apelante no guardó silencio, no superó los términos establecidos para el efecto, así como “no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos”. Lo contrario, provoca incurrir en un exceso ritual manifiesto en el asunto concreto.

4. En el caso, el Tribunal de Manizales incurrió en exceso ritual manifiesto, pues declaró la deserción de la apelación que propuso el accionante, sin detenerse a examinar que se había cumplido con la carga de sustentar, aun cuando se realizó con anterioridad a los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió el recurso, y por esa vía, truncó su derecho constitucional a que se revisara la cuestión decidida.

...

Por tanto, se impone conceder la salvaguarda a fin de que juez plural enjuiciado tramite la impugnación del quejoso, en la medida en que cuenta con las razones de inconformidad de este y el acto procesal, aun defectuoso, cumplió con su finalidad».

Encarecidamente solicito con fundamento a las directrices dadas por la alta corte, no se sancione al litigante de forma tan radical, considerando que no hay motivo de cortar la segunda instancia exigiendo una nueva sustentación de la impugnación, toda vez que ya con anterioridad se expusieron las razones por las cuales discrepaba de la sentencia de primera instancia, incluso en dos oportunidades y con detalle, no sobra agregar que el presente recurso se tramita en vigencia del decreto 806 de 2020.

Petición.

Se revoque el auto de fecha 10 de marzo de 2022 y en consecuencia se tenga por sustentado, no se decrete desierto el recurso profiriéndose sentencia de segunda instancia.

Competencia.

Es usted competente, Honorable Magistrado para conocer de este recurso, por encontrarse bajo su despacho el trámite de la alzada.

FUDAMENTOS DE DERECHO

Artículo 29 Constitución Política, artículos 331,332 y demás normas concordantes del Código General del Proceso.

De los Honorables Magistrados, atentamente,



DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE
C.C. 7.548.817 de Armenia
T.P. 61491 del C. S. De la J.

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
M.P. Doctor OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
E. S. D.

Referencia: RECURSO DE APELACION 2022 02 16
Juzgado de origen: VEINTICINCO (25) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Demandante: MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA
Demandando: MARLENY MARIN PATIÑO
Proceso de PERTENENCIA No. 11001310302520150041301

DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado de MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA en el proceso de la referencia, muy respetuosamente me dirijo a usted, con el fin de proponer la siguiente **NULIDAD** por no haberse interrumpido el proceso por causa legal.

Constituyen argumentos que sustentan esta solicitud lo siguientes:

El artículo 159 Código General del Proceso determina las causales de interrupción del proceso entre ellas:

...“2. Por muerte, enfermedad grave o privación de la libertad del apoderado judicial de alguna de las partes, o por inhabilidad, exclusión o suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado. Cuando la parte tenga varios apoderados para el mismo proceso, la interrupción solo se producirá si el motivo afecta a todos los apoderados constituidos.”

En el párrafo final indica;

“La interrupción se producirá a partir del hecho que la origine, pero si este sucede estando el expediente al despacho, surtirá efectos a partir de la notificación de la providencia que se pronuncie seguidamente. Durante la interrupción no correrán los términos y no podrá ejecutarse ningún acto procesal, con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento.”

En el presente caso el suscrito apoderado tuvo dos procedimientos quirúrgicos cirugía de vesícula y biopsia de hígado el 14 de febrero del año en curso, motivo por el cual se me dio una incapacidad absoluta inicial de 10 días desde el 14 de febrero la cual finalizaba el 23 del mismo, desafortunadamente durante el tiempo de mi incapacidad y aun en este momento del postoperatorio sufro de fuertes dolores abdominales, de espalda y cabeza, además de molestias estomacales entre ellas disentería, estando a la fecha todavía con complicaciones médicas, lo cual me ha impedido realizar mi trabajo profesional de abogado, para efectos de la prueba a la mayor brevedad posible realizare las diligencias a fin de que me certifique la continuidad de la incapacidad, la cual no aporé con este escrito por la premura ya que dependo del otorgamiento de una cita con el galeno, pero que allegare oportunamente a la mayor brevedad.

Al respecto la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto, AL-37802021 (86640), 25/08/2021 M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, explicó que el proceso puede interrumpirse por muerte, enfermedad grave o privación de la libertad del apoderado judicial de alguna de las partes, acorde con el numeral 2º del artículo 159 del Código General del Proceso, recordó que la enfermedad grave se entiende como aquella que impide al apoderado realizar aquellos actos de conducta atinentes a la realización de la gestión profesional encomendada, bien por sí solo o con el aporte o colaboración de otro.

En sentencia t-824/05 la alta corte determina que el proceso se interrumpe por enfermedad del apoderado;

“El proceso tenía que haberse interrumpido y la nulidad declarado, en consideración a que durante la incapacidad de quien ostenta la defensa de alguna de las partes “no correrán términos y no podrá ejecutarse ningún acto procesal, con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento”, y en razón de que lo acontecido entre el 3 y el 6 de marzo de 2003 dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho varias veces referido no tiene validez, por el estado de indefensión a que fue sometida la parte demandante –artículos 29 C.P., 168 y 140 C. de P.C.-.

...

No hay duda entonces de que con arreglo a la certificación médica ya referida, la interrupción del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por los actores ha debido decretarse, toda vez que con el rigor exigido en el ordenamiento la doctora dio cuenta de la enfermedad grave que afectó al apoderado de la parte demandante,”

Respecto del trámite de la segunda instancia el proceso fue remitido del juzgado de origen a su sala el día 16 de febrero fecha para la cual ya me encontraba incapacitado, ingresando al despacho el mismo día y siendo admitido el 23 del mismo mes corriendo el termino para sustentar el recurso, nuevamente entra al despacho y sale el 10 de marzo declarando desierto el recurso de apelación, periodo que conforme a mi situación medica me encontraba imposibilitado.

El numeral 3 del artículo 133 Código General del Proceso establece dentro de las causales de nulidad lo anteriormente aludido, e instituye que es nulo en todo o en parte el proceso *“Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida”*. Para el presente caso la interrupción se produce a partir del 14 de febrero como consecuencia de la incapacidad del suscrito apoderado, y tal como lo ordena la norma, conllevando que a partir de esa fecha y durante su inhabilidad se interrumpan los términos y no pueda ejecutarse ningún acto procesal. Motivo por el cual muy respetuosamente solicito se declare la nulidad de todo lo actuado, no se declare desierto el recurso, concediéndose el termino legal para sustentar la alzada, protegiendo el derecho de defensa de mi poderdante.

Anexo como prueba la incapacidad otorgada por la Clínica Azul de Bogotá.

Con fundamento en el principio de derecho de economía y celeridad procesal, adjunto escrito de sustentación para el evento que se me conceda el término.

De señor Juez, atentamente,



DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE
C.C. 7'548.817 de Armenia
T.P. 61491 del C. S. de la J.

		INCAPACIDAD MÉDICA		Fecha Imp.: 14.02.2022	
				Hora Imp.: 14:50:43	
Paciente: DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE		Documento: Céd. de Ciudadana 7548817		Fecha admisión: 04.02.2022	
Epsodio: 50226		Fecha nacimiento: 01.02.1966		Edad: 056 Años	
Aseguradora: MEDPLUS MP S.A. CEREZA EXCELSO, MEDPLUS MP S.A. CEREZA EXCELSO		Habitación: SALA DE RECUPERACIÓN		Genero: Hombre	
Und. Medica: UQ SM CIRUGÍA GENERAL		Und. Atención: UE SM RECUPERACIÓN		Cama: CAMILLA RECUPERACIÓN 06	
				Hemoclasiación:	

INCAPACIDAD MÉDICA

Fecha de generación: 14.02.2022 Hora de generación: 14:50:13

DIEZ DIAS Dias: 10

Fecha Inicio: 14.02.2022 Fecha Final: 23.02.2022

cód. Diag. Prin: K808 Diagnóstico Principal: OTRAS COLELITIASIS

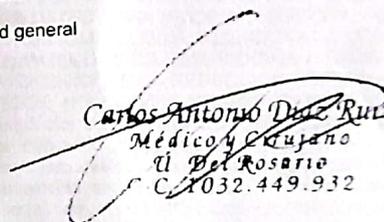
Tipo de incapacidad: Absoluto Clase de incapacidad: Enfermedad general

Empresa donde labora: INCAPACIDAD ABSOLUTA

Autorizado: Sí

Responsable autorización: DIAZ, CARLOS

Cód. Responsable autorización: 0800001010


 Carlos Antonio Diaz Ruiz
 Médico Cirujano
 U. Del Rosario
 C. 1032.449.932

Impreso por: CDIAZ . Fecha de impresión 14.02.2022 - Hora de impresión 14:50:43 .

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
M.P. Doctor OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Referencia: RECURSO DE APELACION 2022 02 16
Juzgado de origen: VEINTICINCO (25) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Demandante: MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA
Demandando: MARLENY MARIN PATIÑO
Proceso de PERTENENCIA No. 11001310302520150041301

DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado de MARIO ARTURO BALBUENA MEJIA la parte demandante, de la manera más respetuosa me dirijo a ustedes señores Magistrados, con el fin de presentar **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN**, en contra de La sentencia por el juzgado 25 Civil Del Circuito De Bogotá de fecha 27 de noviembre de 2021.

Como se manifestó en diligencia como posteriormente en el escrito de argumentación las razones del recurso son las siguientes: Errores de hecho y de derecho, indebida interpretación de las pruebas, Indebida interpretación de las normas y la no aplicación de jurisprudencia relacionada al presente proceso.

Considero con todo acatamiento que la a quo, no analizó de manera correcta la demanda y cada una de las pruebas recaudas debidamente aportadas al proceso, se apartó de las pretensiones de la demanda y del abundante acervo probatorio, al que no se le da una correcta calificación o valoración y con el cual se demuestra que realmente Mario Balbuena ha poseído materialmente la parte el bien común de propiedad de MARLENY MARIN PATIÑO equivalente al 50%, realizando sobre este derecho una explotación económica sin que se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros.

Incurre en error al tener como probado que Mario Arturo Valbuena Mejía, no viene poseyendo con ánimo de señor y dueño el 50% del derecho dominio de los inmuebles objeto de usucapión de propiedad de MARLENY MARIN PATIÑO de manera continua desde el mes de enero del año 1999 hasta la fecha y que durante todo este tiempo el demandante ha venido realizando hechos positivos de aquellos que solo da el derecho de dominio, actos legítimos de señor y dueño, con total desconocimiento de MARLENY MARIN PATIÑO y de los demás copropietarios.

Se aparta de las pruebas apuntan con certeza absoluta que el comunero Mario Balbuena, no ha reconocido a Marleny Patiño Marin como copropietaria del derecho de cuota equivalente al 50% del inmueble a prescribir, es decir, ha desconocido su titularidad de dominio, ejerciendo la posesión de manera exclusiva como señor y dueño, en ese porcentaje.

Discurro que incurre en error el a quo al considerar y dar por probado que Mario Balbuena es un mero tenedor, es evidente que el respetado señor Juez tiene una confusión a lo largo de la providencia, cuando se confunde y no tiene en cuenta de manera correcta y precisa que el 100% del derecho de dominio está dividido en dos partes independientes así:

- El 50% del derecho de dominio de Marleny Patiño Marin anotación 4 adquirido mediante escritura pública 5250 del 13 julio de 1993 de la notaría 6 de Bogotá a usucapir.
- El 43.75% de los derechos de copropiedad restantes de los herederos de Roberto Balbuena y Olga Mejia de Balbuena anotaciones 9 y 10; Fabio Enrique, Juan Carlos, Elvira,

Edith, Yenny, Gonzalo Alfonso Agustín, que fueron adquiridos por adjudicación en las sucesiones de sus padres por escritura pública 5370 del 17 de diciembre de 2007 y 3890 del 28 de diciembre de 2013, sobre los cuales no se persigue la usucapión.

Yerra el a quo al distanciarse y no tener en cuenta la tradición de los derechos de cuota para definir que se está efectivamente usucapiendo, ya que al momento de decidir se confunde y toma en cabeza de William Balvuela (QEPD) el 100% del derecho de dominio del apartamento y del garaje, desconociendo que el derecho de cuota en cabeza de Marleny Patiño Marín el 50% no está incluido en ninguna de las sucesiones de los herederos William Balvuela (QEPD), los derechos sucesorales que adquirieron son el 50% restante, el otro 50% restante ha estado en poder de la demandada desde 1993, respecto del cual no existió ningún acuerdo, del cual no ejercen derechos los demás herederos y del que se persigue exclusivamente la usucapión, tal y como se establece en los hechos y pretensiones de la demanda, esta se refiere específicamente al 50% de Marleny Patiño Marín.

Es indispensable tener muy en claro que el acuerdo a que refiere el demandante con sus hermanos, hace relación únicamente al pago de unos impuestos y expensas comunes exclusivamente a los derechos de cuota del 43.75% para ese momento en mora, acuerdo con la parentela que se en ningún momento el demandante en su interrogatorio mencionó que fue respecto del 100% o que incluía el 50% restante de propiedad de la demanda, al contrario no resulta ni siquiera mencionado o insinuado en el interrogatorio y mucho menos se cita por los testigos, en la prueba documental nada aparece de ello, por tal motivo esta circunstancia no está probada quedando sin fundamento esa parte de la fundamentación y decisión de la sentencia.

En cuanto al suministro de una mesada a su madre como lo afirmo reiteradamente el demandante, lo hizo como contribución por la herencia que le dejó a esta su hijo William Balbuna (QEPD), en ningún momento mencionó que fuera por todo el usufructo del predio y mucho menos que correspondía al 50% restante de propiedad de la demanda Marleny Patiño Marín, incurriendo en error el señor Juez cuando presume y da por probado que la mesada y el acuerdo se dirigió hacia la totalidad de los derechos de dominio, hecho que no resulto probado, circunstancia que no es cierta y no está demostrada. El acuerdo con la familia se refería al 43.75% en ningún momento mencionó que fue respecto del 50% restante de propiedad de la demanda.

El a quo concluye que, por haber aceptado el saneamiento inicial del predio, haber dado una mesada a su madre por el 50% de los derechos heredados de su hijo William y haber comprado ese 50% de los derechos en cabeza de los hermanos respecto de la cuota de William Balvuela (QEPD) esta simultáneamente reconociendo como dueña de los mismos a Marleny Patiño Marín, lo cual no tiene lógica, ni sentido alguno, puesto que se trata de personas totalmente diferentes y de derechos de cuota distintos, el señor **Balvuela no menciono, ni insinuó en su interrogatorio un acuerdo con la señora Marleny Patiño Marín contra quien se dirige la demanda.**

El a quo exige que debió haber una exclusión de todos los condueños cayendo en el mismo error, porque respecto del 43.75% no se requiere, ya que Mario Balbuena no está persiguiendo la prescripción del porcentaje de sus hermanos, los cual es acorde con el libelo de la demanda y con lo manifestado por el demandante en su interrogatorio.

Según la sentencia impugnada el proceder del demandante no se encamino por la senda del animus porque permanentemente reconoció en su parentela dominio al punto de acceder al apartamento derivado del acuerdo, pero resulta que aquí no está demostró que exista una coposesión respecto del 50% del derecho de la demanda Marleny Patiño Marín, está probado que la parentela nunca ha tenido en su poder el inmueble, y que no tienen el animus de señor y dueño sobre lo que se busca prescribir;

Según las consideraciones del señor Juez del circuito para este tipo de litigio debe probar;

- a) 10 años ha tenido en su poder la cisa de cuyo dominio se trata
- b) Haber ejercido actos materiales propios al verdadero dueño

En la providencia se dio por probado que los bienes se encuentran en poder del actor su actual tenedor por más de 10 años, y está demostrando que dicha tenencia no ha sido disputada, inclusive que notificadas las partes procesales no hubo oposición a las pretensiones.

Es evidente que el operador judicial se confunde reiteradamente en su análisis al tomar su decisión, asumiendo erróneamente que la posesión se dirige contra el 100% de los inmuebles, incurre en error cuando asume que el demandante detento la parte de lo dejado por su hermano William, no cabe duda que el a quo malinterpreta la demanda y las pruebas cuando dice; *“...nunca tuvo la conciencia y el convencimiento de ser poseedor material de la totalidad del inmueble con ánimo de señor y dueño los derecho de su familia en los señalados bienes..”*

Ese errado entendimiento de la demanda es el que conlleva al a quo a valorar erróneamente las pruebas, puesto que de la demanda y del acervo probatorio se puede colegir certeramente que el demandante ha actuado como señor y dueño del 50% de los derechos de cuota parte de la demandada Marleny Patiño Marín. Es arbitrario afirmar que ninguna las pruebas refieren a la posesión ejercida respecto de la cuota parte de Marley Marleny Patiño Marín contra quien se dirige la demanda, de ahí que sea evidente la falta de la valoración de la prueba bajo una sana crítica.

Con la prueba recaudada está probado y no hay duda de que Mario Arturo Balbuena Mejía viene poseyendo con ánimo de señor y dueño de manera continua desde el mes de enero del año 1999 hasta la fecha, el 50% del derecho dominio de los inmuebles objeto de usucapión de propiedad de MARLENY PATIÑO MARIN, es palpable y está demostrado en qué momento el señor Valbuena desconoció los derechos de la comunera.

No hay duda probatoria y jurídica que Mario Arturo Balbuena ha venido realizando hechos positivos de aquellos que solo da el derecho de dominio, actos legítimos de señor y dueño y que para nada son de un mero tenedor, se incurre en error al desconocer el acervo probatorio obtenido, con que se prueba, que ha realizado todos los actos propios de una persona que es propietaria, tales como el mantenimiento y conservación de la cosa, explotarla económicamente para su beneficio, asumir las cargas propias como pago de impuestos y tasas, realizar mejoras, se presenta como dueño frente a los demás, en fin, actuar como si él fuera el dueño, lo que necesariamente implica que la verdadera dueña se ha desentendido de la propiedad de ella o la ha abandonado lo cual quedo evidenciado en el video, corroborándose su autoría, así se manifestó en el interrogatorio de parte y en la declaración de todos los testigos donde claramente afirman que las hizo el hoy demandante como dueño.

Para el presente caso resultado probado que Mario Balbuena;

1. Viene cancelando desde el año 1999 a la fecha la totalidad del impuesto predial, valorización y complementarios, como el valor total de las cuotas de administración, valores que ha asumido con sus propios recursos, acto propio de un dueño,
2. Asiste a las asambleas de copropietarios personalmente o es representado por su cónyuge Loyda Maritza Peña Santoyo, eso no lo hace un mero tenedor.
3. Se probó que MARIO BALBUENA ha realizado mejoras útiles en los inmuebles que no se refiere a arreglos necesarios como lo haría un mero tenedor, se evidencia del video y de los testimonios de los testigos que fue una remodelación completa,

4. Residir con su núcleo familiar por más de 25 años explotando exclusivamente es evidente que no lo hace como un mero tenedor.

Al igual está demostrada la **inactividad de la titular del derecho** y la actividad del prescribiente manifestada en la ejecución de actos posesorios, posesión que ha sido tranquila, pacífica y, sosegada, no han sido provocadas luchas o discordias, se ha ejercido sin perturbación y ha sido aceptada por los demás integrantes de la copropiedad lo que según la sentencia de casación N° 1126-01 LA LIBERTAD, publicada el 30.05.03) al presentarse dicha situación “...se puede afirmar que la posesión pacífica en el entendido que se ha ejercido **SIN PERTURBACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS DEMÁS INTEGRANTES DE LA CORPOPIEDAD.**”

Esta plenamente demostrado con la prueba recaudada que Marleny Patiño Marin no ha ejercido su derecho, durante todo el lapso de tiempo referenciado para prescribir que como se puede verificar son más de 25 años, en que no ha realizado actos de señor y dueña, ni ha sido reconocida por el poseedor como condueña de ese 50%, lo que se encuentra probado, dándose el termino prescriptivo.

Como decir que los testigos no reconocen a Mario Balvuela como único propietario de los bienes, todos y cada uno de ellos de manera diáfana y reiteradamente señalan al demandante como el dueño de los predios, como la persona que ha realizado las mejoras y ha cancelado los impuestos y expensas comunes, inclusive no conocen a la demandada, la documental ratifica lo anterior prueba que ha sido el demandante quien desde el 2000 la persona que ha realizado todos los actos propios de un propietario existiendo innegablemente en él un ánimo de dueño.

El a quo no tiene para nada en cuenta el comportamiento previo de la entrega voluntaria el apartamento, olvidarse de ello y de la actitud la procesal de la parte demandada de lo cual únicamente puede evidenciarse que no se oponen a las pretensiones de la demanda, reconociendo implícitamente como poseedor al demandante, puesto que debidamente notificados de la demanda todos guardaron silencio, inclusive vendieron sus derechos de cuota restantes sobre el predio existe la prueba documental.

Respecto de su ánimo de señor y dueño no hay duda, que, si bien hubo un acuerdo de poner al día los predios con su parentela, este quedo finiquitado al momento de pagar esa deuda morosa y entrar al inmueble, no se puede desconocer que a partir de 2000 el demandante asumió autónomamente la totalidad de los costos de los predios con sus propios recursos y que existe un total abandono de los demás copropietarios respecto del porcentaje aquí discutido.

Erro el señor Juez del Circuito al considerar que no mudo el título de tenencia a posesión material por el lapso de tiempo, afirmando que ninguna prueba apunta a demostrar la inversión del título, consideración errada tal y como se ha explicado no tiene que haber mudado respecto del porcentaje a usucapir del 50%, puesto que respeto a ese derecho de cuota específicamente no existió ningún acuerdo con ningún copropietario, como tampoco existió una coposesión, el demandante no ha poseído conjuntamente con los demás copropietarios el 50% de la parte el bien común de propiedad de Marleny Patiño Marín, toda vez que cuando el demandante en su interrogatorio hace relación a un acuerdo con los demás comuneros Olga Mejia de Balvuela; Fabio Enrique, Juan Carlos, Elvira, Edith, Yenny y Gonzalo Alfonso Agustín, y la entrega del dinero reitera que lo hace exclusivamente respecto de los derechos heredados en la sucesiones que aparecen en las anotaciones 9 y 10 de José Balvuela y de Olga Mejía de Balvuela, lo que por el contrario muestra la aquiescencia de los demás comuneros en la posesión de ese porcentaje específico, lo que en nada afecta sus pretensiones ya que ese acuerdo no se involucra la posesión y explotación económica del 50% restante de propiedad de Marleny Marin Patiño, es decir, sin que se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros.

La Corte Suprema de Justicia sala civil magistrado ponente LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA sentencia SC11444-2016 del 18 de agosto de (2016) sobre este tema dice,

Y es en ese contexto, como debe entenderse el artículo 779, inciso 1º del Código Civil Colombiano, cuando establece: “Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión”,

....

e) Cada comunero es recíprocamente tenedor con respecto al derecho del otro coposeedor, porque respeta el señorío del otro. De no verse de este modo, el coposeedor que no respeta el derecho del otro, invadiría voluntaria y materialmente el derecho de otro, minando el carácter conjunto de la posesión para ir transformándose en poseedor excluyente y exclusivo frente al derecho del otro.

....

Lo que quiere conlleva a afirmar que un copropietario puede poseer excluyentemente con ánimo de señor y dueño el porcentaje de un solo copropietario, no lo tiene que hacer simultáneamente respecto de todos los demás derechos de cuota, como es el caso aquí planteado, no se busca la prescripción respecto del 100% del inmueble, sino exclusivamente el 50% de propiedad de Marleny Patiño Marín, la demandada en esta litis.

Considero que se incurre en error al discurrir y no dar por probado el cumplimiento del término prescriptivo, si por el contrario está demostrado que si se reúnen los dos requisitos exigidos en la ley y en la jurisprudencia para usucapir, en este caso el animus elemento subjetivo o síquico de la posesión y la ocupación o corpus durante el tiempo requerido por la Ley de los inmuebles, está probado el momento en que asume el rol de dueño, y es cuando realiza el pago de las obligaciones legales del inmueble como se prueba con las certificaciones allegadas que hablan como mínimo desde el año 2000 en adelante figurando en los libros como propietario asistiendo en tal calidad a las asambleas de copropietarios, en las facturas para las remodelaciones datan del igualmente del año 2000 y la documentación aportada muestra la secuencia como ha sido la permanencia del demandante en el predio reuniéndose la exigencia requerida de demostrar el momento que empieza actuar como poseedor con ánimo de señor y dueño, en estricto sentido jurídico habría posesión por lo tanto surge el derecho de propiedad por posesión, de acuerdo a lo consagrado en la ley, no se limito a sanear la mora, este continuo asumiendo todas las obligación realizando indiscutiblemente actos de señor y dueño.

Al demostrarse que el señor Balvuela ha venido en el tiempo desconociendo a la señora Marleny Patiño Marín como comunera y demás copropietarios, demuestra que su alegada posesión ha sido excluyente frete a todos, no estando llamada a prosperar la excepción falta de requisitos para obtener la prescripción extraordinaria de dominio.

Por lo anteriormente discurrido solito se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda, otorgándose el derecho a usucapir al demandante respecto de los derechos de cuota equivalentes al 50% de propiedad de la demandada Marleny Patiño Marín.

De los honorables Magistrados, atentamente,



DANIEL AUGUSTO PELAEZ URIBE
C.C. 7'548.817 de Armenia
T.P. 61491 del C. S. de la J.

MEMORIAL DRA. GALVIS VERGARA RV: Sustentación recurso de apelación RAD:. 2019-3775

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 9/03/2022 9:54 AM

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL DRA. GALVIS VERGARA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Andrés Cadena Casas (Esguerra Asesores) <acadena@esguerra.com>

Enviado: miércoles, 9 de marzo de 2022 9:23 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; ciao.agudeloyasociados <ciao.agudeloyasociados@gmail.com>;

german.gamarra <german.gamarra@vivasuribe.com>

Cc: Lorena Salinas (Esguerra Asesores) <lsalinas@esguerra.com>; Ramón Romero (Esguerra Asesores)

<rromero@esguerra.com>

Asunto: Sustentación recurso de apelación RAD:. 2019-3775

Buenos días

De manera atenta me permito sustentar el recurso de apelación correspondiente al radicado 2019-3775.

Gracias

Andrés Felipe Cadena

Honorable Magistrada
RUTH ELENA GALVIS VERGARA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

E. S. D.

Referencia: Acción de Protección al Consumidor Financiero de **COMERCIALIZADORA NATURAL LIGHT S.A.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**).

Radicado: 11001319900320190377502

Asunto: Sustentación del recurso de apelación.

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, "Acción" o "mi representada") en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la "Delegatura") el 2 de marzo de 2021 y notificada por estado el 3 de marzo de 2021.

ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO

En el presente escrito de sustentación se explicarán en detalle los yerros en los que incurrió la Delegatura al proferir la sentencia de primera instancia, de tal forma que este Tribunal cuente con los elementos de juicio necesarios para revertir las decisiones que allí se adoptaron y, por esa vía, denegar las pretensiones que fueron formuladas en contra de mi representada. Para tales efectos, este escrito se desarrollará en el siguiente orden metodológico:

1. En primer lugar, se hará un breve resumen de los hechos, antecedentes y relaciones negociales que motivaron este proceso. Lo anterior, con el propósito

de que el Tribunal pueda analizar los argumentos de este recurso a la luz de las particularidades del caso, sin caer en los errores e imprecisiones que cometió la Delegatura al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.

2. En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió la Delegatura entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que la Delegatura realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre **COMERCIALIZADORA NATURAL LIGHT S.A.** (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que, en últimas, derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal y que desconocen su objeto mismo (esto es, realizar y fallar un juicio de responsabilidad civil propio de la acción de protección al consumidor financiero y no, como se terminó haciendo, adelantar una actuación administrativa sancionatoria).
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil contractual que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debido fallar en contra de mi representada.

Al respecto, no debe pasarse por alto que este proceso se enmarca en el presupuesto estructural de “culpa probada”. Por consiguiente, si no son acreditados suficientemente todos los elementos constitutivos de responsabilidad civil contractual —como en efecto aconteció—, no es posible decidir ni reafirmar un fallo en contra de Acción. La Delegatura parece haber olvidado este presupuesto por completo.

4. Enseguida, se hará referencia a la sentencia de segunda instancia que profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso judicial que promovió otro inversionista del proyecto Marcas Mall en contra de mi representada por unos hechos y pretensiones prácticamente iguales a los que motivaron el

proceso de la referencia. En nuestro respetuoso criterio, ese fallo en segunda instancia resulta fundamental para que este Tribunal pueda decidir el recurso de apelación que nos ocupa, pues allí se decantaron los argumentos que permiten exhibir y rebatir por completo los errores en los que incurrió la Delegatura.

5. Finalmente, se hará énfasis en los yerros en los que incurrió la Delegatura al analizar y decidir el llamamiento en garantía que promovió mi representada en contra de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** (en adelante, la “Llamada en Garantía”). Lo anterior, de tal forma que, ante una eventual providencia que reafirme lo decidido en la sentencia de primera instancia o cualquier otra condena en contra de mi representada, la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de la correspondiente condena.

Frente a esto, de entrada, debemos decir que resultó sorprendente la forma en la que la Delegatura analizó y desechó el llamamiento en garantía, aplicando para el efecto un racero y una carga excesiva a mi representada, olvidando todos los planteamientos que aplicó justamente para analizar y decidir las pretensiones de la demanda principal en contra de Acción. Olvidó la Delegatura que, frente a la póliza de seguros con base en la cual mi representada presentó el llamamiento en garantía, ella es un consumidor financiero —condición que, por lo demás, no se pierde por el hecho de que ella sea una sociedad fiduciaria—, al cual le son aplicables todos los razonamientos, principios y derechos que consagra el régimen legal vigente en punto a la protección y salvaguarda de los consumidores financieros en Colombia. No puede ser que esos razonamientos, principios y derechos sí hayan sido tenidos en cuenta para decidir la demanda principal, pero no para el análisis del llamamiento en garantía.

I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS Y RELACIONES NEGOCIALES QUE MOTIVARON ESTE PROCESO

Documentos contractuales para el desarrollo del proyecto:

1. Contrato Inicial

Fecha: 17 de diciembre de 2013

Promotor: Urbo Colombia S.A.S.

Objeto: administración de recursos para desarrollo del proyecto marcas mall. Encargo de Preventas Simple.

Proyecto: 340 unidades, 139 oficinas y 1800 parqueaderos

Condiciones para punto de equilibrio: el promotor debe demostrar cumplimiento a la Fiduciaria- fecha 20 de mayo de 2015 prorrogable unilateralmente por el promotor por 1 año más, es decir **hasta 20 de mayo de 2016**.

2. Cesión

Fecha: 20 de enero de 2014.

Urbo le cede a Promotora Marcas Mall el 100% de los derechos fiduciarios y de beneficio. (las dos sociedades tienen el mismo representante legal Fernando Amorocho)

La fiduciaria firma en señal de aceptación.

3. Vinculación:

Encargos de vinculación para administración de recursos y, en algunos casos, promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall.

Los Encargos de vinculación para administración de recursos eran suscritos por mi representada y, en algunos casos, se celebraban promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. A raíz de la firma del Encargo y dependiendo de cada caso particular, se firmaron los siguientes Otrosí:

Otrosí 1

Fecha: 2 de marzo de 2014

Modifica:

Objeto: administrar recursos de los inversionistas para desarrollo del proyecto, una vez acreditadas las condiciones de punto de equilibrio, recibir recursos provenientes de unidades arrendadas por el fideicomiso a terceros.

Proyecto: 340 unidades aproximadamente, 139 oficinas, 1800 parqueaderos.

Incluye parágrafo 5 a la cláusula tercera: las condiciones de transferencia de los recursos aplicaran únicamente sobre los recursos transferidos por inversionistas de unidades.

Otrosí 2

Fecha: 21 de mayo de 2014

Modifica:

Clausula tercera: se eliminó el numeral 4 de las condiciones para la entrega de recursos que decía: haber celebrado promesas iguales al 52% del total de las ventas estimadas.

A través de este otrosí se agregó la expresión “si es el caso”, en las condiciones 1,2.,3, y 4.

Otrosí 3

Fecha: 28 de octubre 2014

Está relacionado en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor MR- 799 Marcas Mall.

Modifica:

Cláusula tercera condiciones para la transferencia de los recursos, eliminando el numeral sexto que establecía: que los encargos fiduciarios de los inversionistas cuenten en suma con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas.

Fecha para cumplimiento: 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por 6 meses más, es decir **15 de junio de 2015**.

Otrosí 4 Fecha: 24 de diciembre de 2014

Objeto: Expedir certificados de garantía para garantizar obligaciones del fideicomitente o de terceros, títulos valores, fuentes de pago.

Se incluye clausulado de reglamentación de ejecución de la garantía.

Se modifica las condiciones de inicio del proyecto. El término para acreditar condiciones es hasta el 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por un término de seis meses más, es decir hasta el 15 de junio de 2015.

4. Acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas Promotor MR- 799 Marcas Mall

Fecha documento: 04 de noviembre de 2014

El acta indica que se procedió a verificar la documentación aportada por el promotor para la etapa piso 1 y piso 2:

- No se requiere permiso de ventas por ser comercial
- Resolución 76001-2-14-021 del 4 de noviembre de 2014-licencia de construcción. Titulares: Jorge Ernesto Contreras Mayorga y Laboratorios Baxter
- Carta de promotora marcas mall, certificando que no necesita crédito constructor, porque será construido directamente con recursos de la venta de las unidades, suscrita por revisor fiscal.
- Se constituyeron 91 encargos por la suma de \$92.336.645.306
- La promotora marcas mall suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto aprobados por el interventor y el promotor
- La promotora marcas mall suministro certificado de tradición del folio 370-695292 correspondiente al lote Baxter, debidamente registrado a favor del FA-2351 Marcas Mall

Como consecuencia de lo anterior, en la mencionada acta se estableció:

“Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto, la FIDUCIARIA procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas”

Suscriben Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (Fernando Amorocho) y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (Alvaro Salazar).

Breve explicación de los hechos que motivaron este proceso:

Tal y como se desprende de las etapas y documentos contractuales identificados en lo numerales anteriores, en síntesis, el proyecto se desarrollaría de la siguiente manera: las personas interesadas en invertir en ese proyecto celebrarían encargos fiduciarios con Acción (preventas) y, una vez cumplidas las condiciones previstas para el efecto — esto es, el “punto de equilibrio” — mi representada transferiría los recursos económicos de los encargos fiduciarios al fideicomiso FA-2351, para que MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— se encargara de llevar a cabo la construcción del proyecto.

Con el propósito de que se lograra la comercialización del proyecto Marcas Mall, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor— asumió labores de promoción y comercialización directa con los potenciales inversionistas. Así, en gran medida, el

Promotor fue el encargado de mantener los contactos directos con los inversionistas, absolver sus dudas, bríndales información del proyecto, y establecer con ellos los términos en los que se vincularían al proyecto y a los respectivos vínculos negociales. Esta situación fue suficientemente desarrollada y reconocida por la parte demandante en el interrogatorio de parte.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la experiencia profesional de MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor—, conforme a la normatividad legal aplicable para ese momento —tal y como se explicará en detalle en este escrito—, esta sociedad y mi representada acordaron que MARCAS MALL CALI sería la encargada de evaluar y definir el momento en el que se cumpliría el “punto de equilibrio”, para que enseguida Acción transfiriera los recursos de los encargos fiduciarios individuales de los inversionistas al fideicomiso FA-2351. Hay que decirlo con total contundencia desde ahora: la fijación del “punto de equilibrio” y de las condiciones respectivas fue un asunto que asumió contractualmente el Promotor, frente a lo cual mi representada sólo debía transferir los recursos cuando el Promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos —situación que, tal y como se explicará en detalle más adelante, era por completo concordante con el ordenamiento jurídico vigente—.

Hasta el año 2015, el señor German Puerto Castañeda, en su calidad de interventor, suministró el presupuesto y flujo de caja del proyecto previa revisión del promotor del proyecto. Con el aval presupuestal del interventor, el proyecto contaba con los recursos necesarios para su construcción, pues la transferencia de recursos se había dado por el cumplimiento de los requisitos dándole de esta manera viabilidad financiera al proyecto MARCAS MALL CALI.

El 16 de octubre de 2016, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor del proyecto Marcas Mall— cedió el 70.4% su posición contractual de Fideicomitente dentro de Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall a la sociedad URBANIZAR. Esta cesión se dio con el fin de robustecer la experiencia en este tipo de proyectos, en tal sentido, la llegada de un promotor con más experiencia era garantía para el éxito del proyecto.

ENCARGOS FIDUCIARIOS

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el día 20 de febrero de 2014 y 12 de febrero de 2014 se suscribieron los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203, entre los Demandantes y mi representada, con el ánimo de que se vincularan como inversionistas del proyecto Marcas Mall. En dicho

contrato, Acción asumió la obligación de actuar única y exclusivamente como administradora del encargo fiduciario y, por esa vía, transferir los recursos económicos que lo componían al fideicomiso FA-2351 Marcas Mall cuando el Promotor acreditara, informara e instruyera el cumplimiento de las condiciones técnicas previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio” —.

En el Contrato de Encargo Fiduciario individual inicial se dispuso que el plazo que tenía el Fideicomitente Promotor para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos vencía el día 15 de diciembre de 2014, término que podría prorrogarse por seis meses más, es decir, hasta el día 14 de junio de 2015.

No obstante lo anterior, los demandantes transfirieron los recursos cuando el punto de equilibrio ya se había declarado, razón por la cual, el dinero aportado por el inversionista se transfirió al Promotor. Este hecho es transversal para el análisis y decisión del presente caso, pues es evidente que todo lo que aconteció con respecto a la determinación del punto de equilibrio es completamente irrelevante de cara a las pretensiones de la Parte Demandante, pues su vinculación, vale decirlo de nuevo, ocurrió tiempo después.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

A su turno, y de conformidad con los hechos antes anotados, el demandante interpuso la acción de protección al consumidor financiero que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la parte Demandante mi representada “*incumplió gravemente*” y de “*manera descuidada*” las condiciones establecidas en los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203

Por alguna razón que aún no se ha podido establecer, los demandantes decidieron encaminar su acción únicamente en contra de Acción, a pesar de que —como se explicó arriba— el negocio fiduciario y el proyecto Marcas Mall implicaba una serie de obligaciones para MARCAS MALL CALI y URBANIZAR —en sus calidades de Promotores del proyecto, según lo que se enunció—; de tal suerte que gran parte de los reparos de la Demandante se relacionan con las obligaciones contractuales que asumió URBANIZAR y la promotora MARCAS MALL CALI.

El demandante fue enfático en su demanda en manifestar que Acción incumplió los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203,

restringiendo sus argumentos a unas inconsistencias que alegan observar entre una serie de documentos y uno denominado “Acta de Verificación de Cumplimiento de Requisitos Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL”.

En línea con lo que se anunció antes, teniendo en cuenta que en febrero del año 2014 se suscribieron los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203 entre los Demandantes y mi representada, es importante en este punto poner de presente a este Tribunal que los requisitos y el punto de equilibrio habían sido acreditados por el promotor del proyecto (MARCAS MALL CALI) con anterioridad, tal y como le correspondía conforme a las obligaciones contractuales que ella asumió. En ese sentido, el planteamiento del cual partió la demanda y, por contera, la sentencia de primera instancia es equivocado:

- En primer lugar, al momento de firmar los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203, los Demandantes tenía pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de recursos, pues el contrato que firmaron contenía toda la información y en el interrogatorio de parte los aquí demandantes reconocieron que habían leído y entendido el clausulado del mentado contrato (derivado 02). De igual manera, en el interrogatorio rendido por la representante legal de Acción y por la documental obrante a derivado 00 (acta de verificación) aportada por la parte Demandante, se dio cuenta de la acreditación de la totalidad de los requisitos de conformidad con los soportes presentados por el Promotor del Proyecto.

- En segundo lugar, quienes fungen en el presente proceso como Demandantes, gozaban y aún hoy gozan de las calidades y cualidades que las acreditan como personas expertas en este tipo de negocios. Por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, los Demandantes eran plenamente conscientes de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ellas mismas les correspondían. Por ende, es contradictorio la forma en la que se analizó su participación en la sentencia de primera instancia, partiendo de una premisa errada. Por sus calidades, los demandantes estaban obligados a comportarse como tal y con la posibilidad de exigirle con mayor rigurosidad las conductas propias de un experto al firmar estos negocios fiduciarios. Esta situación está suficientemente probada con la declaración rendida por los demandantes,

quienes afirmaron que han firmado varios contratos de esta estirpe (interrogatorio de parte – audiencia inicial).

Además, debe recordarse que, en el transcurrir del proceso, quedó claro también que los Demandantes no entregaron la totalidad de los recursos que se acordaron:

Los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203 fueron suscritos por **AGREDA QUIJANO INVERSIONES S.A.S. y COMERCIALIZADORA NATURAL LIGHT S.A.**, como INVERSIONISTAS del Proyecto denominado **MARCAS MALL, PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S.**, en calidad de FIDEICOMITENTE PROMOTOR y CONSTRUCTOR RESPONSABLE del PROYECTO, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en calidad **administradora del MR-799 MARCAS MALL**, calidad reconocida por los **DEMANDANTES**, ya que en la Cláusula Décima del mencionado contrato, se dispone que la FIDUCIARIA actúa única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo fiduciario.

En cuanto a los recursos efectivamente entregados, los demandante antes identificado no entregaron la totalidad de recursos porque, si bien en los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203 se consignaron DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE. (\$290.510.618), y CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$159.589.788) respectivamente, NO es cierto que en el plan de pagos acordado se haya estipulado cancelar el excedente al momento de la escrituración, lo que deja en evidencia su incumplimiento contractual al no haber pagado la totalidad de lo pactado.

Por lo anterior, quien realmente incumplió los vínculos contractuales y sus obligaciones respectivas fueron los aquí Demandantes, pues se sustrajeron del pago que le correspondía sin fundamento contractual para hacerlo, generando así una afectación de la cartera del proyecto, que desencadenó una imposibilidad para poder completar el mismo. Debe decirse con total claridad: esa decisión unilateral de la parte Demandante —y, por lo demás, la de todos los inversionistas adicionales del proyecto Marcas Mall en esa misma línea— fue lo que realmente generó la suspensión de su desarrollo. Como se explicará más adelante en detalle, la Delegatura se limitó simplemente a identificar fallas en el actuar de mi representada para, por ese solo hecho, condenarla, sin realmente entrar a agotar los elementos que debía dentro del proceso de responsabilidad civil contractual.

En suma, el Demandante conocía y entendía la realidad del negocio fiduciario y el proyecto inmobiliario —en su estado real y actual para ese entonces— al momento de firmar los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203. Además, contaba con todas las herramientas para firmar el contrato; más aún, teniendo el grado de experiencia en este tipo de negocios, por lo que ello ha debido ser considerado en la sentencia de primera instancia.

Actuación administrativa adelantada por la Superintendencia Financiera de Colombia

Con ocasión de los hechos antes anunciados y lo acontecido en el Proyecto Marcas Mall —entre otros—, la **DELEGATURA PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** inició un proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada. Para el efecto, dicha Delegatura le presentó a un Pliego de Cargos con la referencia 2018127962-000-000.

En razón a ese proceso administrativo sancionatorio, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**.

II. LOS YERROS QUE COMETIÓ LA DELEGATURA EN PUNTO DE LA CONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Con base en el contexto y antecedentes antes expuestos, conviene hacer una especial mención sobre los yerros que se cometieron en la sentencia en punto de su congruencia y motivación.

En síntesis, la decisión de la Delegatura es errada porque, más que responder a un juicio de responsabilidad civil contractual —tal y como le correspondía—, en realidad ella se configura como el resultado de un juicio administrativo sancionatorio propio de la Superintendencia Financiera —en su condición de autoridad estatal a cargo de la supervisión de las entidades financieras que operan en Colombia—.

Tal y como se desprende del fallo, el análisis de la Delegatura se circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en las que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria, en el desarrollo de (i) el encargo fiduciario MR-799, (ii) el contrato de fiducia de administración FA-2351, y (iii) los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos.

1100010202 y 1100010203 que se suscribieron con los Demandantes; dejando de lado el real propósito que le correspondía: analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la parte Demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una sanción a cargo de Acción.

Sumado a lo anterior, en términos generales —y más allá de ser completamente improcedente—, en su razonamiento, la Delegatura planteó una serie de consideraciones que son equivocadas y contrarias al marco normativo vigente. De manera empecinada y sin razón alguna, la Delegatura decidió aplicar unas normas jurídicas que no correspondían y realizar una serie de interpretaciones contrarias a derecho, con la única intención de concluir fallas en la conducta de mi representada. En este ejercicio, incluso la Delegatura terminó desconociendo actuaciones y conclusiones que la propia **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** había decantado en el proceso administrativo sancionatorio antes referenciado que adelantó en contra de mi representada por lo que aconteció en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall.

Con el propósito de poner de presente todo lo antes dicho, a continuación se explicarán de forma detallada los yerros e imprecisiones que al respecto cometió la Delegatura en su sentencia de primera instancia:

Por una parte, de manera completamente desconcertante, la Delegatura abiertamente reconoció que su labor se encaminaría únicamente a determinar si mi representada había cometido algún tipo de falla a la luz de sus deberes legales y contractuales, sin entrar a establecer si el supuesto daño de la parte Demandante era atribuible a otro sujeto jurídico. Así, desde esa lógica, de plano, la Delegatura desechó la excepción de falta de legitimación por pasiva que formuló Acción y, mucho más grave, la misión que le correspondía como juez aldecidir la acción de protección al consumidor financiero.

Con esto, la Delegatura cercenó uno de los pilares fundamentales de la defensa que mi representada había estructurado a partir de una premisa estructural: si es cierto que el Demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso, el mismo habría sido el resultado de un comportamiento antijurídico de PROMOTORA MARCAS MALL CALI y URBANIZAR, en su condición de Promotores del Proyecto Marcas Mall.

Frente a este punto, de entrada, debe decirse que —muy en línea con lo que se planteó en el acápite anterior— la única razón por la que la Delegatura decidió agotar este

medio exceptivo de plano estuvo en defender neciamente una competencia que no le correspondía para conocer y decidir este proceso. Tal y como se desprende de sus competencias legales —artículos 24 del CGP y la Ley 1328 de 2009—, la Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera. Es por tal motivo que ella en este proceso —como en todos los demás que ha conocido y decidido sobre el mismo asunto— se negó tozudamente a vincular a PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, pese a lo solicitado por mi representada, a sabiendas que ello solo implicaría la pérdida automática de sus competencias para decidir.

Al respecto, el artículo 90 del CGP establece que:

“ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.”

Así las cosas, el Demandante ha debido vincular y promover su demanda también en contra de PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, ya que ellos hacían parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 y del Fideicomiso FA-2351 —que son justamente los que la Delegatura utilizó como sustento para condenar a mi representada—. Pese a dicho error, la Delegatura decidió negar la excepción propuesta por mi representada y avalar la configuración del contradictorio en desmedro de los deberes que contempla el artículo 132 del CGP.

Lo realmente desconcertante de esto es que incluso, en su sentencia, la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351 y los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203; por lo que entonces no se entiende cómo ella podía decidir sobre un supuesto incumplimiento de los mismos sin que todas las partes de esos contratos hubieran participado en este proceso.

Al respecto, en un caso en el que se están ventilando hechos y pretensiones similares a las que nos ocupan, la honorable Sala Civil del Tribunal Superior de Cali decretó la **NULIDAD** de lo actuado con base en los siguientes argumentos:

*“Dicho con otras palabras, la naturaleza de la relación sustancial debatida **imponía integrar el contradictorio con el referido promotor - PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., como parte que fue del negocio jurídico, quien tenía a su cargo varias obligaciones y quien evidentemente resultara afectado con el fallo si se declara la resolución del plurimencionado contrato, por lo que, sin su presencia en el proceso no era -ni es- posible resolver de mérito sobre las pretensiones formuladas.***

En efecto, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste.” (C.S.J. Cas. Civil. de 8 de mayo de 1992.) (resalta la Sala)”¹

Como se indicó arriba, la naturaleza del proceso de la referencia no es la de una actuación administrativa sancionatoria, que deba tramitarse exclusivamente en contra de Acción. Todo lo contrario, este proceso está concedido para que se establezca si se configura una responsabilidad civil contractual con base en los hechos que planteó la parte Demandante y, por lo tanto, ello sólo puede definirse si se analizan las respectivas obligaciones contractuales a la luz de los comportamientos que hubieren desplegado todos los sujetos que hacen parte de los vínculos correspondientes objeto de análisis.

Como dicha integración no sucedió, en nuestro respetuoso criterio, este Tribunal debe entonces revertir la decisión de primera instancia, de tal forma que tenga lugar un proceso en el que participen todas las partes que deben comparecer imparitadamente para que se pueda dictaminar si existe una responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, los respectivos responsables.

En segundo lugar, sobre este punto, conviene mencionar lo siguiente: si bien es cierto que la Delegatura cuenta con facultades para fallar *ultra y extra petita* en casos excepcionales, eso no le permite acceder a pretensiones con base en hechos que no son objeto de discusión en los procesos respectivos y en los que no se centró la actividad probatoria.

En efecto, el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, en su numeral 9, dice lo siguiente:

“9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere

¹ Auto, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala de Decisión Singular, Santiago de Cali, primero de junio de dos mil veintiuno. Exp. No. 007-2018-00187-01

*más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra* y *ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”*

De lo anterior se evidencia que la ley le ha otorgado a la Delegatura facultades expresas para fallar *infra, extra* o *ultra petita* en casos excepcionales; sin embargo, ella siempre se debe circunscribir a los hechos que resulten probados en los procesos. En ese sentido, es necesario resaltar la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre la mencionada facultad:

*“Así, la facultad *extra petita* – por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio”²*

De esta forma, se colige fácilmente que, aun cuando la Delegatura pretenda fallar por fuera o por más de lo pedido, tiene que circunscribirse estrictamente a los hechos alegados y probados dentro del proceso, que hayan dado lugar a las pretensiones de la demanda. En este punto, es preciso recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de los jueces de ceñirse al principio de congruencia en sus fallos:

*“Es que si la sentencia que dicta el juez **debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda**, así como en las demás oportunidades previstas procesalmente, debe observar igualmente las excepciones que aparezcan probadas, las cuales puede declarar de oficio, salvo que se necesite alegación expresa del medio exceptivo por la parte interesada. (...) Estas previsiones para el juez surgen del principio de congruencia que tiene consagración normativa en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.”*

*“Es **decir el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijan las partes y al que le permite la legislación procesal** en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.”*

“Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de julio de 2018. Radicado No. 69550. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”³ (Se subraya)

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Delegatura falló de una manera que no está contemplada ni permitida por la ley y que incluso contraría el ordenamiento: accedió a las pretensiones del demandante con fundamento en hechos que no fueron alegados en el escrito inicial y sobre los cuales no versó la actividad probatoria de ninguna de las partes. Incluso, la Delegatura accedió a las pretensiones cuando en el transcurso del proceso se probó —más allá de toda duda— que los hechos que daban lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos.

Así, por ejemplo, respecto de los hechos sobre los cuales la Delegatura finalmente concluyó la existencia de un supuesto incumplimiento contractual por parte de Acción, ellos jamás fueron alegados por la parte Demandante y nada tuvieron que ver con sus pretensiones —tal y como fueron planteadas en el escrito de la demanda—. Es tan evidente la falta de congruencia del fallo, que ni siquiera éste se fundamentó en los alegatos de conclusión presentados por la parte Demandante; la cual vehementemente adujo que se ratificaba en todos y cada uno de los hechos presentados en la demanda, los cuales, como se demostró, eran falsos.

En línea con lo que se ha dicho hasta aquí, en tercer lugar, conviene precisar los yerros que cometió la Delegatura al momento de estudiar y valorar la conducta contractual que desplegó mi representada a la luz de lo establecido en el encargo fiduciario MR-799, los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203, y el contrato de fiducia de administración FA-2351. Si bien este será un punto que se explicará ampliamente en el siguiente acápite de este escrito de sustentación, debe mencionarse que, en su valoración, la Delegatura desconoció y decidió abiertamente en contra de lo que la propia Superintendencia Financiera había dictaminado de forma paralela.

Tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, en términos generales, los reparos que se hicieron frente a la conducta de Acción y de los que se concluyó su supuesta responsabilidad contractual, recaen en que ella no contaba con un adecuado

³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Elsy del Pilar Cuello Calderón

Sistema de Control Interno (en adelante, el “SIC”). En síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SIC por parte de mi representada se tradujo en que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la parte Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

Como se indicó antes, con ocasión de los hechos que acontecieron en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, el **SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** adelantó la actuación administrativa sancionatoria de referencia 2018127962-000-000. Con ocasión de ese proceso, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO** (ambas resoluciones son de conocimiento público y se encuentran publicadas en la página web de esa entidad). Al respecto, no debe olvidarse que dicho Superintendente Delegado —en primera instancia— y el Superintendente Financiero —en segunda instancia— son las autoridades competentes y expertas para adelantar tales actuaciones administrativas.

Dentro de esa actuación administrativa sancionatoria, uno de los puntos específicos que justamente se analizó fue el de determinar si Acción contaba o no con un adecuado SIC, de acuerdo con las normas legales que eran aplicables. Tal y como se desprende de las Resoluciones 1520 y 1102, tanto en primera como en segunda instancia se concluyó que el SIC sí era adecuado y coherente con el marco normativo vigente.

Adicional a lo expuesto, y como erróneamente lo ha afirmado el demandante, no hubo ninguna afectación a los inversionistas ni en la entrega de recursos al promotor con ocasión de los hechos ocurridos en la sucursal de Cali, pues, como se encuentra consignado en los Estados Financieros del fideicomiso, los dineros fueron entregados para la realización del proyecto. Sobre esto no existe prueba en contrario que pueda confirmar lo que expresa la parte demandante.

Así las cosas, si las autoridades competentes y expertas concluyeron que no existía ninguna falla en el SIC de Acción, no se entiende cómo la Delegatura arribó a una conclusión diferente en la sentencia de primera instancia que nos ocupa. Desafortunadamente, la existencia y efectividad del SIC nunca fue objeto de discusión dentro del proceso y la respectiva etapa probatoria —siendo así una sorpresa este asunto en la sentencia que profirió la Delegatura—, de tal suerte que mi representada nunca contó con la oportunidad de acreditar las Resoluciones 1520 y 1102 y lo que al respecto allí se decidió.

Todo esto reafirma la necesidad de que la sentencia de primera instancia sea revocada. Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor financiero sino, en realidad, al de una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.

En cuanto a este punto, debemos plantear una serie de consideraciones sobre el valor que la Delegatura le otorgó a las pruebas que fueron debidamente decretadas, aportadas y practicadas en la etapa probatoria. En nuestro respetuoso criterio, es claro que éste no respondió al resultado natural de la aplicación del criterio de *sana crítica* sobre las mismas que ordena la ley. Por el contrario, la Delegatura decidió valorar las pruebas de manera individual y aislada, más no de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del CGP:

*“Las pruebas deberán **ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.” (Se subraya)*

Como se indicó anteriormente, aún si se pudiera considerar que la condena de mi representada fue determinada fallando en equidad o en conciencia, esto no excusaba a la Delegatura de valorar el material probatorio del proceso en su conjunto, como bien lo indica Hernán Fabio Lopez:

“Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos que se pueden fallar en conciencia, está excluido de la aplicación del sistema anterior (sistema de la sana crítica), (...)”⁴

Siguiendo esta línea, sobre todo, la Delegatura pasó por alto lo que se acreditó de manera suficiente con el interrogatorio de parte que se practicó a la parte Demandante. Basta detenerse en el mismo, para constatar varias cosas importantes para acreditar la improcedencia de las pretensiones:

1. En primer lugar, con los interrogatorios se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que

⁴ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.

2. Asimismo, en esos interrogatorios se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió el Demandante fueron negociados por el con el Promotor del proyecto. Esto reafirma, entre otras cosas, que Acción no debió haber sido la llamada a responder por los supuestos daños que sufrió el Demandante y, mucho más importante, que el proceso no ha debido tramitarse ni decidirse sin la comparecencia del Promotor. Como se dijo arriba, debemos reiterar que la única razón por la que la Delegatura decidió proceder sin la comparecencia del Promotor fue porque sabía que ello se traduciría en una pérdida de competencia para ella.

Adicionalmente, allí quedó claro que el demandante ni siquiera sabía cuáles fueron los incumplimientos legales y contractuales en los que supuestamente habría incurrido mi representada. Si bien la Delegatura arbitrariamente decidió desconocer los interrogatorios de parte del demandante como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en su sentencia—, nadie puede desconocer que estos mostraron que para el propio extremo Demandante mi representada no incurrió en ninguna falencia según las obligaciones que tenía, siendo en realidad el Promotor del proyecto u otro el realmente responsable de los daños que supuestamente se le generaron.

3. Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la parte demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del mismo. Frente a esto, lo que no puede pasar, es que ante ese silencio y negligencia, se concluya que entonces que Acción debe asumir el pago de unos perjuicios desconociendo el grado de profesionalidad, responsabilidad y conocimiento que le correspondía a la parte Demandante en el marco del negocio fiduciario que se desarrolló.
4. Ahora, en virtud de la errada calificación probatoria realizada por la Delegatura del informe de auditoría, se extrajo información que no tiene relación con los hechos de la demanda; como por ejemplo la información de los certificados de garantía. Inclusive, en el mencionado informe, no se hace relación de los recursos aportados por el Demandante, por lo que no se entiende la razón de motivar el fallo en estos apartes del informe.

Mas allá que el presente negocio no tenía certificado de garantía y el mismo no incluía un clausulado excepcional a los ya conocidos, no era viable que la Delegatura haya utilizado una declaración del auditor para endilgar responsabilidades que escapan al objeto del litigio. Más aún cuando decidió trasladar la prueba de otro proceso que en nada comparte la situación fáctica aquí reclamada.

Por último, en relación con este primer punto del análisis, es menester señalar que la Delegatura cometió un grave error e inconsistencia al momento de definir el marco normativo que le era aplicable a mi representada —con ocasión de los contratos que celebró con la parte Demandante— y con base en el cual se decidió su responsabilidad civil contractual. En particular, el marco normativo concerniente al rol que debía desempeñar Acción en la definición y constatación del punto de equilibrio del proyecto Marcas Mall y que definía la transferencia de los recursos al Promotor.

Lo primero y más importante que hay que señalar es que, a la luz de la normatividad que estaba vigente para el momento de los hechos, salvo pacto en contrario en los contratos, Acción no tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios. Dicha obligación sólo comenzó a existir a partir de la inclusión del numeral 5.2.3.2 que se hizo en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ con la Circular Externa 007 de marzo de 2017:

“5.2.3.2. La obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos.”

Para sostener la tesis contraria, la Delegatura recurrió en sus decisiones a lo dispuesto en el artículo 3.4.7.2 del Capítulo I del Título III de la Parte I de la CBJ, vigente para el momento de los hechos, dándole un alcance que no tiene. En ese aparte se establecen reglas de información para —entre otros muchos otros— los negocios fiduciarios, sin fijar reglas sobre su funcionamiento/operación, las cuales están únicamente consignadas en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ previsto para negocios fiduciarios. Ese numeral dispone lo siguiente con respecto a la información que tenía —y aún hoy tiene que darse— por parte de las fiduciarias a sus clientes en el marco de negocios fiduciarios de “preventas”:

Negocios fiduciarios de “preventas”

En los negocios cuyo objeto sea el recaudo de los recursos provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente harán parte del precio prometido por la compra, resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de aspectos tales como:

Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.

Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.

Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor.

Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.

La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario.

Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de una cartera colectiva o a través de cualquier otro mecanismo.

La identificación clara y expresa del beneficiario de los rendimientos generados por el fondo de inversión colectiva o el mecanismo que se escoja.

3.4.7.2.8 Los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario.

Tal y como se desprende de esa norma es claro que, conforme a la normatividad vigente para el momento de los hechos: (i) Acción no estaba en la obligación legal de definir el punto de equilibrio; (ii) por el contrario, Acción podía o no participar libremente en esa definición; y (iii) la obligación legal de Acción se circunscribía a informar expresa y claramente a sus clientes si ella participaría o no en dicha definición, indicando las condiciones respectivas para el efecto.

Esto pone de presente que el razonamiento de la Delegatura no solo fue equivocado en este punto, sino que tumba uno de los soportes principales de la sentencia: toda vez que Acción no estaba obligada legalmente a participar y definir el punto de equilibrio, las cláusulas respectivas del encargo fiduciario MR-799 y en el contrato fiduciario FA-2351 en el que se excluyó de manera expresa esa responsabilidad a su cargo sí eran válidas y, por lo tanto, no han debido declararse como ineficaces. En otras palabras: si la ley autorizaba dicha posibilidad, la Delegatura no podía declarar como ineficaces las cláusulas que al respecto se acordaron.

Lo anterior, incluso a pesar de que la parte demandante no haya participado directamente en los contratos en donde dicho esquema se pactó, toda vez que, por una parte, ellos sí conocían los contratos y la estructura del negocio y, por la otra, no se entiende cómo es que entonces esas cláusulas serían ineficaces e inoponibles al demandante por el hecho de que éstos no suscribieron los contratos en donde se pactaron. Esa teoría de la Delegatura no tiene ningún soporte y contradice su lógica de coligamiento con base en la cual terminó condenando a Acción. La Delegatura justamente dijo que todos los contratos deben leerse en su conjunto con independencia de que no hayan sido suscritos todos por las mismas partes.

Dicho razonamiento incluso ha sido reafirmado y convalidado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando, en casos similares, ha reconocido y dado plena validez a las cláusulas que se acuerdan en negocios fiduciarios para desarrollar proyectos urbanísticos en los que las fiduciarias limitan su responsabilidad. Y esto justamente bajo el entendido de que el ordenamiento legal sí permite que ello suceda y, más importante aún, porque en el marco de tales proyectos urbanísticos es completamente razonable que todo lo relacionado con aspectos técnicos sean asumidos por las empresas constructoras que son expertas en la materia. Así, por ejemplo, la Corte ha dicho lo siguiente⁵:

“La Fiduciaria no es constructora, ni interventora, ni asume responsabilidad por las construcciones o gestión de gerencia del proyecto.”

“La Fiduciaria expresa que sus obligaciones en este contrato son medio y no de resultado (...) no garantiza que los costos finales del proyecto correspondan a los inicialmente presupuestados, ni asume responsabilidad alguna por la construcción, calidad, estabilidad u oportunidad en la entrega de las obras.”

⁵ Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-041-2007-00128-01

“Síguese de lo anterior discurrido que la jurisprudencia patria, le otorga a estas cláusulas de exclusión de responsabilidad alcance eficaz frente a terceros, lo que las hace oponibles a los mismos.”

Es más, los numerales 2.2.1.2.1 y 2.2.1.2.2 del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ establecen una clara diferenciación entre los deberes de información y asesoría que tienen las sociedades fiduciarias:

Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte de objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

En los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones.

Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

De la lectura del fallo de primera instancia, es claro que varios de los reproches que hizo la Delegatura se sustentan en una aplicación errada del deber de información que tenía Acción, equiparándolo al deber de asesoría, sin reparar en que, por expresa disposición contenida en el numeral 2.2.1.2.2 antes citado, este último deber solo recaía en la fiduciaria si hubiera *“una obligación expresa pactada en el contrato”* que claramente no existe.

Así las cosas, en cumplimiento de circular externa 046 de 2008 y la circular externa 030 de 2017 de la Superintendencia Financiera, Acción sí cumplió con todos sus deberes legales y contractuales, razón de más paradesechar por completo el razonamiento de la Delegatura.

III. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE EN VIRTUD DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PROMOVIÓ LA PARTE DEMANDANTE

Ahora bien, al margen de las consideraciones antes expuestas, teniendo en cuenta que el proceso de la referencia se enmarcó como uno de responsabilidad civil contractual, en este capítulo se explicarán las razones por las que los elementos constitutivos de la misma establecidos en el artículo 1604 del Código Civil no se configuran en el caso que nos ocupa.

En este escrito se hará un especial desarrollo de estos elementos, debido a que —desafortunadamente—, como se anunció arriba, la Delegatura omitió realizar un estudio de los mismos en la sentencia, limitándose simplemente a enlistar las razones por las que, en su criterio, Acción habría actuado en contravía de los deberes legales que le correspondían ante el Demandante, sin ahondar en un real juicio de responsabilidad civil contractual.

Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caer en redundancia: las acciones de protección al consumidor financiero no están diseñadas para que la Delegatura simplemente reproche las conductas de las entidades financieras para posteriormente imponerles una sanción —para esto existen las actuaciones administrativas sancionatorias—; por el contrario, en realidad, este tipo de acciones están concebidas para que la Delegatura defina si, en el marco de una determinada relación contractual, una entidad financiera comete un acto antijurídico ala luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño antijurídico cierto, directo y determinado o determinable que le sea imputable (nexo causal) y que, por consiguiente, deba reparar.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la parte Demandante no resulta posible extraer varios de los elementos de la responsabilidad contractual. Hay que decirlo con total contundencia: (i) Acción nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) Acción nunca actuó a

partir de una conducta antijurídica —conforme al grado de diligencia que le era exigible—; (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante; y (iv) con base en lo anterior, no existe ningún nexo causal del que se desprenda una responsabilidad para Acción.

1. AUSENCIA DE UNA CONDUCTA ANTIJURÍDICA A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESTABLECIDAS EN EL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799 Y EL CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN FA-2351

En términos muy sencillos, la Delegatura concluyó que Acción habría incurrido en una conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales que ella tenía en virtud del encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351, porque, en concreto:

- No se habría informado al Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al Demandante que con el dinero del encargo fiduciario se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.
- Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con un adecuado y oportuno SIC.
- Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

Así las cosas, a continuación se indicarán las razones particulares por las que, en realidad, mi representada no incurrió en ninguna de las falencias antes anotadas con base en las cuales la Delegatura emitió la sentencia de primera instancia:

1. Respecto al tema de acreditación de los requisitos, se logró probar que Acción cumplió con la verificación de esos requisitos de conformidad con el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014. En ella y sus anexos se puede establecer que los procedimientos y los requisitos se desarrollaron de conformidad con el encargo fiduciario y al contrato matriz.

Frente a esto, es desconcertante lo dicho en la sentencia de primera instancia en cuanto a que el cambio que se hizo de las condiciones de acreditación desnaturalizó el negocio fiduciario. En el libre ejercicio de la voluntad privada de las partes, todos los intervinientes estaban facultados para hacer esos cambios. Adicionalmente, conforme a lo que se explicó arriba, el ordenamiento jurídico sí permitía que esas condiciones fueran libremente definidas y modificadas; lo que en últimas, por lo demás, no terminó perjudicando al Demandante ni configurando un ejercicio errado o negligente de mi representada. Esto, más aún, si se tiene en cuenta que la parte Demandante se vinculó al proceso tiempo después al momento de acreditación de tales requisitos, tal y como bien se expuso en la narración de hechos relevantes que se incluyó arriba en este escrito.

A su vez, la parte Demandante no pudo dar cuenta a la Delegatura de los requisitos que presuntamente pasó por alto Acción y tampoco pudo identificar cuáles requisitos eran los que se exigía para la transferencia de recursos.

Es importante decir que la certificación de 4 de noviembre de 2014 es prueba suficiente para la acreditación de los requisitos establecidos en los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203. En dicho documento se establecen y se anexan los documentos que el Promotor presentó para la transferencia de recursos. En lo que respecta a la transferencia del inmueble, dicho requisito fue satisfecho en el lapso de tiempo estipulado en los contratos fiduciarios (15 de diciembre de 2014). Más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto, por lo que esa falla no es causa del supuesto daño que sufrió el demandante. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la transferencia del inmueble se dio unos días después a la firma del acta.

Adicionalmente, en lo referente al punto de equilibrio y como se desprende de la evidencia aportada por mi representada, los recursos fueron aportados al Promotor del proyecto después de que se cumplió con el punto de equilibrio que había sido establecido y, por tanto, dicho Promotor ya contaba con los recursos para dar inicio al proyecto. Ello, a diferencia de lo que afirmó la Delegatura, refiriéndose a que los recursos habían sido entregados para la compra del inmueble en el que se iba a ubicar el proyecto, pues la compra del mismo era requisito para el cumplimiento del punto de equilibrio. Por lo tanto, carece de lógica lo mencionado por la Delegatura cuando indica:

“En consecuencia, este Despacho encuentra que, en razón a los hechos anteriormente comprobados, no debió haber procedido la fiduciaria a transferir los recursos aportados por los inversionistas al Fideicomiso Marcas Mall, desde el 4 de noviembre de 2014, y contrario a ello, debió preceder a la devolución de los dineros aportados por el acá demandante.”

De la sentencia de primera instancia no es claro cuáles fueron los soportes probatorios para señalar que: *“los recursos recaudados a los adquirentes a través de los encargos individuales y trasladados una vez “acreditado el punto de equilibrio” fueron utilizados para financiar al fideicomitente para adquirir uno de los lotes en el cual se iba a desarrollar el proyecto, generando un descalce en la estructura de liquidez de más de \$14.000.000.000 de pesos, cuando la obligación de aportar el inmueble estaba en cabeza del fideicomitente”*. ¿Cuál es el soporte para señalar que el pago de los 14 mil millones fue la causa para afectar la liquidez del negocio? Lo cierto es que la liquidez del negocio se dio porque todos los inversionistas —incluyendo el Demandante— decidieron unilateral e injustificadamente no seguir cumpliendo con el pago de los aportes a los que se habían comprometido.

2. Por otro lado, frente a los deberes de protección y defensa de los bienes del fideicomiso, mi representada solo obedeció a las voluntades de los titulares del negocio, permitiéndoles el ejercicio de sus derechos en la forma acordada. En esta medida, Acción no estaba en deber de ir más allá de lo convenido por las partes y las normas imperativas vigentes para la época.

En ese sentido, el Concepto 2008068357-003 del 27 de noviembre de 2008 de la Superintendencia Financiera establece lo siguiente respecto de las

obligaciones de las fiduciarias:

“Para poder determinar la seguridad que tienen los dineros recaudados por la fiducia a nombre del constructor, es preciso remitirse al contrato de que se trata. Lo anterior toda vez que sólo de este modo se puede determinar el alcance de la gestión de la fiduciaria, la destinación de los recursos y las condiciones para que el constructor pueda disponer de ellos”.

Sumado a lo anterior, respecto de las medidas de protección del lote, conviene reiterar que todas las acciones preventivas y de protección son del resorte del Promotor del proyecto, pues éste es quien tiene en su cabeza la calidad de Comodatario y responsable de la construcción del proyecto. Así resulta excesiva una nueva carga que de forma discrecional la Delegatura considera que es responsabilidad de mi representada. Valga entonces decir que el argumento de la Delegatura al presuntamente tener claridad respecto de la no injerencia de mi representada en temas constructivos se desvanece al ahora confundir una responsabilidad que es propia y exclusiva del Promotor, para achacársela a mi representada.

Debe tenerse en cuenta además que no hay recursos en el fideicomiso que permitan adelantar gestiones diferentes a las ya mencionadas al Despacho. Sumado a ello, la fiduciaria tiene una restricción y no puede asumir con recursos propios gastos de un fideicomiso.; de acuerdo con el principio de separación patrimonial.

No obstante lo anterior, Acción se ha hecho parte de los procedimientos policivos para preservar los derechos del lote y evitar afectaciones posteriores en cabeza del patrimonio autónomo, por lo que no es correcta la conclusión a la que se arribó en la sentencia con respecto a la supuesta omisión de mi representada en este punto. Replicando la crítica general que se plantó arriba, nuevamente debemos decir que este error en la sentencia se explica en que la omisión en la protección del inmueble nunca fue objeto de debate en el proceso, por lo que mi representada no contó con la posibilidad de referirse sobre el particular y mostrar su completa diligencia al respecto —más allá de que ello no le correspondía, siendo una obligación del Promotor—.

3. Ahora, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente caso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones,

Acción no tenía ninguna obligación en relación con el deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo, y los demás aspectos que se indicaron en la sentencia. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en la cartilla para negocios inmobiliarios en los siguientes términos:

2. Esquema de preventas

En este esquema, la función de la **fiduciaria** es recibir los dineros destinados a la separación de los inmuebles por parte de los compradores de unidades, hasta que se cumplan las condiciones técnicas y financieras establecidas en el contrato, lo que comúnmente se conoce como alcanzar el “*punto de equilibrio*”.

Logrado este punto, los recursos son entregados al constructor, momento en el cual finaliza el objeto del contrato de este tipo de **fiducia**.

Generalmente, estos recursos son invertidos en un **Fondo de Inversión Colectiva**¹⁰ (FIC) administrado por la **sociedad fiduciaria** relacionada con el negocio, al cual el consumidor financiero se vincula mediante un contrato con condiciones uniformes para todos los consumidores (contrato de adhesión).

Los recursos de los inversionistas son depositados en dicho fondo e invertidos de acuerdo con el reglamento del **fondo de inversión**, hasta que se cumplan los requisitos para el desembolso al constructor. En caso contrario, los dineros permanecerán en el fondo hasta el momento de hacer la devolución a los inversionistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mal puede concluirse que los contratos suscritos entre Acción y el Demandante resultan abusivos o contrarios a derecho. Por el contrario, ellos se enmarcan perfectamente dentro de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y las obligaciones a cargo de mi representada de conformidad con las normas pertinentes.

En todo caso, es importante señalar que los boletines informativos enviados por **URBANIZAR** y **PROMOTORA MARCAS MALL** dan cuenta de la información enviada a los inversionistas sobre la necesidad de modificar el proyecto y suscribir las modificaciones a los contratos. Así se puede verificar, por ejemplo, en el Boletín 1, obrante a derivado 02 que a la letra da cuenta de la información completa suministrada por la parte la Demandante.

5. Créditos Bancarios

El crédito constructor base es del orden de \$35.000 MM. Hay manifiesto interés de tres (3) entidades bancarias para otorgar este financiamiento, incluso por una cuantía mayor que brinde la opción de contar con un margen de maniobra suficiente que aminore cualquier afectación por causa de algún inconveniente o retraso en cualquier fuente prevista. Aunque estamos negociando las mejores condiciones para el proyecto, uno de los requerimientos de base de estas entidades bancarias es contar previamente con las **Promesas de Compraventa y/u Otro Si a las Promesas de Compraventa suscritas** con cada comprador, convirtiendo este tema en la tarea más prioritaria, por lo cual pedimos la colaboración de todos ustedes agilizando la revisión y firma de los documentos mencionados para continuar con el trámite de aprobación del crédito constructor.

Actualmente se está trabajando en los ajustes de los diseños técnicos para que se correspondan íntegramente con el diseño arquitectónico final. Este proceso de reestructuración de los diseños técnicos como el romper la inercia de la obra y readquirir la dinámica requerida tomará algunas semanas, pero es una circunstancia necesaria para asegurar la continuidad de la obra una vez ésta se reinicie.

8

Con estos boletines se informó a los inversionistas sobre el estado del proyecto y se indicó de manera inequívoca las etapas del mismo.

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información manifestado por la delegatura se entiende satisfecho con la firma de los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203 (medios idóneos), con estos documentos se informó al hoy demandante la situación actual del proyecto y se dio a conocer el clausulado con los requisitos que debían y fueron acreditados de manera oportuna por parte del promotor.

2. INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO REAL, DIRECTO Y DETERMINADO O DETERMINABLE

El daño antijurídico es la piedra angular de la teoría de la responsabilidad civil contractual en Colombia. Conforme a lo que antes se indicó, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, sin la existencia de un daño real, cierto, directo y determinado o determinable, no es posible configurar un caso de responsabilidad contractual. Contrario a lo que afirmó la parte Demandante y lo que a su vez concluyó la Delegatura en primera instancia, la demandante no ha sufrido ningún tipo de aminoración antijurídica a raíz de los hechos en los que fundamentaron sus pretensiones.

En términos muy concretos, en la sentencia de primera instancia, la Delegatura estimó que el daño al Demandante se definió a partir de la “frustración” que ella sufrió al no haber podido recibir los beneficios legítimos del proyecto Marcas Mall si éste se hubiera llevado a feliz término. En otras palabras, para la Delegatura la conducta antijurídica de

Acción fue la razón por la cual el proyecto Marcas Mall no se pudo finiquitar, lo que generó que el Demandante no pudieran obtener los beneficios correspondientes.

La conclusión a la que arribó la Delegatura es equivocada porque, como se explicará a continuación, en realidad la parte Demandante no sufrió ninguna aminoración en los términos que se enunciaron en la sentencia de primera instancia. Como se verá en detalle, las afugias que si acaso ha sufrido la parte Demandante no revisten las condiciones para ser catalogadas como un daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable que deba ser reparado por Acción a la luz de la normatividad y jurisprudencia vigente.

En aras de llevar a cabo nuestro análisis, en primer término, conviene traer a colación los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales:

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el daño es:

“Con el señalado propósito, resulta pertinente indicar, que en el régimen de la responsabilidad civil, no se definió el daño, pues en la proveniente de los «delitos y las culpas», se menciona simplemente el «daño» como elemento indispensable para la estructuración de la misma (artículo 2341 del Código Civil) y tratándose de la «responsabilidad contractual», al referirse a la indemnización de perjuicios, optó el legislador por señalar la clasificación de los daños patrimoniales, previendo que comprende el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1613 ibídem), respecto de los cuales expresa la respectiva definición (artículo 1614 ídem); entendiéndose por el primero, la pérdida o disminución efectivamente sufrida por la víctima en su patrimonio como consecuencia del hecho dañoso; mientras que el segundo, comprende la ganancia o utilidad que esperaba percibir y que en un estado normal de cosas habría reportado, de no haberse presentado el hecho perjudicial.

Igualmente, la misma corporación en la sentencia SC10297-2014, rad. n° 2003-00660-01, en sentido amplio, indicó lo siguiente acerca del daño:

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y

frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

Por su parte, el tratadista chileno BARROS BOURIE (2006), además de aludir a la situación de falta de definición del concepto de «daño», expone en términos generales que

«[...] la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba’»⁶.

Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»⁷.

Ahora bien, en este caso no se puede hablar de daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable en cabeza del Demandante por los hechos y negocios jurídicos que nos ocupan por las siguientes razones:

En el presente caso no se puede derivar un daño cierto, real o determinado ya que como se explicó en los alegatos de conclusión de primera instancia, se debe adelantar un proceso liquidatorio para que se liquide el patrimonio y se puede tener un panorama financiero del Proyecto Marcas Mall. Esta situación permite colegir con meridiana claridad que, al no estar liquidado el fideicomiso Marcas Mall, es imposible determinar si de los activos que posee el proyecto al día de hoy es posible o no retornar los recursos aportados por los diferentes inversionistas. Por el contrario, resultaría arriesgado condenar de manera prematura a Acción partiendo de una mera expectativa que deriva de unos hechos que aún no han sido objeto de análisis dentro del proceso liquidatorio.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, reiteró:

⁶ Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

⁷ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

“2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación, sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”⁸

En punto de lo anterior, los requisitos desarrollados por la Jurisprudencia respecto del daño antijurídico (real, cierto y determinado o determinable) claramente se extrañan en el presente proceso, pues quien los debía probar no lo hizo y por el contrario desentendió la carga probatoria que le correspondía.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º2000-00196-01.

Sin perjuicio de lo anterior, el daño reclamado y la interpretación del mismo derivado de la “frustración” que indicó la Delegatura, no es otra cosa que un trabajo hermenéutico de la propia Delegatura —el cual ni siquiera fue planteado por el Demandante en sus hechos o pretensiones— quien, en su afán proteccionista, confundió las obligaciones contractuales de las partes aterrizando a una conclusión lejana al vínculo contractual.

Ahora bien, si el presunto daño que concluyó la Delegatura de la mano de la denominada “frustración” obedece a una infracción que deviene de la construcción del proyecto, es de recordar que dicha obligación no era ni es del resorte de mi representada. Por el contrario, la misma estaba en cabeza del Promotor, el cual, reitero, no fue citado a la presente contienda litigiosa. Por ende, mal puede mi representada ser ahora la condenada a asumir las consecuencias de una omisión en la que incurrió el Promotor. Por lo demás, este es el argumento central que permite colegir la inexistencia de un nexo causal en el caso que nos ocupa.

Esta situación de manera clara evidencia que en el presente caso no se puede establecer un daño cierto, por cuanto aún falta que se liquide el proyecto y fruto de esa liquidación se entregue al Demandante lo que le corresponde. Por consiguiente, no puede reconocerse ningún tipo de daño en favor del Demandante, pues ello terminaría por configurarse como un claro enriquecimiento sin causa a su favor. Según lo antes dicho, no hay razón para que mi representada o cualquier tercera parte, asuma el pago de unos dineros que desde ningún punto de vista el Demandante ha perdido.

3. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

Continuando con los requisitos establecidos por el artículo 1604 del Código Civil y partiendo de la inexistencia del daño como se explicó líneas arriba, debe decirse que no se acreditó en este proceso el elemento estructural de nexo causal. Es más, al respecto, debe señalarse con total respeto que en la sentencia de primera instancia la Delegatura ni siquiera se detuvo ni hizo mención alguna con respecto a este punto del análisis, concluyendo así una responsabilidad civil contractual que no era entonces procedente. No debe olvidarse que la existencia de un nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega en un proceso de responsabilidad civil contractual, es un aspecto básico estructural para que sea procedente la declaratoria judicial de la misma.

Por esta sola razón la sentencia de primera instancia debería revocarse, pues sin un análisis particular sobre el elemento del nexo causal mi representada no ha debido ser condenada. Sobre esto debió haber un análisis expreso por parte de la Delegatura, lo que configura un yerro que no es subsanable desde ningún punto de vista. Por solo ello, la sentencia debe ser revocada.

Al margen de lo anterior, en lo fundamental, de la demanda se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no verificó de manera correcta los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario individual para que fuera procedente la transferencia de los recursos de los inversionistas al Fideicomiso FA-2351. Sin embargo, no hay nexo de causalidad entre este hecho y el daño que se alegó, toda vez que el supuesto del cual partió la parte acá demandante no es correcto. Esto, sobre todo, porque como se explicó en detalle, el punto de equilibrio ya había sido declarado cuando el Demandante se vinculó al negocio de Marcas Mall a través del encargo fiduciario.

Si bien el hecho de que el Demandante se haya vinculado con posterioridad a la declaratoria del punto de equilibrio es razón más que suficiente para que se concluya la inexistencia de un nexo causal; lo cierto es que, a la luz de los contratos de encargo fiduciario y el marco normativo ampliamente explicado en este escrito, Acción no tenía el deber de acreditar e informar el cumplimiento de los requisitos que se habían definido para que la transferencia dineraria fuera procedente —el llamado “punto de equilibrio”—, pues todo ello había quedado contractualmente en cabeza del Promotor y, en algunos casos, del Interventor del proyecto. Tal y como se probó en este proceso, las obligaciones contractuales de Acción estaban circunscritas a recibir del Promotor del proyecto y/o del Interventor la información que acreditará el cumplimiento de los mismos e instrucciones de transferencia de los recursos, para a continuación proceder con el traspaso de los dineros al Fideicomiso FA-2351. En el caso que nos ocupa, ello se desprende justamente de la Cláusula Décima del Contrato de Encargo Fiduciario individual:

“El(los) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario “MARCAS MALL”, ni en la determinación de viabilidad o factibilidad financiera o técnica de del citado proyecto inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable por su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios que la no ejecución de dicho proyecto ocasione(n) al INVERSIONISTA(S) o terceros, responsabilidad que el(los)

*INVERSIONISTA(S) entiende(n) es única y exclusivamente del PROMOTOR del proyecto inmobiliario que se pretende desarrollar, **quedando claro entonces que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad (...)***” (Se subraya)

Para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las reglas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser razonablemente considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil.

Sobre esto, la Sala Civil de la Corte Suprema ha señalado:

“Para identificar el nexo causal entre los acontecimientos que interesan al proceso, en suma, no se debe a falta de conocimientos jurídicos sino a que el problema de la causalidad ha sido planteado por la tradición jurídica en términos filosóficos que trascienden los límites especializados del derecho; pasando por alto que la misma epistemología se ha mostrado incapaz de explicar la existencia de vínculos entre los hechos, por lo que en el estado actual del conocimiento científico la relación entre los hechos y los enunciados sobre los hechos no se estudia en términos estrictamente epistemológicos, sino como un problema de frontera que involucra varios ámbitos como el uso práctico del lenguaje (giro lingüístico), la sociología del conocimiento, las teorías de sistemas, las ciencias cognitivas y de la complejidad, entre otros enfoques integrados, solapados o interconectados.

Es la filosofía, precisamente, la que advierte sobre sus limitaciones para explicar las correlaciones causales entre los hechos, por lo que no es posible asumir ningún enfoque epistemológico particular para resolver los problemas de causalidad jurídica. De ahí que el derecho tiene que depurarse y desprenderse del rezago metafísico que tradicionalmente ha impregnado sus institutos: «Lo que se trata de señalar con esta observación es que muchas veces el jurista está aceptando ingenua e inconscientemente conceptos cuya consciencia rechaza. No quiere hacer filosofía sino práctica, pero todo su lenguaje está impregnado de un aroma filosófico del que no puede huir: causa, motivo, culpa, consentimiento, son términos que si no son previamente conceptualizados desbordan el marco de la mera juridicidad para inhalar el de ciencias afines: desde la sicología a la filosofía».

Debido a la imposibilidad de adoptar un enfoque filosófico particular que explique las relaciones causales en la fase de elaboración de los enunciados probatorios, se torna necesario acudir a criterios jurídicos (que no excluyan los aportes de las demás ciencias contemporáneas) para la definición de los conceptos fundamentales del instituto de la responsabilidad civil; para lo cual la teoría de la imputación resulta de gran utilidad.

La imputación civil –se reitera– no excluye el concepto de causalidad (cualquiera que sea su significado filosófico o científico); simplemente acepta la evidencia de que las relaciones causales no se dan en todos los casos (como en la responsabilidad por omisiones o por el hecho ajeno); y siempre es insuficiente, dado que las condiciones relevantes para el derecho no pueden seleccionarse sin criterios de adecuación de sentido jurídico. Únicamente a partir de este contexto de sentido jurídico pueden elaborarse enunciados probatorios de tipo causal, los cuales, por necesidad lógica, tienen que ser razonamientos hipotéticos o abductivos (sea por acciones o por omisiones).

«Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo). De manera que una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño. La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su cuenta como suyo. Aunque la relación causal aporta algo a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquél puede ser reputado artífice».

No todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema de sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como causas jurídicamente relevantes habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de atribución o de exoneración de responsabilidad; mientras que si la “muestra causal” es pequeña habrá grandes probabilidades de que el juicio de imputación quede a merced de la intuición o la

suerte. Las valoraciones causales, en suma, no recaen sobre “lo dado” por la experiencia sino más bien en lo que de ella logra seleccionarse con dificultad. Esta caracterización del nexo causal supone, además, la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás.”

Así las cosas, se tiene que quien en realidad estaba obligado a cumplir con los requisitos técnicos para que procediera la transferencia de recursos era MARCAS MALL CALI — en su calidad de Promotor— y no mi representada. Por consiguiente, si en efecto la parte Demandante sufrió algún daño, el mismo encuentra su causa en la conducta que MARCAS MALL CALI desplegó, al haber sido ella quien —conforme a lo pactado— tenía la obligación de acreditar el cumplimiento o no de las condiciones que se habían trazado. En otras palabras, de la conducta que llevó a cabo mi representada no es viable desprender ningún vínculo con el daño que alegó la parte Demandante y que le reconoció la Delegatura.

Frente a esto no puede llegarse al absurdo —tal y como lo sugirió la Delegatura— de que mi representada, más allá de que el Promotor debía verificar y acreditar las condiciones del punto de equilibrio, tenía a su vez que realizar una verificación directa de las mismas. Si contractualmente se estableció que el Promotor era el responsable de ello, atendiendo para el efecto el marco normativo que permitía válidamente que ello sucediera según se explicó arriba, no es cierto que Acción tuviera entonces que hacer un nuevo ejercicio para revalidarlo. Si esto fuera procedente, entonces simplemente no se aceptaría la posibilidad de que las fiduciarias pacten que la verificación la hará un tercero. En ese sentido, la fiduciaria si bien no era la llamada de acreditar los requisitos, esta si se ocupó de su verificación de conformidad con los documentos entregados por el Promotor del Proyecto.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la validación de las condiciones técnicas y jurídicas fueron revisadas cabalmente por Acción; sin embargo, la culminación o no del proyecto no puede ser asegurada por la fiduciaria; menos cuando se trata de un negocio de preventas.

De acuerdo con esto, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal del negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 y los Contratos de Encargo Fiduciario Individuales Nos. 1100010202 y 1100010203 que se suscribieron con la parte

Demandante—: era en realidad el de lograr que estas personas adquirieran unos locales comerciales dentro del Centro Comercial Marcas Mall. Si en realidad existiese un nexo de causalidad entre el supuesto accionar de mi representada y el supuesto daño alegado, el centro comercial ni siquiera se habría empezado a construir, pues no se habría siquiera logrado adquirir el lote destinado a dicha construcción. Frente a esto, en su decisión, la Delegatura olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. En esa medida, con ese simple hecho se rompe cualquier nexo de causalidad entre el actuar de mi representada el daño alegado.

Lo anterior, en otras palabras, significa que, como se ha dicho en numerosas oportunidades en el proceso y en este escrito, cronológicamente el hecho que habría generado el supuesto daño del Demandante —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio y, por ende, bajo las premisas antes explicadas, en ninguna circunstancia mi representada pudo haber causado el daño alegado.

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en su demanda y hechos, el plazo que disponía el Contrato de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de modificación mediante varios otrosíes; entre ellos, uno que las extendió al modificar el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 de diciembre de 2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por el Demandante—esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños. De la misma demanda se puede extraer esta conclusión, con lo que no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilgó a mi representada.

Con base en todo lo antes dicho, sorprende la manera en la que la Delegatura desconoció todos los argumentos que mi representada promovió dentro del proceso

para demostrar la inexistencia de la supuesta responsabilidad civil contractual, para acto seguido, tomar una decisión que en realidad termina traducándose en un enriquecimiento sin causa del Demandante. Reitero: existe un proceso liquidatorio en curso, en el que realmente se definirán los derechos que tienen los inversionistas del proyecto Marcas Mall —entre ellos, el Demandante— de cara a los activos que existen en el fideicomiso FA-2351. Como se dijo al momento de analizar el daño, los inversionistas pueden hacer valer sus acreencias en ese proceso y, solo de las resultas del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada.

IV. FALLO JUDICIAL DE REFERENCIA QUE ES RELEVANTE PARA QUE SE DECIDA EL CASO QUE NOS OCUPA

Con el ánimo de que este Tribunal cuente con todos los elementos de juicio suficientes para sopesar y detectar los yerros que cometió la Delegatura al emitir la sentencia de primera instancia —sobre todo, de cara a los razonamientos que se han venido planteando en este escrito—, a continuación, se traerá a colación la sentencia que emitió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso similar al que nos ocupa, en donde otro inversionista del proyecto Marcas Mall demandó a mi representada por hechos y pretensiones prácticamente idénticas. Este caso se constituye como un antecedente fundamental para el recurso de apelación que se está surtiendo en este proceso.

En síntesis, tanto en primera como en segunda instancia, en ese proceso se concluyó que (i) mi representada no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que (ii) lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por mi representada.

Al respecto, el juez de primera instancia dijo lo siguiente:

“...no existe certeza del daño efectivamente causado a la sociedad...muy a pesar de la transferencia de los recursos a favor del promotor sin la estricta verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Otro Sí No. 1 y General Reglamentario, lo cierto es esa situación por si sola no da cuenta a una pérdida de los dineros depositados en la fiduciaria, pues la obra aunque se encuentre inconclusa no ha sido liquidada”.

En línea con lo anterior, en la sentencia de segunda instancia se afirmó que el perjuicio que había alegado la parte demandante era meramente hipotético y, por ello, no había lugar a una reparación o indemnización de perjuicios.

Así mismo, dentro de la sentencia de segunda instancia se hizo referencia al tema del deber de información, el cual fue alegado por la parte demandante como una maniobra dolosa para ocultar la información, referente a la transferencia de recursos al constructor de la obra.

El juzgador en este tema aclaró que, a partir del principio de buena fe establecido en la Constitución Política, *“le corresponde a la parte demandante demostrar en forma contundente la intención de causar daño, pues el dolo no se presume sino que debe probarse”*. Esta carga probatoria que estableció el Magistrado sustanciador en el caso citado no es nada diferente a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso:

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

El anterior artículo leído a las voces de la jurisprudencia citada, no dicen otra cosa diferente a que la carga de la prueba en estos procesos de naturaleza declarativa

corresponden a quien persigue la declaración, esto es, al Demandante, quien es la parte que también probar el actuar doloso de mi representada.

En este punto es imperante señalar que los medios probatorios para soportar ese dicho fueron insuficientes por no decir nulos. La actividad probatoria del proceso en comento estuvo en cabeza de mi representada y de la iniciativa oficiosa del despacho. Sin embargo, ninguna de las pruebas aportadas da luces de un actuar doloso que pudiera generar un daño potencial al inversionista.

Finalmente, la sentencia de segunda instancia que se emitió en dicho proceso es particularmente relevante en punto al valor que ella le dio a la denuncia penal que en su momento entabló acción. Lo dicho por el Tribunal Superior de Cali resulta bastante acertado para atajar la lectura general y abstracta con la que la Delegatura abordó esta cuestión para, a partir de ella, concluir una responsabilidad contractual de mi representada. En particular, conviene traer a colación lo siguiente:

“Al respecto debe señalarse, por un lado, que la mencionada prueba es solamente una denuncia penal que no da plena convicción de la pérdida de los dineros y, por otro, que no se incluyo en la misma el encargo fiduciario No. 0001100010232 perteneciente a INVERSIONES PSCS SAS como una de las cuentas objeto del supuesto ilícito, por lo cual no es factible aseverar que los dineros comprometidos sean los suyos, a lo que se agrega que desde un inicio las pretensiones de la demanda se encaminaron a la declaratoria del incumplimiento contractual por haber transferido ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA los depósitos al promotor sin la verificación de las condiciones dispuestas para ello, y no la entrega de los tales a otras obras o persona.

Es por lo anterior que se comparte la posición del sentenciador de primera instancia, en cuanto a que no existe daño actual sino meramente hipotético, pues la relación contractual aun se mantiene vigente y en espera de resultados, para lo cual se baso en el interrogatorio de la parte de la representante legal de la sociedad demandante”.

Así las cosas, en nuestro respetuoso criterio, la sentencia antes referenciada y los análisis que allí se hicieron deberían ser considerados por este Tribunal al momento de decidir el recurso de apelación que nos ocupa. Lo dicho en ese fallo pone en evidencia los terribles e insubsanables errores que cometió la Delegatura al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

V. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Finalmente, si bien todo lo dicho en este escrito debería llevar a que este Tribunal revoque la sentencia de primera instancia que emitió la Delegatura y, en consecuencia, se denieguen íntegramente las pretensiones de la Parte Demandante, enseguida se explicarán las razones por la que la Delegatura erró al denegar las pretensiones que Acción formuló en su llamamiento en garantía. Lo anterior, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de una eventual condena en el hipotético caso en el que este Tribunal decida reafirmar la sentencia de primera instancia y/o algún tipo de condena en favor de las Demandantes.

En términos muy sencillos, tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, la Delegatura decidió denegar las pretensiones del llamamiento en garantía porque, en su criterio, se configuró la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general —en el amparo de *responsabilidad civil profesional para instituciones financieras*— de la póliza de seguros No. 1000099 que mi representada adquirió y con base en la cual promovió el llamamiento:

*“EL **ASEGURADOR** NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMO DERIVADO DE, BASADO EN, O ATRIBUIBLE A:*

*(...) 3.7. CUALQUIER **RECLAMO** BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, **CRIMINAL**, DESHONESTA, FRAUDULENTE, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL **ASEGURADO** O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LA LEY POR PARTE DEL **ASEGURADO** SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL **ASEGURADO** HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS.” (Se subraya)*

Para la Delegatura, mi representada habría admitido —por conducto de su Representante Legal en el interrogatorio de parte que se le practicó— que los hechos que habrían generado el daño del Demandante tuvieron su origen en una conducta delictiva y criminal, con lo que se habría configurado el supuesto de exclusión del amparo contratado con el seguro:

“Para este caso, lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado

de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta. Luego, queda visto que ateniéndose la Delegatura al tenor del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido, situación que de paso sea decirlo, exime a la Delegatura del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el llamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso.”

Como se explicará en detalle a continuación, la conclusión a la que arribó la Delegatura resulta equivocada y, en consecuencia, ante una eventual decisión adversa de este Tribunal, la Llamada en Garantía debería asumir el pago de la condena respectiva en virtud de la póliza de seguros No. 1000099:

Contrario a lo que concluyó la Delegatura, las declaraciones que hizo la Representante Legal de mi representada no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general. Basta detenerse en el interrogatorio de parte para constatar que la Representante Legal simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos — sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una decisión judicial que así lo establezca—, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción.

Adicionalmente, la Delegatura pasó por alto que, en lo que respecta a la póliza de seguros No. 1000099, mi representada tiene la condición de consumidor financiero de la Llamada en Garantía, en los términos de la Ley 1328 de 2009 y el artículo 78 de la Constitución Política. No debe olvidarse que esa condición no se pierde por el hecho de que Acción sea una sociedad fiduciaria. Por consiguiente, al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura ha debido declararla nula o ineficaz⁹ por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

No es posible jurídicamente que un consumidor financiero, que no es abogado y que no cuenta con los elementos de juicio para establecer si una conducta es delictiva o criminal, pueda liberar de su obligación de cobertura a una compañía aseguradora a partir de un entendimiento y valoración subjetiva de su parte que incluso, puede llegar a ser equivocada. En otras palabras: la cláusula consignada en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, es abusiva e ineficaz porque, por su conducto, la compañía aseguradora le traslada al consumidor financiero una serie de cargas que no le corresponden y que solo buscan que ella pueda liberarse de la responsabilidad que le asiste a partir de un entendimiento que puede o no tener el asegurado, sin que él cuente con los elementos de juicio necesarios para hacerlo. Esto ha debido ser reconocido por la Delegatura con el mismo racero y rigor con el que decidió las pretensiones de los Demandantes.

Eventualmente, solo un abogado experto en materia penal podría realmente determinar si una conducta puede tipificarse como delictiva o criminal — aunque, incluso, una persona así podría también equivocarse—; por lo que mal haría un juez en darle validez a una cláusula que traslada dicha carga excesiva a un consumidor financiero que adquiere un seguro a partir de un contrato de cláusulas predispuestas. No debe olvidarse que, al momento de adquirir la póliza de seguros No. 1000099, Acción —como cualquier otro consumidor financiero— no contó con la posibilidad de modificar o negociar el texto que fue predispuesto por la compañía aseguradora, por lo que su texto siempre debe leerse y aplicarse en contra de la parte que lo predispone (artículo 1624 del Código Civil).

Finalmente, el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz conforme a lo previsto en el Literal C) del numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

“2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.” (Se subraya)

Tal y como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza —no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general—, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado.

Frente a este aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”¹⁰

En consecuencia, la exclusión del literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general ha debido omitirse por la Delegatura al momento de decidir las pretensiones del llamamiento en garantía que presentó mi representada, al transgredir una norma imperativa y, por lo tanto, ser por completo ineficaz.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Bogotá en sala civil, en otros procesos que se han tramitado de manera simultánea al presente:

1. Radicado: 110013199003201801254-01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Mejía Álvarez Sabogal S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

2. Radicado: 110013199003 2019 02252 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por María Asunción Tertre Gimeno en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

3. Radicado: 11001 3199 003 2018 01213 02
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

4. Radicado: 110013199003201801694 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por KBJ S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

5. Radicado: 110013199003201801590 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por FEMME INTERNATIONAL S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

6. Radicado: 110013199003201872845 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones Uropan y Cía. S. en C. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

SOLICITUDES

Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 2 de marzo de 2021 y notificada por estado el 3 de marzo de 2021.

En línea con lo anterior, respetuosamente solicito que se emita una nueva sentencia en la que se rechacen íntegramente las pretensiones que fueron formuladas por el Demandante en contra de mi representada.

De manera subsidiaria solicito que, en caso de que se reafirme la sentencia de primera instancia y/o se decida algún tipo de condena en favor del Demandante, se concedan las pretensiones que fueron formuladas por Acción en el llamamiento en garantía, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma su pago de forma integral.

De los señores Magistrados, cordialmente,



ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS

C.C. No. 1.020.733.114

T.P. 209.491 del C. S. de la J.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

Se decide el recurso de apelación que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. interpuso contra la sentencia de 21 de diciembre de 2020, proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia en el proceso que le promovió Mejía Álvarez Sabogal S.A.S.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. En ejercicio de la que llamó “acción de protección al consumidor financiero” y amparada en la ley 1480 de 2011, la sociedad demandante pidió ordenar la “devolución total de los recursos depositados”, esto es, la suma de \$148.050.000, debidamente indexada junto con los intereses correspondientes hasta que se verifique el pago, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de encargo fiduciario No. 0001100011098 que celebró con la fiduciaria demandada (pg. 19, derivado 00 del expediente digitalizado).

Como soporte de sus pretensiones, adujo que el 22 de diciembre de 2015 celebró con la demandada el contrato de encargo fiduciario individual No. 0001100011098, en virtud del cual la instruyó para que administrara los recursos destinados al proyecto inmobiliario denominado Marcas Mall en la ciudad de Cali y, una vez se cumplieran las condiciones pactadas -igualmente establecidas en el encargo fiduciario de “preventas promotor MR-799” (pg. 5, derivado 00 del expediente digitalizado)-, transfiriera dichos dineros a la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., como precio por la adquisición del local comercial No. ISLA I 3-4.

Agregó que cumplió con todas las obligaciones a su cargo, incluida la de entregar la suma de \$148.050.000, pero la fiduciaria no hizo lo propio con las que contrajo porque, de una parte, (a) omitió informar, en la fecha en que fue ajustado el encargo fiduciario, que “ya había suscrito el acta de verificación de cumplimiento de los requisitos y había transferido los recursos a la promotora” (pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), configurándose un incumplimiento de su deber legal de revelar la información sobre el manejo de recursos y el cumplimiento del punto de equilibrio, y de la otra, (b) aunque el 4 de noviembre de 2014 entregó el acta de verificación para la transferencia de los recursos a la promotora, bajo el entendido que se cumplían todas las condiciones pactadas, la demandada no verificó que se configuraban los requisitos, específicamente la transferencia al fideicomiso de la propiedad del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto (para esa fecha el dueño era Laboratorios Baxter S.A.S.), la celebración de encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (únicamente se constataron ventas por \$92.827.383.075, de un total esperado de \$253.031.332.726), y la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor (se conformó con una comunicación del Promotor que decía que no lo necesitaría).

Concluyó que, por esos incumplimientos, la demandada debe responder por los aportes e inversiones de los recursos que se le entregaron para su administración., dado que faltó a sus deberes de lealtad, buena fe, asesoría, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión y protección de los bienes fideicomitados.

2. Notificada del auto admisorio, la sociedad fiduciaria se opuso a las pretensiones y planteó como defensas (i) la “cláusula compromisoria”, (ii) que “acción sociedad fiduciaria no es contractualmente responsable”; (iii) “error en la identificación del contrato celebrado”, y (iv) “falta de legitimación en la causa por pasiva” (derivado 013 del expediente digitalizado).

Asimismo, llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (derivado 015 del expediente digitalizado), sociedad que, a su turno, formuló como excepciones de mérito contra la demanda la (i) “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”; (ii) “falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, y (iii) “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” (pgs. 1 a 20, derivado 028 del expediente digitalizado).

Frente al llamamiento que se le hizo, planteó como excepciones las que denominó (i) “ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”; (ii) “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquier de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”; (iii) “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”; (iv) “agotamiento del valor asegurado”; (v) “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional”, y (vi) “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.” (pgs. 20 a 27, ib.).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia desestimó las excepciones propuestas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a quien declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a la parte demandante. En consecuencia, la condenó a pagar la suma de \$171.738.000.

La aseguradora, por el contrario, fue absuelta por ausencia de cobertura al ser aplicable una de las exclusiones previstas en las condiciones generales del contrato de seguro.

Tras afirmar la legitimación de la sociedad demandada y advertir que no había “cláusula compromisoria”, consideró que las obligaciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria fueron incumplidas desde la etapa de preventas, inclusive, en tanto “debía proceder a realizar procedimientos de control interno (...) para [que], entre otros aspectos del proyecto, pudiera determinar, evaluar y verificar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no comprometiera la viabilidad del proyecto, que no se fuera a presentar desviación de los recursos recaudados y que se hubieren establecido en forma debida las condiciones técnicas y jurídicas para que el mismo llegara a término” (pg. 15, derivado 149 del expediente digitalizado), lo que no fue acreditado.

Igualmente se refirió a la falta de verificación de las condiciones relativas al punto de equilibrio, conforme a lo pactado en el encargo fiduciario MR-799 y su otrosí No. 3, porque para la época en que se transfirieron los recursos a la promotora “no había soportes de las condiciones enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera” del contrato (pg. 18, derivado 149 del expediente digitalizado).

Concluyó, entonces, que el “acta de cumplimiento de condiciones” contenía información falsa, y que “esa conducta obedeció a un actuar **fraudulento**” (pg. 19, derivado 149 del expediente digitalizado), por lo cual la fiduciaria

demandada no debió transferir los recursos aportados por los inversionistas, máxime si se reparaba en que suyo era el deber legal de comprobar las condiciones para la viabilidad del proyecto, conforme a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, así como proteger los bienes fideicomitidos, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

Tras afirmar la responsabilidad contractual de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., la Superintendencia consideró plausible ordenar, a modo de indemnización, que se devolvieran las sumas entregadas para la inversión.

Finalmente, halló acreditada la exclusión pactada en el contrato de seguro, referida a los actos tramposos admitidos por el asegurado, con soporte en que los “hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada-asegurada, por conducto de su representante legal, como **fraudulento** (sic)” (pg. 42, derivado 149 del expediente digitalizado).

EL RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad fiduciaria cuestionó que la Delegatura accedió a las pretensiones con fundamento en hechos que no fueron alegados en la demanda y “sobre los cuales **NO versó la actividad probatoria**” (pg. 3, archivo 08., cdno. Tribunal del expediente digitalizado), en tanto:

- a) Se trata de situaciones que no tienen relación con lo pretendido, haciéndose evidente la incongruencia del fallo impugnado.
- b) A partir de esos hechos, no relacionados con el objeto del proceso, dio por probada una supuesta falta de diligencia e incumplimiento de los deberes legales de la fiduciaria.
- c) “[L]a actividad probatoria oficiosa del despacho se circunscribió más a evidenciar fallas internas de la fiduciaria, es decir a un aspecto administrativo de la Superintendencia y no jurisdiccional” (ib.).

De otro lado, insistió en la falta de integración del litisconsorcio necesario por no vincularse a la promotora del proyecto, y consideró que la sentencia no valoró las pruebas en conjunto, ni aplicó los criterios de la sana crítica.

Alegó que no existe la obligación contractual aducida por la Delegatura que de lugar a responsabilidad de este linaje, por no configurarse sus elementos, y censuró la apreciación que se hizo del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago de la póliza.

CONSIDERACIONES

1. Cuatro temas discute la sociedad demandada y a ellos, por mandato del artículo 328 del CGP, se circunscribe la Sala: integración del contradictorio, congruencia, configuración de la responsabilidad civil contractual y llamamiento en garantía.

a. En lo tocante al litisconsorcio necesario, bastaría señalar que la recurrente pretende revivir una discusión que se clausuró en autos de 27 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, en los que se resolvió un recurso de reposición contra el auto admisorio y la excepción previa, respectivamente (pg. 10 del derivado 008 y derivado 023 del expediente digitalizado).

Pero sea lo que fuere, téngase en cuenta que dicha modalidad de litisconsorcio tiene dos fuentes: la ley y la relación sustancial: la primera no impone, en norma alguna, convocar a personas que hacen parte de otro contrato a una discusión que concierne a un negocio jurídico diferente, por más que exista coligamiento negocial; menos aún lo reclama la segunda, si se considera que sólo la demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. son parte en el encargo fiduciario al que se concretan las pretensiones de la demanda (No. 0001100011098), que no se puede confundir con la fiducia mercantil en la que Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. funde como “sociedad promotora” (archivo “2019-01-367640-000.AAA.AAA”, derivado 111 del expediente digitalizado).

b. En cuanto a la congruencia, la Sala destaca que, en rigor, la fiduciaria demandada no disputa la prueba de los hechos, sino la plataforma fáctica que tuvo en cuenta la Superintendencia Financiera para deducir su

responsabilidad contractual. Para la recurrente, la cuestión es que su juez no paró mientes en los linderos que le impone el artículo 281 del CGP, principalmente el relativo a la causa.

Pero en este punto tampoco le asiste razón porque, amén de la dispensa que en casos de consumo prevé el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el fallo, en todo caso, sí es consonante con los hechos alegados en la demanda, la cual, sin duda, perfiló el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que la sociedad demandante le atribuyó a la institución financiera respecto de los recursos que, como inversionista, le entregó con fines de administración. A manera de ejemplo se destacan los hechos 7º (“...Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada”; pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), 8º (“... no se cumplía con las condiciones contractuales”, entre ellas las relacionadas con la verificación de los requisitos del punto de equilibrio; pg. 9, ib.) y 9º (“El incumplimiento y responsabilidad legal y contractual de la Fiduciaria se ve reflejada en el despliegue de las siguientes conductas ...”; pg. 10, ib.), que el juez de primer grado halló probados, como se aprecia en los numerales 1º, 2º y 3º de su decisión (pgs. 15, 16 y 21 del derivado 149 del expediente digitalizado).

Luego la sentencia sí respetó las fronteras que disciplina el principio de congruencia, máxime si se considera el deber que tienen los jueces de interpretar la demanda (CGP, art. 42, num. 5).

c. En lo que respecta a la responsabilidad civil contractual por ausencia de culpa e inexistencia de un daño “real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable” (pg. 11, archivo 08, cdno. Tribunal del expediente digitalizado), son útiles las siguiente reflexiones:

No se disputa que la sociedad demandante se vinculó con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. mediante el encargo fiduciario No.

0001100011098¹, que es un contrato inconfundible con la fiducia mercantil propiamente dicha, entre otras razones porque no hay transferencia de la propiedad ni formación de un patrimonio autónomo, aunque, por remisión que hace el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 146, num. 1º), algunas de las disposiciones del Código de Comercio relativas a este último negocio jurídico son aplicables a aquel², como el deber de “[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (num. 1º, art. 1234, ib.).

Sobre la diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado:

“Ahora, previendo el artículo 29, numeral 1º, literales a) y b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria no sólo pueden, en desarrollo de su objeto social, tener la ‘calidad de fiduciarios en los términos del artículo 1226 del Código de Comercio’, sino también celebrar ‘encargos fiduciarios’, esto pone de presente que no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia.

De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a

¹ Pg. 50 del derivado 00 del expediente digitalizado.

² También la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, Parte II, Título II, Capítulo I, 1.1.puntualiza que, “Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el art. 1226 y siguientes del C.Cio. Si no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1 del art. 146 del EOSF.”

favor del fiduciario para la formación de un 'patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo'.³ (Se resalta)

El encargo fiduciario que las partes celebraron tenía como objeto la administración de los recursos entregados a la fiduciaria por el inversionista para ser transferidos al promotor, una vez se acreditara y verificara el cumplimiento de, entre otros, los siguientes requisitos: “3) Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso. 4) Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de pre venta inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto, si es del caso. 6) Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.” (pg. 51, derivado 00 del expediente digitalizado).

En este punto cabe resaltar que, si bien el numeral 3º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prohibió que los encargos fiduciarios tengan por objeto la asunción de obligaciones de resultado y que las partes expresamente pactaron que “las obligaciones que asume la fiduciaria son de medio y no de resultado” y se limitan a “sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos” (cláusula 9ª, pg. 53, derivado 00 del expediente digitalizado), no lo es menos que a tales previsiones no se opone la existencia de puntuales deberes que la fiduciaria tiene que cumplir, como la de “colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor” (se subraya; num. 2º, cláusula 8ª, ib.), obligación que -en modo alguno- dependía de una gestión simplemente diligente y mucho menos del

³ Cas. Civ. Sentencia de 21 de noviembre de 2005. Exp. 11001310302019920313201.

azar, sino que, por el contrario, le imponía a la hoy demandada la tarea de verificar las exigencias en cuestión para poder ejecutar esa conducta.

Precisamente sobre la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, **en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.**

En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. **Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario.**⁴ (Se resalta)

⁴ Cas. Civ. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Rad. 20001-3103-005-2005-00025-01.

Por eso la doctrina ha puntualizado, sobre la naturaleza de las obligaciones asumidas por el fiduciario, que:

“Decir que el fiduciario asume únicamente obligaciones de medio y no de resultado, implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados (en la fiducia de administración, por ejemplo, las obligaciones que asume por lo general el fiduciario son de resultado). Además, a pesar de la aserción legal, existen dentro del elenco de obligaciones indelegables que enumera el legislador algunas de resultado como la rendición de cuentas periódicas de su gestión a los constituyentes; la obligación de llevar cuentas separadas de cada negocio o encargo fiduciario; la obligación de transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda conforme al contrato.”⁵

Desde esta perspectiva, si en la demanda se alegó que “(...) Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada” (pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), puesto que, entre otros aspectos, pasó por alto que “(...) no se cumplía con las condiciones contractuales”, entre ellas las relacionadas con la verificación de los requisitos del punto de equilibrio (pg. 9, ib.), y si fue probado que dicha entidad -para la época de transferencia de los recursos- no corroboró, cotejó o confrontó el cumplimiento de los requisitos pactados en el encargo fiduciario⁶, particularmente las establecidas en los numerales 3º y 6º, dado que en el expediente no obra la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto, ni se confirmó que los terrenos en los cuales se iba a desarrollar el proyecto habían sido adquiridos o aportados de manera definitiva al fideicomiso, con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones, es posible, entonces, afirmar la responsabilidad de la sociedad demandada, máxime si ya no se disputa, de

⁵ Ernesto Rengifo García. La fiducia mercantil y pública en Colombia, 2012, p. 158.

⁶ Condiciones acordadas en iguales términos en el otrosí No. 3 al contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall”. Archivo “2019-01-367640.000.AAE.pdf” del derivado 111 del expediente digitalizado.

una parte, que para la fecha del acta de verificación de las condiciones para la transferencia de recursos al promotor (4 de noviembre de 2014), aún no se había transferido la propiedad del inmueble al fideicomiso, como lo revela el certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula No. 370-695292 (fl. 61 del derivado 00 del expediente digitalizado), y de la otra, que tampoco se constató lo relativo al punto de equilibrio establecido por el fideicomitente o partícipe, lo que era responsabilidad del fiduciario (audiencia min. 2:20:53).

Obviamente que la fiduciaria demandada no fungió como constructora, ni interventora del proyecto, y es claro que tampoco participó en la determinación del punto de equilibrio. Esos aspectos no se discuten. Lo relevante aquí es que, según el encargo fiduciario, suya era la obligación de poner “a disposición del promotor los recursos recaudados..., **una vez se acredite y verifique el cumplimiento**” de ciertos requisitos (se resalta; cláusulas 1ª y 8ª; fls. 51 y 53, del derivado 00 del expediente digitalizado). Luego no es posible sostener que no hay nexo causal entre la conducta censurada y el resultado dañoso.

Pero, además, es necesario resaltar que las sociedades fiduciarias, en materia de encargos, tienen una serie de deberes legales, según lo previsto en la ley 1328 de 2009, entre ellos el de “suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.” (art. 3º, lit. c), art. 3º), como también lo precisa el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al señalar que “[l]as entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.” (num. 1º, art. 97). Por eso la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (Circular Externa 007 de 1996, subrogada por la Circular Externa 029 de 2014), amén de reiterar que en este tipo de operaciones las sociedades fiduciarias están compelidas a cumplir, entre otros, los deberes de información, asesoría, protección de los bienes

fideicomitidos, lealtad y buena fe, y de “diligencia, profesionalidad y especialidad”⁷, puntualiza que ellas igualmente están obligadas a “[r]ealizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto”⁸, así como a implementar procedimientos de control interno para verificar aspectos como:

- “- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones. (...)
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término (...)
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.”⁹

Y como en el proceso se probó que la fiduciaria omitió cumplir con su deber de informarle a la sociedad demandante, al momento de celebrar el encargo fiduciario, que los recursos depositados para esa fecha por los demás inversionistas ya se habían transferido a la promotora, lo que implicó, de paso, que la demandante desconociera los riesgos asociados a tal hecho, surge incontestable que, también por esta otra razón, debía deducirse la responsabilidad de la demandada.

No se olvide que la responsabilidad contractual aflora por la infracción de un negocio jurídico válido (hecho ilícito), de cuyas obligaciones se aparta voluntariamente el contratante imputado (culpa), quien al proceder de ese modo le genera una lesión al patrimonio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (daño), requisitos que, por lo señalado, se cumplieron en este caso sobre la base, claro está, de que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” (C. de Co., art. 1243), y

⁷ Numerales 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2, 2.2.1.2.3., 2.2.1.2.4 y 2.2.1.2.5 del capítulo I, Título II de la Parte II.

⁸ Numeral 5.2., Capítulo I, Título V.

⁹ Ib.

que el detrimento se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados, que no debieron ser puestos a órdenes del promotor. Al fin y al cabo, se recuerda, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que resulta inadmisibles alegar que no hubo daño en la medida en que el inversionista, eventualmente, puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo, en el que resultó involucrado, precisamente, por cuenta de la conducta culposa de la fiduciaria. Si los dineros están donde no debían estar, la parte que provocó esa distorsión no puede evadir su responsabilidad pretextando ausencia de daño, remitiendo a su víctima a un concurso de pérdidas.

d. Finalmente, frente a la protesta relativa al negocio asegurativo, es pacífico que Acción Sociedad Fiduciaria celebró un contrato de seguro con SBS Seguros Colombia S.A., que dio lugar a la póliza No. 1000099, en virtud del cual quedaron amparados los “actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, empleados no identificados, temporales y de firmas”; las pérdidas “fuera de los predios (tránsito)”, “por billetes falsificados” y por “falsificación de títulos-valores”; por “crimen por computador”; por “conmoción civil y daño malicioso”; por “extorsión”; por “extensión de terremoto para valores”; “cobertura para miembros de junta directiva”; por “extensión de falsificación”; “honorarios de abogados” y “responsabilidad civil profesional financiera” (pg. 73, derivado 028 del expediente digitalizado). Y tampoco se cuestiona la vigencia de dicha protección, entre el 30 de septiembre de 2017 y el mismo día y mes de 2018 (pg. 73, ib.).

La controversia se focaliza en la exclusión pactada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza, que prevé como tal “cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (...) (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas” (pg. 115, derivado 028 del expediente digitalizado).

Sin embargo, con independencia de su configuración, el tema resulta superfluo si se repara en que esa estipulación es ineficaz, pues contraviene

lo dispuesto en los artículos 44 de la ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establecen como requisito de las pólizas que **“los amparos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”**.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que tales disposiciones “son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”¹⁰

Incluso, aunque se aceptara la postura según la cual es suficiente que las exclusiones comiencen en la primera página, pudiéndose completar en la siguiente, en este caso tales exclusiones principian en la página 5ª de las condiciones generales, por lo que no hay modo de otorgarles eficacia. Cualquiera otra postura constituye una abierta rebeldía contra el legislador, siendo claro que las normas jurídicas no se pueden entender o expresar a gusto del intérprete.

Luego erró la Superintendencia Financiera al descartar las súplicas del llamamiento en garantía, al amparo de una defensa que no podía prosperar, como la relativa a la configuración de alguna exclusión.

Las restantes excepciones que la aseguradora planteó tampoco pueden prosperar, por las siguientes razones:

(i). La de “Ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”, soportada en que se ampararon “los actos profesionales incorrectos” (pg. 22, derivado 028 del

¹⁰ Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017.

expediente digitalizado), sin que pueda endilgarse responsabilidad a la demandada por los hechos que fundamentan la demanda, amén de que no se evidencia un daño causado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., ni incumplimiento de sus deberes contractuales y legales, basta remitirse a los argumentos expresados en los párrafos anteriores, pues quedó claro que la fiduciaria sí desatendió sus obligaciones y le ocasionó un perjuicio a la hoy demandante.

(ii). La de “Improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, sustentada en los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio y en la sección 3ª de la póliza No. 1000099, cuyo límite asegurado es de \$15.000.000.000 en el agregado anual, es suficiente señalar que no se demostró la afectación -en esa sección, por responsabilidad civil profesional- de la póliza con el pago de siniestros en cuantía que supere dicho tope (Cfme: declaración de Nicolás Lozano; derivado 064).

Por similar razón fracasa la de “Agotamiento del valor asegurado”, pues la aseguradora, correspondiéndole la carga de probar (CGP, art. 167), no dio cuenta de esa consunción.

Finalmente, el alegato relativo a la “Aplicación del deducible a cargo del asegurado”, fincada en el artículo 1103 del Código de Comercio y en el numeral 4.14. de la póliza, en concordancia con el agregado anual de las condiciones especiales de la póliza (sección III), no se trata propiamente de una excepción puesto que no impide el reconocimiento del derecho al que se refieren las pretensiones. Por supuesto que debe repararse en él, pero eso es cosa distinta; y verificada la documentación, la Sala observa que, en efecto, la suma asegurada es de \$15.000.000.000, con un “deducible todo y cada reclamo” por \$150.000.000 (pg. 74, derivado 028 del expediente digitalizado), razón por la cual la aseguradora sólo debe indemnizar -o reembolsar- la suma de \$21.738.000, junto con los intereses moratorios comerciales causados sobre ese valor, si no se paga dentro del plazo otorgado en la sentencia impugnada. Los \$150.000.000 restantes serán

cubiertos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los réditos de ese linaje que se causen.

Tampoco es excepción reclamar que la sentencia se sujete “a los términos, límites y condiciones”, como en efecto se ha hecho.

2. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia en cuanto declaró responsable a la fiduciaria y le impuso ciertas condenas, pero se revocará la negativa frente al llamamiento en garantía.

DECISIÓN

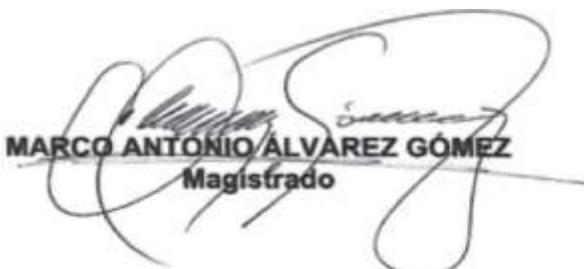
Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º de la sentencia de 21 de diciembre de 2020, proferida por la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro de este proceso, y **revoca** el numeral 5º para, en su lugar, disponer:

QUINTO. Desestimar todas las excepciones propuestas por sociedad llamada en garantía, frente a la demanda y la convocatoria que se le hizo,

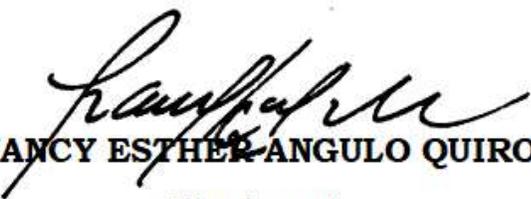
En consecuencia, se condena a SBS Seguros Colombia S.A. a pagar directamente a la demandante, o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hiciera el pago total de la condena que se le impuso, la suma de \$21.738.000,00, dentro del plazo fijado en la sentencia apelada, De no hacerlo, reconocerá intereses comerciales de mora sobre ese valor.

Condenar en costas del recurso a la parte apelante.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado


NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
Magistrada


RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado

Con salvedad parcial de voto

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE
DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d97a93acf4f52045faf09235390a192a6bcde68df088765bc2096c7091bbeab6

Documento generado en 06/04/2021 08:57:56 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013199003 2019 02252 01
Procedencia: Superintendencia Financiera de Colombia –
Delegatura para Funciones Jurisdiccionales
Demandante: María Asunción Tertre Gimeno
Demandado: Asociación Sociedad Fiduciaria S.A.
Proceso: Verbal
Recurso: Apelación Sentencia

Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 2 y 9 de julio de 2021.
Actas 27 y 28.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendarada 9 de febrero de 2021 proferida por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA – DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES** dentro del proceso **VERBAL** promovido por **MARÍA ASUNCIÓN TERTRE GIMENO** contra **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

3. ANTECEDENTES.

3.1. La Demanda.

María Asunción Tertre Gimeno, a través de apoderada judicial, formuló demanda contra la Asociación Sociedad Fiduciaria S.A., para que previos los trámites pertinentes se hagan los siguientes pronunciamientos:

3.1.1. Declarar que por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, la convocada está obligada a efectuar la devolución total de los recursos depositados que ascienden a \$432.249.999,00, más la respectiva indexación de dicho monto y los intereses legales, liquidados desde la fecha en que fueron entregados hasta cuando se verifique su pago.

3.1.2. Condenarla a pagar las costas del proceso¹.

3.2. Los Hechos.

Para soportar dichos pedimentos invocó los supuestos fácticos que, en síntesis, se compendian:

Con el propósito de desarrollar el proyecto Centro Comercial Marcas Mall Cali, el 17 de diciembre de 2013, Urbo Colombia S.A.S., en condición de promotora celebró el contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall con Acción Sociedad Fiduciaria S.A., quien se comprometió a girarle los recursos una vez se cumplieran una serie de requisitos. Con posterioridad la primera compañía cedió su posición contractual a Promotora Marcas Mall Cali S.A.S.

¹ Folios 24 y 25 del PDF 2019101903-000-000.

Así mismo, el 24 de marzo de 2014, la promotora del aludido proyecto y la aquí demandada celebraron una convención de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali, respecto del predio donde se edificaría el centro comercial.

El 26 de marzo de 2015, la actora suscribió contrato de encargo fiduciario individual número 0001100011085 con Acción Fiduciaria S.A., con el fin que esta sociedad administrara y transfiriera los \$498.750.000,00 que debía depositar para adquirir el local BE-2 del mencionado centro comercial, apenas observara las condiciones para el traslado de dichos fondos.

La promotora cumplió todas las prestaciones pactadas en aquella convención y en el otro sí, entre ellas, entregó \$432.249.999, 00, suministró la información requerida, así como la firma de promesa de la compraventa, y el pago del excedente quedó supeditado al reinicio de las obras.

Empero, la encartada la indujo en error, pues cuando celebraron el negocio no la enteró que ya había trasladado dinero a la promotora, Urbo Colombia S.A.S., porque cuatro meses atrás se certificó que se habían acreditado las condiciones para ello, conforme lo respalda el acta de verificación de cumplimiento de requisitos de encargo fiduciario de preventas Promotor MR-799 Marcas Mall de 4 de noviembre de 2014, de la cual solo tuvo conocimiento en el año 2018.

Al no comunicarle, la encausada desatendió el deber de informarle el manejo de recursos y cumplimiento del punto de equilibrio, contemplado en el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; aunado, la adquisición del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria número 370-695292, donde se desarrollaría el proyecto solo se registró el 1° de diciembre de 2014 a favor del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, pese a que ello era requisito para

realizar la memorada acta de verificación y consecuente traspaso de capital.

Además, para el 4 de noviembre de 2014, tampoco había cumplido con la condición establecida en el contrato promotor y encargo fiduciario individual, relativa a haber celebrado acuerdos de esta naturaleza que equivalieran al 52% de las ventas estimadas del proyecto, las cuales ascendían a \$253.031.332.726, oo, como lo refrenda la respuesta emitida el 14 de noviembre de 2017 por la enjuiciada.

Tampoco contaba con la aprobación o preaprobación del crédito constructor, afirmando que era innecesario, cuando esto sólo lo comunicó la revisora fiscal de la compañía encausada el 14 de noviembre de 2014, es decir, diez días después de haber levantado el acta de cumplimiento. Agregado a ello, los encargos fiduciarios de los inversionistas no contaban con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa, como se concertó.

Por lo tanto, en el memorado documento de verificación de presupuestos se realizaron manifestaciones ajenas a la realidad, con lo cual la demandada quebrantó obligaciones contractuales, como lo prueban las órdenes de giro emitidas el 4 y 5 de noviembre de 2014 para el pago de parte del terreno, la declaración del representante legal de la firma convocada, la denuncia instaurada por ésta contra Álvaro José Salazar Romero por movimientos inusuales, que no corresponden al giro ordinario del negocio, antes que se corroboraran las exigencias a las que se ha venido haciendo alusión.

Con las conductas dolosas reseñadas, la enjuiciada incurrió en responsabilidad contractual, la cual da lugar al resarcimiento de perjuicios, según lo preceptuado en el artículo 1515 del Código Civil,

por omitir informarle la existencia del acta de verificación del 4 de noviembre de 2014, consagrar datos falsos en el contrato de adhesión de encargo fiduciario individual respecto de este tópico, recibir sus aportes con posterioridad a la elaboración de aquel documento, de los cuales se desconoce su administración y destino, *“...toda vez que Fiduciaria incumplió con la obligación de liquidar el contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor como lo exige la ley, al efectuarse la transferencia por “VERIFICACIÓN” de cumplimiento de requisitos para la transferencia de recursos del Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL...”*, así como traspasar recursos sin el lleno de exigencias.

En el contrato de fiducia mercantil no se les otorgó a los inversionistas la calidad de beneficiarios del patrimonio autónomo conformado por el bien en que se levantará el centro comercial, del cual es vocera la accionada; por el contrario, en su cláusula primera se les denominó terceros compradores.

Al amparo de los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, la disposición primera del otrosí reglamentaria es una cláusula abusiva, y por ende ineficaz de pleno derecho, dado que allí se estipuló que las partes *“...transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario formado...”* el 26 de marzo de 2015 y sus posteriores otrosíes; lo cual implica una limitación de responsabilidad del productor o proveedor y una renuncia de los derechos que por ley le corresponden al consumidor.

La encausada debe responder por los aportes entregados para su administración, por las malas prácticas de diligencia, máxime que el dinero invertido no le fue reintegrado al no habersele entregado el inmueble por la inejecución del proyecto.

De acuerdo con lo regulado en el artículo de la Ley 1480 de 2011,

pesa un indicio grave frente a la empresa convocada, por no pronunciarse frente a la reclamación directa, enfocada a la devolución del capital entregado.

La compañía querrelada con sus actuaciones faltó a los deberes de buena fe, lealtad, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de bienes fideicomitido, asesoría y claridad sobre el alcance jurídico que tienen las decisiones, consagrados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; trasgredió los artículos 1234 y 1239 del Código de Comercio; desconoció los derechos disciplinados en los preceptos 1235 y 1236 *ibídem*, por lo que debe responder hasta por culpa leve, acorde con lo dispuesto en el artículo 1243 del Código de Comercio; y violó la prohibición de intervenir directamente en el encargo fiduciario².

3.3. Trámite Procesal.

El Despacho de Conocimiento, mediante proveído calendado 9 de agosto de 2019, admitió el libelo y ordenó su traslado al extremo pasivo³.

Notificada la compañía convocada, mediante apoderado judicial, interpuso recurso de reposición contra el auto, el cual fue despachado desfavorablemente⁴. También, se pronunció frente a los hechos, con oposición a las pretensiones y planteó los enervantes denominados “...**TRANSACCIÓN...**”, “...**CLÁUSULA COMPROMISORIA...**”, “...**ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE...**”, “...**ERROR EN LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO...**”, “...**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA...**” y la

² Folios 1 al 24 *ibídem*.

³ PDF 002.

⁴ PDF 11.

“...**GENÉRICA**...”. Adicionalmente, objeto el juramento estimatorio⁵.

Además, llamó en garantía a AIG Seguros Colombia S.A., ahora SBS Seguros Colombia S.A.⁶. Admitida tal citación⁷, y enterada de ello, la aludida firma replicó tanto el libelo genitor como el escrito de llamamiento, se resistió a las peticiones de las dos misivas. Respecto de la primera propuso las defensas tituladas “...**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CABEZA DE LA DEMANDADA ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. POR NO ACREDITARSE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PARTE DE LA DEMANDANTE...**”, “...**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – ACCIÓN FIDUCIARIA NO ESTÁ LLAMADA A RESPONDER POR EL ACTUAR DE MARCAS MALL S.A.S...**”, “...**PROCEDENCIA DE LA SENTENCIA ANTICIPADA, EN CUANTO SE CONCRETEN LOS SUPUESTOS QUE DAN LUGAR A SU CONFIGURACIÓN...**” y la “...**GENÉRICA**...”.

Y frente al segundo planteó las exceptivas rotuladas “...**AUSENCIA DE COBERTURA – INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA...**”, “...**AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD DE LA PÓLIZA No. 1000099 CON -SIC- DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2017 A 30 DE SEPTIEMBRE DE 2018 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. EN CUANTO SEA APLICABLE CUALQUIERA DE LAS EXCLUSIONES DISPUESTAS EN LAS CONDICIONES DEL SEGURO, EN ESPECIAL LAS EXCLUSIONES CONSIGNADAS EN LOS NUMERALES 3.7. Y 3.14 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO...**”, “...**IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE CUALQUIER SUMA QUE RESULTE SUPERIOR AL LÍMITE ASEGURADO DE**

⁵ PDF Contestación de la demanda María Asunción Terte contra Acción Fiduciaria – Rad. Interno 20191..., ubicado en el archivo CONTESTACION DE LA DEMANDA RAD INTERNO 2019101903_EXP-2019_2252, a su vez en carpeta 012.

⁶ PDF Llamamiento en garantía MARÍA ASUNCIÓN TERTRE contra ACCIÓN FIDUCIARIA.

⁷ PDF 016.

CADA UNA DE LAS SECCIONES DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. ...”, “...IMPROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN DE LOS LÍMITES ASEGURADOS BAJO LA PÓLIZA No. 1000099...”, “...APLICACIÓN DEL DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA No. 1000099...” y la “...GENÉRICA...”. De igual forma, objetó el juramento estimatorio⁸.

De las excepciones se corrió traslado al extremo actor⁹, quien se opuso a su prosperidad¹⁰. El 11 de septiembre de 2020, el Estrado tras tener por contestado el libelo y el llamamiento, convocó a la audiencia regulada en el artículo 372 del Código General del Proceso¹¹.

Evacuada dicha vista pública¹², y la regulada en el artículo 373 *ibídem*, en esta última se indicó que el sentido del pronunciamiento sería condenatorio, y se proferiría por escrito dentro del término legal señalado¹³.

Dictada la sentencia, declaró no probadas las excepciones propuestas por la encartada. En consecuencia, la declaró civil y contractualmente responsable por los perjuicios causados a su contendora, por lo que aquella deberá pagar a ésta \$521.595.486,42, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, vencido este período se causarán intereses de mora a la tasa establecida en el artículo 884 del Código de Comercio.

⁸ PDF Contestación -MARÍA ASUNCIÓN TERTRE vs ACC FID.LLADO SBSB, ubicado en el archivo 185 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO, a su vez en carpeta 022.

⁹ PDF 013 y 024.

¹⁰ PDF DESCORRE CONTESTACIÓN ACCIÓN-MARIA ASUNCIÓN, ubicado en archivo DESCORRE CONTESTACIÓN MARIA ASUNCIÓN TERTLE G., ubicado a su vez en carpeta 014 y PDF DESCORRE CONTESTACIÓN ACCIÓN-MARIA ASUNCIÓN, ubicado en archivo DESCORRE TRASLADO CONTESTACIÓN SBS MARÍA ASUNCIÓN TERTRE, a su vez en carpeta 025.

¹¹ PDF 031.

¹² Carpeta 045.

¹³ Carpera 52.

Además, declaró probados los medios de defensa de la llamada en garantía, denominados “...AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. EN CUANTO SEA APLICABLE CUALQUIERA DE LAS EXCLUSIONES DISPUESTAS EN LAS CONDICIONES DEL SEGURO, EN ESPECIAL LAS EXCLUSIONES CONSIGNADAS LOS NUMERALES 3.7. Y 3.14 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO...” y “...SUJECCIÓN A LOS TÉRMINOS, LÍMITES Y CONDICIONES PREVISTOS EN LA SECCIÓN III DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A...”, no condenó en costas y advirtió que de no acreditar la encausada que satisfizo el monto impuesto, se adelantaría el trámite sancionatorio previsto en el numeral 11° del artículo 57 de la Ley 11480 de 2011¹⁴.

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Funcionario, de entrada, acotó que en cuanto a la cláusula compromisoria no tiene acogida, porque al margen que en el contrato de fiducia MR-799 del Proyecto Marca Mall en el que se pactó, resulte extensivo, aplicable a la actora, la memorada defensa no se propuso como previa sino como de mérito, por lo que es inviable entender por analogía que se formuló de otra manera, así que es dable tenerla por renunciada.

Explicó las facultades *ultra* y *extrapetita* que imperan en la resolución de los asuntos de protección al consumidor; la fiducia inmobiliaria; los encargos fiduciarios; las etapas preliminares, de desarrollo y liquidación de este negocio; así como que el encargo fiduciario y el de fiducia mercantil son coligados para efectos de un análisis integral de la relación entre el adquirente de una unidad inmobiliaria con la

¹⁴ PDF 054.

fiducia.

Por lo tanto, el adquirente de una unidad inmobiliaria, aunque es un tercero ajeno a la relación contractual, dada su condición de beneficiario del proyecto, conforme con lo dispuesto en las cláusulas 1ª numeral 6º del contrato de fiducia y 6ª del encargo fiduciario individual, le asiste interés para ejercer las acciones correspondientes al cumplimiento de la finalidad fiduciaria, así como la responsabilidad derivada de la infracción, al tenor del numeral 1º del artículo 1235 del Código de Comercio.

De ahí que la demandante si ostenta legitimación en la causa, máxime cuando el proceso se enfila a determinar si la sociedad fiduciaria como administradora del encargo y de la fiducia acató todas las obligaciones contractuales y legales que demanda su ejercicio profesional.

Luego, pasó a señalar que de ninguna manera puede decirse que la promotora no tiene derecho a promover esta acción, porque no sufragó todo el valor pactado en el convenio de encargo, en tanto la causa efectiva de la inejecución del proyecto radicó en el actuar exclusivo de la pasiva, pues su iliquidez llevó al traste el mismo.

Estimó, en gracia de discusión, que el valor que no se satisfizo por parte de aquella -\$65.391.668, oo- es ínfimo, según respalda la prueba de oficio arrimada, respecto al incumplimiento enrostrado. En todo caso, su impago está justificado por las omisiones de la convocada en la concreción del negocio inmobiliario fiduciario durante los años 2013 y 2014, el cual empezó a evidenciarse en el año 2017, después de la paralización de la obra acaecida durante los años 2015 y 2016.

Expuso que la actora como adquirente o inversionista debe tenerse

como consumidor financiero respecto de la sociedad encartada, a la luz de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 1328 de 2009, ya que a la primera le son atribuibles los derechos que se vinculan al encargo fiduciario, y la segunda como administradora debe responder para que los recursos aportados sean destinados en debida forma.

Aseguró que la cláusula de indemnidad insertada en el contrato de encargo fiduciario individual celebrado entre la fiduciaria y la promotora, relativa a que se exime a aquélla de cualquier responsabilidad derivada de un incumplimiento, por no tener la condición de constructora, es ineficaz, debido a que se incluyó en un contrato de adhesión, para la vinculación de todos los adquirentes del proyecto, como la aquí demandante, quien no tuvo la capacidad negocial para discutir y pactar libremente el alcance de dicha disposición.

Por ende, se enmarca en lo previsto en el literal a), artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, el cual prohíbe que en contratos de adhesión se prevean, impliquen o renuncien los derechos de los consumidores financieros.

Así mismo, tras esbozar que con sustento en que cualquier duda o interpretación debe darse de la forma más favorable al consumidor, recoge la postura adoptada por la Delegatura en decisiones similares, en las cuales declaró probada la excepción de transacción. Por el contrario, dispuso que es ineficaz el parágrafo 1° del clausulado 1° del otrosí suscrito en noviembre de 2016 entre las partes, en el cual se estipuló que sustituía el contrato de vinculación suscrito el 3 de marzo de 2015, la transacción y desistimiento de cualquier incumplimiento surgido de esta convención, además de las nuevas condiciones y términos del encargo fiduciario.

Ello, por cuanto la memorada disposición constituye igualmente una

cláusula abusiva, en tanto implica una renuncia de los derechos de los consumidores financieros y limita la responsabilidad de la entidad vigilada, de conformidad con los artículos 11 literal a) de la Ley 1128 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011. Con estribo en tales argumentos desestimó la referida defensa.

A continuación, relató las obligaciones contractuales y legales de la sociedad fiduciaria en el encargo y en el contrato de fiducia, así como la información que debe manejarse en el negocio de preventas, deber este que considera incumplió la pasiva.

Lo anterior, porque pese a que del clausulado que integra el contrato suscrito entre las partes se extrae que allí consignaron que el traslado de recursos no había acaecido, y que el plazo máximo para acreditar los requisitos exigidos era el 20 de mayo de 2015, prorrogable por un año más; lo cierto es que para el 26 de marzo de 2015, cuando se vinculó al encargo, según la encartada, ya estaban dadas dada las condiciones del punto de equilibrio, por lo que los dineros se estaban trasladando a la promotora desde hacía 4 meses, esto es, a partir del 4 de noviembre de 2014, y ya se había adquirido el lote en donde se desarrollaría el complejo inmobiliario, como lo respaldan los elementos de juicio adosados. No obstante, no enteró a la demandante de tales circunstancias.

Lo cual tampoco se advirtió en el otrosí suscrito en noviembre de 2016, como lo admitió en interrogatorio de parte la representante legal de la pasiva, sin que sea excusa el uso de contratos macro o masivos, pues nada impedía que en cláusula o documento adjunto se le explicara al consumidor financiero la información relevante para sus intereses.

Además, en el citado otrosí de advirtió que las condiciones para el punto de equilibrio, cuando en realidad no está probado que se

hubiera realizado crédito constructor, ni celebrado el 52% de promesas de compraventa y el mismo porcentaje de encargos fiduciarios individuales, tampoco que contaban con la aprobación del presupuesto de construcción, flujo de caja por parte del interventor del proyecto y del promotor; y, que los encargos fiduciarios de los inversionistas contaran con saldos equivalentes al 15% del valor de utilidades comprometidas en venta.

Aunado, la fiduciaria encartada no realizó los procedimientos de control interno exigidos para las entidades vigiladas por la superintendencia, entre ellos evaluar y verificar el punto de equilibrio, la viabilidad del proyecto, que no se presentara desviación de los recursos recaudados y que se cumplieran las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto se materializara. Por ende, la mencionada entidad no cumplió con las obligaciones impuestas por la normatividad del ejercicio profesional en el mercado financiero, ni con la diligencia que le correspondía.

Seguidamente, aseveró que las condiciones de transferencia establecidas en la cláusula tercera del contrato de encargo matriz MR-799, fueron modificadas a través de otrosíes de 21 de mayo y 15 de octubre de 2014, reduciéndolas e incluyéndole la salvedad “...si es del caso...”.

Sin embargo, pese a que el 4 de noviembre de 2014, Álvaro José Salazar y Adriana Aguilón certificaron que era innecesaria la aprobación del crédito constructor, si se requería ésta pues el proyecto no contaba con liquidez. Además, la transferencia del lote en donde se iba a levantar el proyecto, a favor del Fideicomiso FA-2352 Marcas Mall, solo se registró hasta el 1° de diciembre de 2014, aun cuando ello debió ocurrir desde el 4 de noviembre de ese año.

De acuerdo a los anteriores hechos dedujo que el acta de

cumplimiento tenía información falsa, debido a un actuar fraudulento, a lo que se suma que el certificado expedido por la revisora fiscal era de fecha posterior al señalado 4 de noviembre. Por consiguiente, la convocada también desatendió el deber de verificar el punto de equilibrio o satisfacción de las exigencias para la transferencia. Aunado, el terreno se pagó con dinero de los inversionistas, sin que se les hubiera enterado de ello, lo cual afectó el flujo de caja del proyecto.

Precisado lo anterior, indicó que el objeto del contrato de fiducia FA-2351 Marcas Mall consistía en la administración de los bienes fideicomitidos, para que una vez cumplidas las condiciones de inicio del proyecto, la fiduciaria transfiriera los recursos recaudados a través del Encargo Fiduciario MR-799 al fideicomitente para que este desarrollara el proyectos Marcas Mall; empero, los fines propios del contrato de fiducia inmobiliaria se desnaturalizaron al adentrarse en un ámbito de fiducia en garantía, mediante lo concertado en el otrosí de 24 de diciembre de 2014, incompatible con el contexto y naturaleza de aquel negocio, por cuanto era receptor de inversiones del público.

En este escenario, aseguró que el patrimonio autónomo garantizó obligaciones de personas externas que no estaban en los registros de la fiduciaria, se desviaron recursos del fideicomiso, transgrediendo así el numeral 6° del artículo 1234 del Código de comercio. Con lo cual la demandada desconoció la convención fiduciaria y la gestión encomendada.

Como a lo anterior se suma que del fideicomiso se giraron recursos que no tienen relación con el proyecto, -por ejemplo los trasladados a Inversiones 88 S.A.S., empresa cuya representante legal es Rosaba Romero, progenitora de Álvaro José Salazar-, como lo respalda el informe de auditoría interna Acción Fiduciaria; así mismo, de otros fideicomisos se giraron dineros a aquél sin ninguna razón, con lo que

también se contrarió el numeral 2° del precepto legal en comento, que impone “*mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios*”; situación que conllevó a interponer una denuncia penal.

Arguyó que debido a que las conductas reseñadas fueron ejecutadas por el representante legal de la oficina de Cali y sus dependientes, en desarrollo del negocio fiduciario Marcas Mall, se encuentra acreditada la responsabilidad de la encausada, por falta de control sobre aquéllos, según lo previsto en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, lo cual se hubiera podido mitigar con procedimientos de control interno.

Sumado a lo anterior, expuso que la entidad enjuiciada no realizó actos de emergencia para lograr la consecución del negocio fiduciario, ni desarrolló acciones tendientes a la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actuaciones de terceros, como lo manda el numeral 4° del artículo 1234 *ibídem*, dejando a los inversionistas en un estado de abandono, toda vez que el predio en donde se iba a construir el centro comercial se encuentra abandonado.

Con estribo en los argumentos precedentes, declaró no probadas las excepciones propuestas por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Conjuntamente, advirtió que, en virtud del proceder imprudente y descuidado de la accionada, pese a su condición profesional, debe responder hasta por culpa leve y con su propio capital, motivo por el cual debe reintegrar el monto invertido por la actora, esto es, \$433.358.332,00 con la indexación respectiva, ascendiendo entonces a \$521.595.486,42, cantidad que se reconoce a título de perjuicio, tras interpretar la demanda, sin que sea dable ordenar los intereses corrientes invocados, ya que son excluyentes con la aludida corrección. Empero, si disponer los réditos moratorios que se causen a partir del vencimiento del plazo otorgado para pagar, a la tasa

prevista en el artículo 884 del Estatuto Mercantil.

Añadió que la antecedente declaración no debe tomarse como fuente de un enriquecimiento sin justa causa o que la demandante puede obtener un doble pago, dado que no existe prueba de la existencia de dicho trámite y que la accionante se hubiere reconocido como interesada allí, en todo caso, no cuenta con un título que respalde su acreencia.

En cuanto al llamamiento en garantía afirmó que la compañía convocada es asegurada y beneficiaria de la póliza número 1000099, la cual cubre, entro otros amparos, el de responsabilidad civil profesional e infidelidad interna.

Sin embargo, como se encuentra excluido de cobertura en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales, el actuar fraudulento, admitido por la asegurada y refrendado por el acta de verificación de traslado de recursos del 4 de noviembre de 2014, en la cual se faltó a la verdad, como quedó visto, así como por la denuncia penal interpuesta por la pasiva, declaró probados los enervantes titulados *“...AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. EN CUANTO SEA APLICABLE CUALQUIERA DE LAS EXCLUSIONES DISPUESTAS EN LAS CONDICIONES DEL SEGURO, EN ESPECIAL LAS EXCLUSIONES CONSIGNADAS EN LOS NUMERALES 3.7. Y 3.14 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO...”* y *“...SUJECCIÓN A LOS TÉRMINOS, LÍMITES Y CONDICIONES PREVISTOS EN LA SECCIÓN III DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A...”*.

Por último, dispuso no condenar en costas. ¹⁵.

¹⁵ PDF 054.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES

5.1. El abogado que representa los intereses de Acción Sociedad Fiduciaria, como sustento de su solicitud revocatoria, expuso como reparos concretos que el Juzgador pese a sus facultades *ultra y extra petita* para fallar, accedió a las pretensiones con base en hechos que no fueron objeto de discusión, pues no fundó la decisión en el vínculo contractual y los negocios coligados sino en aspectos internos de la fiduciaria.

Añadió que no vinculó al proceso a la promotora del proyecto Urbanizar S.A., con el fin de integrar el litisconsorcio necesario, a sabiendas que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario.

También, reprochó que la Delegatura valorara las pruebas de manera individual, y no a la luz de la sana crítica, de forma sistemática como lo impone el artículo 176 del Código General del Proceso. Además, la apoderada de la parte demandante manipuló las respuestas espontáneas de María Asunción Tertre Gimeno, viciando la prueba.

Sumado a lo anterior, esgrimió que la transacción no debe considerarse una cláusula abusiva que genera un desequilibrio injustificado, puesto que ella significó concesiones recíprocas entre las partes, con la opción de negociar el clausulado, además que tiene efectos de cosa juzgada.

En adición, expresó que el Decreto 2649 de 1993 no establece de manera específica la necesidad de efectuar conciliaciones bancarias de los dineros depositados por terceros o clientes, sino los principios de la contabilidad, los cuales la encausada tiene la facultad de definir e implementar para garantizar la información financiera, en virtud de los cuales implementó una variada cantidad de procedimientos de control que posibilitan el registro de operaciones en forma clara,

completa y fidedigna.

Replicó que la persona jurídica no actuó contra los deberes legales y contractuales que le eran exigibles, con culpa, generando a la demandante un daño real, directo, efectivo y determinado. Aunado, acreditó que satisfizo los requisitos consignados en el acta de 4 de noviembre de 2014.

Finalmente, criticó que el llamamiento en garantía se resolvió con soporte en hechos que carecen de certeza, no estudió todos los instrumentos de convicción y juzgó de manera distinta los actos de la enjuiciada dependiendo de las consecuencias jurídicas que intentó aplicar¹⁶.

En la oportunidad legal para sustentar la alzada, ante esta instancia, tras relatar las relaciones negociales que motivaron el proceso, insistió en la incongruencia de la sentencia atacada, en tanto no se dirimió una responsabilidad propia de una acción de protección al consumidor financiero, sino adelantó una actuación administrativa sancionatoria frente a la firma citada a juicio, formulando un pliego de cargos, pues se limitó a establecer si ella había desatendido los deberes legales y contractuales, sin determinar si el daño era atribuible a otro sujeto jurídico – Promotoras Marcas Mall Cali y Urbanizar-.

Recriminó que el a-quo pese a que las sociedades antes mencionadas hacían parte del encargo fiduciario MR-799 y del Fideicomiso FA-2351, convenciones con sustento en las cuales se condenó a la encartada por tratarse de contratos coligados, hubiera desestimado la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta, con el propósito de no perder la competencia, dado que al tenor del artículo 24 del Código General del Proceso solo puede

¹⁶ PDF 05. Apelación 2018-2252 (MARIA ASUNCIÓN TERTRE).

conocer de proceso donde la demandada sea un entidad financiera.

Aseguró que los recursos de la accionante se transfirieron cuando el punto de equilibrio ya se había declarado, mientras que ella incumplió con el pago de \$66.501.000,00 pactado en el otrosí de fecha 16 de noviembre de 2015, generando, junto con el proceder de los demás inversionistas, una afectación de la cartera del proyecto, que desencadenó en la suspensión de su desarrollo.

Reprochó que se hubiera dirigido la demanda solo contra la sociedad convocada, aun cuando gran parte de las censuras de la demandante se relacionan con las obligaciones contractuales de Marcas Mall Cali y Urbanizar, en su calidad de promotoras del proyecto.

Además, el Juzgador de primer grado, no obstante las facultades *ultra* y *extra petita* no tuvo en cuenta los hechos alegados y probados, pues concluyó el incumplimiento contractual declarado con soporte en supuestos fácticos que jamás fueron alegados y nada tenían que ver con las pretensiones, particularmente, la falta de un adecuado sistema de control interno, cuando ello no fue objeto de discusión en el proceso, de tal suerte que la enjuiciada no contó con la oportunidad para discutirlo. Aspecto que, por el contrario de lo considerado en la sentencia se primera instancia, se encontró acreditado en la actuación administrativa sancionatorio que se le adelantó.

No se valoró el interrogatorio de parte de la impulsora de la contienda, su actitud evasiva, que ella admitió que la negociación la realizó con el promotor del proyecto y que no dio razón de los incumplimientos legales y contractuales endilgados, ni de la forma como se hicieron los aportes; además el proceder de su apoderada, quien le indicaba en algunas oportunidades las respuestas, con ocasión de lo cual, le compulsaron copias para una posible investigación disciplinaria.

También, disintió que a partir del informe de auditoría se extrajera información que no tiene relación con los hechos que edifican la demanda, como los certificados de garantía, así como que aseverara en la providencia que la firma demandada tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia de recursos, cuando dicha obligación solo se impuso en el numeral 5.2.3.2. con la Circular Externa 007 de marzo de 2017.

Por tanto, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no tenía la obligación legal de definir el punto de equilibrio. Así que, podía participar o no en ello, con el deber legal de comunicar a sus clientes si lo haría o no y cuáles eran las condiciones respectivas para el efecto.

Increpó que si la accionada no estaba obligada a definir el punto de equilibrio, y la impulsora de la contienda no fue parte en los contratos de encargo fiduciario MR-799 y de fiducia FA-2351, no era dable que se declararan ineficaces las cláusulas eximentes de responsabilidad contenidas en tales pactos. *“...Esa teoría de la delegatura no tiene ningún soporte y contradice la lógica del coligamiento con base en la cual terminó condenando a Acción...”*. Contrapuesto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dado plena validez a disposiciones que limitan la responsabilidad de negocios fiduciarios celebrados para desarrollar proyectos urbanísticos.

Fustigó que el sentenciador equiparara el deber de información con el de asesoría, sin reparar en que para que este estuviera en cabeza de la fiduciaria era necesario que se hubiera concertado en el convenio, acorde al numeral 2.2.1.2.2. capítulo I, título II de la parte II de la CBJ. Por ende, la pasiva si cumplió con las obligaciones legales y contractuales a su cargo.

Manifestó que no se configuran los elementos de la responsabilidad

civil extracontractual demandada, pues: se presenta ausencia de una conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales establecidas en el encargo fiduciario MR-799 y en el contrato de fiducia de administración FA-2351, ya que se respetaron los requisitos para la transferencia conforme acta de verificación de 4 de noviembre de 2014, por lo que se contaba con los recursos para iniciar el proyecto, y no se entiende por qué se afirmó que estos se destinaron para adquirir un lote.

Además, era dable modificar dichas condiciones de acreditación, se cumplió con el traspaso del inmueble antes que venciera el plazo para ello, así se hubiera consignado en aquel documento una fecha equivocada de dicho acto. A lo que se suma que la defensa del inmueble se ha realizado conforme a lo pactado; y, es al promotor del proyecto a quien le corresponde ejecutar las acciones preventivas y de protección de dicho bien, tópico que no fue objeto de debate en el proceso.

Aparte acotó que según la Superintendencia en el esquema de preventas no se debe cumplir con el deber de información; no obstante, las promotoras Urbanizar y Marcas Mall enviaron boletines a los inversionistas, en los cuales ponían de presente la necesidad de modificar el proyecto, y en el encargo individual su situación actual.

Recabó en que no existe un daño cierto, real, determinado para la reclamante, en la medida que se debe adelantar un proceso liquidatorio para determinar los activos que tiene y si es viable retornar el capital, por esta razón sería arriesgado condenar en esta acción a la convocada. Por lo demás, la frustración del proyecto es atribuible a la Promotora y no a ésta.

Clamó la inexistencia del nexo causal porque la encausada no era la encargada de cumplir los requisitos técnicos para el traslado del

dinero, sino Marcas Mall Cali, según lo concertado. Sumado a esto, el plazo para las condiciones del giro vencía 15 de diciembre de 2014, prorrogable por 6 meses más, de manera que así la adquisición del bien se hubiera inscrito con posterioridad al acta de verificación, se hizo dentro del término otorgado para el traslado de recursos.

Imploró que se tuviera en cuenta para dirimir la alzada el precedente emitido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el litigio con radicación 2018-00083, promovido por otro inversionista de Marcas Mall, en el que se absolvió a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. porque se determinó que no incumplió las obligaciones que le atañían, y de lo acontecido no se deriva un daño antijurídico, cierto y real que deba ser resarcido por ella, ni se probó el actuar doloso de la memorada empresa que pudiera causar daño, para lo cual desestimó la denuncia penal que ella entabló.

Por último, solicitó que en el hipotético caso que se confirme la sentencia, la llamada en garantía asuma el pago de la eventual condena, habida cuenta que aunque la representante legal de la demandada admitió que tuvo conocimiento de unos hechos presuntamente fraudulentos, no se ha emitido decisión judicial que así lo establezca, para que se excluya la indemnización aquí reclamada.

De cualquier forma, tal disposición es ineficaz, en los términos del artículo 78 de la Ley 1328 de 2009, por cuanto la compañía aseguradora busca liberarse de responsabilidad. Además, las exclusiones no fueron incluidas en la primera página de la póliza como lo impone el literal c) del numeral 2° del Estatuto Orgánico Financiero.

Con estribo en los precedentes argumentos solicitó la revocatoria de la providencia apelada, para denegar las pretensiones, o en su defecto que la compañía llamada en garantía asuma el pago de los

detrimentos reconocidos en forma integral¹⁷.

5.2. La profesional del derecho que agencia a la intimada replicó similares argumentos a los esbozados por la Delegatura para fundamentar la determinación de primer grado. Deprecó que se ratificara, debido a que no existe litisconsorcio necesario que integrar, la Superintendencia desató la instancia bajo la óptica del incumplimiento negocial aducido, el cual no se definió solo por el desacato del sistema de control interno, sino por la indebida administración de recursos, conclusión a la que se llegó luego de valorar las pruebas adosadas a la luz de la sana crítica., motivo por el cual se encuentran demostrados los presupuestos de la responsabilidad civil contractual invocada.

Añadió que no fueron alegadas como reparos la falta de legitimación en la causa por pasiva, el desconocimiento de lo dictaminado en la actuación administrativa por la propia superintendencia y el marco normativo aplicable al caso.

Finalmente, mencionó que las apelaciones que se han dirimido en esta sede, en casos similares han confirmado la sentencia que accede a las peticiones. Solicitó se actualice la condena a la fecha en que se emita esta sentencia¹⁸.

5.3. El mandatario de la llamada en garantía impetró la confirmación de la determinación impugnada, en especial, la denegatoria de las pretensiones respecto de su convocatoria, en razón a que los argumentos relativos a la validez de las exclusiones de la póliza son hechos nuevos que no se plantearon en los reparos concretos.

Adicionó que aun cuando no se declarara la ineficacia de la exclusión

¹⁷ 16.Sustentación del recurso de apelación MARIA ASUNCIÓN TERTRE.

¹⁸ PDF 18 DESCORRE MARIA ASUNCIÓN TERTRE.

del acto derivado de una conducta fraudulenta o delictiva, el resultado sería el mismo, pues el artículo 1055 del Código de Comercio, norma imperativa, consagra la inasegurabilidad de actos dolosos.

Sostuvo que la asegurada citada fue enterada de las exclusiones, razón por la cual no es dable declarar la ineficacia por no haberse consignado estas en la primera página de la póliza, pues puede estar a partir de esta, conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC4527 de 23 de noviembre de 2020¹⁹.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Se aprecia la concurrencia de los denominados presupuestos procesales. Además, examinado el trámite no se observa irregularidad capaz de invalidarlo, verificándose así las condiciones jurídico procesales que habilitan el proferimiento de una sentencia de mérito.

6.2. En acatamiento de lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 328 del Código General del Proceso, cumple señalar que los reparos frente al fallo de instancia gravitan, en síntesis, en la incongruencia de la sentencia, la integración del contradictorio, la valoración probatoria que concluyó la existencia de una responsabilidad civil contractual en cabeza de la firma intimada, la ineficacia de la estipulación de la transacción y el llamamiento en garantía.

6.3. En cuanto a la inconsonancia de la determinación, debe decirse que el numeral 9° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, en las acciones de protección al consumidor habilita “[a]l adoptar la decisión definitiva, [a]l Juez de conocimiento o la Superintendencia ... [a] resolver sobre las pretensiones de la forma que considere más justa

¹⁹ PDF21. DESCORRE TRASLADO APELACION MARIA ASUNCIÓN TERTRE vs ACCIÓN FIDUCIARIA VF.

para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”.

Lo anterior con el propósito de “...proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores...”, contemplado en el precepto 1° *ibídem*. Así que las disposiciones de la memorada normatividad por mandato de la regla 4° *ejúsdem* “...deben interpretarse en la forma más favorable al consumidor ...[y] en caso de duda se resolverá a favor de [él]...”.

Sin embargo, las potestades de resolver *extra* y *ultra petita* no son absolutas, pues jurisprudencialmente se han establecido como limitación, “...[e]n primer lugar, en el sentido que la decisión del fallador, por amplia y garantista que sea debe guardar relación con el hecho generador del daño planteado en la demanda y en términos generales con la causa *petendi*. Y en segundo lugar -estrechamente relacionado con lo anterior-, en cuanto le está vedado a la autoridad judicial sorprender a la parte demandada con hechos absolutamente nuevos frente a los que haya podido pronunciarse y ejercer los derechos de contradicción y defensa...”²⁰.

Bajo la óptica de las directrices precedentes, bien pronto se advierte el fracaso del disentimiento respecto a la disonancia de la sentencia, la cual, contrario a lo argüido, si es consonante con la *causa petendi*, dado que esta se edificó en que la convocada incumplió los deberes contractuales y legales, porque no le informó a la activante el manejo de recursos, así como el logro del punto de equilibrio; además, debido a que desacató los deberes de buena fe, lealtad, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de bienes fideicomitido, asesoría y claridad previstos en el Estatuto Orgánico del

²⁰ Corte Constitucional Sentencia T-004 de 2019.

Sistema Financiero; y conculcó los artículos 1234 a 1236, 1239 y 1243 del Código de Comercio²¹.

Siguiendo ese sendero el funcionario en la providencia de primer grado, acorde al material suasorio obrante en las diligencias, encontró que la compañía convocada es civil y contractualmente responsable de los detrimentos irrogados por la desatención de obligaciones legales y negociales que le atañían por no haber comunicado a la actora el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio, la destinación del capital de los inversionistas para adquirir el terreno donde se desarrollaría el proyectos Marcas Mall, y el estado de éste para el momento en que se celebró el encargo fiduciario individual; así mismo, por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no contar con un adecuado y oportuno sistema de control interno y no haber realizado ninguna acción para proteger el aludido bien²².

Ergo, el pronunciamiento de mérito sí respetó los límites que disciplinan el principio de congruencia, en la medida que resolvió el asunto acorde con los supuestos fácticos enunciados en el libelo, y si bien en él, el Juzgador ahondó en tópicos como la observancia de la contabilidad, de sistemas de control interno y el manejo de recursos depositados, los cuales no fueron enunciados de manera diáfana en el escrito introductorio, estos no van en desmedro de las prerrogativas a la defensa y debido proceso de la enjuiciada, en tanto se encuentran relacionados con la pretensión enfilada a la devolución del capital invertido, fundada en el incumplimiento del encargo fiduciario atribuido a la intimada; aspectos por demás conexos con los deberes gerenciales antes enunciados, contenidos en el Estatuto Orgánico del sistema Financiero y en el Estatuto Mercantil.

6.4. En lo atañadero al litisconsorcio necesario, conviene señalar que se da “[c] uando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos

²¹ Folios 1 al 24 *ibídem*.

²² PDF 054.

respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos...”.

En el *sub-júdice*, tal hipótesis normativa no se presenta, porque, ni por expresa voluntad en la convención, ni en la ley se impone que en un litigio en el cual se propenda la declaración de una responsabilidad civil contractual, deba vincularse a quien no es parte en este convenio, pero sí en otra convención coligada a él.

De otro lado, debido a que en el *sub-exámene*, la fuente de la desatención negocial, báculo de las aspiraciones demandatorias, no lo es el encargo fiduciario matriz, ni la fiducia mercantil, sino el encargo fiduciario individual. De forma tal que basta para desatar esta contienda, la comparecencia al juicio de quienes integran los extremos de la relación negocial en la última convención mencionada, que no son otros que los mismos que integran las partes de este proceso, sin que sea necesaria la concurrencia de la promotora del pacto matriz.

Bajo esos parámetros, se descarta entonces la existencia de un litisconsorcio necesario en el presente caso, en la medida que, itérese, dicha modalidad tiene dos fuentes: la ley y la relación sustancial, la primera no impone, se reitera, en precepto alguno citar a personas que hacen parte de otro contrato a un proceso en que se debate negocio jurídico diferente, por más que exista coligamiento negocial; menos aún lo reclama la segunda, si en cuenta se tiene que solo la demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. son parte en el encargo fiduciario báculo de las peticiones demandatorias, al cual no se puede confundir con la fiducia mercantil en la que la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. funge como sociedad promotora.

6.5. En punto a zanjar el reproche cimentado en la indebida valoración suasoria que condujo a concluir la responsabilidad contractual invocada, conviene memorar que el 26 de marzo de 2015, la gestora celebró contrato de encargo fiduciario individual número 0001100011085 con Sociedad Acción Fiduciaria S.A.²³, el cual aunque es diferente de la fiducia mercantil, -porque en aquél “...no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes...”²⁴-, se le aplican algunas reglas propias de la fiducia, por disposición del numeral 1° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre ellas, la contemplada en el numeral 1° del artículo 1234 del Código de Comercio, que dispone “[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia...”.

Deber obligacional que precisamente incumplió la enjuiciada, habida cuenta que le correspondía transferir a la promotora los recursos entregados por el inversionista, una vez se acreditara y verificara el cumplimiento -cláusula primera del encargo fiduciario individual-²⁵; empero, lo hizo sin que se demostraran algunos de los requisitos, particularmente, los atinentes a la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor para el desarrollo del proyecto, la celebración de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto y, certificado de libertad y tradición del lote en donde se desarrollara el proyecto, constando que la propiedad estaba en cabeza del fideicomiso administrado por la demandada, contemplados en el contrato de encargo individual suscrito entre las partes, y en su otrosí realizado en noviembre de 2016²⁶.

Los anteriores hechos los corrobora lo consignado en el acta de

²³ Folios 55 a 60 del del PDF 2019101903-000-000.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de noviembre de 2005, expediente 11001310302019920313201.

²⁵ Folio 56 del PDF 2019101903-000-000.

²⁶ Folios 55 a 60 y 62 a 70 del PDF 2019101903-000-000.

verificación de cumplimiento de requisitos para la transferencia de los recursos suscrita el 4 de noviembre de 2014, en la que se indicó que era innecesario “...*el crédito constructor ya que [según certificación de la revisora fiscal, del 4 de noviembre pasado, el centro comercial] será construid[o] totalmente con recursos generados por la venta de cada una de las unidades inmobiliarias...*”, la celebración de 91 encargos fiduciarios individuales por el valor de \$92.336.645.306, oo y la propiedad del predio registrado a favor del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall²⁷, cuando en realidad el certificado de libertad y tradición de ese terreno da cuenta que la aludida transferencia se registró sólo el 1° de diciembre de 2014²⁸; y, según certificación del 7 de octubre de ese año, para esa fecha sólo se había negociado el 66% de locales por \$135.554.705,26²⁹.

En ese escenario, se colige que la sociedad Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió de manera negligente sus obligaciones legales y contractuales, pues no confrontó la satisfacción de las exigencias pactadas en el encargo fiduciario para la transferencia a la promotora de los recursos de los inversionistas.

Pero como si lo anterior no fuera poco, la empresa intimada contravino el deber legal regulado en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, concerniente a “...*suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas...*”.

Así como la obligación de “...*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les*

²⁷Folios 80 a 83 del PDF 2019101903-000-000.

²⁸ Folio 86 del PDF 2019101903-000-000.

²⁹ Folio 104 del PDF 2019101903-000-000.

permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas...”, prevista en el numeral 1° del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Aunado, la enjuiciada con su proceder pasó por alto que el numeral 2.2.1.2 del capítulo I, título II, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera, impone a las sociedades fiduciarias el cumplimiento de los deberes de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalidad y especificidad, así como que el numeral 5.2. *ibídem* establece que también le concierne a esas entidades, en los contratos de fiducia inmobiliaria “...realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto...” e implementar procedimientos de control interno para confrontar: la adquisición de manera definitiva con el lleno de los requisitos de ley, de los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto; que el punto de equilibrio establecido por el fideicomitente no comprometa la viabilidad del proyecto; el cumplimiento de condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a feliz término; la solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, del constructor o promotor, con la magnitud del proyecto; y certeza de la obtención de créditos indispensables para la ejecución de la obra³⁰.

De ahí, que, a diferencia de lo esbozado por la impugnante, en acatamiento de tales mandados a la fiducia demandada, en desarrollo del contrato de encargo le correspondía acatar las normas contables para velar por la debida administración y transferencia de los recursos de la inversionista. Sin embargo, ni esta obligación, ni el deber de información se satisficieron por la entidad enjuiciada.

³⁰ Numeral 5.2., capítulo I del título V de la Circular Externa 029 de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera.

Las infracciones negociales antes reseñadas se consumaron, como se advierte de la simple lectura del contrato de encargo fiduciario individual, debido a que la firma convocada no le informó a la actora cuando celebró esa convención, que los recursos de los demás inversionistas ya se habían transferido a la promotora, en cambio se consignaron las exigencias que debían observarse para el traslado, como si el mismo no se hubiera consumado³¹; circunstancia que de contera impidió que la demandante se enterara de los riesgos que conllevaba tal situación.

Igualmente, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. contravino los compromisos legales y negociales, al haber transferido el capital de los inversionistas a personas diferentes a la promotora, como lo refrendan las documentales adosadas³², proceder que va en contravía del numeral 3° del artículo 1234 del Estatuto Mercantil, según el cual es deber indelegable de la fiducia “[i]nvertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo...”, así como de la cláusula primera del contrato de encargo individual signado por la activa, en la que se concertó que tales “...recursos ser[ían] transferidos al promotor...”³³.

Agregado a ello, ningún elemento de juicio revela que la firma intimada, hubiera actuado de la manera diligente como correspondía; y, en observancia del deber de protección de los bienes fideicometidos impuesto por el numeral 2.2.1.2.3 del capítulo I, título II, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 y del numeral 4° del artículo 1234 del Código de Comercio, ejecutara acciones tendientes a la defensa del inmueble adquirido.

Ergo, todas estas evidencias, valoradas a la luz de la sana crítica, permiten colegir que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. es responsable

³¹ Folios 55 a 60 del PDF 2019101903-000-000.

³² Folios 103 a 123 del PDF 2019101903-000-000.

³³ Folio 56 del PDF 2019101903-000-000.

por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y deberes legales que le atañían. Por lo tanto, ningún reproche merece la evaluación efectuada por el Juzgador, que lo conllevó a la conclusión antes enunciada.

En virtud de las consideraciones antecedentes, es inadmisibile que se arguya ausencia de culpa e inexistencia de un daño real, efectivo y determinado o determinable, habida cuenta que los instrumentos de convicción analizados respaldan que por el actuar negligente y descuidado de la firma enjuiciada en su actividad profesional, los recursos invertidos no llegaron al destinatario convenido -la promotora-, inviabilizando la consumación del proyecto -construcción del centro comercial-, situación que causó un detrimento patrimonial a la gestora, ya que con ocasión de ello no pudo adquirir el local negociado y perdió la inversión de capital efectuada.

Por demás, no sobra señalar que el hecho que la parte activante no hubiera sufragado el excedente del capital que se comprometió a invertir no varía en nada esta decisión, lo cual dicho sea de paso se encuentra justificado por el desacato advertido de los compromisos negociales que le concernían a la pasiva, quien no por ello se eximía de acatar las obligaciones que la ley y el contrato le imponen.

Tampoco cambia el destino de la responsabilidad declarada, la conducta que hubiere asumido la demandante al absolver interrogatorio de parte, o el proceder de su abogada, en tanto estos actos no tiene la virtualidad para derruir las pretensiones.

6.6. Ahora, aun cuando la fiduciaria demandada no fungió como constructora, ni interventora del proyecto, ello no la exonera de responsabilidad, por cuanto le correspondían los deberes de acreditar y verificar el cumplimiento de las exigencias necesarias para poner a disposición de la promotora los recursos recaudados, de informarle a

la demandante que los mismos ya se habían transferido, así como la obligación de comprobar que el predio donde se iba a levantar la construcción del inmueble estuviera en cabeza del fideicomiso y ejercer la defensa de esta propiedad, cargas que como quedó visto fueron desatendidas por la encausada.

En efecto, fue precisamente la omisión en cumplir esos compromisos legales y contractuales, que desencadenó el menoscabo en el patrimonio de la señora Tertre Gimeno, pues toda esa serie de desatenciones negociales imposibilitaron que el proyecto se consolidara y aquélla pudiera adquirir el local negociado, por este motivo no es dable aseverar que no hay nexo causal entre la conducta reprochada y el hecho dañoso. A corolario, tampoco esta inconformidad puede abrirse paso.

Y que no se diga que la inversionista -aquí demandante- de manera eventual puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo en el que resultó involucrada, a causa de la conducta culposa de la fiduciara, puesto que si el dinero se encuentra donde no debe estar, la parte que provocó esa desviación no puede esquivar su responsabilidad pretextando ausencia de daño, y enviando a su víctima a un concurso de pérdidas.

6.7. Acorde a los lineamientos precedentes, acreditada la responsabilidad contractual en cabeza de la sociedad convocada, conforme al pedimento de la demandante al descorrer el recurso, y al amparo de lo previsto en el inciso 2° del artículo 283 del Código General del Proceso, según el cual “*e] juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia...*”, esta Colegiatura actualizará el monto de la condena reconocida -valor de los aportes efectuados por la actora- hasta la fecha de esta providencia, aplicando la siguiente fórmula:

$$VP = VH \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

Donde,

VP = valor presente

VH = valor histórico

IPC INICIAL = IPC acumulado a la fecha en que se realizó el aporte

IPC FINAL = IPC acumulado para la época en que se emite esta sentencia

Fecha de pago	Valor	IPC vigente al momento del pago	IPC actual	Suma indexada
26/03/2015	\$49.875.000,00	84,45	108.84	64.279.396,09
26/04/2015	\$49.875.000,00	84,90	108.84	63.938.692,57
26/05/2015	\$49.875.000,00	85,12	108.84	63.773.437,50
26/06/2015	\$19.950.000,00	85,21	108.84	25.482.431,63
26/07/2015	\$19.950.000,00	85,37	108.84	25.434.672,60
26/08/2015	\$19.950.000,00	85,78	108.84	25.313.103,28
26/09/2015	\$19.950.000,00	86,39	108.84	25.134.367,40
26/10/2015	\$19.950.000,00	86,98	108.84	24.963.876,75
26/11/2015	\$19.950.000,00	87,51	108.84	24.812.684,26
26/12/2015	\$19.950.000,00	88,05	108.84	24.660.511,07
26/01/2016	\$19.950.000,00	89,19	108.84	24.345.307,76
26/02/2016	\$19.950.000,00	90,33	108.84	24.038.060,44
26/03/2016	\$19.950.000,00	91,18	108.84	23.813.972,36
26/04/2016	\$19.950.000,00	91,63	108.84	23.697.020,62
26/05/2016	\$19.950.000,00	92,10	108.84	23.576.091,20
26/06/2016	\$19.950.000,00	92,54	108.84	23.463.993,94
26/07/2016	\$19.950.000,00	93,02	108.84	23.342.915,50
30/12/2016	\$ 1.108.333,00	93,11	108.84	1.295.574,73
30/01/2017	\$ 1.108.333,00	94,07	108.84	1.282.353,18
28/02/2017	\$ 1.108.333,00	95,01	108.84	1.269.665,96

30/03/2017	\$ 1.108.333,00	95,46	108,84	1.263.680,74
				\$490.945.207,31

Empero, la cifra de condena actualizada en esta instancia resulta inferior a la cantidad liquidada por el Sentenciador de primer grado, la cual pasa a transcribirse³⁴:

Fecha de pago	Valor	IPC vigente al momento del pago	IPC actual	Suma indexada
26/03/2015	\$49.875.000,00	84,45	105,29	\$62.182.815,28
26/04/2015	\$49.875.000,00	84,90	105,29	\$61.853.224,38
26/05/2015	\$49.875.000,00	85,12	105,29	\$61.693.359,38
26/06/2015	\$19.950.000,00	85,21	105,29	\$24.651.279,19
26/07/2015	\$19.950.000,00	85,37	105,29	\$24.605.077,90
26/08/2015	\$19.950.000,00	85,78	105,29	\$24.487.473,77
26/09/2015	\$19.950.000,00	86,39	105,29	\$24.314.567,66
26/10/2015	\$19.950.000,00	86,98	105,29	\$24.149.637,85
26/11/2015	\$19.950.000,00	87,51	105,29	\$24.003.376,76
26/12/2015	\$19.950.000,00	88,05	105,29	\$23.856.166,95
26/01/2016	\$19.950.000,00	89,19	105,29	\$23.551.244,53
26/02/2016	\$19.950.000,00	90,33	105,29	\$23.254.018,60
26/03/2016	\$19.950.000,00	91,18	105,29	\$23.037.239,53
26/04/2016	\$19.950.000,00	91,63	105,29	\$22.294.102,37
26/05/2016	\$19.950.000,00	92,10	105,29	\$22.807.117,26
26/06/2016	\$19.950.000,00	92,54	105,29	\$22.698.676,25
26/07/2016	\$19.950.000,00	93,02	105,29	\$22.581.546,98
30/12/2016	\$ 1.108.333,00	93,11	105,29	\$ 1.253.317,38
30/01/2017	\$ 1.108.333,00	94,07	105,29	\$ 1.240.527,07
28/02/2017	\$ 1.108.333,00	95,01	105,29	\$ 1.228.253,67
30/03/2017	\$ 1.108.333,00	95,46	105,29	\$ 1.222.463,67
				\$521.595.486,42

³⁴ Folios 49 del PDF 054.

Tal diferencia obedece a que hubo una equivocación por parte del *a quo* al totalizar las cantidades indexadas, pues su suma en realidad asciende a **\$472.504.241,58** y no a **\$521.595.486,42**, como lo señaló.

Por consiguiente, advertido tal error por parte de esta Corporación, es del caso, a tono con lo contemplado en el numeral 9° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual faculta incluso a fallar *infra petita*, ajustar la cantidad de la condena, a la que realmente se obtiene tras actualizar y sumar los aportes realizados por la impulsora de la contienda, a la fecha en que se dicta esta providencia, lo cual equivale a **\$490.945.207,31**, valor que si bien es inferior al reconocido en primera instancia su modificación no va en desmedro de los intereses de la apelante única -Acción Sociedad Fiduciaria S.A.-. Por el contrario, dicho reajuste además de beneficiar a quienes deben solucionar tal cantidad, hace plausible una decisión más justa para las partes al reconocer lo que realmente corresponde, conforme lo impone el precepto legal en comento.

En virtud de lo anterior, se modificará el inciso 2° , numeral 2° del acápite resolutivo de la sentencia, para reconocer como condena la suma de **\$490.945.207,31**.

6.8. Referente a la inconformidad porque se declaró ineficaz la cláusula contentiva de una transacción entre las partes, no será objeto de análisis, en razón a que si bien fue manifestada en los reparos concretos no se sustentó en esta instancia, como lo manda el numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso.

No obstante, si en gracia de discusión se considerara que con lo expuesto ante el inferior respecto de aquel disentimiento se entiende sustentada la alzada, debe decirse sobre la disposición del párrafo primero de la cláusula primera del otrosí del encargo fiduciario

individual, celebrado entre las aquí partes, en la cual se estipuló que ellas “...transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes...”³⁵, que hizo bien el funcionario en considerarla ineficaz de pleno derecho al tenor de los artículos 11, literal a) de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011, porque implica una renuncia de los derechos de los consumidores financieros y limita la responsabilidad de la entidad vigilada.

Además, el aludido clausulado es una clara manifestación abusiva, ya que es una estipulación predispuesta o prediseñada de modo unilateral, sin espacio para su negociación individual, derivada de la posición dominante que tiene la fiduciaria en el convenio celebrado, que la coloca en una condición de preeminencia frente a la adherente, dado que desfavorece de forma desproporcionada su calidad contractual, en detrimento de la que ostenta la inversionista.

Memórese que respecto de las cláusulas abusivas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que son “...todas aquellas que aún negociada individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significado desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos..., [las cuales] no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y ‘en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho...”³⁶.

6.9. En lo relativo al disenso por la improsperidad del llamamiento en garantía, es punto pacífico que con ocasión del contrato de seguro celebrado por Acción Sociedad Fiduciaria con SBS Seguros Colombia S.A., ésta expidió la póliza número 100099, con vigencia

³⁵ Folios 63 y 64 del PDF 2019101903-000-000.

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 2011., expediente 110013103032200100847 01.

desde el 30 de septiembre de 2017 hasta el 30 de diciembre de 2018, la cual ampara: actos deshonestos y fraudulentos de trabajadores; empleados no identificados, temporales y de firmas, pérdidas fuera de los predios, por billetes falsificados de títulos valores; crimen por computador; motín, conmoción civil y daño malicioso; cobertura extorsión; extensión de terremoto para valores; cobertura para miembros de la junta directiva; extensión de falsificación; honorarios de abogados y responsabilidad civil profesional financiera³⁷.

La inconformidad se circunscribe a que el Superintendente encontró acreditada la exclusión estipulada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza, la cual prevé como tal *“CUALQUIER **RECLAMO** BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, **CRIMINAL**, DESHONESTA, FRAUDULENTA, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL ASEGURADO O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LEY POR PARTE DEL ASEGURADO SIEMPRE QUE: ... B) CUANDO EL ASEGURADO HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS...”*³⁸.

Sin embargo, para determinar si se configura esa exclusión, es necesario establecer previamente su eficacia, así tal aspecto no se hubiere alegado en oportunidad procesal pertinente, puesto que solo en la medida que dicha estipulación esté dotada de aptitud jurídica, es viable examinarla de fondo.

Precisado lo anterior, con prontitud se advierte que el aludido clausulado es ineficaz, porque contraviene lo regulado en los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema

³⁷ PDF CONDICIONES PARTICULARES PÓLIZA 1000099, ubicado en el archivo 185 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO, a su vez en carpeta 022.

³⁸ Folio 6 del PDF CONDICIONES GENERALES SECCION III POLIZA 1000099 ubicado en el archivo 185 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO, a su vez en carpeta 022.

Financiero, los cuales prevén como requisitos de las pólizas que *“...los amparos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza...”*.

Así lo ha precisado el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en pronunciamientos, en los que sostuvo:

*“...’los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra estipulación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades...”*³⁹.

*“(...) En consecuencia, las exclusiones que contravengan los requerimientos legales, como su redacción en caracteres destacados en la primera página de la póliza, se tendrán en todos los casos como no escritas, tal como lo ha afirmado esta Corte en STC del 25 de julio de 2013 (Rad. 01591-01) y STC514 del 29 de enero de 2015 (Rad. 201500036-00) (...)”*⁴⁰.

Inclusive, aun cuando se aceptara que la postura⁴¹ según la cual es suficiente que las exclusiones comiencen en la primera página y

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC 17390 de 2017.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC3552 de 1° de junio de 2020, expediente 11001-02-03-000-2020-01019-00. Magistrado Ponente doctor Luis Armando Tolosa Villabona.

⁴¹ La cual es plausible porque cercanamente la Corte Suprema de Justicia, lo dejó en entretener al afirmar *“...En ese mismo cargo segundo se duele el casacionista de que las exclusiones no estaban en caracteres destacados en la primera página de la póliza. Pero, puede observarse cómo a folios 148 a 152 del cuaderno principal, la póliza integral modular para vehículos de transporte público de pasajeros objeto de esta causa litigiosa tiene en caracteres destacados (en letras mayúsculas y en negritas) las coberturas y las exclusiones que ocupan cinco páginas. Así las cosas, el ataque es claramente fallido...”*

continúe en las siguientes dada la extensión de las mismas, no hay lugar a otorgarle eficacia a la memorada disposición, por cuanto las exclusiones empiezan en la página 5 de las condiciones generales del seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras⁴².

Luego, anduvo desafortunada la autoridad al descartar las súplicas del llamamiento en garantía con sustento en la prosperidad de la excepción denominada “...**AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. EN CUANTO SEA APLICABLE CUALQUIERA DE LAS EXCLUSIONES DISPUESTAS EN LAS CONDICIONES DEL SEGURO, EN ESPECIAL LAS EXCLUSIONES CONSIGNADAS EN EL -SIC- LOS NUMERALES 3.7. Y 3.14 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO...**”, la cual no podía prosperar por cuanto resulta ineficaz tal estipulación.

Tampoco salen avante las restantes defensas propuestas por la compañía aseguradora para contrarrestar el llamamiento, como pasa a explicarse.

Para desestimar la defensa rotulada “...**AUSENCIA DE COBERTURA – INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA...**”, fundamentada en que no puede atribuírsele responsabilidad a la encartada debido a que se evidencia un daño causado por ella, ni incumplimiento de los deberes contractuales o legal, basta remitirse a los argumentos expuestos con precedencia, en los cuales se determino que la fiduciaria si desatendió sus compromisos negociales y le generó un detrimento económico a la actora.

⁴² Folio 5 del PDF CONDICIONES GENERALES SECCION III POLIZA 1000099, ubicado en el archivo 185 CONTESTACIÓY N A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO, a su vez en carpeta 022.

No tiene asidero el enervante titulado “...**IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE CUALQUIER SUMA QUE RESULTE SUPERIOR AL LÍMITE ASEGURADO DE CADA UNA DE LAS SECCIONES DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. ...**”, soportado en los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio y en la sección 3ª de la póliza, cuyo límite asegurado es de \$15.000.000.000,00 en el agregado anual, en razón a que no se probó que se hubieran pagado siniestros que superen dicho monto, con ocasión de la afectación de la sección de responsabilidad civil profesional.

El alegato relativo a la “...**APLICACIÓN DEL DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA No. 1000099...**”, sustentado en el artículo 1103 del Código de Comercio, en numeral 4.14. de la póliza y en el agregado anual de la sección III de la póliza, en coherencia no constituye una excepción, toda vez que no impide el reconocimiento del derecho invocado.

Sin embargo, si debe tenerse en cuenta que la suma asegurada es de \$15.000.000.000,00, con un “...deducible todo y cada reclamo...” por \$150.000.000,00, según lo pactado en las condiciones particulares de la póliza⁴³. De manera que la aseguradora solo debe indemnizar o reembolsar el valor de \$340.495.207,31, junto con los intereses moratorios comerciales causados sobre ese valor, sino se paga dentro del plazo conferido en la sentencia apelada. La solución de los \$150.000.000,00 restantes para completar el monto de la condena le corresponde a Acción Sociedad Fiduciaria, junto con los réditos que de ese linaje se causen.

Igualmente, fracasa el medio de defensa “...**IMPROCEDENCIA DE LA**

⁴³ Folio 3 del PDF CONDICIONES PARTICULARES PÓLIZA 100099, ubicado en el archivo 185 CONTESTACIÓY N A LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO, a su vez en carpeta 022.

ACUMULACIÓN DE LOS LÍMITES ASEGURADOS BAJO LA PÓLIZA No. 1000099...”, en la medida que se afectó solo una de las secciones de la póliza.

Entonces, demostrado como está el contrato de seguro y el pacto suscrito entre los contratantes respecto del límite de la cobertura del siniestro, resulta procedente condenar a la mencionada aseguradora a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en su condición de asegurada del reseñado convenio, en el evento en que ella sufrague el monto total de la condena, o sino dicha compañía deberá cancelar directamente a la gestora del pleito, el valor en que fue protegido el mentado riesgo, previo descuento del porcentaje acordado como deducible, por así preverlo expresamente el memorado canon 64 *ibídem*.

6.10. En lo que tiene que ver con los cuestionamientos edificados en la falta de legitimación en la causa por pasiva; en que no era dable considerar ineficaces las cláusulas que exoneran de responsabilidad a la empresa enjuiciada contenidas en el contrato de encargo fiduciario MR-799 y de fiducia FA-2351, pese al coligamiento de contratos; en la determinación del incumplimiento de obligaciones legales a partir del informe de auditoría; en la aplicación del precedente emitido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el litigio con radicación 2018-00083, escapan del ámbito de la alzada, en la medida que acorde con lo previsto en los artículos 322 numeral 3º y 328 del Código General del Proceso, el sentenciador de segunda instancia “...deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante...” que fueron manifestados como reparos concretos y sustentados ante él.

De ahí que, concierta la Sala que tales aspectos no deben tener cabida, porque la aludida encartada no lo planteó en oportunidad

procesal como inconformidad frente al pronunciamiento de primer grado, circunstancia que le impide alegarlo en la sustentación. Si se admitiera su disertación, produciría el inmediato desconocimiento del principio de la preclusión que informa las actuaciones judiciales, especialmente las civiles y, de contera, terminaría sorprendiendo a la parte no impugnante con unos puntos de desencuentro respecto de los cuales no tuvo oportunidad de pronunciarse para rebatirlos, trasgrediendo de manera franca el debido proceso que hoy por hoy se erige de rango constitucional⁴⁴.

Dicho en otros términos, se trata de una situación novedosa que resulta sorpresiva en el extremo no apelante, quien, se insiste, no contó con la oportunidad de formular su derecho de réplica. Siendo ello así, la Colegiatura no ahondará sobre el particular.

6.11. De conformidad con lo discurrido, se confirmará la sentencia en cuanto declaró responsable a la fiduciaria, se modificará la condena impuesta con el fin de actualizarla a la cifra que realmente se debe pagar a la fecha de emisión de esta providencia, y se revocará la negativa frente al llamamiento en garantía, para en su lugar, aceptarlo y disponer que la aseguradora asuma el monto que le corresponde, sin condena en costas al apelante, dada la acogida parcial de sus desacuerdos.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, EN SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de

⁴⁴ Al respecto tiene dicho el ente Colegiado “...En repetidas ocasiones esta Corporación ha censurado la conducta de las partes cuando se evidencia un repentino cambio de postura o actitud frente al litigio, como quiera que tales giros desconocen la buena fe y lealtad que ha de presidir una contienda, a la vez que infringen el derecho de defensa, en la medida en que introducen elementos y argumentos ajenos a los extremos originales del pleito, frente a los cuales, por razones obvias, la contraparte no ha contado con una adecuada oportunidad para contradecirlos o cuestionarlos, (cfr. sentencias de 27 de marzo de 1998, exp. 4798, 4 de abril de 2001, exp. 5667, y 3 de mayo de 2005, exp. 04421-01, entre otras)”.

la ley,

RESUELVE:

7.1. MODIFICAR el inciso 2° del ordinal 2° de la parte resolutive de la sentencia proferida dentro del presente asunto el 9 de febrero de 2021 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia – Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, la cual quedará así:

*“...En consecuencia, **CONDENAR** a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a pagarle a la señora **MARÍA ASUNCIÓN TERTRE GIMENO**, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión **\$490.945.207,31**. Vencido este plazo se causarán intereses de mora a la tasa establecida en el artículo 884 del Código de Comercio”.*

7.2. REVOCAR los numerales 1° y 3° del acápite resolutive de la providencia antes señalada, para en su lugar, **DESESTIMAR** las excepciones propuestas por la llamada en garantía. En consecuencia, condenar a SBS Seguros Colombia S.A. a pagar directamente a la demandante, o a reembolsarle a Acción Fiduciaria S.A., si esta hiciera el pago total de la condena que se impuso, la suma de \$340.945.207,31, dentro del plazo fijado en la sentencia apelada. De no hacerlo, reconocerá intereses comerciales de mora sobre ese valor. El excedente para completar el monto de la condena reconocida en esta Sede, esto es, los \$150.000.000,00 restantes le corresponde asumirlos a Acción Sociedad Fiduciaria, junto con los réditos que de ese linaje se causen.

7.3. CONFIRMAR en lo demás.

7.4. DETERMINAR que no hay **CONDENA** en costas en esta instancia.

7.5. DEVOLVER el expediente a su Despacho de origen. Oficiese y déjese constancia.

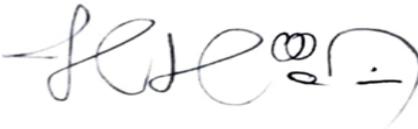
NOTIFÍQUESE,



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada



HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D.C., veintidós de julio de dos mil veintiuno
(aprobado en sala virtual de 26 de mayo del mismo año)

11001 3199 003 2018 01213 02

Se resuelve el recurso de apelación que formuló Acción Sociedad Fiduciaria S.A. contra la sentencia que, el 21 de enero de 2021 profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en el proceso verbal (acción de protección al consumidor financiero) que promueve **Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S.** frente a la apelante.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA SUBSANADA. Reclamó la parte actora que, por incumplimiento de algunas obligaciones legales y contractuales, se condene a su contraparte a “efectuar la devolución/restitución/reintegro total de los recursos depositados”, por la suma capital de \$1.609’975.718, “transferidos a la promotora sin la verificación de las condiciones pactadas para tal fin en el Encargo Fiduciario N° 0001100011066, debidamente indexados y con los respectivos intereses legales”.

Sostuvo la demandante que, como interesada en el proyecto “Centro Comercial Marcas Mall” en la ciudad de Cali, celebró con la opositora “el contrato de vinculación de Encargo Fiduciario N° 0001100011066 del 24 de octubre de 2014, con la finalidad de adquirir los locales comerciales N° 1037 y 1038” y que cumplió “con todas y cada una de las obligaciones estipuladas¹ en el contrato y sus correspondientes Otrosí”.

Añadió que “se realizaron modificaciones al Encargo Fiduciario Individual”, a través de “sendos Otrosí, en los cuales, mediante maniobras y engaños”, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. la indujo en error, pues “no informó

¹ La demandante sostuvo que entregó “la totalidad de los recursos a la fiduciaria” (\$1.609.975.718); que suministró la información requerida por la Fiduciaria y que suscribió con el promotor, el contrato de promesa de compraventa el 28 de noviembre de 2016, entre otros.

la modificación en las condiciones de transferencia (a la promotora Marcas Mall S.A.S.) del dinero depositado por la inversionista y guardó silencio respecto de la suscripción del acta de verificación de ‘cumplimiento’ de requisitos de fecha 4 de noviembre de 2014”.

Adicionó que el incumplimiento contractual de la demandada consistió en **(i)** no informar el cambio en las condiciones de transferencia del dinero a la promotora, violando de esta manera lo estipulado en el EOSF; **(ii)** no informar de la existencia del “acta de verificación de fecha 4 de noviembre de 2014, para la transferencia de los recursos e indiscriminadamente redactar información falsa en el Otro sí General Reglamentario –contrato de adhesión- acerca del supuesto cumplimiento de las condiciones de transferencia” y **(iii)** recibir los aportes con posterioridad a la fecha del acta de verificación de los requisitos de transferencia, “recursos de los cuales hoy se desconoce su administración y paradero”.

Destacó que “a la fecha no cuenta con su inversión toda vez que no se le ha reintegrado, no cuenta con los bienes inmuebles pues no les fueron escriturados, ni entregados y el proyecto se encuentra paralizado hace más de tres años”.

2. LA OPOSICIÓN. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. excepcionó **(i)** “Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable”, por “inexistencia de daño” e “inexistencia del nexo causal”; **(ii)** “error en la identificación del contrato celebrado”; **(iii)** “falta de legitimación en la causa por pasiva” y **(iv)** “excepción genérica”.

3. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

La demandada llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. para que, ante una eventual condena, se le ordene “el reembolso del pago que tuviere que hacer por indemnización de perjuicios con fundamento en la póliza de seguro 1000099”.

4. LAS OPOSICIONES DEL LLAMADO EN GARANTÍA.

SBS Seguros Colombia S.A. excepcionó frente a la demanda principal **(i)** “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción

Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”; **(ii)** “falta de legitimación en la causa por pasiva –Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”; **(iii)** “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y **(iv)** “excepción genérica”.

De otro lado, frente al llamamiento en garantía, esgrimió **(i)** “ausencia de cobertura”; **(ii)** “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza”; **(iii)** “agotamiento del valor asegurado”; **(iv)** “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza” y **(v)** “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional”.

5. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. El juez *a quo* declaró civil y contractualmente responsable a la opositora por los perjuicios causados a la demandante. En consecuencia, condenó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a pagar a Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. la suma de \$1.938’605.329.

De otro lado, declaró probadas las excepciones que formuló la asegurada contra el llamamiento en garantía².

Señaló el mismo sentenciador que “se pudo acreditar que la fiduciaria desde los inicios del negocio fiduciario ha incumplido sus deberes poniendo en peligro su viabilidad, toda vez que al momento de estructurar el negocio fiduciario MARCAS MALL, no cumplió con las referenciadas obligaciones que la normatividad le requería en el ejercicio de su labor profesional en el mercado financiero, ni con el deber de diligencia que le correspondía”; que “conforme a lo establecido en los contratos de encargo matriz y encargo fiduciario individual, a la pasiva le asistía el deber de verificar que efectivamente lo certificado tuviera los soportes de acreditación de cada una de las condiciones establecidas para dicho fin”; que “una vez revisados los anexos del acta de cumplimiento de condiciones del 4 de noviembre de 2014, se encuentra que para dicha fecha no había soportes del cumplimiento de las condiciones

² Se dispuso en dicha providencia, lo siguiente: “TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones que la llamada en garantía “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional no. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro” y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No.1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.

enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera antes señalada y vigente para esa fecha” y que “se encuentra acreditada la responsabilidad contractual de la fiduciaria demandada, tanto por la conducta de sus dependientes y representantes, como por ausencia de control sobre las actuaciones de su representante legal y gerente de la oficina de la ciudad de Cali”.

Añadió el juez *a quo*, en relación con el llamamiento en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. que “se constata que el contrato de seguro base del llamamiento se rige por las condiciones contenidas en el certificado de renovación de la póliza identificada con el No. 1000099, para la vigencia comprendida entre el 30 de septiembre de 2017 y 30 de septiembre del año 2018”; que a partir “del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido”.

5. LA APELACIÓN.

5.1. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. manifestó **(i)** que el fallo fue incongruente y falto de motivación, por cuanto “la decisión no estuvo centrada al vínculo contractual sino a aspectos internos de funcionamiento de la Fiduciaria”; **(ii)** que se inobservó la integración del litisconsorcio necesario, bajo el entendido que era indispensable “integrar a URBANIZAR S.A. quien, fungió promotor del Proyecto Marcas Mall antes de ceder su posición contractual”; **(iii)** que el juez *a quo* no valoró las pruebas “de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del C.G.P.”; **(iv)** que es inexistente la obligación contractual aducida por la Delegatura, como quiera que “Acción Sociedad Fiduciaria no tiene un solo procedimiento sino tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna”, y **(v)** que “los elementos de la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria no se cumplen”, puesto que “(1) nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (2) nunca actuó con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible; y (3) nunca se generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable”.

5.2. Frente a la absolución del llamado en garantía, señaló la única apelante que, el juez erró al estimar que “el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido”, por lo que cabe decir que “el análisis de la delegatura resulta superfluo y atado a un supuesto de hecho que no ha sido probado”.

Al sustentar ese último reparo, aseveró que “como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza -no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general-, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado” (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lit. c del numeral 2° del artículo 184).

6. RÉPLICAS A LA ALZADA.

6.1. Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. alegó que “entregó los dineros a la pasiva y era su deber legal y contractual cuidarlos y administrarlos, hasta tanto se cumplieran las condiciones”; que “se encuentran reunidos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil”; que “el fallo de primera instancia tiene absoluta congruencia con la diversa actividad probatoria allegada al proceso en donde se pudo comprobar la responsabilidad civil en cabeza de la demandada, al corroborarse que no actuó con la debida diligencia en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales” y que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó las sentencias de primer grado “dentro de casos análogos que versaban sobre los mismos supuestos fácticos y jurídicos al que hoy nos ocupan” (con ponencias de los Magistrados Marco Antonio Álvarez Gómez, R. 2018 01254 01 y Juan Pablo Suárez Orozco, R. 2018-01179-01).

6.2. SBS Seguros Colombia S.A. sostuvo que “cualquier actuación dolosa o fraudulenta de tomador, asegurado o beneficiario no puede ser asegurable, conforme al tenor y literalidad del artículo 1055 del Código de Comercio”; que “no es posible, real, ni natural, pretender que todos los amparos y exclusiones de una póliza puedan ser contenidos en una sola página, en caracteres destacados, de forma que sea posible ser vistos y leídos por una persona” y que las condiciones generales o clausulado de la póliza No. 1000099 “son plenamente eficaces por cuanto se cumple con las disposiciones que rigen la incorporación de las exclusiones al contrato de seguro”.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, anticipa la Sala que las ulteriores consideraciones estarán circunscritas a despachar los específicos motivos de inconformidad que elevó Acción Sociedad Fiduciaria S.A. frente al fallo de primera instancia en la oportunidad que prevé el artículo 322 del C. G. del P., pues así lo exige el artículo 328 de esa misma codificación, al establecer que “el juez de segunda instancia **deberá** pronunciarse **solamente** sobre los argumentos expuestos por el apelante”.

Puesto en esa labor, el Tribunal advierte que fueron 5 los reparos concretos que se formularon frente a la sentencia de primer grado, los cuales fueron ampliamente sustentados en la oportunidad prevista en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020: (i) inobservancia de integración del litisconsorcio necesario; (ii) fallo incongruente y falta de motivación; (iii) indebida valoración probatoria; (iv) inexistencia de responsabilidad civil contractual, incluyendo lo atinente a la causación de perjuicio resarcible atribuible al demandado, y (v) lo relativo al llamamiento en garantía y el contrato de seguro de responsabilidad que la opositora contrató con SBS Seguros S.A.

2. Para despachar en forma desfavorable el reparo consistente en la falta de integración del litisconsorcio por pasiva por no haberse vinculado como demandada a URBANIZAR S.A., quien fungió como promotora del Proyecto Marcas Mall, bueno es relieves que, conforme a lo reclamado en la demanda, el asunto a dirimir se encuentra delimitado por circunstancias atinentes a la relación contractual individual entre la demandante y la fiduciaria -en lo que toca con el anunciado incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales surgidas con ocasión del encargo fiduciario N° 0001100011066 del 24 de octubre de 2014, y las consecuentes pretensiones indemnizatorias) por lo que no puede predicarse que aquí debía fallarse con la comparecencia de Urbanizar S.A.S. (tercero). Por lo mismo, no había lugar a disponer la integración del contradictorio que regula el artículo 61 del C.G.P.

La anterior argumentación armoniza con el criterio expuesto por este Tribunal (en Sala Dual) al zanjar el tema de la eventual necesidad de integrar el litisconsorcio por pasiva con el promotor del centro comercial Marcas Mall

Cali, oportunidad en la que se estimó que ni la ley, ni el contrato, hacían perentorio convocar a dicho tercero³.

3. Tampoco cabe tachar el fallo de primer grado de incongruente, por cuanto el mismo estuvo enmarcado en los hechos, pretensiones y excepciones alegados en la demanda y en las contestaciones, que es lo que manda el artículo 281 del C.G.P.

Véase que, para concluir que la parte opositora estaba obligada a restituir los dineros aportados por la demandante para el desarrollo del proyecto Marcas Mall Cali, el juez de primer grado -con soporte en las pruebas recaudadas-, denegó las excepciones planteadas por la hoy apelante⁴, al paso que acogió las pretensiones que impetró la actora, consistentes en que se “efectúe la devolución/restitución/reintegro total de los recursos depositados”, por la suma capital de \$1.609’975.718, “transferidos a la promotora sin la verificación de las condiciones pactadas para tal fin en el Encargo Fiduciario N° 0001100011066”.

Lo anterior sin dejar de lado, esto es muy relevante, que en las acciones de protección al consumidor financiero como la de la referencia, el juez está habilitado para resolver “las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*” (Ley 1480 de 2011, art. 58, num. 9°), lo cual opera sin perjuicio del deber de deber de interpretar la demanda (C.G.P., art. 42, num. 5°).

4. También ya se anotó, que entre sus reparos, la parte apelante alegó **(iv)** que es inexistente la obligación contractual que adujo la Delegatura, como quiera que “Acción Sociedad Fiduciaria no tiene un solo procedimiento sino

³ Allí, en un asunto similar al que hoy concita la atención del Tribunal, en que se discutió si era necesaria la vinculación al proceso de Marcas Mall Cali S.A. (promotora del proyecto inmobiliario), **Urbanizar S.A.** (gerente del proyecto) y de Acción Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo FA 2351 Marcas Mall Cali. En esa oportunidad, la Sala Dual zanjó la discusión (a cuyo criterio se ahora se adhiere esta Sala de Decisión), al precisar, al amparo del artículo 61 del CGP, que por las particularidades del presente caso, en el que las “(...) *pretensiones consignadas en el libelo (...), se circunscribieron a que se ordenara a Acción Fiduciaria S.A. la restitución, reembolso, reintegro a cada una de las demandantes del dinero o inversión que éstas entregaron a la entidad en virtud de los encargos fiduciarios individuales celebrados. Así las cosas (...), dichas peticiones se dirigieron únicamente contra la sociedad fiduciaria en nombre propio como parte de los encargos individuales suscritos, de donde tales pedimentos solo recaen en ella*”, en tanto las pretensiones “*versan exclusivamente sobre un vínculo o relación individual entre cada una de las actoras y la fiduciaria convocada (...)*”. (Se resalta). Ver proveído de 9 de octubre de 2020, exp. n.º 11001 31 99 003 2018 01255 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

⁴ (i) “cláusula compromisoria”; (ii) “Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable”; (iii) “error en la identificación del contrato celebrado”; (iv) “falta de legitimación en la causa por pasiva” y (v) “excepción genérica”.

tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna” y **(v)** que “los elementos de la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria no se cumplen en el presente caso”.

Es asunto averiguado -y pacífico- que el negocio jurídico que dio origen a la relación entre las partes en litigio atañe al Encargo Fiduciario N° 0001100011066 del 24 de octubre de 2014, por cuya virtud la parte actora adquiriría los locales comerciales N° 1037 y 1038 del “Centro Comercial Marcas Mall” en la ciudad de Santiago de Cali.

El numeral 1° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé que “en relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto”.

Según el canon que recién se transcribió (que remite al Estatuto Mercantil), al asunto que hoy ocupa la atención del Tribunal le es aplicable el artículo 1234 del Código de Comercio, que establece como una obligación a cargo del fiduciario “1° Realizar **diligentemente** todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”.

De acuerdo con el Encargo Fiduciario objeto de este litigio (hojas 48 y siguientes del consecutivo 00), la parte actora (inversionista) se comprometió a entregarle a la opositora la suma de \$1.851'946.200 para que fueran transferidos al Promotor una vez se cumplieran las siguientes condiciones: “3) Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto; 4) Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventas inversionistas que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto (...); 6) Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.” (página 58 del derivado 00 del expediente digitalizado). Se pactó también en el

Encargo Fiduciario que las obligaciones de la fiduciaria eran de medio y no de resultado y que esta respondería “hasta por culpa leve en su gestión” (cláusulas 1ª y 9ª).

En sí, la parte opositora no planteó que hubiera transferido al promotor los dineros que previamente depositó la demandante una vez se hubieran cumplido las condiciones acordadas en el Encargo Fiduciario. Lo que alegó al pronunciarse sobre el hecho cuarto de la demanda (hoja dos del memorial de contestación al libelo introductorio) es que “la obligación de acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos estaba en cabeza del fideicomitente promotor”.

Esa tesis de la opositora (en la que de alguna manera se insistió en el escrito de apelación) no es de recibo para el Tribunal por cuanto era del resorte directo de la sociedad fiduciaria la obligación de “realizar **diligentemente** todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (Estatuto Mercantil, art. 1234). Además, en la cláusula quinta del Encargo Fiduciario del que se ha venido hablando el inversionista instruyó “de manera irrevocable a LA FIDUCIARIA para que en el evento en que se cumpla la condición de transferencia de los recursos a favor de EL PROMOTOR dentro del término establecido para tal efecto, proceda a poner a disposición de EL PROMOTOR los recursos depositados, junto con los rendimientos generados en el encargo fiduciario que para tal efecto se constituya”.

Así las cosas, emerge que la verificación de la concurrencia de los requisitos para la transferencia de los recursos era de la incumbencia directa de Acción Sociedad Fiduciaria. Por lo mismo –para el éxito de las excepciones de mérito_, era indispensable que se hubiera acreditado que, para la fecha de transferencia de los dineros al promotor (4 de noviembre de 2014) se contaba con “carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto” y con “Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.”.

Aquí, en vez de suplir la carga probatoria de la que se viene hablando, emerge que, para el 4 de noviembre de 2014, cuando la fiduciaria transfirió los recursos al promotor, el inmueble en el que se habría de construir el

memorado centro comercial aún no era de propiedad del fideicomiso (ver anotación 11 y anteriores del folio de matrícula No. 370-695292).

Y si lo anterior no fuera suficiente, bueno es resaltar que el juez *a quo* sostuvo en su sentencia que la representante legal de la demandada confesó, al ser interrogada, **que “el acta de cumplimiento de condiciones tenía información falsa y que esa conducta obedeció a un actuar fraudulento”**, por “haber señalado que el lote de terreno estaba en propiedad del fideicomiso y que el certificado expedido por la revisora fiscal era de fecha posterior a la que señala el acta del 4 de noviembre de 2014”.

Tales argumentaciones no fueron refutadas por la apelante, razón por el Tribunal tampoco puede desconocerlas, como quiera que, “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (C.G.P., art. 320).

Así las cosas, no son atendibles los reparos destinados a derribar la probada responsabilidad civil contractual en cabeza de la opositora, pues quedó acreditado que ella se apartó de sus deberes legales (art. 1234 del Código de Comercio) y contractuales (cláusulas primera, quinta y novena del encargo fiduciario).

5. Sostuvo la apelante que “nunca se generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable”.

Esa tesis no la avala el Tribunal por cuanto, según viene de explicarse, la fiduciaria tenía el deber de administrar los recursos del consumidor financiero con el fin de transferirlos al promotor cuando se cumplieran unos requisitos mínimos, cuya verificación no acometió la opositora. En efecto, según las pruebas aquí recaudadas, la demandada optó por disponer los dineros de la demandante en favor del promotor, con el consecuente resultado que, a hoy (y pese a no existir razones legales y contractuales para ello) la fiduciaria no tiene en su haber los recursos del inversionista, de donde emerge la ocurrencia del daño que hoy padece la demandante, quien no ha recuperado esos dineros, ni tampoco ha sido resarcida por el detrimento patrimonial que ello involucra.

Lo hasta aquí discurrido encuentra soporte, además, en los fallos que otras Salas de Decisión de este Tribunal han emitido en asuntos que guardan estrecha relación con el que hoy se decide: sentencias de 8 de septiembre de 2020 (notificada por estado del 14 de abril de 2021), R. 2018-01179-01, M.P. Juan Pablo Suárez Orozco y de 7 de abril de 2021, R. 2018 01254 01, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez. Estos fallos, al igual que el que hoy emite esta Sala de Decisión, contienen una orientación distinta a la plasmada en otro fallo, este sí insular, proferido en segunda instancia por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Cali, el cual trajo a cuento la apelante, apenas al sustentar la alzada.

En dichas oportunidades, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concluyó, con argumentaciones fácticas y jurídicas similares a las que sustenta la sentencia que hoy se profiere, que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. había incumplido sus obligaciones legales y contractuales con ocasión a la administración de los recursos que otros inversionistas le entregaron para impulsar la construcción del Centro Comercial Marcas Mall Cali.

En particular, se comparte lo que se dijo en la sentencia de 7 de abril de 2021 (R.2018 01254 01, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez): “En este punto cabe resaltar que, si bien el numeral 3° del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prohibió que los encargos fiduciarios tengan por objeto la asunción de obligaciones de resultado y que las partes expresamente pactaron que ‘las obligaciones que asume la fiduciaria son de medio y no de resultado’ y se limitan a ‘sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos’ (cláusula 9ª, pg. 53, derivado 00 del expediente digitalizado), no lo es menos que a tales previsiones no se opone la existencia de puntuales deberes que la fiduciaria tiene que cumplir, como la de ‘colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor’ (se subraya; num. 2°, cláusula 8ª, ib.), obligación que -en modo alguno- dependía de una gestión simplemente diligente y mucho menos del azar, sino que, por el contrario, le imponía a la hoy demandada la tarea de verificar las exigencias en cuestión para poder ejecutar esa conducta” (...) y que **“No se olvide que la responsabilidad contractual aflora por la infracción de un negocio jurídico válido (hecho ilícito), de cuyas obligaciones se aparta voluntariamente el contratante imputado (culpa), quien al proceder de ese modo le genera**

una lesión al patrimonio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (daño), requisitos que, por lo señalado, se cumplieron en este caso sobre la base, claro está, de que ‘el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión’ (C. de Co., art. 1243), y que el detrimento se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados, que no debieron ser puestos a órdenes del promotor. Al fin y al cabo, se recuerda, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que resulta inadmisibles alegar que no hubo daño en la medida en que el inversionista, eventualmente, puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo, en el que resultó involucrado, precisamente, por cuenta de la conducta culposa de la fiduciaria. Si los dineros están donde no debían estar, la parte que provocó esa distorsión no puede evadir su responsabilidad pretextando ausencia de daño, remitiendo a su víctima a un concurso de pérdidas” (Negrillas propias).

6. Finalmente, la Sala abordará lo relativo a la suerte de la apelación frente al llamamiento en garantía que hizo la opositora a SBS Seguros Colombia S.A., con soporte en la póliza de seguros N° 1000099, tomada para cubrir el riesgo de “RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL FINANCIERA”, por la suma asegurada de \$15.000’000.000.

6.1. Se reitera –ya se dijo en los antecedentes de esta providencia–, para desestimar el llamamiento en garantía el juez a *quo* señaló que operó la exclusión prevista en el numeral 3.7 del contrato de seguro, según el cual, “el asegurador no asume responsabilidad alguna y, por tanto, no estará obligado a efectuar pago alguno, en relación con cualquier reclamo derivado de, basado en, o atribuible a: (...) 3.7. Cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (a) lo anterior se haya establecido mediante cualquier sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por una autoridad competente, o (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas”.

Ese argumento no lo refrenda el Tribunal, por cuanto la susodicha exclusión no hizo parte de la carátula de la póliza sobre la que aquí se discute (obrante en la carpeta 021 del expediente digital) sino, solamente, en el clausulado adicional denominado “seguro de responsabilidad civil profesional

para instituciones financieras”, por manera que la misma no resulta oponible al demandado principal.

No se olvide que, de conformidad con los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990⁵ y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁶, y las circulares externas 007 de 1996⁷ y 076 de 1999⁸ de la Superintendencia Financiera, una restricción de cobertura como la que en su favor invocó la aseguradora (que concierne directamente al amparo objeto del contrato), debe ser consignada en la reseñada pieza contractual, so pena de resultar ineficaz. Así, según lo precisó, en sede de tutela, la Corte Suprema de Justicia⁹.

De otra parte, ha de recordarse -con sujeción al artículo 1103 del Código de Comercio- que en el numeral 4.14 de la póliza de seguros, en concordancia con la sección III de la misma, se estipuló un deducible a cargo del asegurado.

Aquí afloran tres circunstancias a saber: la primera, que la suma total asegurada es de \$15.000'000.000; la segunda que el expediente no refleja que se hubiere afectado la póliza -por responsabilidad civil profesional- en cuantía mayor a esa cota y, la tercera, que en la póliza se pactó un deducible para cada reclamo de \$150'000.000 (sección III).

Deviene de lo anterior que la aseguradora ha de indemnizar -o reembolsar- \$1.788'605.329 (de los \$1.938'605.329 que está obligada a pagar la demandada principal), cuantía que no supera el valor total asegurado de \$15.000'000.000. Los \$150'000.000 restantes, así como los réditos que se llegaren a causar, serán cubiertos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Así las cosas, la Sala revocará, aunque con alcance parcial, el fallo de primer grado. Por lo mismo, y por las razones que recién se esgrimieron se desestimarán (salvo una) las excepciones que formuló SBS Seguros Colombia S.A. denominadas (i) “ausencia de cobertura”; (ii) “improcedencia de la

⁵ “Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 3. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁶ “2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁷ “Los amparos básicos y **todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos **que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada**. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

⁸ “2. Primera página de la póliza. **En esta página debe figurar, en caracteres destacados, según, los mismos lineamientos atrás señalados, y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, los amparos básicos y todas y cada una de las exclusiones que se estipulen**. Por ningún motivo se podrán consignar en las páginas interiores o en las cláusulas posteriores exclusiones adicionales que no se hallen previstas en la primera condición aquí estipulada”.

⁹ Sentencia de 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00, M.P Margarita Cabello Blanco.

indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza”; (iii) “agotamiento del valor asegurado” y (v) “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional”.

Para abundar en razones sobre el fracaso de las excepciones que vienen de enlistarse, aquí es importante hacer hincapié en el hecho que la aseguradora no probó, como era de esperarse -por así imponérselo el artículo 167 del C.G.P.-, que la póliza tuviese afectaciones que llevaran a concluir que se “agotó” el valor asegurado o que se hubiere superado el “límite asegurado de la sección III” del contrato de seguro.

No ocurre lo mismo con la defensa perentoria de “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza”, según las razones que ya se explicaron y en cuantía de \$150'000.000, conforme a la sección III de la póliza.

6.2. Ante el éxito de la apelación, lo que involucra un despacho favorable del llamamiento en garantía, el Tribunal destinará los siguientes párrafos a responder a las excepciones de mérito que, frente a la demanda principal, presentó la aseguradora demandada.

Para despachar en forma desfavorable las excepciones de mérito que SBS Seguros denominó (i) “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante” y (ii) “falta de legitimación en la causa por pasiva -Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, la Sala se remite a los argumentos que sobre esos mismos temas se esgrimieron, en esta misma providencia, frente a las defensas en cuya prosperidad insistió la demandada (única apelante).

Tampoco es de recibo la defensa, que no excepción de mérito que se intituló “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración”, pues la parte interesada no invocó ninguna de las causales para el efecto previstas en el artículo 278 del C.G.P., ni el Tribunal tampoco encuentra que se esté ante una de ellas.

Finalmente, y de acuerdo con todo lo discurrecido, aquí no hace presencia una excepción que sea plausible declarar de oficio, a lo que se suma que tampoco es atendible la “excepción genérica” que esgrimió la aseguradora. Sobre ello, baste con memorar que muy de antaño la Corte Suprema de Justicia puso de presente, “jurídicamente, no existe la llamada excepción ‘genérica’ o ecuménica, porque el art. 329 del C. J. contiene una definición descriptiva de toda excepción perentoria, encaminada a desconocer la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió” (sent. CSJ de agosto 17 de 1964), criterio que permanece latente pese a la expedición del C. G. del P.

7. Ante el fracaso total de la apelación frente a la demanda principal, se condenará en costas a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y en favor de Inversiones y Construcciones Nasa S.A.

De otro lado, y como consecuencia del éxito parcial de la alzada en lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía, no se condenará en costas de la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el numeral tercero de la sentencia que, el 21 de enero de 2021, profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en el proceso verbal que adelanta Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., quien a su vez llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. En su lugar se DISPONE:

TERCERO: Desestimar las excepciones de mérito propuestas por SBS Seguros Colombia S.A., frente a la demanda principal y el llamamiento en garantía, salvo la de “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza”.

En consecuencia, se ORDENA a SBS Seguros Colombia S.A. pagar a Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. (o el reembolso a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. si ya efectuó el pago total de la condena) la suma capital de \$1.788'605.329, dentro del término fijado en el numeral 2º de la sentencia de

primera instancia. Si no se cumple oportunamente lo anterior, se causarán intereses moratorios comerciales sobre ese valor.

De otro lado, se CONFIRMAN los numerales 1°, 2°, 4° y 5° del fallo apelado.

Costas de segunda instancia a cargo de la apelante y a favor de la demandante principal. Líquidense por el juez *a quo*, quien incluirá como agencias en derecho de la alzada la suma de \$1'500.000, según lo estima el Magistrado Ponente.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese

Los Magistrados

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Firmado Por:

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MAGISTRADO

**TRIBUNAL 011 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA,
D.C.-BOGOTÁ, D.C.**

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

MAGISTRADO

**TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA,
D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA
MAGISTRADO
TRIBUNAL 007 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA,
D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

83f4df1eedae190413d3a0157dd1c581a4269dc85e18d5817c67acb586300

735

Documento generado en 22/07/2021 02:58:10 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso n.º 110013199003201801694 01 (antes
110013199003201801460 01).
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR FINANCIERO
Demandante: KBJ S.A.S.
Demandada: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 15 de 4 de mayo del año en curso.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el fallo que el 28 de enero de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el cual, entre otras, la declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a la demandante y, en consecuencia, le ordenó pagarle, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esa decisión, la suma de \$1.496'509.135.00, so pena de causarse intereses de mora a la tasa del artículo 884 del C. de Co.

ANTECEDENTES

1. Con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, KBJ S.A.S. (a la vez cesionaria de la coinversionista Lay On Capital S.A.S.), pidió que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolverle \$1.228'500.000,00, suma debidamente indexada junto con los intereses correspondientes hasta que se verifique el pago, cuyos emolumentos le entregó por virtud del contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010247 de 3 de marzo de 2015¹ para la adquisición del local comercial n.º 4-003 en lo que sería el “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”).

¹ Fl. 19, derivado 00 del expediente virtual.

2. Para sustentar sus pretensiones, adujo que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora fideicomitente) respecto del encargo fiduciario MR-799 suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013; el 28 de marzo de 2014, la aquí “accionada” y la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. suscribieron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali, y el 3 de marzo de 2015 la demandante celebró con Acción Fiduciaria S.A. (opositora), el convenio de encargo fiduciario individual n.º 0001100010247, para que esta última tuviera la “*guarda, administración, custodia y cuidado*” de sus recursos.

Así, en el aludido convenio de 2015, la sociedad accionante impartió la directriz de administrar en debida forma sus dineros para el proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall*” en Cali, Valle del Cauca, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y eventos, de suerte que únicamente satisfechas las condiciones acordadas (las mismas que recogiera el otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 al contrato de encargo fiduciario de “*preventas promotor MR-799*”²), podían transferirse sus recursos a la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., como precio por la adquisición del local comercial n.º 4-003, sin que hasta la fecha se haya suscrito la correspondiente escritura pública de venta.

Refirió que tanto KBJ S.A.S. como Lay On Capital S.A.S. atendieron a plenitud sus obligaciones, entre ellas, entregar la suma de \$1.228’500.000,00 (de los \$3.150’000.000,00 acordados), además de suministrar la información requerida por la Fiduciaria y el Promotor; sin embargo, la demandada no hizo lo suyo, por cuanto:

i) se abstuvo de informarle, al momento en que acordaron el encargo fiduciario (3 de marzo de 2015), que el 4 de noviembre de 2014 “*había suscrito el acta de verificación de cumplimiento de los requisitos y había transferido los recursos a la promotora*”³, con lo que infringió su deber legal de revelar la información sobre el manejo de recursos y el cumplimiento del punto de equilibrio o de transferencia, y

ii) si bien el 4 de noviembre de 2014 entregó el acta de verificación para la transferencia de los recursos a la promotora, bajo el supuesto de que se cumplían con todas las condiciones acordadas, lo cierto es que la

² Fl. 5, *ib.*

³ Fl. 6, *ib.*

demandada tampoco verificó que se encontraran satisfechas las relacionadas con:

a) la transferencia al fideicomiso de la propiedad del inmueble en el que se levantaría el proyecto Marcas Mall (para el 4 de noviembre de 2014, fecha de suscripción de la supuesta “**acta de verificación**”, el titular del derecho de dominio aún era Laboratorios Baxter S.A.S.); **b)** la celebración de encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (en tanto solo se verificaron enajenaciones por \$92.827’383.075,00 de un total esperado de \$253.031’332.726,00, es decir, **menos del 37%**, dado que el punto de equilibrio correspondía al monto de \$131.576.293,017); **c)** suprimir –sin informarle- la condición 7ª del encargo MR-799 atinente a que para la transferencia de sus recursos a la promotora, los encargos fiduciarios de los inversionistas debían contar con saldos equivalentes al **15%** del valor de las utilidades comprometidas en compraventa, y **d)** la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor (le bastó una comunicación del Promotor en la que aducía ser innecesaria).

Añadió que mediante contrato celebrado el 5 de septiembre de 2017, la sociedad Lay On Capital S.A.S. cedió a KBJ S.A.S. sus derechos dentro del encargo fiduciario individual n.º 0001100010247.

En resumidas cuentas, señaló que por las infracciones en comento, su contraparte debe responderle por los recursos que le entregó para su administración, tras haber faltado a sus deberes de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión y claridad sobre el alcance jurídico que tienen las decisiones, según lo regula el numeral 2.2. de la parte II, Título II, Capítulo I de la Circular Externa n.º 007 de 2017.

3. Admitida la demanda por auto de 31 de agosto de 2018, que se le notificó a la demandada, quien en esencia en oposición a las pretensiones, señaló:

a) solo fungió como administradora y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de la propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosí reglamentario de 15 de diciembre de 2016, desprovisto de engaño, se modificaron los planes de pago, cuyo clausulado no califica como abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a la actora de las modificaciones a través de boletines; **f)** la demandante no tiene los recursos consignados

en su encargo fiduciario, porque “ *fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor*” –sin precisar cuándo–, “ *de conformidad con lo pactado*” en el contrato, para que éste ejecutara el proyecto; **g**) si hubo un perjuicio para la demandante, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.; **h**) el contrato de encargo fiduciario en estudio, está coligado al convenio de promesa de compraventa de inmueble firmado entre KBJ y el Promotor, contentivo de un pacto arbitral; **i**) no se satisfacen los elementos de la responsabilidad contractual que regula el artículo 1604 del C.C., máxime cuando el obligado a la verificación de cumplimiento de los requisitos técnicos era Marcas Mall Cali S.A.S., y **j**) no existe daño real, directo, efectivo y determinado, tanto más cuando la demandante “ *no ha perdido la calidad de inversionista*”⁴.

Por tales razones, excepcionó “ *cláusula compromisoria*”, “ *acción sociedad fiduciaria no es contractualmente responsable*”; “ *error en la identificación del contrato celebrado – ubicación legal, reglamentaria y doctrinaria sobre la fiducia inmobiliaria y el negocio fiduciario denominado Preventas*”, “ *falta de legitimación en la causa por pasiva*”⁵ y la “ *genérica*”⁶.

Igualmente, llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A.⁷, quien frente al libelo introductorio formuló las defensas que denominó: “ *inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante*”; “ *falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.*”, “ *procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración*” y la “ *genérica*”⁸.

Frente al aludido llamamiento, excepcionó: “ *ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria*”; “ *ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquier de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro*”; en subsidio, “ *improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.*”; “ *agotamiento del valor asegurado*”; “ ***aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional***”, y “ *sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de*

⁴ Fls. 11-13, derivado 14 del expediente virtual.

⁵ derivado 14 del expediente virtual.

⁶ Fls. 1-23, *ib.*

⁷ derivado 16 del expediente virtual.

⁸ Fls. 17-21, derivado 29 del expediente virtual.

responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”⁹.

Aunque llamante y llamada objetaron el juramento estimatorio, sus pedimentos fueron desestimados por auto de 18 de julio de 2019 por desatender las pautas del artículo 206 del CGP.

4. La sentencia de primera instancia.

La Superintendencia *a quo* desestimó las defensas formuladas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a la demandante; la condenó a pagar, dentro de los 15 días contados desde la ejecutoria de esa decisión, la suma de \$1.496’509.135,00, so pena de causarse intereses de mora a la tasa que establece el artículo 884 del C. de Co.; se abstuvo de condenarla en costas y, por último, previno a la Acción Sociedad Fiduciaria para acreditar el cumplimiento de la sentencia en un lapso de 8 días posteriores al término otorgado para sufragar la suma a que fuere condenada, so pena de dar paso al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11 del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011.

En cuanto a la aseguradora, acogió sus medios exceptivos¹⁰ para absolverla, en esencia, por ausencia de cobertura al ser aplicable una de las exclusiones previstas en las condiciones generales del contrato de seguro.

Para arribar a esas conclusiones, comenzó por señalar que la sociedad demandada era la llamada a resistir las pretensiones de la demandante, porque de acuerdo con el negocio fiduciario, asumió la responsabilidad de actuar con diligencia en la administración de sus recursos.

Luego de advertir que echaba de menos la enarbolada “cláusula compromisoria” por entenderla renunciada tácitamente, conforme lo regula el numeral 2º del artículo 100 del CGP, consideró que las obligaciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria fueron desatendidas desde la etapa de preventas, al punto que debía “realizar procedimientos de control interno” para que, “entre otros aspectos del proyecto, pudiera determinar, evaluar y verificar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no comprometiera la viabilidad del

⁹ Pág. 21-28, derivado 29 del expediente virtual.

¹⁰ “ausencia de cobertura de la póliza sección iii de responsabilidad profesional no. 1000099 expedida por Sbs Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquier de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro” y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección iii de responsabilidad profesional de la póliza no.1000099 expedida por Sbs Seguros Colombia S.A.”.

proyecto, que no se fuera a presentar desviación de los recursos recaudados y que se hubieren establecido en forma debida las condiciones técnicas y jurídicas para que el mismo llegara a término”¹¹, lo que no demostró.

También se pronunció en torno a la falta de verificación de las condiciones relativas al punto de equilibrio o de transferencia, según lo acordado en el encargo fiduciario MR-799 y su otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 (vigente para cuando se levantó el acta de 4 de noviembre siguiente), para el momento en que se transfirieron los dineros a la promotora, “no había soportes del cumplimiento de las condiciones enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera” del cuestionado convenio¹², según las cuales debía primero acreditar y verificar la “Carta de aprobación o pre-aprobación del **crédito constructor** otorgado por una entidad financiera para el desarrollo del PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso” y “Certificado de tradición actualizado del **lote de terreno sobre el cual se desarrollará el PROYECTO**, en donde conste que la **propiedad** del mismo está **en cabeza de un fideicomiso** administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”¹³.

Así, coligió que el “acta de cumplimiento [de 4 de noviembre de 2014] de condiciones tenía información falsa e imprecisa”, y que “esa conducta obedeció a un actuar **fraudulento** como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio”¹⁴, por lo cual la fiduciaria demandada no debió transferir los recursos aportados por los inversionistas, tanto más cuando era su deber legal verificar las condiciones para la viabilidad del proyecto, conforme a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, así como proteger los bienes fideicomitidos, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

Consecuente con lo anterior, la primera instancia declaró la responsabilidad contractual de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y, por consiguiente, lo dable era ordenar, a título de indemnización, que se reintegraran los dineros entregados para la inversión.

Por último, encontró demostrada la exclusión pactada en el contrato de seguro, en concreto la descrita en el literal b) de la cláusula 3.7. de las **condiciones generales de la póliza**, referida a los actos torticeros del entonces representante legal [Álvaro José Salazar] de su afianzada (Acción Sociedad Fiduciaria), aceptados por esta última, con fundamento en que los “*hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada- asegurada, por*

¹¹ Fl. 19, derivado 96 del expediente virtual.

¹² Fl. 22, *ib.*

¹³ Fl. 21, derivado 96 del expediente virtual.

¹⁴ Fl. 23, derivado 96 del expediente virtual.

conducto de su representante legal, como **fraudulento**[s]¹⁵.

5. Recursos de apelación.

La sociedad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada y formuló por escrito sus “**reparos concretos** que en esencia, están soportados en lo siguiente:

5.1. Sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las “facultades para fallar *ultra y extra petita*”, la “*decisión no estuvo centrada al vínculo contractual sino a aspectos internos de funcionamiento de la Fiduciaria*”, que no “ *fueron objeto de discusión*”.

5.2. Inobservancia de la integración del litisconsorte necesario, pues debió vincularse al “*promotor [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del proyecto a sabiendas que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado*”¹⁶.

5.3. Respecto a la “*valoración probatoria*”, pues ello se dio de manera individual y aislada, mas no sistemática (sana crítica) como lo exige el artículo 176 del CGP.

5.4. Inexistencia de la obligación contractual aducida por la Delegatura, en tanto Acción Sociedad Fiduciaria “*no tiene un solo procedimiento sino tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna*”.

5.5. Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable, porque “*nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles*”, ni “*con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible*”; y tampoco “*generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable*”, aunado a que cumplió con la corroborar los “*requisitos*” según “*el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014*”.

5.6. En punto al pronunciamiento del llamamiento en garantía, por cuanto la “*delegatura soslayó el material probatorio aportado por este extremo procesal y solo fundó su decisión en hechos que un no gozan de certeza*”, en concreto, el

¹⁵ Fl. 48, *ib.*

¹⁶ En contradicción (*venire contra factum proprium*) con lo que la aquí demandante planteó en un asunto entre las mismas partes que le correspondió conocer a este despacho, en tanto en esa oportunidad Acción Sociedad Fiduciaria cuestionó la posibilidad de anular lo actuado para integrar el contradictorio con quienes fueron parte de la relación sustancial, porque entonces la decisión del Tribunal conllevaría a otorgar facultades a la Superintendencia para conocer negocios en los que esté implicadas entidades no vigiladas y dirimir controversias sobre temas ajenos a la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada.

interrogatorio de parte de su representada, porque allí tan solo sostuvo que “conoció de hechos que serían presuntamente fraudulentos y procedió a dar alerta a las autoridades competentes como indica su deber legal”.

En la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 820 de 2020, la demandada **sustentó** sus reparos concretos, con apoyo en que la primera instancia accedió a las pretensiones basándose en hechos que no fueron alegados en el libelo introductorio y “sobre los cuales no versó la actividad probatoria”¹⁷, porque, en primer lugar:

i) Comportó aspectos que no guardan relación con lo ambicionado, y de ahí la evidente **incongruencia** del fallo recurrido, pues el *a quo* “realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre” las partes y “utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso”.

ii) A partir de esos hechos, no relacionados con el objeto del proceso, dio por probada una supuesta falta de diligencia e incumplimiento de los deberes legales de la fiduciaria, por no contar con un adecuado Sistema de Control Interno, contrario a lo que se consideró en “primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el Superintendente Financiero”.

iii) “La actividad probatoria oficiosa del despacho se circunscribió más a evidenciar fallas internas de la fiduciaria, es decir, a un” “juicio administrativo sancionatorio propio de la Superintendencia Financiera”, mas “no jurisdiccional”.

Lo anterior, para insistir en que no tenía “el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios”.

En segundo lugar, señaló que como ciertamente la “demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso”¹⁸, era necesario **integrar el contradictorio** con la promotora del proyecto (Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.), sin que resultara admisible el argumento según el cual, la “Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera”, luego de lo cual consideró que la sentencia no valoró los medios suasorios en conjunto, ni aplicó las reglas de la sana crítica.

En tercer orden, adujo que no existe la obligación contractual mencionada por la primera instancia que dé lugar a su responsabilidad, por no configurarse los elementos necesarios para ello al tenor de lo

¹⁷ Fl. 10, derivado 99 del expediente virtual.

¹⁸ Fl. 7 del escrito de sustentación allegado al Tribunal.

previsto en el artículo 1604 del C.C., ante la ausencia, de un lado, de una “conducta antijurídica a la luz de las obligaciones establecidas en el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351”; por el otro, de un “daño antijurídico real, directo y determinado o determinable”, esto último porque el vínculo jurídico entre la demandante y el Promotor no se ha resuelto y, además, por “inexistencia del nexo causal” “entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega” en el proceso, al punto que el proyecto del centro comercial Marcas Mall sí se empezó a construir, lo que supone el cumplimiento del punto de equilibrio que echó de menos el *a quo*.

En cuarto lugar, pidió tener en cuenta el fallo de la homóloga Sala Civil del Tribunal Superior de Cali dentro del radicado n.º 2018-00083 01, en un asunto que de similares contornos, que concluyó que no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por la recurrente.

Finalmente, reprochó la apreciación que se hizo del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago del seguro.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP, y la jurisprudencia (CSJ. STC.2061/2017 de 30 agosto).

2. Sea lo primero señalar, en cuanto al motivo de disenso fundado en que debió, por ser necesario, integrarse el contradictorio con el “promotor [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del proyecto a sabiendas que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado”, que de cara a lo planteado en el libelo, la cuestión a resolver se circunscribe a vicisitudes concernientes a la relación contractual individual que surgió entre la parte demandante y Acción Fiduciaria S.A. -atinentemente a la reseñada infracción comercial que involucró obligaciones legales y convencionales que nacieron con motivo del contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010247 de 3 de marzo de 2015¹⁹ y, en consecuencia, las aspiraciones económicas-, de suerte que en el presente asunto no resultaba

¹⁹ Fl. 19, derivado 00 del expediente virtual.

dable predicar, como lo hace la fiduciaria apelante, que debía integrarse el contradictorio igualmente con el tercero Urbanizar S.A.S., razón por la cual la aludida figura prevista en el artículo 61 del CGP, no resulta aplicable.

Sea lo que fuere, el Tribunal en Sala Dual, en un asunto similar, ya zanjó la discusión (a cuyo criterio ahora se adhiere esta sala de decisión), al precisar, al amparo del artículo 61 del CGP, que por las particularidades del presente caso, en el que las

“(…) pretensiones consignadas en el libelo (…), se circunscribieron a que se ordenara a Acción Fiduciaria S.A. la restitución, reembolso, reintegro a cada una de las demandantes del dinero o inversión que éstas entregaron a la entidad en virtud de los encargos fiduciarios individuales celebrados. Así las cosas(…), **dichas peticiones se dirigieron únicamente contra la sociedad fiduciaria en nombre propio como parte de los encargos individuales suscritos, de donde tales pedimentos solo recaen en ella**”, en tanto las pretensiones “*versan exclusivamente sobre un vínculo o relación individual entre cada una de las actoras y la fiduciaria convocada (…)*”²⁰. (Se resalta).

3. De los restantes reparos concretos.

3.1. Disintió la recurrente sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las “*facultades para fallar ultra y extra petita*”, la “*decisión no estuvo centrada al vínculo contractual sino a aspectos internos de funcionamiento de la Fiduciaria*”, que no “*fueron objeto de discusión*”. Con otras palabras, la apelante no discute que en este proceso las pruebas fueron “*regular y oportunamente allegadas*”, según lo prevé el artículo 164 del CGP (lo que resulta coherente porque “*todo aquello que no ingresa al proceso recaudado por los medios probatorios, no existe para el juez*”²¹), sino del sustrato fáctico en el que se apoyó la primera instancia para colegir su responsabilidad contractual, lo que, en su sentir, desatiende lo que con especial cuidado regula el artículo 281, *ídem*, se itera, en lo atinente a la **causa** que soporta las pretensiones.

Sin embargo, tal suerte de argumento pasa por alto que, en primer lugar, en procesos que “*versen sobre violación a los derechos de los*

²⁰ Ver proveído de 9 de octubre de 2020, exp. n.º 11001 31 99 003 2018 01255 01. M.P., dr. Germán Valenzuela Valbuena.

²¹ Parra Quijano, Jairo (2007). Manual de derecho probatorio. 16ª ed. Bogotá, D.C. – Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda., pág. 73

consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía” (artículo 58 de la Ley 1480 de 2011), el juez, al “adoptar la decisión definitiva”, debe resolver “sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”, precepto que en manera alguna se opone a lo previsto en el inciso 4º del artículo 281 del CGP, a cuyo tenor “(...) **En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio (...)**”.

En segundo orden, tampoco, al rompe, se advierte la incongruencia que la apelante le atribuye al fallo de primer grado, pues si se mira bien el texto de la demanda, ninguna oscuridad o imprecisión se presenta para extraer de allí que lo alegado por la parte actora fue el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que le endilgó a su contraparte respecto de los recursos que su cedente (inversionista) le entregó para su diligente administración.

Así, por ejemplo, han de verse los hechos **séptimo** (“(...) *Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada*”²², entre ellos “no informar... la existencia del acta de verificación”, la que suscribió “y transfirió los recursos a la promotora sin el cumplimiento de las condiciones fijadas para tal fin”, pasó por alto “que la propiedad del [terreno]” no estaba “en cabeza de” del fideicomiso, sino de Laboratorios Baxter S.A.S. (7.1.),); la demandada celebró encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (en tanto solo se verificaron enajenaciones por \$92.827’383.075,00 de un total esperado de \$253.031’332.726,00, es decir, menos del punto de equilibrio que correspondía al monto de \$131.576.293,017) (7.2.); soslayó la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor (le bastó una comunicación del Promotor en la que aducía ser innecesaria) (7.3.²³).

Así también se deduce del hecho **octavo** de la demanda, en el que se alegó “**el incumplimiento y responsabilidad legal y contractual de la Fiduciaria se ve reflejado en las siguientes conductas: (...)** no informar (...) la existencia del acta de verificación [del] 4 de noviembre de 2014” (8.1.)”.

En cuanto al hecho **noveno** de la demanda, se dijo que “es evidente que la fiduciaria” incumplió “las obligaciones contractuales y legales..., [pues] influyó

²² Fl. 7, derivado 000 del expediente virtual

²³ Fl. 9, *ib.*

en el ánimo o la intención de la inversionista quien suscribió el contrato de encargo..., cuando [la demandada] conocía la existencia del acta de verificación del 4 de noviembre de 2014 y que la misma plasmaba hechos ajenos a la realidad” en comentario²⁴, y **décimo**: hubo “malas prácticas de diligencia y como consecuencia de lo anterior, está llamada a responder por los aportes e inversiones de los recursos que le fueron entregados para su administración”²⁵, sustrato fáctico que la primera instancia encontró demostrado, como se deduce de los ordinales primero a tercero de su fallo²⁶.

En todo caso, no se olvide que en la **fijación del litigio** durante el desarrollo de la audiencia inicial se indicó que “el objeto de esta acción recae en establecer si se predica un **incumplimiento contractual** de **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, circunscrita a la totalidad del desarrollo del negocio fiduciario Marcas Mall, en lo que respecta a la sociedad demandante teniendo en cuenta la vinculación que existe entre ellos, de cara a las pretensiones y **a lo dispuesto en el artículo 58 numeral 9º de la Ley 1480 de 2011**”.

Cosa distinta es que, como a espacio se verá, la primera instancia también se apoyara en las normas que regulan la materia²⁷, para, con fundamento en las pruebas allegadas, sostener el incumplimiento de sus deberes.

No prospera, entonces, el primer reparo concreto.

3.2. En lo referente a la “**indebida valoración probatoria**”, la demandante fustiga habersele declarado **responsable contractualmente**, y para ello desarrolló el reparo concreto tendiente a demostrar que no hubo culpa de su parte, como tampoco un daño “*real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable*”; sin embargo, dicho motivo de disenso no pudo prosperar, por lo siguiente:

En primer lugar, debe decirse que en el presente asunto, Lay On Capital S.A.S. (aportante de \$94’500.000,00) y KBJ S.A.S. (inversionista de \$1.134’000.000,00), el 3 de marzo de 2015 suscribieron con la demandada el encargo fiduciario individual n.º 0001100010247²⁸ para la adquisición del local n.º 4-003 con 1.500 m², en lo que sería el Centro Comercial Marcas Mall Cali; entretanto, el 5 de septiembre de 2017 (antes de presentarse la demanda que nos ocupa), la primera cedió a la segunda su

²⁴ Fl. 10, *ib.*

²⁵ Fl. 11, *ib.*

²⁶ Fl. 50, derivado 96 del expediente virtual.

²⁷ Lo que resulta coherente de “*acuerdo con el principio iura novit curia, el cual permite al juez hacer caso omiso de las normas aducidas por las partes para decidir de acuerdo con el derecho aplicable (...)*”. (Corte Constitucional, Sentencia T-851/10).

²⁸ Fl. 59, derivado 000 del expediente virtual.

posición contractual²⁹, sin que quede en duda su legitimación, en tanto los cesionarios “reemplazan en todo al cedente”³⁰.

En segundo orden, se tiene que el fundamento para deprecarse la **responsabilidad contractual** en estudio, no fue propiamente el contrato de “**fiducia mercantil**” inmobiliaria FA-2351 Marcas Mall Cali (tipología de convenio cuyo “núcleo central reside en la **transmisión de la propiedad a un tercero, llamado fiduciario, para que haga la restitución a otro, el beneficiario, una vez cumplida la condición**”³¹), sino el reseñado “**encargo fiduciario**”, el cual, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, “en la perspectiva tradicional, comporta la **transferencia de la mera tenencia**”³². (Se resalta).

Así, de la cláusula primera del **encargo fiduciario** individual n.º 0001100010247 se extrae el confesado propósito de administrar los recursos entregados a Acción Fiduciaria por los inversionistas para ser transferidos al promotor Marcas Mall Cali S.A.S., siempre y cuando se hubiere acreditado y verificado el cumplimiento de varios requisitos, a saber: “(...) **3. Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso. 4. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto, si es del caso (...) 6. Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**”³³.

Queda claro entonces que lo reprochado al profesional fiduciario es la negligencia y la falta de cumplimiento de las finalidades de su administración en detrimento de los vinculados al proyecto Marcas Mall.

A su turno, a pesar de que en la estipulación novena de esa convención las partes acordaron que las obligaciones de la demandada eran de “*medio y no de resultado*”, en tanto tenía “*sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos*”³⁴, ello no suprime los deberes de Acción Sociedad Fiduciaria descritos en el numeral 2º de la cláusula octava del encargo fiduciario, de “**colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y**

²⁹ Fl. 53, *ib.*

³⁰ CJS STC 31 oct. 2013, Rad. 02499-00.

³¹ CSJ, STC13069-2019.

³² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de julio de 2008. Expediente 11001-3103-036-1999-01458-01.

Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas.

³³ Fl. 60, derivado 000 del expediente virtual.

³⁴ Fl. 62, derivado 000 del expediente virtual.

en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor". (Negrillas y subrayas fuera de texto³⁵).

Desde luego que tal como lo han considerado algunos sectores de la doctrina, decir "**que el fiduciario asume únicamente obligaciones de medio y no de resultado, implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados**"³⁶, a lo que se suma que la obligación de la demandada comporta una diligencia que "*se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan.*"³⁷ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De ahí que tal como ocurre con las instituciones financieras, se exija "***un mayor grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera***". (CSJ, SC18614-2016, sentencia de 19 de diciembre de 2016, exp. n.º 2008-00312-01; se resalta).

No olvida la Sala que la demandada argumentó en sus alegatos de conclusión no ser una profesional en la construcción; sin embargo, lo suyo era verificar el cumplimiento de unos requisitos en una etapa pre-operativa que a estas alturas no resulta viable soslayar, en la medida en que desembolsó unos recursos sin que se demandaran conocimientos de una etapa posterior. No en vano en las cláusulas 1ª y 8ª del encargo fiduciario (fundamento de la responsabilidad contractual en estudio), la demandada se obligó a poner "*a disposición del promotor los recursos recaudados*", "***una vez se acredite y verifique el cumplimiento***" de varios requisitos, entre ellos, los que a espacio se analizan:

Del punto de equilibrio.

La aquí demandante soportó sus pretensiones en que su opositora "incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera

³⁵ Fl. 62, cfr.

³⁶ Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia, 2012, p. 158.

³⁷ Rodríguez Azuero, S. (2005). Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Bogotá. Editorial. Legis Editores S.A

descuidada”, pues solo verificó enajenaciones por \$92.827’383.075,00, de un total esperado de \$253.031’332.726,00; es decir, **menos del 37%**, dado que el **punto de equilibrio** correspondía al monto de \$131.576.293,017, esto es, el 52% de lo acordado en el numeral 4º de la cláusula primera del encargo fiduciario en estudio, sustrato fáctico que no negó ni intentó desvirtuar la demandada, vicisitud que impide variar la decisión adoptada por el *a quo*.

De la pre-aprobación o aprobación del crédito.

Y es que en el numeral 3º de las condiciones acordadas en iguales términos en el otrosí No. 3 al contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall”, la demandada también se obligó a verificar la “*carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso*”, sin que la demandada se hubiere manifestado al respecto, debiendo asumir la consecuencia que se deduce de la falta de un “*pronunciamiento expreso sobre los hechos*”, no otra que presumirse “*ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda*”, conforme al artículo 97 del CGP, en consonancia con el artículo 241, *ídem*.

De la propiedad del predio a cabeza del fideicomiso.

Otro tanto hay decir del requisito previsto en el numeral 6º de la cláusula primera de ese convenio, consistente en verificar el “*certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.*”³⁸, pues no acreditó, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, que los predios en los cuales se iba a desarrollar el proyecto Marcas Mall habían sido adquirido o aportados definitivamente al fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali, en cumplimiento de las formalidades exigidas para ello por la normatividad vigente.

Es más, la recurrente no discute que para el 4 de noviembre de 2014, fecha en la cual fue levantada el acta de verificación de las condiciones para la transferencia de recursos al promotor Marcas Mall Cali S.A.S., no aparecía como titular del derecho de dominio del predio el fideicomiso, como igualmente se extrae de la anotación n.º 11 del certificado de tradición y libertad con matrícula inmobiliaria n.º 370-695292, en el que se advierte que para esa calenda aún aparecía como propietario Laboratorios Baxter S.A.S.³⁹, lo que permite tener por probado en el proceso el daño y el nexo

³⁸ Fl. 60, derivado 000 del expediente virtual.

³⁹ Fl. 90, derivado 000 del expediente virtual.

causal entre éste y la conducta de la fiduciaria demandada.

Y es que la demandada no puede pasar por alto que como sociedad fiduciaria que es, en tratándose de encargos, de acuerdo con el literal c) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, tenía un deber “información”, según el cual

...las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas”.

A su turno, los numerales 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2, 2.2.1.2.3., 2.2.1.2.4 y 2.2.1.2.5 del Capítulo I, Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera⁴⁰ reprodujeron la importancia de que en asuntos como estos, en los que se involucran operaciones fiduciarias, lo mandado es atender, no solo el reseñado deber, sino también aquellos relacionados con la orientación y aseguramiento de los recursos fideicomitidos, y la diligencia, profesionalidad y especialidad a que hizo mención la Corte Suprema en la referida sentencia SC18614-2016.

Por su parte, numeral 5.2., Capítulo I, Título V, *ídem*, obliga a las sociedades fiduciarias, de un lado, a “realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto”, y de otro, a aplicar los procedimientos de control interno para corroborar las situaciones, a saber: **a)** que “los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones”; **b)** que “el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto”; **c)** que “se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término”; **d)** que “el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto”, y **e)** que “exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.”

Desde luego que si la Superintendencia Financiera de Colombia (en función no jurisdiccional) encontró que hubo un adecuado Sistema de Control Interno de la demandada, a tal conclusión no puede estar atada la Sala, cuando, de un lado, se trata de una decisión que no se profirió en el marco de una actuación jurisdiccional sino administrativa; por ende, desprovista de los efectos de cosa juzgada, y de otro, porque la recurrente

⁴⁰ Circular Externa n.º 7 de 1996, subrogada por la Circular Externa n.º 29 de 2014.

no acreditó que las pruebas allá practicadas, fueron las mismas que aquí condujeron a su responsabilidad contractual.

En resumidas cuentas, lo demostrado en esta actuación, según viene de verse, es que la opositora desatendió su deber de informarle a la demandante, que para el 3 de marzo de 2015 (fecha en la cual las aquí comprometidas signaron el contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010247), que los emolumentos consignados por los restantes inversionistas, ya los tenía la Sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora), pues de lo contrario habría tenido la posibilidad de sopesar si le apuntaba a ese negocio o no.

Lo anterior, permite tener por demostrada la responsabilidad de la demandada por:

a) la desatención de su deber contractual, a título de **culpa leve** en el cumplimiento de su gestión, tal como lo regula el artículo 1243 del C. de Co., en concordancia con los preceptos 63 y 1604 del C.C., pues no podía transferir los recursos de la demandante a la promotora, sin estar cumplidos los requisitos atrás estudiados, de suerte que *“la falta a él atribuida, como lo indica el artículo 63 del Código Civil, no atiende (...) ‘el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios’ (culpa leve), habrá de asumir las consecuencias adversas de su actuar despreocupado (...)”* (CSJ, STC11843-2019; se resalta);

b) el incumplimiento produjo un daño; es decir, una lesión en el patrimonio de la accionante, pues, como se anticipó, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que es claro que si fue ella quien dio lugar a la entrega de los dineros al promotor, sin la verificación que se esperaba contractualmente de su parte, en manera alguna puede pretender evadir su responsabilidad para hacer ahora dirigir a la demandante al proceso concursal que se le sigue a la promotora, cuando, a fin de cuentas, ninguna necesidad tendría la demandante de acudir a esa liquidación, de haber cumplido a cabalidad la recurrente con la convención.

c) la existencia de un nexo de causalidad entre el primero y el segundo.

Al respecto encuentra el Tribunal que el demandante sufrió el daño, que se materializa en la pérdida del dinero invertido y la imposibilidad actual en que se construya el *“Centro Comercial Marcas*

Mall’ en Cali, Valle del Cauca” en el cual se ubicarían locales comerciales que se querían adquirir, todo por culpa de la sociedad fiduciaria, quien le entregó los recursos al promotor y constructor sin cumplir los requisitos legales y quien a la postre, incumplió la ejecución de la obra y ahora está en trámite de liquidación de su patrimonio por cesación de pagos.

Consecuente con lo anterior, no prospera el reparo concreto en estudio.

3.3. Llamamiento en garantía. La suerte de la aseguradora.

El último motivo de disenso de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (apelante) hace relación a la apreciación que hizo la primera instancia del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago del seguro.

A este asunto se allegó el contrato de seguro que la demandada y su llamada en garantía ajustaron, lo que dio lugar a la póliza n.º 1000099 vigente entre el 30 de septiembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2018, de cuya primera página se extrae que SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.), amparó “*actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, empleados no identificados, temporales y de firmas, pérdidas fuera de los predios (tránsito), pérdidas por billetes falsificados, pérdidas por falsificación de títulos valores, crimen por computador, motín, conmoción civil y daño malicioso, cobertura extorsión, extensión de terremoto para valores, cobertura para miembros de junta directiva, extensión de falsificación, honorarios de abogados y **responsabilidad civil profesional financiera***”⁴¹.

El punto medular es establecer si la primera instancia erró al acoger la alegada exclusión, en efecto acordada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza (póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras)⁴², según la cual “**cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulento, malicioso o intencional del asegurado o cualquier violación de una la ley por parte del asegurado siempre que: (a) lo anterior se haya establecido mediante cualquier sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por una autoridad competente, o (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas**”. (Se resalta).

Sobre el particular se dirá que Acción Sociedad Fiduciaria sostuvo, a través de su representante legal, haber formulado la acción penal que

⁴¹ Fl. 2, derivado 16 del expediente virtual.

⁴² *Ib.*

correspondía contra el entonces gerente de la Oficina de la Fiduciaria en Cali y también representante legal, Álvaro José Salazar, así como de sus dependientes en dicha sucursal, por su proceder inusual e indebido (min. 1:35:00⁴³), aunado a que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro fue precisamente las conductas anómalas.

Sin embargo, por más que las cosas fueran de ese modo, el *a quo* pasó por alto que esa limitante (que el asegurado hubiere admitido las conductas irregulares en comento) deviene en ineficaz, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes en que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según lo ha destacado recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación⁴⁴.

Y es que, a no dudarlo, la “restricción” que enarboló la aseguradora, concierne de manera directa al amparo objeto del contrato, por lo que, en los términos de los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990⁴⁵ y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴⁶, y a la luz de las circulares externas 007 de 1996⁴⁷ y 076 de 1999⁴⁸ de la Superintendencia Financiera, debía ser consignada en la reseñada pieza contractual, lo que aquí, se itera, no demostró la llamada en garantía.

Así las cosas, no podía la primera instancia acoger la defensa (contra el llamamiento) que en ese sentido formuló SBS Seguros Colombia S.A., en particular, la denominada “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en” el numeral “3.7. de las condiciones generales del seguro”.

⁴³ derivado 62 del expediente virtual.

⁴⁴ Ver sentencia de 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00, M.P Margarita Cabello Blanco

⁴⁵ “Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 3. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁴⁶ “2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁴⁷ “Los amparos básicos y **todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos **que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada**. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

⁴⁸ “2. Primera página de la póliza. **En esta página debe figurar, en caracteres destacados, según, los mismos lineamientos atrás señalados, y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, los amparos básicos y todas y cada una de las exclusiones que se estipulen**. Por ningún motivo se podrán consignar en las páginas interiores o en las cláusulas posteriores exclusiones adicionales que no se hallen previstas en la primera condición aquí estipulada”.

Por la misma razón (ineficacia de la estipulación), tampoco está llamada a prosperar la excepción de “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en el” numeral “3.14 de las condiciones generales del seguro”⁴⁹, que invocó la aseguradora frente al llamamiento.

Tampoco están llamadas a prosperar las restantes excepciones formuladas por la aseguradora frente a la demanda denominadas: “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante” y “falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, pues ambas ameritaron un despacho frontal y conjunto en el numeral 3.2. de las consideraciones que quedaron expuestas.

En punto a la “excepción” genérica⁵⁰, no solo de antaño se ha dicho que no existe (CSJ sentencia de 17 de agosto 17 de 1964), cuyo criterio mantiene el CGP, sino que tampoco encuentra la Sala acreditada alguna circunstancia que pudiera dar lugar a un pronunciamiento oficioso.

Respecto a la defensa según la cual hubo “ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”, fundada en que amparó “actos profesionales incorrectos” y no podía endilgarse responsabilidad a su llamante por los hechos a que alude el libelo introductorio, aunado a que no se causó un daño por cuenta de su amparada, como tampoco infracción de sus deberes contractuales y legales, es suficiente remitirse igualmente a lo dicho en el numeral 3.2., que, en lo medular, concluyó que la apelante sí incumplió a lo que se obligó y le causó a la demandante un “perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado”⁵¹.

En lo atinente a la defensa consistente en la “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, soportada en los artículos 1079 y 1089 del C. de Co. y en la sección III de la “póliza” en comento, que previó un límite asegurado de \$15'000.000.000,00 por año, tampoco tendrá acogida, por

⁴⁹ Según la cual “cualquier reclamo basado u originado por un hurto, un fraude, una desaparición inexplicada, así como cualquier hecho que pueda ser indemnizado bajo una póliza integral bancaria o póliza equivalente, cualquiera que sea el valor asegurado y aun cuando el asegurado mantenga o no vigente dicha póliza”. (se resalta; fl. 8, derivado 16 del expediente virtual).

⁵⁰ Fls. 17-21, derivado 29 del expediente virtual.

⁵¹ CSJ, Cas. Civ. sentencia de 5 de noviembre de 1998, exp.: 5002.

cuanto la aseguradora no acreditó, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, la afectación (en ese apartado de responsabilidad civil profesional) de la anunciada póliza con el pago de siniestros en una cuantía superior a ese monto.

Por lo mismo y tanto, habrá de desestimarse la excepción de “*agotamiento del valor asegurado*”, tras fundarse en el mismo sustrato fáctico de aquella defensa.

Referente a la excepción de “*aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*”, aunque no enerva la responsabilidad contractual que habrá de refrendarse, sí se impone su estudio por así deducirse del artículo 1103 del C. de Co.⁵² y los numerales 4.14 y 7.2 de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras.⁵³

En efecto, lo que se evidencia en la póliza n.º 1000099, es que en tratándose del amparo por “Responsabilidad Civil Profesional”, en el anexo n.º 22, sección III, si bien (al igual que la carátula) se señala una suma asegurada por \$15.000’000.000,00, también llamante y llamada acordaron unos límites asegurados “por Evento y en el Agregado Anual Deducible todo y cada reclamo” por \$150’000.000,00⁵⁴, de suerte que se condenará a SBS Seguros Colombia S.A. a reembolsar \$1.346’509.135,00 (suma que no supera el límite que, para ese rubro, se impuso en el contrato de seguro, al tenor de lo previsto en el artículo 1079 del C. de Co.), más los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa autorizada por la ley que se generen sobre ese monto, en el evento de que no se erogue dentro del término concedido en el fallo de primer nivel.

Los otros \$150’000.000,00 (deducible), como se anticipó, serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen.

Consecuente con lo anterior, inocuo se aviene acoger la excepción tendiente a reclamar que la sentencia se sujete “a los términos, límites y condiciones”, cuando, como se vio, ello ha tenido lugar líneas atrás.

⁵² A cuyo tenor “(...) *Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original.*”

⁵³ Fls. 12 y 17, “18102013-1322-P-06-FIPICG001 POLIZA DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL”, derivado 16 del expediente virtual.

⁵⁴ Fl. 3, “vhrivera_405_1000099” derivado 16 del expediente virtual.

4. En resumidas cuentas, como la demandada no logró socavar con sus argumentos el fallo apelado, este será confirmado en lo atinente a declarar su responsabilidad con la consecuente condena que le fuere impuesta -previo descuento del deducible que pactó con SBS Seguros Colombia S.A.-, por un lado, y por el otro, se revocará en cuanto frustró el llamamiento en garantía, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de la demandante, ante las resultas de su alzamiento, en los términos del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Revocar el numeral 5º de la sentencia que el 28 de enero de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III de la Superintendencia Financiera de Colombia y, en su lugar, **declarar** infundadas las defensas formuladas por SBS Seguros Colombia S.A. frente a la demanda y el llamamiento en garantía que le hizo Acción Sociedad Fiduciaria S.A., salvo la de “*aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*”, que prospera por lo dicho en la parte motiva.

Por consiguiente, **condenar** a la referida aseguradora a pagar a la demandante -o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hubiere pagado la totalidad de la condena que se le impuso-, la suma de \$1.346'509.135,00, dentro del término que fijó el *a quo* en el fallo recurrido, so pena de reconocer intereses comerciales de mora sobre ese valor a la máxima tasa autorizada por la ley. Los restantes \$150'000.000,00 (deducible), serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen, conforme a lo dicho en la parte motiva. En lo demás, se **confirma**.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de la demandada y en favor de la demandante (artículo 365 del CGP). Líquidense por el *a quo* conforme al artículo 366, *ídem*. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de **\$4'000.000.00**.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los magistrados,

Firmado Por:

**MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
MAGISTRADO
TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE
BOGOTÁ, D.C.-SANTAFE DE BOGOTÁ D.C.,**

**OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
MAGISTRADO
TRIBUNAL 011 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE
BOGOTÁ, D.C.-BOGOTÁ, D.C.**

**IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA
MAGISTRADO
TRIBUNAL 007 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE
BOGOTÁ, D.C.-SANTAFE DE BOGOTÁ D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

5f7592edc1a8a11c29d3fed6a54a23c58e1ccddf95845f949d33303eb7417f5f

Documento generado en 26/07/2021 04:54:11 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013199003201801590 01

Se decide el recurso de apelación que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. interpuso contra la sentencia de 22 de enero de 2020, proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia en el proceso que le promovió Femme International S.A.S., con apego al sentido del fallo anunciado en la audiencia de 29 de julio de 2021.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. En ejercicio de la “acción de protección al consumidor financiero”, a cuyas normas expresamente se remitió, la sociedad demandante pidió ordenar que se le devuelva la suma de \$2.564'673.000,00, debidamente indexada, junto con los intereses legales correspondientes hasta que se verifique el pago, por el incumplimiento de las obligaciones que la fiduciaria contrajo en virtud del contrato de encargo fiduciario No. 000110011130 (pg. 18, derivado 000 del expediente digitalizado).

Como soporte de sus pretensiones, adujo que le ofrecieron vincularse al proyecto denominado Centro Comercial Marcas Mall Cali, para cuyo desarrollo se habían celebrado los contratos de encargo fiduciario preventas promotor MR-799 Marcas Mall, el 17 de diciembre de 2013, lo mismo que el

de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali, de fecha 24 de marzo de 2014 -en el que está “parqueado” el lote de terreno con matrícula No. 370-695292-, habiéndose previsto en el primero una serie de requisitos para que la fiduciaria pudiera transferirle a la promotora los recursos entregados por los inversionistas.

Dado su interés, el 12 de noviembre de 2015 suscribió como inversionista el encargo fiduciario individual No. 000100011130, con la finalidad de adquirir el local comercial No. 1-056B, negocio jurídico que tuvo como objeto la administración por parte de la fiduciaria demandada de los recursos destinados al proyecto, para que, una vez cumplidas las condiciones pactadas -las mismas establecidas en el otrosí No. 3 al encargo fiduciario de preventas promotor MR-799-, los entregara a la promotora.

Añadió que cumplió con todas las obligaciones a su cargo, incluido el pago oportuno de \$2.564.673.000 (de un total de \$4.274'455.000,00); sin embargo, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo porque, de un lado, (a) transfirió los recursos a la promotora sin verificar “el lleno de los requisitos formales” (pg. 6, derivado 000 del expediente digitalizado), entre ellos, el punto de equilibrio, la acreditación del crédito constructor y la verificación de la propiedad en cabeza del fideicomiso; y (b) porque no le informó de la existencia del acta de 4 de noviembre de 2014 y de la información falsa que contenía (pg. 9, ib.).

Resaltó que para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, sólo se habían vinculado inversionistas por un valor total de \$92.827'383.075, de un total de ventas proyectadas por \$253.031'332.726,00, por lo que no se cumplía con el 52% que exigía el punto de equilibrio. Los dineros se transfirieron con una certificación en la que se dijo que no era necesario el crédito constructor y, en adición, el lote sólo fue transferido a la fiduciaria, como vocera del patrimonio autónomo, mediante escritura pública No. 2845 de 19 de noviembre de ese año, inscrita en el aludido folio de matrícula el 1º de diciembre siguiente.

Concluyó que por esos incumplimientos y las malas prácticas de diligencia que desarrolló (entre ellas, no informar de esa acta e indebida administración de los recursos), la demandada está obligada a responder por los aportes y dineros que le fueron entregados.

2. Notificada del auto admisorio, la sociedad demandada se opuso a las pretensiones, frente a las cuales planteó, a manera de defensa, las excepciones que denominó (i) “cláusula compromisoria”; (ii) “acción sociedad fiduciaria no es contractualmente responsable”; (iii) “error en la identificación del contrato celebrado”, y (iv) “falta de legitimación en la causa por pasiva”; también objetó el juramento estimatorio (pgs. 6 a 23, derivado 014 del expediente digitalizado).

Asimismo, llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (derivado 016 del expediente digitalizado), sociedad que, a su turno, formuló como excepciones de mérito contra la demanda la (i) “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”, (ii) “falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, y (iii) “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” (pgs. 1 a 19, derivado 030 del expediente digitalizado).

Frente al llamamiento que se le hizo, luego de admitir la celebración del contrato de seguro al que se refiere la póliza 1000099 (que incluye una sección de responsabilidad profesional), y de oponerse a las súplicas de la sociedad fiduciaria, planteó como excepciones las que denominó (i) “ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”; (ii) “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en el los (sic) numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”; (iii) “improcedencia de la indemnización

de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”; (iv) “agotamiento del valor asegurado”; (v) “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional”; y (vi) “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, las últimas tres en forma subsidiaria (pgs. 19 a 26, ib.).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia desestimó las excepciones propuestas por la fiduciaria demandada y la declaró civil y contractualmente responsable por los perjuicios causados a la parte demandante. En consecuencia, la condenó a pagar la suma de \$2.966'897.434,00.

La aseguradora, por el contrario, fue absuelta por ausencia de cobertura, pues halló configurada una de las exclusiones previstas en las condiciones generales del contrato de seguro.

Después de afirmar la legitimación en la causa de ambas partes, descartar el pacto arbitral y sostener que se trata de una acción de protección al consumidor, según lo dispuesto en el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, el juzgador precisó que el encargo fiduciario y el contrato de fiducia mercantil son negocios coligados “en razón a la función económica que persiguen” (pg. 8, derivado 129 del expediente digitalizado), el juzgador consideró que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió sus deberes legales y contractuales, dado que tenía a su cargo “no solo verificar la viabilidad y la eventual consecución de la finalidad del negocio fiduciario, sino atender de manera irrestricta los controles internos en procura de proteger los intereses de los participantes del negocio, a efectos de desligar su responsabilidad en el proyecto, así como volver a revisar estos actos en las diferentes modificaciones u otros Sí (sic)

que se presentaron en el contrato” (pg. 18, ib.), situación que constató, incluso, desde los inicios del negocio fiduciario.

Respecto de la obligación a cargo de la fiduciaria, relativa a la verificación de cada una de las condiciones establecidas en el encargo matriz y en el individual para la transferencia de los recursos, señaló que, conforme al acta de cumplimiento de condiciones de 4 de noviembre de 2014, “se encuentra que para dicha fecha no había soportes del cumplimiento de las condiciones enunciadas en los numerales **3)** y **6)** de la cláusula tercera” del encargo fiduciario MR-799 (pg. 21, ib.), referidas a la carta de aprobación o pre aprobación de crédito constructor, como tampoco que los encargos fiduciarios de los inversionistas contaran en suma con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por ellos.

Añadió que la sociedad fiduciaria tampoco verificó el acatamiento de la condición relacionada con que el lote de terreno sobre el cual se desarrollaría el proyecto estuviese en cabeza del fideicomiso administrado por ella, puesto que la escritura pública a través de la cual se transfirió la propiedad fue suscrita el 19 de noviembre de 2014, mientras que su registro se verificó el 1º de diciembre del mismo año, días después de suscribirse el acta de verificación (4 de noviembre).

Por tanto, la referida acta contiene “información falsa e imprecisa”, resaltando que esa conducta “obedeció a un actuar fraudulento, como así lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio” (pg. 22, ib.), actuaciones todas que comprometieron la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria demandada, “tanto por la conducta de sus dependientes y representantes, como por la ausencia de control sobre las actuaciones de su representante legal y gerente de la oficina de la ciudad de Cali” (pg. 34, ib.).

Adujo que no se demostró que la demandada hubiere ejercido actos adicionales para lograr la consecución del negocio fiduciario, una vez conoció los hechos “presuntamente delictivos desarrollados por sus funcionarios de

la ciudad de Cali” (pg. 37, ib.), ni ejerció acciones tendientes a proteger los bienes fideicomitidos.

Concluyó que el perjuicio se configuró “al no poder obtener la consecución del contrato de fiducia por los actos culpables de omisión y negligencia de la demandada, esto es, no poderse hacer un beneficio real de área con ocasión a esta conductas (sic) de Acción Sociedad Fiduciaria” (43, ib.).

Finalmente, en relación con las obligaciones del llamado en garantía, halló acreditado que el hecho base de la reclamación provino de un evento excluido, concretamente el previsto en el literal b) del numeral 3.7. de la póliza, relativo a los reclamos originados por los actos, errores u omisiones “debido a una conducta delictiva, **criminal**, deshonesta, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado (...) b) cuando el **asegurado** haya admitido dichas conductas” (pg. 47, ib.), en tanto “los hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada-asegurada, por conducto de su representante legal, como fraudulento” (ib.).

EL RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad fiduciaria pidió revocar la sentencia porque “la fijación del ‘punto de equilibrio’ y de las condiciones respectivas fue un asunto que asumió contractualmente el promotor”, frente a lo cual “sólo debía transferir los recursos cuando el promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos” (pg. 4, archivo 05, cdno. Tribunal del expediente digitalizado), precisando que la parte demandante, al suscribir el encargo fiduciario, supo del cumplimiento de tales exigencias.

Cuestionó que la delegatura omitió analizar los elementos de la responsabilidad civil contractual pretendida, puesto que se “circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria” (pg. 7, ib.) en el desarrollo del encargo de fiducia MR-799 y el contrato de fiducia FA-2351, lo que dio lugar a que la decisión impugnada constituya “un juicio administrativo sancionatorio propio de la

Superintendencia Financiera –en su condición de autoridad estatal a cargo de la supervisión de las entidades financieras que operan en Colombia” (ib.).

Adujo que los daños sufridos por la sociedad demandante resultaron “de un comportamiento antijurídico de MARCAS MALL, en su condición de Promotor del Proyecto Marcas Mall” (pg. 8, ib.), y que no se integró correctamente el contradictorio, resaltando, entonces, que había falta de legitimación en la causa, por pasiva.

Sostuvo que se “accedió a las pretensiones... con fundamento en hechos que no fueron alegados en la demanda y sobre los cuales no versó la actividad probatoria” (pg. 11, ib.), por lo que el fallo es incongruente. También cuestionó que las pruebas no se valoraron en conjunto, de acuerdo a la sana crítica, y que se definió en forma errada el marco normativo aplicable, porque “Acción no tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios” (pg. 15, ib.). Luego, no existe la obligación contractual que la Superintendencia halló para deducir una responsabilidad de este linaje.

Finalmente, censuró la valoración que se hizo del interrogatorio practicado a la representante legal de la fiduciaria, para afirmar la exclusión del pago de la póliza, puesto que la declaración de aquella “no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7. del clausulado general”, pues “[b]asta detenerse en el interrogatorio de parte para constatar que la representante legal simplemente señaló que, en su momento, (...) tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos – sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello” (pg. 35, ib.). En consecuencia, pidió que se concedieran las pretensiones del llamamiento en garantía.

CONSIDERACIONES

1. Ya el Tribunal, en ocasión anterior, a propósito de la controversia que sostuvo la fiduciaria demandada con la sociedad Mejía Álvarez Sabogal

S.A.S., se pronunció sobre la responsabilidad contractual de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en el marco de los contratos de encargo fiduciario que celebró con inversionistas del proyecto denominado Centro Comercial Marcas Mall Cali, por lo que teniendo este nuevo caso perfiles similares a los de ese otro pleito – definido en sentencia de segunda instancia de 7 de abril de 2021¹ –, recibirá la misma solución. Al fin y al cabo, al administrar justicia el juez debe ser coherente, por manera que la Sala está obligada por su propio precedente, como lo ha puntualizado la Corte Constitucional, al definirlo como “aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en manera de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, en las que, en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”².

Por consiguiente, la Sala se pronunciará sobre los reparos que se formularon contra la sentencia de primer grado, acudiendo, en lo basilar, a los mismos argumentos esgrimidos en ese otro fallo, comenzando por los de naturaleza procesal (integración del contradictorio y congruencia del fallo), para luego ocuparse de los de linaje sustancial (responsabilidad civil contractual de la fiduciaria y de la aseguradora), sin dejar de advertir que, según los artículos 320 y 328 del C.G.P., la competencia del Tribunal se limita, exclusivamente, a los reparos expuestos por el apelante.

2. **Sobre la integración del contradictorio**

Se trata de una discusión ya resuelta en autos de 27 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, en los que se resolvió un recurso de reposición contra el auto admisorio y la excepción previa, respectivamente (derivados 013 y 025 del expediente digitalizado).

Con todo, no está de más señalar que la ley no impone convocar a personas que hacen parte de otro contrato a una discusión que concierne a un negocio jurídico diferente, por más que exista coligamiento negocial. Tampoco lo

¹ Exp. 110013199003201801254 01

² Sentencia T-309 de 22 de mayo de 2015

reclama la relación sustancial, si se considera que sólo la demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. son parte en el contrato de encargo fiduciario al que se concretan las pretensiones de la demanda (No. 01100011130), que no se puede confundir con la fiducia mercantil en la que Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. funge como sociedad promotora (derivado 111, “pruebas Femme”, archivo “08.Contratos - contrato FA-2351 MARCAS MALL” del expediente digitalizado).

Luego, sólo la sociedad fiduciaria tiene legitimación en la causa para enfrentar las pretensiones de responsabilidad contractual que le formuló la demandante.

3. Sobre la congruencia de la sentencia apelada

Ninguna censura merece la consonancia del fallo que profirió la Superintendencia, porque en materia de derecho de consumo el juez tiene facultad para decidir *infra, extra y ultra petita*, correspondiéndole, además, resolver “de la forma que considere más justa para las partes, según lo probado en el proceso” (Ley 1480 de 2011, art. 58, num. 9º).

En cualquier caso, no hay desarmonía entre los hechos alegados en la demanda y los que el juzgador trajo a colación en su sentencia, pues en aquella – y en ésta – se perfiló el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de la institución financiera respecto de los recursos que, como inversionista, le entregó con fines de administración. Así se advierte, por vía de ejemplo, en los hechos 7º (“...Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada...”; pg. 6, derivado 000 del expediente digitalizado), 7.1. (“al incumplir Acción Sociedad Fiduciaria S.A. con lo estipulado en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall y su correspondiente otrosí y lo estipulado en el contrato fiduciario individual...; pg. 7, ib.), y 8º (“...El incumplimiento y responsabilidad legal y contractual de la Fiduciaria se ve reflejada en el despliegue de las siguientes conductas...; pg. 9, ib.), que el juez halló probados, como se lee en los numerales 1º, 2º y

3º de su decisión (pgs. 18, 19, 24, 25 y ss. del derivado 129 del expediente digitalizado).

4. **Sobre la responsabilidad civil contractual**

Es asunto averiguado que la responsabilidad contractual emerge de la infracción de un negocio jurídico válido (hecho ilícito), de cuyas obligaciones se aparta voluntariamente el contratante imputado (culpa), quien al proceder de ese modo le genera una lesión al patrimonio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (daño), como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en innumerables decisiones al destacar que, en estos eventos, el demandante “debe acreditar: (i) existencia de un contrato válidamente celebrado; (ii) incumplimiento de una o más obligaciones contractuales imputable al deudor por dolo o culpa; (iii) un daño o perjuicio; y (iv) vinculo de causalidad entre aquel y este último requisito”³.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, es claro que la sociedad demandante se vinculó con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a través del encargo fiduciario No. 01100011130 (fl. 43, derivado 000 del expediente digitalizado), cuyo objeto era la administración de los recursos entregados a la fiduciaria por el inversionista para ser transferidos al promotor, una vez se acreditara y verificara el cumplimiento de ciertos requisitos.

Por su importancia es útil resaltar que este negocio jurídico no se puede confundir con la fiducia mercantil propiamente dicha, entre otras razones porque no hay transferencia de la propiedad ni formación de un patrimonio autónomo, aunque, por remisión del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 146, num. 1º), algunas de las disposiciones del Código de Comercio relativas a este último contrato son aplicables a aquel⁴, como el

³ Cas. Civ. Sentencia de 18 de junio de 2019, SC2142-2019, exp. 05360-31-03-002-2014-00472-01

⁴ También la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, Parte II, Título II, Capítulo I, 1.1.puntualiza que, “Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el art. 1226 y siguientes del C.Cio. Si no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el

deber de “[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (num. 1º, art. 1234, ib.).

Precisamente sobre la diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado:

(...) previendo el artículo 29, numeral 1º, literales a) y b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria no sólo pueden, en desarrollo de su objeto social, tener la ‘calidad de fiduciarios en los términos del artículo 1226 del Código de Comercio’, sino también celebrar ‘encargos fiduciarios’, esto pone de presente que no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia.

De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un ‘patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo’.⁵

Ahora bien, aunque en ambos negocios jurídicos el fiduciario contrae – por regla – obligaciones de medio, e incluso el numeral 3º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prohibió que los encargos fiduciarios tengan por objeto la asunción de obligaciones de resultado (en este caso las partes expresamente pactaron que “las obligaciones que asume la fiduciaria son de medio y no de resultado” y se limitan a “sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos” (cláusula 9ª, fl. 46, derivado 000 del expediente digitalizado)), a ello no le sigue que la fiduciaria, tratándose de ciertas y específicas obligaciones, pueda limitarse a realizar su mejor esfuerzo en el momento de cumplirlas.

contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1 del art. 146 del EOSF.”

⁵ Cas. Civ. Sentencia de 21 de noviembre de 2005. Exp. 11001310302019920313201.

Con otras palabras, no es posible encasillar todos los deberes de prestación a cargo de la fiduciaria en el marco de las obligaciones de medio, sino que es indispensable verificar cada una de las obligaciones en orden a establecer, como lo advierte la Corte Suprema de Justicia, “la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr”. Por eso, en esa misma sentencia, la Corte señaló que,

En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. **Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario.**⁶ (Se resalta)

Con esta misma orientación, la doctrina ha resaltado, sobre la naturaleza de las obligaciones asumidas por el fiduciario, que:

Decir que el fiduciario asume únicamente obligaciones de medio y no de resultado, implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados (en la fiducia de administración, por ejemplo, las obligaciones que asume por lo general el fiduciario son de resultado). Además, a pesar de la aserción legal, existen dentro del elenco de obligaciones indelegables que enumera el legislador algunas de resultado como la rendición de cuentas periódicas de su gestión a los constituyentes; la obligación de llevar cuentas separadas de cada negocio o encargo fiduciario; la obligación de transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda conforme al contrato.⁷

⁶ Cas. Civ. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Rad. 20001-3103-005-2005-00025-01.

⁷ Ernesto Rengifo García. La fiducia mercantil y pública en Colombia, 2012, p. 158.

En este orden de ideas, la obligación que contrajo la fiduciaria demandada, en virtud del contrato de encargo fiduciario que celebró con la demandante, consistente en “colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor” (se subraya; num. 2º cláusula 8ª, pg. 56, derivado 000 del expediente digitalizado), es una típica obligación de resultado, puesto que no dependía, en modo alguno, de una gestión simplemente diligente y mucho menos del azar, sino que, por el contrario, le imponía a la hoy demandada la tarea de verificar las exigencias en cuestión, sin las cuales no podía ejecutar esa conducta, específicamente la de entregarle los recursos al promotor.

Expresado con otros términos, para que la fiduciaria pudiera disponer de los recursos tenía que verificar, entre otros requisitos, los siguientes: “3) Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso. 4) Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de pre venta inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto, si es del caso. (...) 6) Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.” (fl. 44, derivado 000 del expediente digitalizado).

Así las cosas, como en la demanda se alegó que “Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales” (pg. 7, derivado 000 del expediente digitalizado), dado que pasó por alto que no se cumplían las condiciones pactadas para la transferencia de recursos, y fue probado que la demandada – para la época de dicha transferencia – no corroboró, cotejó o confrontó el cumplimiento de los requisitos pactados en el

encargo fiduciario⁸, particularmente los establecidos en los numerales 3º y 6º, puesto que en el proceso obra certificación de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. de fecha 12 de noviembre de 2014, en la cual informó que “no requiere crédito constructor”⁹ (fecha posterior al acta de verificación de las condiciones para la transferencia de los recursos) y, cual si fuera poco, no verificó que los terrenos en los cuales se iba a desarrollar el proyecto habían sido adquiridos o aportados de manera definitiva al fideicomiso, con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones, se imponía afirmar la responsabilidad de la sociedad demandada, máxime si ya no se disputa, de una parte, que para la fecha del acta de verificación de las condiciones para la transferencia de recursos al promotor (4 de noviembre de 2014), aún no se había transferido la propiedad del inmueble al fideicomiso, como lo revelan la escritura pública No. 2845 de 19 de noviembre de 2014, otorgada en la Notaría 11 de Cali¹⁰, y el certificado de tradición del inmueble con matrícula No. 370-695292 (fl. 68 del derivado 000 del expediente digitalizado), y de la otra, que tampoco se constató lo relativo al punto de equilibrio establecido por el fideicomitente o partícipe, como lo reconoció la representante legal de la demandada (audiencia min. 56:12, derivado 064 del expediente digitalizado).

Más aún, aunque se aceptara que, en todo caso, la transferencia de la propiedad del inmueble ya se había hecho para el momento de celebración del encargo fiduciario materia de este proceso (12 de noviembre de 2015), no se puede pasar por alto que esas otras dos exigencias: carta de aprobación de crédito constructor y punto de equilibrio, no estaban cumplidas, como tampoco que, en general, la fiduciaria celebró un contrato de encargo fiduciario comprometiéndose a hacer lo que ya había hecho sin el lleno de las exigencias previstas por los contratantes.

Es cierto que la fiduciaria demandada no fungió como constructora, ni promotora, ni interventora del proyecto. También lo es que tampoco participó

⁸ Condiciones acordadas en iguales términos en el otrosí No. 3 al contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall”; pg. 70, derivado 000 del expediente digitalizado.

⁹ Pg. 99, derivado 000 del expediente digitalizado.

¹⁰ Pg. 81 y ss, ib.

en la determinación del punto de equilibrio. Pero es absolutamente claro, pues fue expresado en el contrato de encargo fiduciario, que suya era la obligación de poner “a disposición del promotor los recursos recaudados..., **una vez se acredite y verifique el cumplimiento**” de ciertos requisitos (se resalta; cláusulas 1ª y 8ª; pgs. 54 y 56, del derivado 000 del expediente digitalizado), por lo que no es posible sostener que no hay nexo causal entre la conducta censurada y el resultado dañoso.

En este orden de ideas, la fiduciaria no puede excusar su responsabilidad afirmando que la culpa es de un tercero, específicamente, del promotor. ¿Cómo así que entrega más de dos mil quinientos millones de pesos sólo porque el promotor le dijo que ya se habían cumplido las condiciones? ¿Cómo así que la fiduciaria, el 4 de noviembre de 2014, procedió a poner a disposición los recursos recaudados en la preventa porque, según el acta, “procedió a verificar la documentación aportada por el promotor”, constatando en el certificado de tradición del inmueble con matrícula No. 370-695292, que su dueño ya era el “fideicomiso FA 2351 Marcas Mall”, lo que evidentemente no era cierto, como se explicó? ¿Cómo así que entregó los recursos sólo porque, contrariando la instrucción de los inversionistas, se le dijo que “no es necesario el crédito constructor”?; y ¿Cómo así que, en materia de punto de equilibrio, se limitó a señalar que habían sido constituidos 91 encargos fiduciarios por valor de \$92.336.645.306, sin constatar que esa suma equivaliera al 52% de las ventas estimadas del proyecto? (pg. 73 y ss., derivado 000). Para la Sala, la conducta de la fiduciaria, como profesional especializado, merece reproche y debe censurarse en la medida en que causó un daño a la sociedad demandante.

Pero, además, la fiduciaria también quebrantó sus deberes legales frente a un consumidor financiero, según lo previsto en la ley 1328 de 2009, punto en el que el Tribunal reitera los argumentos que expuso en el caso anterior¹¹:

(...) es necesario resaltar que las sociedades fiduciarias, en materia de encargos, tienen una serie de deberes legales, según lo previsto en la ley 1328 de 2009, entre ellos el de ‘suministrar a los consumidores

¹¹ Mejía Álvarez Sabogal contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A. Exp. 110013199003201801254 01

financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.’ (art. 3º, lit. c), art. 3º), como también lo precisa el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al señalar que ‘[l]as entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.’ (num. 1º, art. 97). Por eso la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (Circular Externa 007 de 1996, subrogada por la Circular Externa 029 de 2014), amén de reiterar que en este tipo de operaciones las sociedades fiduciarias están compelidas a cumplir, entre otros, los deberes de información, asesoría, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, y de ‘diligencia, profesionalidad y especialidad’¹², puntualiza que ellas igualmente están obligadas a ‘[r]ealizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto’¹³, así como a implementar procedimientos de control interno para verificar aspectos como:

- ‘- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones. (...)
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término (...)
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.’¹⁴

Tan sólo se agrega que la demandada omitió su deber de informar a la sociedad demandante, en el momento de celebrar el encargo fiduciario, que los recursos depositados por otros inversionistas anteriores ya habían sido transferidos a la promotora porque, supuestamente, se habían satisfecho los

¹² Numerales 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2, 2.2.1.2.3., 2.2.1.2.4 y 2.2.1.2.5 del capítulo I, Título II de la Parte II.

¹³ Numeral 5.2., Capítulo I, Título V.

¹⁴ Ib.

requisitos para hacerlo, situación que acarreó, de paso, que la demandante desconociera los riesgos asociados a ese hecho.

En este orden de ideas, es claro que se reúnen los requisitos para deducir la responsabilidad contractual de la sociedad fiduciaria, máxime si se considera que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” (C. de Co., art. 1243), y que el detrimento patrimonial se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados. Por lo demás, si en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, resulta inadmisibles alegar que no hubo daño en la medida en que el inversionista, eventualmente, puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo en el que resultó involucrado, precisamente por cuenta de la conducta culposa de la fiduciaria. Si los dineros están donde no debían estar, la parte que provocó esa distorsión no puede evadir su responsabilidad pretextando ausencia de daño, remitiendo a su víctima a un concurso de pérdidas.

5. Sobre la responsabilidad del asegurador y el llamamiento en garantía

No se discute que Acción Sociedad Fiduciaria celebró un contrato de seguro con SBS Seguros Colombia S.A., contenido en la póliza No. 1000099, en virtud del cual quedaron amparados, entre otros, los “actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores”, específicamente los “actos dolosos cometidos por cualquier empleado del asegurado, ya sea solo o en complicidad con otras personas, con la intención de causar al asegurado una pérdida financiera”, así como la “responsabilidad civil profesional financiera”, en virtud de la cual el asegurador se comprometió a cubrir los “reclamos presentados por primera vez en contra del asegurado, durante el período de la póliza o cualquier período de descubrimiento (si fuese aplicable) y ocurridos con posterioridad a la fecha de retroactividad y notificados al asegurador en la forma exigida por el presente contrato...” (pg. 2, archivo “vhrivera_405_1000099”, derivado 016 del expediente digitalizado).

Y tampoco se cuestiona la vigencia de dicha protección, entre el 30 de septiembre de 2017 y el mismo día y mes de 2018, la fecha de retroactividad (“ilimitada para límites hasta COP \$15.000 millones evento & COP \$30.000 millones agregado anual”; ib.), la fecha de continuidad (“26 de mayo de 2010”), que la reclamación se hizo durante el período de cobertura y de la manera acordada, como tampoco el deducible (\$150 millones).

La controversia se focaliza en la exclusión pactada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza, que prevé como tal, para el amparo de responsabilidad civil profesional, “cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesta, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (...) (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas” (pg. 6, archivo “18102013-1322-P-06-FIPICG001 póliza de seguros de responsabilidad civil...”, derivado 016 del expediente digitalizado).

Pues bien, más allá del escrutinio sobre la eficacia de las cláusulas de exclusión, por aquello de lo dispuesto en los artículos 44 de la ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁵, lo cierto es que no se configuró el evento previsto en el referido literal b), como erróneamente lo consideró la Superintendencia Financiera.

En efecto, ese motivo de exclusión -en dicho amparo- se presenta cuando el asegurado ha “admitido” las conductas delictivas, deshonestas o fraudulentas, esto es, cuando las ha tolerado, aprobado o permitido, lo que, desde luego, justifica la salvedad. Pero no es posible sostener que por el solo hecho de afirmarse la existencia del comportamiento, mejor aún, de creer o considerar que la conducta de un empleado es fraudulenta, se estructura la exclusión. Con otras palabras, si, según la póliza y para el amparo en cuestión, se entiende por “acto profesional incorrecto” “todo incumplimiento, real o presunto, de obligaciones o deberes, toda negligencia, error u omisión,

¹⁵ Cfme. Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017, y Cas. Civ. de 23 de noviembre de 2020 (sent. SC4527-2020). Rad.: 11001-31-03-019-2011-00361-01

declaración inexacta o incierta que tengan lugar exclusivamente con ocasión o en el ejercicio de las actividades profesionales del asegurado y por las cuales incurra en responsabilidad el asegurado” (se subraya; archivo “18102013-1322-P-06-FIPICG001 póliza de seguros de responsabilidad civil...”, derivado 016), no es posible sostener que por el sólo hecho de manifestar la parte asegurada que hubo un actuar fraudulento del trabajador, se consolida la exclusión, pues esa aseveración no entraña reconocimiento o confesión de tolerancia consciente o aprobación de una conducta que, sin duda, sí fue incorrecta.

En este caso, a la representante legal de la fiduciaria se le preguntó si la información falsa que contenía el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 constituyó “un actuar fraudulento”, a lo que respondió afirmativamente (audiencia min. 2:00:40, derivado 064 del expediente digitalizado). También se le interrogó si la reclamación a la aseguradora se relacionó con los actos fraudulentos del señor Álvaro José Salazar en la oficina de Cali, a lo cual, igualmente, contestó que “sí” (audiencia min. 2:05:48, ib.). Se trató, entonces, de un parecer, de una opinión, de un calificativo personal, sin que en el expediente obre prueba del dolo.

Luego, no se puede sostener que tales respuestas evidencian que la fiduciaria, *adrede*, toleró, permitió o admitió las conductas -calificadas como fraudulentas- de sus trabajadores, como tampoco que *conocía* de la ilicitud del comportamiento que ellos desplegaron, que son, como se sabe, presupuestos del dolo. Al fin y al cabo, “dolo es la intención de violar el derecho, y no se puede violar intencionalmente lo que no se conoce.”¹⁶ Lo que se demostró fue una conducta anómala, irregular y culposa de la fiduciaria, pero nada más. Es por eso, y no por dolo, que se afirma su responsabilidad.

Pero sea cual fuere el alcance que se le otorgue a esa manifestación, el recurso a la aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio y de la causal de exclusión alegada pasa por alto que una cosa es que no sean

¹⁶ Uribe-Holguín Ricardo, Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos, Bogotá, Temis, 1979, p. 68.

asegurables los actos *intencionalmente* dañosos del tomador, asegurado o beneficiario, aspecto que la Sala no discute, y otra muy distinta el aseguramiento de los actos intencionales de los dependientes o trabajadores del asegurado, que admiten amparo sin que el asegurador pueda excusarse de pagar el siniestro so pretexto de la ineficacia -por ilicitud en el objeto- prevista en la referida norma mercantil. Que las personas jurídicas incurran en responsabilidad directa por los actos de sus trabajadores no significa que de ellas se afirme el dolo, como lo tiene precisado, de tiempo atrás, la doctrina:

Para el asegurado, como titular del interés asegurable, también revisten calidad de *fortuitos* los siniestros provenientes de dolo o culpa grave (o de otra clase) de las personas por cuyos actos u omisiones está llamado a responder civilmente. Por lo mismo, tales actos son asegurables, algo más, deben entenderse asegurados salvo convención en contrario...

Parece, pues, claro que no constituyen causales de exclusión el dolo, la culpa grave y, en general, los actos intencionales de las personas que obligan la responsabilidad civil del tomador, asegurado o beneficiario.¹⁷

Por tanto, la aseguradora sí está llamada a pagar el siniestro¹⁸.

Corresponde, entonces, analizar las excepciones planteadas por la sociedad llamada en garantía, así:

a. “Ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”. Esta excepción se sustentó en que, según las condiciones particulares de la póliza, se ampararon “los actos profesionales incorrectos” (pg. 21, derivado 030 del expediente digitalizado), sin que se evidencie un daño causado por la sociedad demandada ni el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales. No obstante, esta defensa se descarta con los argumentos expresados en párrafos precedentes, con los

¹⁷ Ossa G. J. Efrén, Teoría general del seguro, El Contrato, t. 2, Bogotá, Temis, 1991, p. 473

¹⁸ Esta conclusión no se contradice con la sentencia que profirió otra sala de decisión de este Tribunal Superior, el 6 de julio de 2021, en un caso con perfiles similares y con ponencia de la Magistrada María Patricia Cruz Miranda, puesto que en ella no se trató este tema específico, en la medida en que, según esa decisión, el apelante “se limitó a exponer esa situación (que no hubo análisis de las pruebas), sin acreditar su inconformidad o poner de presente en qué consistió el yerro de la providencia en tal sentido.” (p. 20 y 21, cdno. Tribunal)

cuales quedó demostrado que Acción Sociedad Fiduciaria sí desatendió sus obligaciones y le ocasionó un perjuicio a la parte demandante.

b. “Improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.” (pg. 23, derivado 030 del expediente digitalizado), soportada en los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio y en lo pactado en la sección 3ª de la póliza No. 1000099, cuyo límite asegurado es de \$15.000.000.000 en el agregado anual.

De igual manera se planteó la de “Agotamiento del valor asegurado” (pg. 25, derivado 030 del expediente digitalizado).

Ambas defensas fracasan porque la prueba recaudada – de oficio – por el Tribunal permitió probar que la póliza sólo había sido afectada, en cuanto a dicho amparo, por la suma de \$21.738.000 (archivo 30, cdno. Tribunal del expediente digitalizado), razón por la cual la condena que aquí se impuso (\$2.966.897.434) no genera una extralimitación.

c. Finalmente, en cuanto a la excepción denominada “Aplicación del deducible a cargo del asegurado, pactado en la póliza No. 10000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional” (pg. 25, derivado 030 del expediente digitalizado), soportada en el artículo 1103 del Código de Comercio y en lo estipulado en el numeral 4.14. “deducible” de la póliza, en concordancia con el agregado anual de las condiciones especiales de la sección III de la póliza, la Sala observa que, en efecto, existe un “deducible todo y cada reclamo” por \$150.000.000 (pg. 74, derivado 030 del expediente digitalizado), lo que significa que la aseguradora debe indemnizar – o reembolsar – la suma de \$2.816.897.434, junto con los intereses moratorios comerciales causados sobre ese valor, si no se paga dentro del plazo otorgado en la sentencia impugnada. Los \$150.000.000 restantes serán cubiertos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los réditos de ese linaje que se causen.

6. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia en cuanto declaró responsable a la fiduciaria y le impuso ciertas condenas, pero se revocará lo decidido frente al llamamiento en garantía. Como la parte demandante no disputó las decisiones que le fueron desfavorables, el Tribunal no se ocupará de ellas.

DECISIÓN

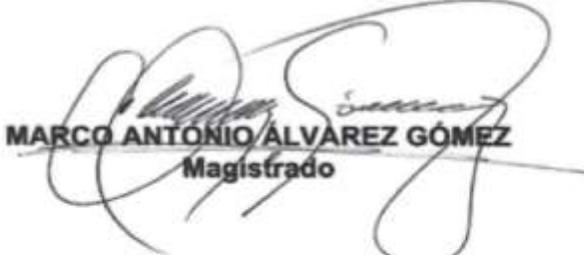
Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º de la sentencia de 22 de enero de 2021, proferida por la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro de este proceso, y **revoca** el numeral 5º, para, en su lugar, disponer:

QUINTO. Desestimar todas las excepciones propuestas por la sociedad llamada en garantía, frente a la demanda y la convocatoria que se le hizo.

Por razón del contrato de seguro celebrado entre la fiduciaria demandada y SBS Seguros Colombia S.A., se condena a esta aseguradora a pagar directamente a la demandante, o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hiciere el pago total de la condena que se le impuso, la suma de \$2.816.897.434,00, dentro del plazo fijado en la sentencia apelada. De no hacerlo, reconocerá intereses comerciales de mora.

Condenar en costas del recurso a la parte apelante.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO

RICARDO ACOSTA BUÑTRAGO
Magistrado

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9aaab5a1d120c83e14cd9a659867cc77c45436d6a77ee3ac16720b71c9d87d6f

Documento generado en 03/08/2021 03:54:14 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D.C., tres de agosto de dos mil veintiuno
(aprobado en sala virtual ordinaria de 30 de junio del mismo año)

11001 3199 003 2018 72845 01

Se resuelve el recurso de apelación que formuló Acción Sociedad Fiduciaria S.A. contra la sentencia que, el 28 de enero de 2021 profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en el proceso verbal (acción de protección al consumidor financiero) que promueve **Inversiones Uropan y Cía. S. en C.** frente a la apelante.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. Reclamó la parte actora que se condene a su contraparte a la devolución total de los recursos depositados, por la suma capital de \$918'699.082, “por incumplimiento en su obligación legal y contractual derivada de los contratos de Encargo Fiduciario Nos. 0001100011086 (local 2-045) y 0001100011087 (local 2-050) de mayo 15 de 2015”.

Sostuvo la demandante que, como interesada en el proyecto “Centro Comercial Marcas Mall” en la ciudad de Cali, celebró con la opositora los reseñados encargos fiduciarios, con la finalidad de adquirir los locales comerciales N° 2-045 y 2050 y que cumplió “con todas y cada una de las obligaciones estipuladas¹ en el contrato y sus correspondientes Otrosí”.

Añadió que “se realizaron modificaciones al Encargo Fiduciario Individual”, a través de sendos Otrosí, con los cuales, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. la indujo en error, pues “los mismos se suscribieron cuando la Fiduciaria había transferido los recursos a la promotora”, sin que se hubiera “cumplido el total de las condiciones transferencia fijadas en los contratos

¹ La demandante sostuvo que entregó “la totalidad de los recursos a la fiduciaria” (\$265'474.902, por un lado, y \$653'224.180, por el otro); que suministró la información requerida por la Fiduciaria y que suscribió con el promotor, el contrato de promesa de compraventa el 16 de agosto de 2017, entre otros.

fiduciarios y en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall”.

Adicionó que el incumplimiento contractual de la demandada consistió en **(i)** no informar el cambio en las condiciones de transferencia del dinero a la promotora, violando de esta manera lo estipulado en el EOSF; **(ii)** no informar de la existencia del “acta de verificación de fecha 4 de noviembre de 2014, para la transferencia de los recursos e indiscriminadamente redactar información falsa en los contratos de adhesión de Encargos Fiduciarios Individuales acerca de las supuestas condiciones de transferencia” y **(iii)** recibir los aportes con posterioridad a la fecha del acta de verificación de los requisitos de transferencia, “recursos de los cuales hoy se desconoce su administración y paradero”.

Destacó que “a la fecha no cuenta con su inversión toda vez que no se le ha reintegrado, no cuenta con el bien inmueble pues no le fue ni escriturado, ni entregado y el proyecto se encuentra paralizado hace más de tres años”.

2. LA OPOSICIÓN. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. excepcionó **(i)** “Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable”, por “inexistencia de daño” e “inexistencia del nexo causal”; **(ii)** “error en la identificación del contrato celebrado”; **(iii)** “falta de legitimación en la causa por pasiva” y **(iv)** “cláusula compromisoria” y **(v)** “excepción genérica”.

3. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

La demandada llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. para que, ante una eventual condena, se le ordene “el reembolso del pago que tuviere que hacer por indemnización de perjuicios con fundamento en la póliza de seguro 1000099”.

4. LAS OPOSICIONES DEL LLAMADO EN GARANTÍA.

SBS Seguros Colombia S.A. excepcionó frente a la demanda principal **(i)** “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”; **(ii)** “falta de legitimación en la causa por pasiva –Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas

Mall S.A.S.”; **(iii)** “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y **(iv)** “excepción genérica”.

Frente al llamamiento en garantía, esgrimió **(i)** “ausencia de cobertura por inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”; **(ii)** “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza N° 1000099, en especial las exclusiones contenidas en los numerales 3.17 y 3.14 de las condiciones generales del seguro”; **(iii)** “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099”; **(iv)** “agotamiento del valor asegurado”; **(v)** “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza” y **(vi)** “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad civil profesional”.

5. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. El juez *a quo* declaró civil y contractualmente responsable a la opositora por los perjuicios causados a la demandante. En consecuencia, condenó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a pagar a Inversiones Uropan y Cía. S. en C. la suma de \$1.111’730.122².

De otro lado, declaró probadas las excepciones que formuló la asegurada contra el llamamiento en garantía³.

Señaló el mismo sentenciador que “para cuando se confeccionó el contrato de encargo con la parte aquí demandante, no fue debidamente informada de las condiciones vigentes del negocio para dicho momento, que no hubo claridad y menos transparencia que le permitiera como lo señala la Ley en tomar una decisión debida”; que “se pudo acreditar que la fiduciaria desde los inicios del negocio fiduciario ha incumplido sus deberes poniendo en peligro su viabilidad, toda vez que al momento de estructurar el negocio fiduciario MARCAS MALL, no cumplió con las referenciadas obligaciones que la normatividad le requería en el ejercicio de su labor profesional en el mercado financiero, ni con el deber de diligencia que le correspondía”; que “conforme a

² A dicha suma arribó el juez *a quo* luego de indexar la suma de \$918’700.000, que fue lo que se reclamó con la demanda.

³ Se dispuso en dicha providencia, lo siguiente: “QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones que la llamada en garantía propuso, “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro” y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No.1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.

lo establecido en los contratos de encargo matriz y encargo fiduciario individual, a la pasiva le asistía el deber de verificar que efectivamente lo certificado tuviera los soportes de acreditación de cada una de las condiciones establecidas para dicho fin”; que “una vez revisados lo anexos del acta de cumplimiento de condiciones del 4 de noviembre de 2014, se encuentra que para dicha fecha no había soportes del cumplimiento de las condiciones enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera antes señalada y vigente para esa fecha” y que “se encuentra acreditada la responsabilidad contractual de la fiduciaria demandada, tanto por la conducta de sus dependientes y representantes, como por ausencia de control sobre las actuaciones de su representante legal y gerente de la oficina de la ciudad de Cali”.

Añadió el juez *a quo*, en relación con el llamamiento en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. que “se constata que el contrato de seguro base del llamamiento se rige por las condiciones contenidas en el certificado de renovación de la póliza identificada con el No. 1000099, para la vigencia comprendida entre el 30 de septiembre de 2017 y 30 de septiembre del año 2018” y que a partir “del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido”.

5. LA APELACIÓN.

5.1. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. manifestó **(i)** que el fallo fue incongruente y falto de motivación, por cuanto “la decisión no estuvo centrada al vínculo contractual sino a aspectos internos de funcionamiento de la Fiduciaria”; **(ii)** que se inobservó la integración del litisconsorcio necesario, bajo el entendido que era indispensable “integrar a URBANIZAR S.A. quien, fungió promotor del Proyecto Marcas Mall antes de ceder su posición contractual”; **(iii)** que el juez *a quo* no valoró las pruebas “de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del C.G.P.”; **(iv)** que es inexistente la obligación contractual aducida por la Delegatura, como quiera que “Acción Sociedad Fiduciaria no tiene un solo procedimiento sino tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna”, y **(v)** que “los elementos de la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria no se cumplen”, puesto que

“(1) nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (2) nunca actuó con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible; y (3) nunca se generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable”.

5.2. Frente a la absolución del llamado en garantía, señaló la única apelante que, el juez erró al estimar que “el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido”, y que “el análisis de la delegatura resulta superfluo y atado a un supuesto de hecho que no ha sido probado”.

Al sustentar ese último reparo, aseveró que “como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza -no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general-, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado” (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lit. c del numeral 2° del artículo 184).

6. RÉPLICAS A LA ALZADA.

6.1. Inversiones Uropan y Cía. S. en C. alegó que “entregó los dineros a la pasiva y era su deber legal y contractual cuidarlos y administrarlos, hasta tanto se cumplieran las condiciones”; que “se encuentran reunidos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil”; que “el fallo de primera instancia tiene absoluta congruencia con la diversa actividad probatoria allegada al proceso en donde se pudo comprobar la responsabilidad civil en cabeza de la demandada, al corroborarse que no actuó con la debida diligencia en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales” y que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó las sentencias de primer grado “en casos análogos por versar sobre los mismos supuestos fácticos y jurídicos que son hoy de su conocimiento” (con ponencias de los Magistrados Marco Antonio Álvarez Gómez, R. 2018 01254 01 y Juan Pablo Suárez Orozco, R. 2018-01179-01).

6.2. SBS Seguros Colombia S.A. sostuvo que “cualquier actuación dolosa o fraudulenta de tomador, asegurado o beneficiario no puede ser asegurable, conforme al tenor y literalidad del artículo 1055 del Código de Comercio”; que “no es posible, real, ni natural, pretender que todos los amparos y exclusiones de una póliza puedan ser contenidos en una sola

página, en caracteres destacados, de forma que sea posible ser vistos y leídos por una persona”; que las condiciones generales o clausulado de la póliza No. 1000099 “son plenamente eficaces por cuanto se cumple con las disposiciones que rigen la incorporación de las exclusiones al contrato de seguro” y que “el artículo 44 de la ley 45 de 1990 se debe interpretar en el sentido que la misma produzca consecuencias jurídicas, esto es, llevado al escenario real y concreto de la práctica del derecho de seguros”.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, anticipa la Sala que las ulteriores consideraciones estarán circunscritas a despachar los específicos motivos de inconformidad que elevó Acción Sociedad Fiduciaria S.A. frente al fallo de primera instancia en la oportunidad que prevé el artículo 322 del C. G. del P., pues así lo exige el artículo 328 de esa misma codificación, al establecer que “el juez de segunda instancia **deberá** pronunciarse **solamente** sobre los argumentos expuestos por el apelante”.

Puesto en esa labor, el Tribunal advierte que fueron 5 los reparos concretos que se formularon frente a la sentencia de primer grado, los cuales fueron ampliamente sustentados en la oportunidad prevista en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020: (i) inobservancia de integración del litisconsorcio necesario; (ii) fallo incongruente y falta de motivación; (iii) indebida valoración probatoria; (iv) inexistencia de responsabilidad civil contractual, incluyendo lo atinente a la causación de perjuicio resarcible atribuible al demandado, y (v) lo relativo al llamamiento en garantía y el contrato de seguro de responsabilidad que la opositora contrató con SBS Seguros S.A.

2. Para despachar en forma desfavorable el reparo consistente en la falta de integración del litisconsorcio por pasiva por no haberse vinculado como demandada a URBANIZAR S.A., quien fungió como promotora del Proyecto Marcas Mall, bueno es relieves que, conforme a lo reclamado en la demanda, el asunto a dirimir se encuentra delimitado por circunstancias atinentes a la relación contractual individual entre la demandante y la fiduciaria -en lo que toca con el anunciado incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales surgidas con ocasión de los Encargos Fiduciarios Nos. 0001100011086 (local 2-045) y 0001100011087 (local 2-050) de mayo 15 de

2015 y las consecuentes pretensiones indemnizatorias- por lo que no puede predicarse que aquí debía fallarse con la comparecencia de Urbanizar S.A.S. (tercero). Por lo mismo, no había lugar a disponer la integración del contradictorio que regula el artículo 61 del C.G.P.

La anterior argumentación armoniza con el criterio expuesto por este Tribunal (en Sala Dual) al zanjar el tema de la eventual necesidad de integrar el litisconsorcio por pasiva con el promotor del centro comercial Marcas Mall Cali, oportunidad en la que se estimó que ni la ley, ni el contrato, hacían perentorio convocar a dicho tercero⁴.

3. Tampoco cabe tachar el fallo de primer grado de incongruente, por cuanto el mismo estuvo enmarcado en los hechos, pretensiones y excepciones alegados en la demanda y en las contestaciones, que es lo que manda el artículo 281 del C.G.P.

Véase que, para concluir que la parte opositora estaba obligada a restituir los dineros aportados por la demandante para el desarrollo del proyecto Marcas Mall Cali, el juez de primer grado -con soporte en las pruebas recaudadas-, denegó las excepciones planteadas por la hoy apelante⁵, al paso que acogió las pretensiones que impetró la actora, consistentes en que se ordene “la devolución total de los recursos depositados”, por la suma capital de \$918’699.082 (suma que indexó el juez *a quo*), “por incumplimiento en su obligación legal y contractual derivada de los contratos de Encargo Fiduciario Nos. 0001100011086 (local 2-045) y 0001100011087 (local 2-050) de mayo 15 de 2015”.

Lo anterior sin dejar de lado, esto es muy relevante, que en las acciones de protección al consumidor financiero como la de la referencia, el juez está

⁴ Allí, en un asunto similar al que hoy concita la atención del Tribunal, en que se discutió si era necesaria la vinculación al proceso de Marcas Mall Cali S.A. (promotora del proyecto inmobiliario), **Urbanizar S.A.** (gerente del proyecto) y de Acción Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo FA 2351 Marcas Mall Cali. En esa oportunidad, la Sala Dual zanjó la discusión (a cuyo criterio se ahora se adhiere esta Sala de Decisión), al precisar, al amparo del artículo 61 del CGP, que por las particularidades del presente caso, en el que las “(...) pretensiones consignadas en el libelo (...), se circunscribieron a que se ordenara a Acción Fiduciaria S.A. la restitución, reembolso, reintegro a cada una de las demandantes del dinero o inversión que éstas entregaron a la entidad en virtud de los encargos fiduciarios individuales celebrados. Así las cosas (...), **dichas peticiones se dirigieron únicamente contra la sociedad fiduciaria en nombre propio como parte de los encargos individuales suscritos, de donde tales pedimentos solo recaen en ella**”, en tanto las pretensiones “*versan exclusivamente sobre un vínculo o relación individual entre cada una de las actoras y la fiduciaria convocada (...)*”. (Se resalta). Ver proveído de 9 de octubre de 2020, exp. n.º 11001 31 99 003 2018 01255 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

⁵ (i) “cláusula compromisoria”; (ii) “Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable”; (iii) “error en la identificación del contrato celebrado”; (iv) “falta de legitimación en la causa por pasiva” y (v) “excepción genérica”.

habilitado para resolver “las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*” (Ley 1480 de 2011, art. 58, num. 9°), lo cual opera sin perjuicio del deber de deber de interpretar la demanda (C.G.P., art. 42, num. 5°).

4. También ya se anotó que entre sus reparos la parte apelante alegó **(iv)** que es inexistente la obligación contractual que adujo la Delegatura, como quiera que “Acción Sociedad Fiduciaria no tiene un solo procedimiento sino tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna” y **(v)** que “los elementos de la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria no se cumplen en el presente caso”.

Es asunto averiguado -y pacífico- que el negocio jurídico que dio origen a la relación entre las partes en litigio atañe a los Encargos Fiduciarios N° 0001100011086 y 0001100011087 de mayo 15 de 2015, por cuya virtud la parte actora adquiriría los locales comerciales N° 2-045 y 2-050 del “Centro Comercial Marcas Mall” en la ciudad de Santiago de Cali.

El numeral 1° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé que “en relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto”.

Según el canon que recién se transcribió (que remite al Estatuto Mercantil), al asunto que hoy ocupa la atención del Tribunal le es aplicable el artículo 1234 del Código de Comercio, que establece como una obligación a cargo del fiduciario “1° Realizar **diligentemente** todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”.

De acuerdo con el Encargo Fiduciario objeto de este litigio (hojas 52 y siguientes del consecutivo 00), la parte actora (inversionista) se comprometió a entregarle a la opositora la suma de \$918'700.000 para que fueran transferidos al Promotor una vez se cumplieran las siguientes condiciones: “3)

Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto; 4) Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventas inversionistas que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto (...); 6) Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.” (páginas 53 y 60 del derivado 00 del expediente digitalizado). Se pactó también en el Encargo Fiduciario que las obligaciones de la fiduciaria eran de medio y no de resultado y que esta respondería “hasta por culpa leve en su gestión” (cláusula 9ª).

En sí, la parte opositora no planteó que hubiera transferido al promotor los dineros que previamente depositó la demandante una vez se hubieran cumplido las condiciones acordadas en los Encargos Fiduciarios. Lo que alegó, al pronunciarse sobre el hecho cuarto de la demanda, fue que “la obligación de acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos estaba en cabeza del fideicomitente promotor”.

Esa tesis de la demandada (en la que de alguna manera se insistió en el escrito de apelación) no es de recibo para el Tribunal por cuanto era del resorte directo de la sociedad fiduciaria la obligación de “realizar **diligentemente** todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (Estatuto Mercantil, art. 1234). Además, en la cláusula quinta del Encargo Fiduciario del que se ha venido hablando el inversionista instruyó “de manera irrevocable a LA FIDUCIARIA para que en el evento en que se cumpla la condición de transferencia de los recursos a favor de EL PROMOTOR dentro del término establecido para tal efecto, proceda a poner a disposición de EL PROMOTOR los recursos depositados, junto con los rendimientos generados en el encargo fiduciario que para tal efecto se constituya”.

Así las cosas, emerge que la verificación de la concurrencia de los requisitos para la transferencia de los recursos era de la incumbencia directa de Acción Sociedad Fiduciaria. Por lo mismo –para el éxito de las excepciones de mérito-, era indispensable que se hubiera acreditado que, para la fecha de transferencia de los dineros al promotor (4 de noviembre de 2014) se contaba con “carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa

del proyecto” y con “certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.”.

Aquí no se satisfizo esa carga probatoria. Por el contrario, emerge que, para el 4 de noviembre de 2014, cuando la fiduciaria transfirió los recursos al promotor, el inmueble en el que se habría de construir el memorado centro comercial aún no era de propiedad del fideicomiso (ver anotación 11 y anteriores del folio de matrícula No. 370-695292, hojas 113 a 116 del consecutivo 00).

Y si lo anterior no fuera suficiente, bueno es resaltar que el juez *a quo* sostuvo en su sentencia que la representante legal de la demandada confesó, al ser interrogada, **que “el acta de cumplimiento de condiciones tenía información falsa y que esa conducta obedeció a un actuar fraudulento”**.

Tal argumentación no fue refutada por la apelante, razón por la cual el Tribunal tampoco puede desconocerla, dado que, “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (C.G.P., art. 320).

Así las cosas, no son atendibles los reparos destinados a derribar la probada responsabilidad civil contractual en cabeza de la opositora, pues quedó acreditado que ella se apartó de sus deberes legales (art. 1234 del Código de Comercio) y contractuales (cláusulas primera, quinta y novena del encargo fiduciario).

5. Sostuvo la apelante que “nunca se generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable”.

Esa tesis no la avala el Tribunal por cuanto, como viene de explicarse, la fiduciaria tenía el deber de administrar los recursos del consumidor financiero con el fin de transferirlos al promotor cuando se cumplieran unos requisitos mínimos, cuya verificación no acometió la opositora. En efecto, según las pruebas aquí recaudadas, la demandada optó por disponer los dineros de la demandante en favor del promotor, con el consecuente resultado que, a hoy (y

pese a no existir razones legales y contractuales para ello) la fiduciaria no tiene en su haber los recursos del inversionista, de donde emerge la ocurrencia del daño que hoy padece la demandante, quien no ha recuperado esos dineros, ni tampoco ha sido resarcida por el detrimento patrimonial que ello involucra.

Lo hasta aquí discurrido encuentra soporte, además, en los fallos que este Tribunal ha emitido en asuntos que guardan estrecha relación con el que hoy se decide: sentencias de 8 de septiembre de 2020 (notificada por estado del 14 de abril de 2021), R. 2018-01179-01, M.P. Juan Pablo Suárez Orozco, de 7 de abril de 2021, R. 2018 01254 01, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez y de 22 de julio de 2021, R. 2018 01213 02, M.P. Oscar Fernando Yaya Peña. Estos fallos, al igual que el que hoy emite esta Sala de Decisión, contienen una orientación distinta a la plasmada en otro fallo, este sí insular, proferido en segunda instancia por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Cali, el cual trajo a cuento la apelante, apenas al sustentar la alzada.

En dichas oportunidades, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concluyó, con argumentaciones fácticas y jurídicas similares a las que sustenta la sentencia que hoy se profiere, que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. había incumplido sus obligaciones legales y contractuales con ocasión a la administración de los recursos que otros inversionistas le entregaron para impulsar la construcción del **Centro Comercial Marcas Mall Cali**.

En particular, se comparte lo que se dijo en la sentencia de 7 de abril de 2021 (R.2018 01254 01, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez): “En este punto cabe resaltar que, si bien el numeral 3º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prohibió que los encargos fiduciarios tengan por objeto la asunción de obligaciones de resultado y que las partes expresamente pactaron que ‘las obligaciones que asume la fiduciaria son de medio y no de resultado’ y se limitan a ‘sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos’ (cláusula 9ª, pg. 53, derivado 00 del expediente digitalizado), no lo es menos que a tales previsiones no se opone la existencia de puntuales deberes que la fiduciaria tiene que cumplir, como la de ‘colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor’ (se subraya; num. 2º, cláusula 8ª, ib.), obligación que -en modo alguno- dependía de una gestión simplemente diligente y mucho menos del azar, sino que, por el

contrario, le imponía a la hoy demandada la tarea de verificar las exigencias en cuestión para poder ejecutar esa conducta” (...) y que **“No se olvide que la responsabilidad contractual aflora por la infracción de un negocio jurídico válido (hecho ilícito), de cuyas obligaciones se aparta voluntariamente el contratante imputado (culpa), quien al proceder de ese modo le genera una lesión al patrimonio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (daño), requisitos que, por lo señalado, se cumplieron en este caso sobre la base, claro está, de que ‘el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión’ (C. de Co., art. 1243), y que el detrimento se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados, que no debieron ser puestos a órdenes del promotor. Al fin y al cabo, se recuerda, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que resulta inadmisibles alegar que no hubo daño en la medida en que el inversionista, eventualmente, puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo, en el que resultó involucrado, precisamente, por cuenta de la conducta culposa de la fiduciaria. Si los dineros están donde no debían estar, la parte que provocó esa distorsión no puede evadir su responsabilidad pretextando ausencia de daño, remitiendo a su víctima a un concurso de pérdidas”** (Negrillas propias).

6. Finalmente, la Sala abordará lo relativo a la suerte de la apelación frente al llamamiento en garantía que hizo la opositora a SBS Seguros Colombia S.A., con soporte en la póliza de seguros N° 1000099, tomada para cubrir el riesgo de “RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL FINANCIERA”, por la suma asegurada de \$15.000’000.000.

6.1. Se reitera –ya se dijo en los antecedentes de esta providencia-, para desestimar el llamamiento en garantía el juez a *quo* señaló que operó la exclusión prevista en el numeral 3.7 del contrato de seguro, según el cual, “el asegurador no asume responsabilidad alguna y, por tanto, no estará obligado a efectuar pago alguno, en relación con cualquier reclamo derivado de, basado en, o atribuible a: (...) 3.7. Cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (a) lo anterior se haya establecido mediante cualquier sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por una autoridad competente, o (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas”.

Ese argumento no lo refrenda el Tribunal, por cuanto la exclusión no hizo parte de la carátula de la póliza sobre la que aquí se discute sino, solamente, en el clausulado adicional denominado “seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras”, por manera que no resulta oponible al demandado principal.

No se olvide que, de conformidad con los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990⁶ y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁷, y las circulares externas 007 de 1996⁸ y 076 de 1999⁹ de la Superintendencia Financiera, una restricción de cobertura como la que en su favor invocó la aseguradora (que concierne directamente al amparo objeto del contrato), debe ser consignada en la reseñada pieza contractual, so pena de resultar ineficaz. Así lo precisó, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia¹⁰.

De otra parte, ha de recordarse -con sujeción al artículo 1103 del Código de Comercio- que en el numeral 4.14 de la póliza de seguros, en concordancia con la sección III de la misma, se estipuló un deducible a cargo del asegurado.

Aquí afloran tres circunstancias, a saber: la primera, que la suma total asegurada es de \$15.000'000.000; la segunda que el expediente no refleja que se hubiere afectado la póliza -por responsabilidad civil profesional- en cuantía mayor a esa cota y, la tercera, que en la póliza se pactó un deducible para cada reclamo de \$150'000.000 (sección III).

Deviene de lo anterior que la aseguradora ha de indemnizar -o reembolsar- \$961'730.122 (de los \$1.111'730.122 que está obligada a pagar la demandada principal), cuantía que no supera el valor total asegurado de \$15.000'000.000. Los \$150'000.000 restantes, así como los réditos comerciales de mora que se llegaren a causar, serán cubiertos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

⁶ “Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 3. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁷ “2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁸ “Los amparos básicos y **todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos **que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada**. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

⁹ “2. Primera página de la póliza. **En esta página debe figurar, en caracteres destacados, según, los mismos lineamientos atrás señalados, y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, los amparos básicos y todas y cada una de las exclusiones que se estipulen**. Por ningún motivo se podrán consignar en las páginas interiores o en las cláusulas posteriores exclusiones adicionales que no se hallen previstas en la primera condición aquí estipulada”.

¹⁰ Sentencia de 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00, M.P Margarita Cabello Blanco.

Así las cosas, la Sala revocará, aunque con alcance parcial, el fallo de primer grado. Por lo mismo, y por las razones que recién se esgrimieron se desestimarán (salvo una) las excepciones que formuló SBS Seguros Colombia S.A. denominadas (i) “ausencia de cobertura por inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”; (ii) “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza N° 1000099, en especial las exclusiones contenidas en los numerales 3.17 y 3.14 de las condiciones generales del seguro”; (iii) “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099”; (iv) “agotamiento del valor asegurado” y (v) “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad civil profesional”

Para abundar en razones sobre el fracaso de las excepciones que vienen de enlistarse, aquí es importante hacer hincapié en el hecho que la aseguradora no probó, como era de esperarse -por así imponérselo el artículo 167 del C.G.P.-, que la póliza tuviese afectaciones que llevaran a concluir que se “agotó” el valor asegurado o que se hubiere superado el “límite asegurado de la sección III” del contrato de seguro.

No ocurre lo mismo con la defensa perentoria de “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza”, según las razones que ya se explicaron y en cuantía de \$150'000.000, conforme a la sección III de la póliza.

6.2. Ante el éxito de la apelación, lo que involucra un despacho favorable del llamamiento en garantía, el Tribunal destinará los siguientes párrafos a responder a las excepciones de mérito que, frente a la demanda principal, presentó la aseguradora.

Para despachar en forma desfavorable las excepciones de mérito que SBS Seguros denominó (i) “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante” y (ii) “falta de legitimación en la causa por pasiva –Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, la Sala se remite a los argumentos que sobre esos mismos temas se esgrimieron, en esta misma

providencia, frente a las defensas en cuya prosperidad insistió la demandada (única apelante).

Tampoco es de recibo la defensa, que no excepción de mérito que se intituló “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración”, pues la parte interesada no invocó ninguna de las causales para el efecto previstas en el artículo 278 del C.G.P., ni el Tribunal tampoco encuentra que se esté ante una de ellas.

Finalmente, y de acuerdo con todo lo discurredo, aquí no hace presencia una excepción que sea plausible declarar de oficio, a lo que se suma que tampoco es atendible la “excepción genérica” que esgrimió la aseguradora. Sobre ello, baste con memorar que muy de antaño la Corte Suprema de Justicia puso de presente, “jurídicamente, no existe la llamada excepción ‘genérica’ o ecuménica, porque el art. 329 del C. J. contiene una definición descriptiva de toda excepción perentoria, encaminada a desconocer ‘la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió” (sent. CSJ de agosto 17 de 1964), criterio que permanece latente pese a la expedición del C. G. del P.

7. Ante el fracaso total de la apelación frente a la demanda principal, se condenará en costas a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y en favor de Inversiones Uropan y Cía. S. en C.

De otro lado, y como consecuencia del éxito parcial de la alzada en lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía, no se condenará en costas de la apelación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el numeral quinto de la sentencia que, el 28 de enero de 2021, profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en el proceso verbal que adelanta Inversiones Uropan y Cía. S. en C. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., quien a su vez llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. En su lugar se DISPONE:

QUINTO: Desestimar las excepciones de mérito propuestas por SBS Seguros Colombia S.A., frente a la demanda principal y el llamamiento en garantía, salvo la de “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza”.

En consecuencia, se ORDENA a SBS Seguros Colombia S.A. pagar a Inversiones Uropan y Cía. S. en C. (o el reembolso a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. si ya efectuó el pago total de la condena) la suma capital de \$961’730.122, dentro del término fijado en el numeral 3° de la sentencia de primera instancia. Si no se cumple oportunamente lo anterior, se causarán intereses moratorios comerciales sobre ese monto.

De otro lado, se CONFIRMAN los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7° del fallo apelado.

Costas de segunda instancia a cargo de la apelante y a favor de la demandante principal. Líquidense por el juez *a quo*, quien incluirá como agencias en derecho de la alzada \$1’500.000, según lo estima el Magistrado Ponente.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese

Los Magistrados

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6cf4d6c94952c03fe8f103d74fd0cecfadb32454ec7ea5f958a9038ef38daca1

Documento generado en 03/08/2021 11:36:52 a. m.

MEMORIAL DR. FERREIRA VARGAS RV: RECURSO DE SUPLICA CONTRA AUTO DEL 11 DE MARZO DE 2022 RECHAZA DE PLANO NULIDAD RADICADO 11001310300720160073405

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 16/03/2022 3:39 PM

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 3 archivos adjuntos (1 MB)

SUPLICA CONTRA AUTO NOTIFICADO EN ESTADO 11 DE MARZO 2022 RECHAZA DE PLANO NULIDAD PROCESO EJECUTIVO RADICADO 11001310300720160073405.pdf; ACTA DE AUDIENCIA INICIAL INCORPORAR PROCESO EJECUTIVO 11001310300720160073405.pdf; PETICION PROCESO EJECUTIVO RADICADO 11001310300720160073405.pdf;

MEMORIAL DR. FERREIRA VARGAS

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Rodrigo A. Maldonado <rodrimparis@gmail.com>

Enviado: miércoles, 16 de marzo de 2022 3:33 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RECURSO DE SUPLICA CONTRA AUTO DEL 11 DE MARZO DE 2022 RECHAZA DE PLANO NULIDAD RADICADO 11001310300720160073405

Respetados señores:

De manera atenta, en calidad de apoderado de la parte actora, dentro del término de ejecutoria remito en 4 folios Recurso de Súplica, contra el auto notificado en estado del 11 de marzo de 2022, mediante el cual se rechaza de plano la nulidad, y su respectivo anexo en 10 folios. Se agrega a los documentos reseñados petición contenida en un 1 folio.

Cordialmente,

RODRIGO A. MALDONADO PARIS

Bogotá. D.C., marzo 16 de 2022

Doctor:

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL –

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad.

Referencia: PROCESO EJECUTIVO
Radicado: 11001310300720160073405
Demandante: JUAN CARLOS MALDONADO ARIAS
Demandados: ELISEO CABRERAL LEAL Y OTROS
Asunto: RECURSO SUPLICA CONTRA AUTO - RECHAZO DE PLANO DE NULIDAD -

Respetado Señor Magistrado:

RODRIGO A. MALDONADO PARIS, identificado y reconocido en auto, en calidad de apoderado de la parte activa, de manera atenta, dentro del término de ejecutoria, **INTERPONGO** y **SUSTENTO RECURSO DE SUPLICA**, contra la siguiente decisión:

IDENTIFICACION DEL AUTO OBJETO DE RECURSO:

Es el auto interlocutorio emitido el diez (10) de marzo de la presente anualidad de dos mil veintiuno (2022), notificado en estado del mismo mes y año, mediante el cual se **RECHAZA DE PLANO**, la petición de nulidad interpuesta contra el auto del 22 de octubre de 2019, con base en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, “**es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso**”.

HABILITACION LEGAL DEL RECURSO Y SU OPORTUNIDAD:

El artículo 321 del Código General del Proceso, en su numeral quinto y sexto consagra la apelación con el auto que rechace de plano un incidente, y el que resuelva, el que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva.

A su turno el artículo 331 de la misma obra procesal consagra el presente recurso de súplica contra la decisión que por su naturaleza sean apelables en los términos siguientes:

“ARTÍCULO 331. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD PARA PROPONERLA. *El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación y contra los autos que en el trámite de los recursos extraordinarios de casación o revisión profiera el magistrado sustanciador y que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de apelación. No procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja.*

La súplica deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, mediante escrito dirigido al magistrado sustanciador, en el que se expresarán las razones de su inconformidad.” – cursiva y negrilla fuera de texto -

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Se expuso en forma amplia en la petición de nulidad las **circunstancias probatorias de orden sobreviniente**, contenidas en decisiones judiciales en los términos siguientes:

*“Mediante sentencia de amparo constitucional del 1 de septiembre de 2021, emitida por la Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia -, se declaró configurada la vía de hecho en la sentencia del 20 de enero de 2020, es decir, actuación judicial al margen de la ley, **y en cuanto al decreto oficioso del dictamen una vez precluida la etapa probatoria, se argumentó:***

*En fin, la Colegiatura de esta capital **no esclareció, adecuadamente,** las circunstancias por las cuales era posible o no vincular al ejecutante, endosatario del pagaré, al acuerdo estipulado entre Simah Ltda. y los convocados al coercitivo.*

*4.- **Omisiones todas,** que cobran relevancia para la decisión del caso, pues la suerte del litigio depende de que se determine si a Maldonado Arias podía oponérsele las excepciones de mérito denominadas “inexistencia de las obligaciones de los ejecutados con la sociedad Simah Ltda.”, “el pagaré está desprovisto de exigibilidad” y “falta de exigibilidad de la obligación”, **máxime si con ocasión de ese análisis el Tribunal se abstuvo de analizar la validez del paz y salvo extendido sobre la obligación materia de ejecución, así como los reparos que se enfilaron respecto de la valoración del dictamen pericial practicado en el proceso.** – cursiva y negrilla fuera de texto -*

***En segunda sentencia emitida del 20 de septiembre de 2021,** en su página 25 el despacho manifiesta sobre la prueba oficiosa - dictamen pericial - lo siguiente:*

*Ahora bien, **en punto del error enrostrado al dictamen pericial que se tuvo en cuenta a pesar que el mismo en términos generales no cuenta con las condiciones previstas en el canon 226 del C.G del P.,** baste con decir que al mismo no se le dio ningún valor probatorio para adoptar esta determinación, precisamente porque aquel no cumple las exigencias previstas en el canon ya citado, sin embargo, ello no impide que se arribe a la misma conclusión que en la primera instancia, en la medida que las demás probanzas arrojadas al plenario tienen la capacidad de demostrar las excepciones planteadas.*

Del contenido de lo expuesto en esta última providencia se evidencia la confirmación alegada en el recurso de apelación,** esto es, **que efectivamente el dictamen sustento de la sentencia del 20 de enero de 2020,** mediante la cual se confirma la sentencia del 9 de agosto de 2018, emitida por el Juzgado Séptimo (7) del Circuito de Bogotá, **es una prueba nula de pleno derecho por violación flagrantemente al derecho fundamental al debido proceso.

Conforme a este reconocimiento judicial de orden sobrevinientes,** contenida en forma expresa: **1)** sentencia de amparo constitucional emitida el 1 de septiembre de 2021, por la Sala de Casación Civil – Corte Suprema de Justicia -, y **2)** sentencia emitida por el despacho del 20 de septiembre de 2021, donde **se plasma o consigna que efectivamente

el dictamen pericial no cumple con las condiciones previstas en el artículo 226 del C.G del P., argumentación judicial que confirma lo expuesto con gran insistencia tanto en el recurso de reposición y apelación interpuesto contra el auto por medio del cual se decretó de oficio el dictamen pericial como contra la sentencia de primera instancia que declaró probada las excepciones: a) Inexistencia de obligaciones de los demandados con la sociedad Simah, b) Carencia de legitimación, y c) El demandante no es tenedor de buena fe exenta de culpa, con sustento y base en el **dictamen pericial oficioso obtenido con violación flagrante al debido proceso, por tanto nulo de pleno derecho dado que no cumple con las condiciones previstas en disposiciones de orden público y obligatorio cumplimiento, y por demás constitutivo de una condena de orden económico con incidencia directa en el patrimonio de mi poderdante.**

Los fundamentos del despacho para el Rechazo de Plano de la petición de nulidad son del siguiente tenor:

De conformidad con el inciso final del artículo 135 del Código General del Proceso en consonancia con el numeral 1° del artículo 136 íbidem, se RECHAZA DE PLANO la solicitud de nulidad que formuló la parte demandante contra el auto de 22 de octubre de 2019 emitido por el suscrito Magistrado, mediante el cual se confirmó el proveído dictado el 8 de mayo del 2018 en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de la ciudad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la providencia atacada cobró ejecutoria hace más de dos años y el interesado actuó innumerables veces en el litigio sin proponer ningún pedimento en ese sentido.

Aunado a lo dicho, emerge que los motivos de la anulación que propone se basan en pronunciamientos que no cobraron firmeza como lo es la sentencia de tutela del 1º de septiembre de 2021, emanada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 20 de septiembre de 2021 de este Tribunal que, como ya se dijo, quedó sin efectos ante la decisión de la Sala de Casación Laboral del citado alto tribunal: STL-17598 - 2021.

Los fundamentos del auto son contrario a la orden perentoria contenida en el artículo 228 de la Constitución Política, que consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que propende porque las normas procesales sean el medio que permita concretar o efectivizar los derechos sustanciales de los ciudadanos dado que la prueba obtenida con violación al debido proceso – **es nula de pleno derecho** –, es decir, es una sanción para asegurar el respeto a la garantía de las formas propias del juicio, por tanto **insaneable**, pues no puede ser objeto de convalidación ni por la ley ni por las partes que hagan nugatoria la eficacia de dicha nulidad de **orden constitucional** como lo pretende con advertencia contra el ejercicio de la profesión el honorable magistrado.

El superior funcional Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reseñado¹ la nulidad de pleno derecho en los términos siguientes:

*“Y es que este tipo de nulidad, al operar de **“pleno derecho”**, surte efectos sin necesidad de reconocimiento, de suerte que no puede*

¹ Sentencia STC 14817-2018 Magistrado Ponente. Aroldo Wilson Quirzon Monaslavo . 14 de noviembre de 2018

*recobrar fuerza el acto afectado por la misma, **ni siquiera por el paso del tiempo o la inacción de las partes**, de allí que se excluya la aplicación del principio de saneamiento.....”*

(.....)

De otro lado, a pesar que el parágrafo del artículo 136 ibidem consagra como insaneable únicamente los vicios provenientes de ir en contra de providencias del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, la interpretación que acogió la Sala no desdice tal previsión legal, como quiera que el empleo de nulidad de pleno derecho, propia del derecho sustancial, traduce un vicio invalidatorio de orden procesal con entidad superior a las anomalías que otrora preveía este ordenamiento....”

Con base en los fundamentos fáctico y jurídicos expuestos en párrafos precedentes, solicito en forma respetuosa se sirva revocar el rechazo la nulidad.

PRUEBAS Y ANEXOS:

Me permito incorporar al presente escrito copia simple en 10 folios del Acta de Audiencia conforme artículo 180 CPACA., medio de control Controversias Contractuales, Juzgado 38 Administrativo Oral Circuito Judicial Bogotá, realizada el día de ayer **15 de marzo de 2022**, donde se evidencia en forma plena los nombres de **Edgar Augusto Ríos Chacón**, agente y/o contratista del orden distrital, tercero de quien supuestamente dependía el dictamen pericial decretado de oficio, y su abogado **Fernando Alarcón Alarcón**, apoderado de los demandados en el presente proceso.

Este suceso evidencia lo consignado en el recurso interpuesto contra el decreto oficioso del dictamen pericial durante la primera audiencia, esto es, **1) el estado de condición** en que se encuentra la designación distrital del agente de ahí la solicitud de suspensión elevada ante el despacho en forma previa a la sentencia del 20 de enero de 2020, sin resultado positivo, y **2) la forma mancomunada** como opera este contratista y/o agente del orden distrital y su apoderado que es el mimos de los demandados **Fernando Alarcón Alarcón**, este señalamiento con fundamento en la representación en este proceso de controversias contractuales que data del **4 de julio de 2017**, es decir, previo al auto de decreto del dictamen pericial, y concomitante a las medidas cautelares decretadas en primera instancia por el juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá.

Del señor Magistrado;



RODRIGO AZRIEL MALDONADO PARIS



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

**AUDIENCIA INICIAL (ARTÍCULO 180 CPACA)
SALA VIRTUAL**

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

HORA DE INICIO: nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.)

Medio de control: Controversias Contractuales
Radicación: 110013336038201800028-00
Demandante: William Maldonado París y otros
Demandado: Bogotá D.C. Secretaría Distrital del Hábitat y otro

**I.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES QUE
COMPARECEN A LA AUDIENCIA**

Por la parte demandante. Dr. RODRIGO AZRIEL MALDONADO PARÍS, identificado con C.C. No. 10.171.014 y con T.P. No. 86.749 del C. S. de la J., a quien se le reconoció personería en auto del 6 de marzo de 2017¹, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A". rodrimparis@gmail.com; Celular: 3114425373.

Por la parte demandada. Bogotá D.C. Secretaría Distrital del Habbitad. Dra. CLARA PATRICIA CÁCERES QUINTERO, identificada con C.C. No. 51.931.232 y T.P. No. 164.553 del C.S. de la J. notificacionesjudiciales@habitatbogota.gov.co; cpcaceresq2022@hotmail.com; clara.caceres@habitatbogota.gov.co; Celular: 3214462705.

Por la parte demandada. El Señor Edgar Augusto Ríos Chacón en su condición de contratista y agente liquidador de SIMAH LTDA. Dr. FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN, identificado con C.C. No. 79.272.250 y T.P. No. 43.177 del C.S. de la J. alconf250@outlook.com; Celular: 3133690250.

Parte demandada: Edgar Augusto Ríos Chacón identificado con C.C. No.19.263.495

Por el Ministerio Público. Dra. MARTHA LEONOR FERREIRA ESPARZA, Procuradora 80 Judicial para Asuntos Administrativos. mferreira@procuraduria.gov.co. **AUSENTE.**

Como Secretaria Ad-Hoc **INGRID CATERINE VILLATE CORDERO** Oficial Mayor del Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral, Circuito Judicial Bogotá D.C. de la Sección Tercera.

AUTO:

PRIMERO: RECONOCER personería a la **Dra. CLARA PATRICIA CÁCERES QUINTERO**, identificada con C.C. No. 51.931.232 y T.P. No. 164.553 del C.S.

¹ Folios 73 y 74 C. 1.

de la J., como apoderada de Bogotá D.C. Secretaría Distrital del Hábitat, conforme al poder allegado al expediente².

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS (art. 202 CPACA). Sin oposición de las partes.

II.- CUESTIÓN PREVIA

En auto del 6 de marzo de 2017³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección “A”, admitió la demanda de la referencia por cumplir los requisitos de jurisdicción, competencia, caducidad y procedibilidad señalados en los artículos 155 al 157 y del 161 al 166 del CPACA.

Surtido el trámite, dicha Corporación, en audiencia inicial del 31 de enero de 2018⁴, evidenció su falta de competencia para conocer del presente asunto, por el factor cuantía y ordenó su remisión a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá- Sección Tercera, para continuar con el trámite procesal.

Con auto del 23 de febrero de 2018⁵, este Despacho avocó conocimiento del presente medio de control y señaló fecha y hora para llevar a cabo la continuación de la audiencia inicial, la que se surtió el 28 de junio de 2018⁶. En la etapa de saneamiento se estableció que la competencia sí correspondía a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá D.C., tal como lo dispuso el *ad-quem*, pero no en los Juzgados Administrativos de Sección Tercera sino en los Juzgados Administrativos de Sección Primera y, en consecuencia, declaró la falta de competencia de este Despacho para continuar conociendo el proceso y ordenó remitir el proceso a la a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C., para que lo repartiera entre los Juzgados de la Sección Primera.

El asunto le correspondió al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Primera, quien con auto del 13 de diciembre de 2018⁷, propuso conflicto negativo de competencia. Sin embargo, ordenó remitir el expediente de nuevo a este Despacho, por lo que con auto del 2 de septiembre de 2019⁸, se ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que dirimiera la colisión negativa de competencia, suscitada entre los mencionados Juzgados.

Este Despacho, con auto del 17 de agosto de 2021⁹, dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección “A”, en providencia del 25 de marzo de 2021¹⁰, por medio de la cual decidió asignar el conocimiento del expediente a este juzgado; además, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, sin embargo, luego de revisar el expediente se halló que Bogotá D.C. Secretaría Distrital del Hábitat¹¹ en su escrito de contestación formuló las excepciones previas denominadas “*Inepta demanda por falta de los requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones*” y “*pleito pendiente*”; y el demandado EDGAR

² Ver documentos digitales “19.- 10-03-2022 CORREO” y “19.- 10-03-2022 CORREO”.

³ Folios 73 y 74 C. 1.

⁴ Folios 161 y 162 C. 1.

⁵ Folio 166 C. 1.

⁶ Folios 170 a 173 C. 1.

⁷ Folios 184 a 187 C. 1.

⁸ Folio 281 C. 4.

⁹ Ver documento digital “05.- 17-08-2021 AUTO OBEDECE SUPERIOR - FIJA FECHA AUD. INICIAL”.

¹⁰ Folios 6 a 10 C. 3.

¹¹ Folios 89 a 97 Cp

AUGUSTO RÍOS CHACÓN - Agente Liquidador de SIMAH LTDA¹², propuso la excepción previa de *“indebida formulación de las pretensiones e indebida exposición y falta de claridad en los hechos”*.

Por lo anterior, el Despacho con auto del 19 de octubre de 2021¹³ dejó sin efectos los numerales 2º y 3º del anterior auto y decretó las pruebas solicitadas por la demandada Bogotá D.C. - Secretaría Distrital del Hábitat con el fin de resolver la excepción previa *“pleito pendiente”* en este asunto.

Por tanto, el Juzgado retoma la práctica de la audiencia inicial en la fase de decisión de excepciones previas.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. (ART. 202 CPACA).
Sin oposición de las partes.

III.- EXCEPCIONES PREVIAS

La apoderada de Bogotá D.C. - Secretaría Distrital del Hábitat, propuso la excepción de *“Inepta demanda por falta de los requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones”*, con base en que la demanda no cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 162 del CPACA, ya que los hechos no resultan ser claros ni están debidamente determinados, clasificados y enumerados como lo exige la norma, el documento está cargado con apreciaciones personales y situaciones supuestas que impiden el cabal ejercicio del derecho de defensa.

En cuanto a las pretensiones sostuvo que son confusas y albergan consideraciones personales del apoderado, y que en las subsidiarias se solicita la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que fue demandado extemporáneamente, frente al cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso 25000234100020150084500, expidió el auto del 30 de abril de 2015, que rechazó la demanda por caducidad del medio de control.

Indicó, además, que existe una indebida acumulación de pretensiones, ya que deriva de la nulidad absoluta de los contratos una de las pretensiones indemnizatorias a título de restablecimiento del derecho, lo que no es viable según la jurisprudencia.

El apoderado judicial del demandado EDGAR AUGUSTO RÍOS CHACÓN - Agente Liquidador SIMAH LTDA, planteó similar excepción, pero bajo el nombre de *“indebida formulación de las pretensiones e indebida exposición y falta de claridad en los hechos”*, la que en su opinión se configura porque los hechos y las pretensiones son confusas y constituyen apreciaciones personales, es decir que la demanda debió ser inadmitida, ya que no cumplía con lo establecido en los artículos 162, 165 y 170 del CPACA.

Al respecto es pertinente indicar que la excepción previa de Ineptitud de la demanda, establecida en el numeral 5º del artículo 100 del CGP, tiene dos manifestaciones principales, una, cuando se presenta indebida acumulación de pretensiones y, la otra, cuando ese escrito no reúne los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA.

Dicho lo anterior, el Juzgado señala, en primer lugar, que el presente asunto fue conocido en primera medida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-

¹² Folios 112 a 153 Cp

¹³ Ver documento digital “07.- 19-10-2021 AUTO DECRETA PRUEBAS - FECHA AUD. INICIAL”.

Sección Tercera- Subsección “A”, quien realizó un estudio minucioso a cada uno de los aspectos formales señalados en el mencionado artículo, y encontró que la demanda estaba conforme con cada uno de ellos, por ello se procedió a dar trámite al proceso admitiendo la demanda de la referencia con auto del 6 de marzo de 2017.

Adicional a ello, el juzgado no comparte el punto de vista de los excepcionantes en cuanto a la ineptitud de la demanda por falta de claridad en torno a los supuestos fácticos y pretensiones, pues si bien puede existir alguna dificultad en su comprensión, la misma debe ser superada por el operador judicial acudiendo a las reglas de interpretación que sean necesarias para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

No se puede negar que la parte demandante, en cuanto a la redacción de su escrito inicial, acude a una técnica un tanto densa, que demanda un esfuerzo interpretativo sobre todo para comprender los supuestos fácticos y los cargos de nulidad; empero, esos escollos no impiden afirmar que su objeto se concentra, de manera principal, en pronunciamientos anulatorios en torno a los Contratos de prestación de servicios 297 de 2013 y 211 de 2014 y sus prórrogas, así como el resarcimiento de los perjuicios que según la parte actora se derivaron de su ejecución; y de forma subsidiaria, en la nulidad de la Resolución 512 de 6 de mayo de 2014, con el consiguiente restablecimiento del derecho.

Es decir, que la demanda, pese a que no es fácil de entender, sí permite abordar los temas allí planteados en la sentencia de instancia. Por tanto, la excepción no prospera en esta parte.

Ahora, en cuanto a la indebida acumulación de pretensiones, observa el Despacho que tampoco es de recibo. Esto porque según el artículo 141 del CPACA en el medio de control de controversias contractuales es viable pedir la nulidad de un contrato, así como “*que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.*”, lo que da piso a la aptitud formal de las pretensiones.

Tampoco puede afirmarse que haya indebida acumulación de pretensiones porque en forma subsidiaria se pretenda la nulidad de la Resolución 512 de 6 de mayo de 2014 y, a título de restablecimiento del derecho las sumas de dinero allí pretendidas. Basta recordar que el artículo 165 del CPACA admite como jurídicamente viable la acumulación de pretensiones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho y las relativas a contratos, lo que despeja toda duda en cuanto a la acumulación de pretensiones incluida en la demanda, acumulación que además supera cualquier reproche porque la última está subordinada a la improsperidad de las encaminadas a anular los referidos contratos.

Finalmente, el hecho que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso 25000234100020150084500, haya declarado la caducidad del medio de control con el auto del 30 de abril de 2015, no afecta la aptitud formal de la demanda y mucho menos la acumulación de sus pretensiones. De llegar a ser cierto que la caducidad se decretó respecto de la Resolución 512 de 6 de mayo de 2014, el alcance de tal decisión se evaluará en la sentencia de primera instancia. Por consiguiente, la excepción tampoco prospera en esta parte.

De otro lado, la mandataria judicial de Bogotá D.C. - Secretaría Distrital del Hábitat propuso la excepción previa de “*pleito pendiente*”, la que sustenta en la existencia del proceso 25000-23-41-000-2015-2310-00, conocido por Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, despacho del entonces Magistrado Fredy Ibarra Martínez, en el que también se demandaron los contratos que trata el presente medio de control.

El Despacho, con auto del 19 de octubre de 2021 decretó las pruebas solicitadas por la demandada Bogotá D.C. - Secretaría Distrital del Hábitat con el fin de resolver la excepción formulada, lo que dio lugar a recaudar las siguientes pruebas documentales:

-. Correo electrónico del 11 de noviembre de 2021¹⁴, de la Secretaría de Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se allegó Certificación de la información del proceso 25000-23-41-000-**2017-00635**.

-. Correo electrónico del 22 de noviembre de 2021¹⁵, de la Secretaría de Sección Tercera, Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se allegó información del proceso 25000-23-36-000-**2017-00627**.

-. Correo electrónico del 25 de febrero de 2022¹⁶, del Escribiente de la Secretaría de Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se allegó información del proceso 25000-23-41-000-**2015-02310** y se anexó copia de la demanda, auto admisorio y contestaciones de la misma.

Ahora, el Consejo de Estado, sobre la excepción de pleito pendiente, tiene dicho que *“Para que la excepción de pleito pendiente resulte plenamente eficaz, es necesario que concurran los siguientes elementos: a) que se esté adelantando otro proceso en forma simultánea, el cual sirva de referencia a la excepción; b) que las pretensiones en uno y otro procesos sean las mismas; c) que las partes en ambos procesos sean las mismas; d) que exista identidad de causa; e) que se encuentre probada en el proceso”*¹⁷.

Pues bien, con base en la información de este proceso y la obtenida del proceso 25000-23-41-000-**2015-02310**, se tiene que la excepción de pleito pendiente no se configura porque no hay similitud en los siguientes componentes:

En primer lugar, en cuanto al medio de control debe señalarse que este asunto es una controversia contractual, en tanto que el proceso que está siendo conocido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección B, es de nulidad y restablecimiento del derecho.

En segundo lugar, en cuanto a las partes tampoco hay similitud puesto que en el proceso que está a cargo de este juzgado la parte demandante cuenta con el señor Rodrigo Azriel Maldonado, persona que no figura en tal calidad en el proceso a cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Es cierto que en la demanda presentada ante dicha corporación sí figuraba dicha persona, sin embargo, en el auto admisorio no se le tuvo en calidad de parte actora, circunstancia de la que no hay prueba que haya sido reclamada. Además, en este asunto figura como demandado el señor Edgar Augusto Rios Chacón-Agente Liquidador SIMAH LTDA, persona que no fue demandada ante dicha corporación judicial.

¹⁴ Ver documentos digitales “13.- 12-11-2021 CORREO” y “14.- 12-11-2021 CERTIFICACION TAC”.

¹⁵ Ver documento digital “16.- 22-11-2021 CORREO - RESPUESTA TAC”.

¹⁶ Ver documentos digitales “17.- 25-02-2022 CORREO - RESPUESTA TAC” y “18.- 25-02-2022 PIEZAS PROCESALES 2015-02310 TAC”.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 25000-23- 36-000-2015-00503-01(56812)

En tercer lugar, el petitum de ambos procesos tampoco puede considerarse similar. De un lado, porque en este proceso se pide de manera subsidiaria la nulidad de la Resolución No. 512 del 6 de mayo de 2014, mientras que en el otro expediente si bien se hacen algunas referencias a dicho acto, en el acápite de pretensiones no hay una solicitud expresa para que se decrete su nulidad. A lo anterior se agrega que, ante el Tribunal se pide la nulidad de otros actos y tampoco se mencionan de manera directa los contratos respecto de los cuales aquí se pide expresamente su nulidad. Por tanto, se declarará la improsperidad de esta excepción.

En consecuencia, el Juzgado **RESUELVE:**

DECLARAR INFUNDADAS las excepciones previas denominadas “*Inepta demanda por falta de los requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones*” y “*pleito pendiente*”; formulada por Bogotá D.C. Secretaría Distrital del Hábitat y la de “*indebida formulación de las pretensiones e indebida exposición y falta de claridad en los hechos*” propuesta por EDGAR AUGUSTO RÍOS CHACÓN - Agente Liquidador SIMAH LTDA.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. (ART. 202 CPACA).
Sin oposición de las partes.

IV.- FIJACIÓN DEL LITIGIO

1.- Hechos compartidos

De la revisión de la demanda y de las contestaciones a la misma, se encuentra que no coinciden en los hechos narrados en la demanda, por tanto, quedan sujetos a la carga de la prueba.

2.- Fijación del litigio en concreto.

El litigio se circunscribe a determinar si procede **(i)** la nulidad del otro si modificatorio No. 1, la adición No. 1 y las prórrogas No. 2 y No. 3 del Contrato de Prestación de Servicios No. 297 del 7 de mayo de 2013, **(ii)** la nulidad del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 211 del 3 de septiembre de 2014, así como sus prórrogas Nos. 1, 2, 3, 4 y 5, y **(iii)** subsidiariamente la nulidad la Resolución No. 512 del 6 de mayo de 2014, acto administrativo que opera en unidad y conjunción con la ejecución de todas y cada una de las estipulaciones contenidas en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 211 del 3 de septiembre de 2014, examen de legalidad que se hará con base en los cargos de nulidad presentados con la demanda.

Además, en caso de prosperar las pretensiones anteriores, igualmente habrá de establecerse si hay lugar a reconocer las indemnizaciones y prestaciones que a título de restablecimiento del derecho se solicitan con la demanda.

De igual forma, en el evento de que el estudio avance hasta la pretensión subsidiaria, deberá determinarse si operó el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control respecto de la Resolución No. 512 de 6 de mayo de 2014.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. (ART. 202 CPACA).
Sin oposición de las partes.

Demandante: Solicita adición en el sentido de indicar que la caducidad es un fenómeno relacionado con el derecho de acción, por lo que se debe analizar de manera individual, por cada uno de los demandantes.

Juzgado: Se tomará en cuenta el planteamiento en la sentencia.

Demandado: Señala que frente a la Resolución 512 de 2014 el Consejo de Estado ya determinó que sí operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Juzgado: Responde que ese estudio igualmente se analizará en la sentencia.

V.- FÓRMULAS DE CONCILIACIÓN

El Despacho concede el uso de la palabra a los apoderados de las entidades demandadas para que manifieste si le asiste ánimo conciliatorio.

Apoderado de Bogotá Secretaría Distrital del Hábitat: Manifiesta que no presenta ánimo conciliatorio en esta audiencia.

Apoderado de Edgar Augusto Ríos: Manifiesta que no presenta ánimo conciliatorio en esta audiencia.

En virtud a que la entidad demandada manifestó no tener ánimo conciliatorio, el Juzgado **RESUELVE:**

AUTO: DECLARAR FALLIDA esta fase de la audiencia.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. (ART. 202 CPACA).
Sin oposición de las partes.

VI.- MEDIDAS CAUTELARES

La parte demandante no solicitó medida cautelar por lo cual el Despacho no efectúa pronunciamiento sobre el particular.

VII.- DECRETO DE PRUEBAS

1.- De la parte demandante.

1.1.- Tener como pruebas e incorporar al expediente con el valor que la Ley les asigna las documentales allegadas por la parte demandante visibles a folios 1 a 38, 45 a 70 y CDS folio 40 y 71 del cuaderno No. 1, folios 1 a 42 del cuaderno No. 2 y folios 198 a 280 del cuaderno No. 4.

1.2.- No solicito la práctica de otras pruebas.

2.- De la parte demandada. Bogotá D.C. Secretaría Distrital del Hábitat.

2.1.- Tener como pruebas e incorporar al expediente con el valor que la Ley les asigna las documentales allegadas por la parte demandante visibles a folios 98 a 105 y CD folio 106 del cuaderno No. 1.

2.2.- SOLICITAR al Consejo de Estado que, en un término no superior a quince (15) días siguientes al recibo de la comunicación, aporte copia del auto del 30 de abril de 2015, proferido dentro del proceso No. 25000234100020150084501 por medio del cual rechazó la demanda por caducidad del medio de control, así como de la demanda y su contestación, y certifique su ejecutoria.

3.- De la parte demandada. Edgar Augusto Ríos Chacón- Agente Liquidador SIMAH LTDA.

3.1.- No aportó pruebas.

3.2.- DECRETAR el interrogatorio de parte de los señores WILLIAM MALDONADO PARÍS, EDILMA MALDONADO PARÍS y RODRIGO AZRIEL MALDONADO PARÍS, quienes declararán sobre los hechos de la demanda y demás preguntas que se les formulen en la audiencia virtual de pruebas. Su comparecencia queda a cargo del apoderado de la parte actora, quien deberá suministrar el correo electrónico de cada uno de los ellos para que sean citados a dicha diligencia, además debe garantizar que cada uno esté en un lugar diferente.

3.3.- DECRETAR el testimonio de los señores ALDO FERNANDO FORERO GÓNGORA, MARÍA ANTONIA IRIARTE MOLINA, ELISEO CABRERA LEAL, NUVIA CADENA ARCINIEGAS, HERNÁN GUZMÁN UREÑA y LINA SOLEDAD GARZÓN PULIDO, quienes declararán sobre los hechos de la demanda y demás preguntas que se les formulen en la audiencia virtual de pruebas. La comparecencia de las testigos queda a cargo del apoderado de la parte actora, quien deberá suministrar el correo electrónico de cada uno de los ellos para que sean citados a dicha diligencia, además debe garantizar que cada uno esté en un lugar diferente.

3.3.- SOLICITAR a la Sociedad SIMAH LIMITADA que, en el término de 15 días contados a partir del recibo de la comunicación, allegue (i) copia de los estados financieros desde el año 2014 hasta la fecha, (ii) documento en el que conste si dentro de los activos de la sociedad concursada existen activos por participación de la sociedad Condominio Campestre Panorama y el pertinente P y G.

4.- Disposiciones comunes

Para la obtención de las pruebas documentales decretadas, el apoderado del señor Edgar Augusto Ríos Chacón- Agente Liquidador SIMAH LTDA deberá acreditar ante el Juzgado, dentro de los cinco (5) días siguientes a esta audiencia, la radicación de la solicitud por él efectuada al destinatario con copia de esta acta y el pago de las expensas a que haya lugar, so pena de tener por desistidas las pruebas. Se advierte al vocero judicial y a la entidad oficiada que si no acatan lo aquí ordenado serán sancionados con multa de hasta 10 SMLMV (CGP Art. 44 núm. 3), y en lo que tiene que ver con las últimas se compulsarán copias con destino a la autoridad competente para que determine si se incurrió en alguna falta disciplinaria.

Así mismo, los testigos deberán presentarse en la fecha y hora que se señalará para la práctica de la audiencia virtual de pruebas. De ser necesaria boleta de citación, la misma podrá solicitarse en la Secretaría del Despacho dentro de los cinco (5) días siguientes a esta audiencia, la falta de citación dará lugar a tener por desistida la prueba. Se advierte a los apoderados que si no acata lo anterior será sancionado con multa de hasta 10 SMLMV (CGP Art. 44 núm. 3).

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. (ART. 202 CPACA).
Sin oposición de las partes.

Demandante: Solicita que se ordene a la Secretaría Distrital del Hábitat que allegue la totalidad de los documentos que conforman el expediente administrativo; y que se decrete como prueba de oficio sobreviniente que la Contraloría Distrital de Bogotá aporte los documentos recabados en una investigación y la documental aportada con el documento electrónico que aparece en la carpeta digital con el nombre "10.- 20-10-2021 SOLICITUD DE INCORPORACIÓN PRUEBAS Y ANEXOS".

Juzgado. Da traslado de la solicitud.

Demandado: En cuanto a las solicitudes hechas por el apoderado señala que los documentos pudieron aportarse por el apoderado de la parte demandante con la demanda. Respecto de la prueba de oficio pide no decretarla porque el abogado aduce su propia culpa, además que fueron solicitadas en forma extemporánea.

Secretaría del hábitat: Manifiesta que la entidad, contrario a lo dicho por el apoderado demandante, no oculta nada, pues se allegaron casi 300 folios físicos más todo lo que está en el CD. Agrega que han pasado 3 años desde que se anexaron al expediente, sin que dicho apoderado cuál es la documentación que supuestamente falta, lo que denota una conducta dilatoria de su parte.

Juzgado: Entra a resolver las peticiones formuladas por el apoderado de la parte demandante, quien también actúa en causa propia, consistentes en: (i) que la Secretaría Distrital del Hábitat aporte la totalidad de los antecedentes administrativos del caso *sub examine*, los que afirma están siendo por ella ocultados y (ii) que se decreten unas pruebas de oficio como sobrevinientes, como son documentos en poder de la Contraloría Distrital de Bogotá y las pruebas que el aporta con documento electrónico y obra en la carpeta digital con el nombre "10.- 20-10-2021 SOLICITUD DE INCORPORACIÓN PRUEBAS Y ANEXOS".

En cuanto a la primera solicitud, el juzgado no la encuentra procedente porque el abogado no precisa cuáles son los documentos que se ocultan, afirmación que no es aceptada por el Despacho porque va en contravía de la presunción de buena fe consagrada en la Constitución. Es decir, por la forma general como se formula el planteamiento, la afirmación del togado resulta ser una apreciación subjetiva.

Y, en lo atinente a las pruebas sobrevinientes, el Despacho señala que una de sus características más importantes es el factor temporal, que se entiende como lo que ocurre después, o que se ubica con posterioridad a la radicación de la demanda. Sin embargo, esto no aplica para el *sub lite* porque los citados documentos están disponibles desde el año 2014, incluso formando parte de registros públicos a los que han podido acceder los demandantes. Y, en cuanto a la prueba de la Contraloría Distrital, su negativa se basa en su extemporaneidad y en que no se especifica cuál es la investigación y cuál es su utilidad.

En mérito de lo expuesto el Juzgado **RESUELVE:**

NEGAR las peticiones elevadas por el apoderado de la parte demandante, relativas a obtener copia de la totalidad de los antecedentes administrativos y decretar las pruebas documentales señaladas.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. (ART. 202 CPACA).

Demandante: Interpone recurso de apelación de negar la prueba solicitada.

Juzgado: Corre traslado del recurso a los apoderados intervinientes.

Secretaría del Hábitat. Solicita negar la concesión del recurso de apelación.

Demandado: Está de acuerdo con lo expuesto por la anterior apoderada, pues considera extemporánea la solicitud.

Juzgado: Señala que el recurso es procedente según lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 243 del CPACA, por lo que se concederá.

En mérito de lo expuesto el Despacho **RESUELVE:**

CONCEDER en el efecto **DEVOLUTIVO** el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la anterior decisión, ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En consecuencia, se ordena a la Secretaría del Juzgado que tome copia digital del expediente y la remita en el menor tiempo posible a esa corporación judicial para los fines pertinentes.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS (art. 202 CPACA). Sin pronunciamiento de las partes.

VIII.- FECHA DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Se señala la audiencia de práctica de pruebas para el día **DIECISÉIS (16) de AGOSTO de DOS MIL VEINTIDÓS (2022)**, a las **NUEVE Y TREINTA** de la mañana (**9:30 a.m.**).

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS (art. 202 CPACA). Sin pronunciamiento de las partes.

El Juzgado declara finalizada la audiencia a las 10:44 a.m., señala que la grabación podrá descargarse de la plataforma Teams y que esta acta únicamente será firmada por el titular del Despacho.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

Firmado Por:

Henry Asdrubal Corredor Villate
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **035acd9289b6cb3f72eb6a35bacde8434a582fa531061e78687f7b86fe553886**
Documento generado en 15/03/2022 03:06:08 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Bogotá. D.C., marzo 16 de 2022

Doctor:

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL –

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad.

Referencia: PROCESO EJECUTIVO
Radicado: 11001310300720160073405
Demandante: JUAN CARLOS MALDONADO ARIAS
Demandados: ELISEO CABRERAL LEAL Y OTROS
Asunto: -PETICION -

Respetado Señor Magistrado:

RODRIGO A. MALDONADO PARIS, identificado y reconocido en auto, en calidad de apoderado de la parte activa, de manera atenta, solicito en aras de salvaguardar derechos fundamentales el ejercicio oficioso de la facultad contenida en el artículo 45 del Código General del Proceso, y en consecuencia se ordene el retiro oficioso de la orden contenida en el auto del 10 de marzo de esta anualidad de 2022, notificado en estado del 11, mediante el cual no se accede a la revocatoria del auto del 1° de febrero del 2022 mediante el cual se ordenó la devolución del expediente al juzgado de origen, puesto que, hay lugar a resolver el recurso de súplica anexo al presente petitorio.

Lo anterior en razón a que se torna imperativo imprimir trámite y decisión al recurso de súplica legalmente interpuesto contra el auto del diez (10) de marzo de la presente anualidad de dos mil veintiuno (2022), notificado en estado del mismo mes y año, mediante el cual se **RECHAZA DE PLANO**, la petición de nulidad interpuesta contra el auto del 22 de octubre de 2019, con base en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, “**es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso**”.

Del señor Magistrado;



RODRIGO AZRIEL MALDONADO PARIS

HONORABLE MAGISTRADA PONENTE

Dra. María Patricia Cruz Miranda

Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: DECLARATIVO No. 11001310303020100013801

DEMANDANTE: EUGENIA ESCOBAR DE GOMEZ

DEMANDADO: AGREGADOS EL RUBI LTDA

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN

CLARA CAMARGO RIVERA, persona mayor y vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.443.086 de Bogotá, abogada en ejercicio con tarjeta profesional numero 14.389 expedida por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de la parte demandada y demandante en reconvencion, atentamente manifiesto que estando dentro del término establecido en la ley me dirijo a usted, con el objeto de interponer y sustentar **RECURSO DE REPOSICIÓN**, contra el Auto de fecha 10 de marzo de 2022, proferido por ese despacho y mediante el cual dispuso:

*“(..)**Decretar de oficio una prueba pericial que rendirá el perito JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ NAVARRO, ya designado para el proceso por el juzgado de primera instancia, quien, a partir de la exhibición de documentos que le facilite y/o suministre la sociedad demandada -la que deberá atender el deber de colaboración para tal fin (arts. 233 y 229-1 del C.G.P.)-, así como las documentales obrantes en el expediente, determinará los frutos civiles del inmueble objeto de la promesa de compraventa de fecha 9 de abril de 2008 desde la fecha de entrega del inmueble a la demanda hasta la actual, para lo cual contará el auxiliar de la justicia con el término de diez (10) días contabilizados a partir de la comunicación respectiva. (...)**”*

PETICIÓN

ÚNICA: Solicitó **REPONER** el Auto de fecha 10 de marzo de 2022, proferido por ese despacho dentro del proceso de la referencia, **para adicionarlo**, en el sentido de ordenar prueba pericial para estimar el valor de las mejoras realizadas por mi poderdante al inmueble objeto de la promesa de compraventa de fecha 9 de abril de 2008.

PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

El artículo 318 del C.G.P., señala la procedencia del recurso de reposición, así:

"(...) Artículo 318. Procedencia y oportunidades

Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

PARÁGRAFO. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente. (...)

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Constituyen argumentos que sustentan el recurso, los siguientes:

Es de resaltar, que los jueces son los instructores del proceso civil. En esa condición, deben observar la garantía de "igualdad de armas entre las partes", lo que comprende dinamizar la carga de la prueba cuando una de ellas está en clara desventaja probatoria. Esto, para reestablecer el equilibrio procesal de las partes.

Si el juez no aplica esta figura, es violatorio del debido proceso de la parte afectada, tal como ocurre en el proceso de la referencia, en donde, a la parte demandante le correspondía en el trámite de la primera instancia, efectuar la tasación de los frutos civiles respecto del inmueble objeto de la promesa de compraventa de fecha 9 de abril de 2008, conforme a las reglas previstas en los artículos 206 y 226 del C.G.P.

En la contestación de la demanda, la sociedad demandada, al oponerse a las pretensiones de demanda, dentro de las excepciones propuestas y al manifestar su inconformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, **dejo claro que ha sufrido múltiples perjuicios y que ha efectuado mejoras en el predio materia de la Litis**, el cual posee de buena fe, **mejoras estas que superan el valor de la tierra**, por tal razón:

SOLICITO:

La tasación de las mejoras efectuadas en el citado inmueble, las cuales, al igual que ocurrió con los frutos civiles, en primera instancia no fueron tasadas, por lo que, en aplicación del principio de igualdad de las partes, y teniendo en cuenta la filosofía de la norma “..... cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.....” se hace necesario que el despacho, de oficio, decrete su tasación mediante prueba pericial, adicionado el auto de 10 de marzo de 2022, indicando al perito designado, que igualmente a lo ordenado determine el valor de las mejoras efectuadas por la Sociedad demandada, existentes en el predio y proceda a tasar las mismas.

Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, le solicito muy respetuosamente Reponer el Auto recurrido.

Atentamente



CLARA CAMARGO RIVERA
C.C. No. 41.443.086 de Bogotá
T.P. No. 14.389 del C. S. de la J.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR RV: RAD. 11001310303120190006401 – Verbal Sustentación
Recurso de Apelación contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2021 y su fallo
complementario de noviembre 22 de 2021 proferidas por el Juzgado 31 Civil de Bogotá**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 22/02/2022 3:10 PM

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR

Atentamente,



*República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá*

*Av. calle 24 N° 53-28 Torre C - Oficina 305
Teléfono: 423 33 90 Extensión 83-49
Email: secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co*

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Defensajudicial . <defensajudicial@beltranpardo.com>

Enviado el: martes, 22 de febrero de 2022 1:45 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RAD. 11001310303120190006401 – Verbal Sustentación Recurso de Apelación contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2021 y su fallo complementario de noviembre 22 de 2021 proferidas por el Juzgado 31 Civil de Bogotá

Bogotá D.C., febrero 22 de 2022

Doctora

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada Ponente

Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

Ciudad.

RAD. 11001310303120190006401 – Verbal

Honorable Magistrada Adriana:

Atendiendo su Auto de febrero 14 de 2022, (notificado en Estado de febrero 15 de 2022), ante su Despacho me permito presentar la sustentación del recurso de apelación contra las decisiones de primera instancia, fechadas 3 de junio de 2021, y su fallo complementario de noviembre 22/21, proferidas por el Señor Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

Para tal fin se adjunta memorial en treinta y ocho (38) folios, y copia de oficio en siete (7) folios..

Respetuosamente,



ORLANDO CORREDOR TORRES

Abogado

Calle 26 A # 13 - 97 Oficina 401 y 402
Edificio Bulevar Tequendama.
PBX: +571 4824868
Bogotá, Colombia

www.beltranpardo.com



Bogotá D.C., febrero 22 de 2022

Doctora
ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente
Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá
Ciudad.

RAD. 11001310303120190006401 – Verbal

Asunto: Sustentación recurso de apelación Unificado contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2021 y su fallo complementario de noviembre 22 de 2021 proferidas por el Juzgado 31 Civil de Bogotá

Demandante: PEYCO COLOMBIA.

Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade, (hoy Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – EnTerritorio).

Honorable Magistrada Adriana:

Atendiendo el Auto de febrero 14 de 2022, notificado en Estado de febrero 15 de 2022, ante su Despacho me permito presentar la sustentación del recurso de apelación contra las decisiones de primera instancia, fechadas 3 de junio de 2021, y su fallo complementario de noviembre 22/21, proferidas por el Señor Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá, en las cuales se indicó lo siguiente:

1. DECISIONES DE PRIMERA INSTANCIA APELADA.

1.1 LA DERIVADA DE LA AUDIENCIA INICIAL.

En Audiencia Oral celebrada virtualmente el 14 de abril de 2021, el Señor Juez, en acatamiento de lo establecido en el inciso 3º, numeral 5, del artículo 373 del Código General del Proceso, manifestó que no le era posible dictar sentencia en forma oral por la complejidad del asunto; no obstante, indicó el sentido del fallo que sería emitido dentro de los diez (10) días siguientes, así:

“(..). prosperidad parcial de las pretensiones, de manera general se enuncia que la prosperidad parcial es el reconocimiento de algunas de las sumas reclamadas, especialmente de aquellas que se relacionan con las sumas no pagadas y que fueron contempladas bien sea en el contrato inicial o en las prórrogas o modificaciones y aclaraciones al contrato original. No así respecto de las demás sumas reclamadas. Estas sumas que serán reconocidas, las inicialmente pactadas en el contrato o en sus prórrogas (sic), serán objeto de indexación más no la aplicación de la tasa máxima de mora como fue solicitado en la demanda, aunque también la indexación fue solicitada de manera subsidiaria. Todo esto desde luego se explicará de manera detallada en el fallo por escrito (...)”

1.2 PRIMERA SENTENCIA.

Es la contenida en decisión de primera instancia, en la cual falló de fondo, proferida por el Despacho del Señor Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 3 de junio de 2021, notificada mediante Estado No. 25 del 8 de junio del mismo año, dispone:



“FALLA

PRIMERO. SE DECLARA que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO incumplió (sic) su obligación de liquidar el Contrato de Consultoría No 2130760 dentro del plazo acordado contractualmente.

SEGUNDO. En consecuencia de lo anterior, **SE CONDENA** a FONADE hoy ENTERRITORIO a pagar a PEYCO COLOMBIA sucursal de la sociedad extranjera PEYCO, PROYECTOS, ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A., dentro del término de 5 días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, la suma de QUINIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$532,923,320), por concepto de la liquidación del contrato, valor que ya contiene la indexación reconocida, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO. SE DECLARA que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO incumplió (sic) su obligación de proporcionar una Lista de Precios de referencia para la elaboración de los presupuestos a cargo del consultor, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

CUARTO. En consecuencia, **SE CONDENA** a FONADE hoy ENTERRITORIO a pagar a PEYCO COLOMBIA sucursal de la sociedad extranjera PEYCO, PROYECTOS, ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A., dentro del término de 5 días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, la suma de CIENTO DIEZ MILLONES TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$110.325.000.), por concepto de los mayores costos en lo que tuvo que incurrir PEYCO ante las deficiencias del SISPEP.

QUINTO. SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas.

SEXTO. SE CONDENA EN COSTAS al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO. Por concepto de agencias en derecho téngase en cuenta la suma de **VEINTE MILLONES DE PESOS** (\$20'000.000). *Liquidense (...)*”

1.3 LA SEGUNDA SENTENCIA DENOMINADA “COMPLEMENTARIA” DE NOVIEMBRE 22 DE 2021.

Igualmente, constituye razones de inconformidad para acudir en segunda instancia, la decisión denominada **“FALLO COMPLEMENTARIO” proferido en noviembre 22 de 2021** providencia que modifica irregularmente una sentencia del mismo funcionario, cuya argumentación de inconformidad se expone más adelante en el numeral 9 de este documento.



1.4 REPAROS E INCONFORMIDAD FRENTE A LAS DECISIONES ADOPTADAS EN LA SENTENCIA.

En cumplimiento de lo establecido en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, la parte actora formula los siguientes reparos concretos a la sentencia de primera instancia:

- No estamos de acuerdo con la negativa del Señor Juez de reconocer en su integridad la obligación insoluta del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, quien en su decisión de instancia la estableció en QUINIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$532.923.320.00), únicamente por concepto de la liquidación del contrato, y en su erróneo criterio mencionó que dicho valor ya contempló indexación.
- En consecuencia, no estamos de acuerdo con la determinación del Señor Juez de reconocer la indexación de la obligación insoluta, **negando a contrario sensu el reconocimiento y la liquidación de intereses moratorios, establecidos en el dictamen pericial, inaplicando en forma directa el numeral primero del artículo 1608 del Código Civil Colombiano, sanción pecuniaria en la cual no queda duda está incurso la entidad demandada ante la mora en el pago de saldos insolutos, con cargo al Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013,** desde la fecha de entrega total de los productos, en razón a que existía claridad respecto del plazo definido para el cumplimiento de obligaciones recíprocas, es decir había un término estipulado.

Además, como le argumentaremos y demostraremos en este documento, los intereses moratorios no se causan a partir de la sentencia, como lo pretende hacer ver el Señor Juez de Instancia, sino que su causación legal debe ser reconocida desde el momento en que se evidenció el incumplimiento de la obligación por parte de la demandada, que en el caso concreto fue el 16 de marzo de 2015, fecha en la que se suscribió el Acta de entrega y recibo final del objeto contractual, tal como quedó demostrado en el proceso y se evidenció en la Audiencia Inicial celebrada en abril 13 y 14 del presente año.

- Asimismo, al proceso se sometieron pretensiones económicas justas derivadas del incumplimiento de la entidad contratante, que no fueron consideradas, o no fueron reconocidas en su integridad, por el *A quo*, como fueron las siguientes:
 - Incumplimiento contractual a la obligación de aportar el Sistema de Seguimiento de Proyectos –SISEP– como herramienta para que PEYCO COLOMBIA pudiera consultar la lista de precios de referencia.
 - Negativa al reconocimiento y pago de los mayores costos en los que incurrió PEYCO COLOMBIA durante la ejecución del contrato por concepto de mayor permanencia.
 - Negativa al reconocimiento y pago de las actividades adicionales que efectuó en la ejecución del contrato.

De otra parte, es importante resaltar que al proceso se arrió un abundante y suficiente material probatorio contenido en prueba pericial, documental y testimonial, frente al cual la sentencia hace caso omiso en valorarlo.

Incluso, la demandada incurrió en conductas procesales que no fueron valoradas conforme lo establece la ley, como en el caso de no presentar el informe que le fue ordenado en Auto de diciembre 12/2020.



- La bondad jurídica que en materia de cumplimiento de obligaciones establece en artículo 1653 del Código Civil Colombiano, no la tuvo en cuenta el fallador de instancia, ignorando las reclamaciones que en este sentido se efectuaron a lo largo del proceso, probadas inclusive con dictamen pericial, el cual nunca fue objetado, y por consiguiente se constituyó en plena prueba.

En efecto la norma sustantiva en cita establece:

“(...) Artículo 1653. Imputación del pago a intereses

Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.

Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados. (...)”

La sentencia fue clara en declarar que “(...) el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL-ENTERRITORIO incumplió su obligación de liquidar el Contrato de Consultoría No 213076 dentro del plazo acordado contractualmente (...)”, generando con esa conducta lesiva contra el patrimonio de la parte demandante, causando por esa actitud intereses corrientes y moratorios, los cuales al hacerse efectivos deberán imputarse conforme lo dispone el Código Civil Colombiano.

De acuerdo a lo anterior, existe incongruencia en la decisión judicial del A Quo, por cuanto, encontró y declaró que efectivamente la demandada estaba incurso en el incumplimiento del contrato, pero en la condena aplicó un criterio equivocado, no tuvo en cuenta que esta conducta nociva contractual generada desde el 15 de septiembre de 2015, conforme a la ley sustantiva es susceptible de la aplicación de intereses de mora, precisamente porque estaba reteniendo un pago al cual estaba obligada, y que por dicha mora se le debe imponer la respectiva sanción que estamos reclamando.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE: CONTRATO DE NATURALEZA PÚBLICA ESTATAL.

Con ocasión de las consideraciones expuestas en el fallo de primera instancia, el presente recurso inicia con un breve análisis sobre la naturaleza jurídica de la entidad pública demandada, para así comprender la esencia de la presente controversia, que versa sobre el Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, suscrito entre la demandante y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, hoy ENTerritorio, precisiones pertinentes que ayudarán a esclarecer el esquema normativo que rige al precitado contrato y, por ende, gobierna el proceso que nos ocupa.

En efecto, la entidad contratante, si bien tiene un régimen especial de contratación, aplica en sus negocios el derecho privado y no las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, esto no desfigura su naturaleza jurídica ni la de sus actos contractuales, los cuales corresponden a contratos estatales públicos.

Sobre el particular, el Consejo de Estado¹ ha señalado que:

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de agosto de 1998. Rad. Interno: 14.202. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.



“(…) es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, **constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:**

1. Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.
2. Contratos estatales especiales (…)(negrilla fuera de texto).

FONADE, persona jurídica pública, fue creada por el Gobierno Nacional mediante Decreto 3068 de 1968, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por la Ley 65 de 1967, como un establecimiento público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con autonomía administrativa y patrimonio propio, cuya función era financiar en favor de entidades de derecho público o privado los estudios mencionados en el artículo 1º del citado Decreto.

Más adelante se reestructuró con el Decreto 2168 de 1992, expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, pasando a ser una “*Empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo*”.

Posteriormente, las disposiciones de dicho Decreto fueron incorporadas en el capítulo XII, artículos 286 a 289, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), Decreto 663 de 1993.

Después el Decreto 288 de 2004 modificó la estructura administrativa de FONADE, conservando su denominación y naturaleza como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero.

El artículo 90 de la Ley 45 de 1990 contribuyó a clarificar la naturaleza jurídica de FONADE así:

“(…) ART. 90. —Instituciones financieras. Para los efectos de la presente ley se entiende por instituciones financieras las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, a quienes se aplicarán las reglas previstas en los artículos 23, 28, 73, 74 y 75 de esta ley (…)

A la luz de esta definición legal, FONADE es una institución financiera, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 2168 de 1992, recogido en el artículo 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, inicialmente sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cuyas funciones actualmente corresponden a la Superintendencia Financiera.

Aunque la Ley 1150 de 2007, artículo 26², estableció la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública a FONADE (hoy ENTerritorio), la Ley 1450 de 2011 excluyó de dicho régimen público a esa entidad, sin haber alterado su naturaleza jurídica, la aplicación de los principios y fines de la función administrativa y de la gestión fiscal (artículos 209 y 267, Constitución Nacional), ni el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, propios de contratos públicos de derecho privado³.

² Artículo derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011

³ Artículo 13 Ley 1150 de 2007: “Las entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en



En el mismo sentido, el artículo 15 de la Ley 1150, que modificó el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece:

“Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente Ley” (negrilla fuera de texto).

Posteriormente, con el Decreto Nacional No. 495 de 2019, se transformó al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera, en la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTerritorio, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.

Así las cosas, FONADE/ENTerritorio – se estructura como una institución o entidad financiera pública, que en virtud de la Ley se gobierna contractualmente **por el derecho privado**, sin excluir su naturaleza de entidad pública y la naturaleza pública de sus actos en derecho.

Las anteriores precisiones nos permitirán orientar la fortaleza de la línea argumentativa que más adelante expondremos en materia de cumplimiento de obligaciones, en las cuales se encuentra incurso la entidad demanda.

Por lo tanto, el objeto social de FONADE (línea mantenida por ENTerritorio) es ser Agente Público para adelantar cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios.

En coherencia con lo expuesto, y dada la naturaleza jurídica definida en las normas mencionadas, según las cuales la institución pública goza de la calidad de “institución financiera”, se sustrae de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de sus actos contractuales, conforme lo ordena el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011⁴.

A continuación, se desarrollarán algunos de los principios que gobiernan la gestión contractual en derecho privado y, por ende, deben tenerse en consideración en el proceso sub examine que nos ocupa, con ocasión del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, suscrito por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade (hoy, ENTerritorio) y Peyco Colombia.

desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

⁴ Artículo 105, Ley 1437 de 2011: La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.



3. CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACION DE FONADE/ENTERRITORIO.

3.1 PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD⁵

En el contexto del régimen privado, los contratos por naturaleza son consensuales, teniendo en cuenta el artículo 1501 del Código Civil, **para que un contrato sea válido, debe contar con ciertos elementos** que generan efectos diferentes, a saber: esenciales, de naturaleza y accidentales.

En el primer caso, son elementos que permiten la existencia del contrato, por ejemplo, **el consentimiento**. Mientras tanto, las cosas que son de su **naturaleza** suponen algo que pertenece inherentemente a él, es decir, se prevén antes de firmarlo. Por último, están aquellas que son **accidentales** que se agregan mediante cláusulas especiales valiéndose del principio de autonomía de la voluntad.

Por su parte, en materia comercial, también, como regla general, rige el principio de la consensualidad, así:

Artículo 824, Código de Comercio: “**Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente**, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad” (negrilla por fuera de texto).

Artículo 864, Código de Comercio: “**El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir** entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta” (negrilla por fuera de texto).

En consecuencia, **no es dable exigir a un contrato gobernado por los principios del derecho privado, en especial, por el principio de consensualidad contemplado en la Ley, formalidades como, por ejemplo, que conste por escrito**, pues el simple acuerdo de voluntades de las partes es suficiente para generar derechos y obligaciones (o modificarlas o extinguirlas). Tal exigencia equivaldría a crear una tarifa legal de prueba en asuntos en los que legalmente existe libertad probatoria.

3.2 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD⁶

La autonomía de la voluntad es un principio circunscrito y reconocido en el derecho mercantil, que se ha ido trasformando de acuerdo con la realidad actual, y ha tenido incursión en el derecho público en materia de contratación, es decir en los contratos realizados por comerciantes privados y el Estado. En la actualidad, la autonomía de la voluntad, como principio de la contratación estatal es ejecutado bajo un reconocimiento de legalidad, queriendo cumplir con la misma diligencia práctica y recursiva del derecho privado mercantil.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ, 12 de octubre de 2006, Radicación número: 11001-03-27-000-2003-00058-01(14030)

⁶ “Análisis del Principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de un particular con el Estado Colombiano en el sector salud” – Autor: Diana Milena Alvarado Pinilla. Universidad La Gran Colombia Facultad de Postgrados y Formación Continuada Especialización en Gerencia Bogotá -2016



La autonomía de la voluntad es fuente generadora de obligaciones y derechos, lo que produce su eficacia jurídica, considerada, también, como la denominada ley para las partes. La fundamentación jurídica de la autonomía de la voluntad se contempla en el Código Civil en el artículo 1602 (entre otros):

Artículo 1602 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Entonces, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y así mismo para poder disolverlo debe ser por voluntad de las partes o por las disposiciones establecidas por la ley; también establece que la autonomía de la voluntad para obligarse debe estar en cabeza de una persona legalmente capaz, esto generado para particulares, es decir, inmerso en el derecho privado.

Gracias a esta conceptualización de autonomía privada de la voluntad, es apropiado involucrar este principio con la contratación pública, en especial aquella realizada entre entidades con régimen especial y contratistas privados, partiendo de que un contrato en materia civil es vínculo jurídico en el cual una persona determinada llamada acreedor tiene la facultad, en virtud de ese vínculo, de exigir una prestación de dar, hacer, o no hacer a otra persona determinada llamada deudor, en materia administrativa, podemos decir que el contrato público o el negocio jurídico en derecho público se caracteriza por:

- a. El objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines del Estado, para un beneficio general del pueblo.
- b. La participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, para tener una vinculación comercial de un particular con el Estado.
- c. Las prerrogativas especiales de la administración pública, las cuales permiten y dan la facultad de modificar, crear o extinguir las condiciones del contrato de manera unilateral y siempre conveniente a la parte predominante del contrato y en este caso de estudio se habla entonces del Estado.

Esta materialización de la autonomía de la voluntad permite cuestionar sobre los límites que puede tener un contrato estatal frente a la autonomía de la voluntad, es decir, si la autonomía de la voluntad aplicada a los contratos estatales está inmersa en las prerrogativas donde las partes pueden modificar, crear o extinguir las condiciones del contrato, y que esto sea aplicable no por una parte predominante en el contrato si no por ambas partes.

El principio de autonomía de la voluntad se desarrolla con fundamento en las relaciones legales o contractuales que surgen como consecuencia de los negocios jurídicos bilaterales o multilaterales, que satisfacen las necesidades de los individuos a través de la consecución de intereses privados, como individuos con facultades y poderes que pueden ser manifestados en esferas sociales bajo los lineamientos de un orden jurídico objetivo.

El artículo 1502 del Código Civil Colombiano, impone la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, como requisitos indispensables para la celebración de negocios jurídicos, exaltando la inherencia de la voluntad en el desarrollo de las relaciones jurídicas. De igual forma, el artículo 1602 de la norma citada, eleva a norma positiva el principio de la autonomía de las partes, otorgándole la facultad de invalidar por el consentimiento mutuo o por causas legales, todo contrato legalmente celebrado.



Es así como un contrato es un acuerdo de voluntades, y es ley para las partes una vez convenido, siempre que la Ley no contemple la exigencia de que conste por escrito, este surtirá plenos efectos jurídicos con el simple acuerdo de voluntades.

3.3. PRINCIPIO DE LA BUENA FE

El Código de Comercio, norma reguladora en el derecho privado de las actividades comerciales y los asuntos mercantiles, expresa:

“ARTÍCULO 871 PRINCIPIO DE BUENA FE.

*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, **obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural**”* (negrilla por fuera de texto)

La contratación entre particulares se rige bajo una serie de principios que recaen principalmente en el Código Civil y en el Código de Comercio.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-131 de 2004, explica el principio de buena fe así:

*“El mencionado principio es entendido, en términos amplios, **como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos**”* (negrilla por fuera de texto).

Este principio que permea todo el ordenamiento jurídico, en palabras de la H. Corte Constitucional, trata de la confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga **la palabra dada, y este principio debe imperar en las relaciones entre las entidades públicas y los particulares**. Cabe destacar también que involucra la confianza de que una declaración de voluntad, como lo es un acuerdo de voluntades, surtirá sus efectos usuales, esto es, los mismos que ordinaria y normalmente produce en casos análogos.

En el ordenamiento jurídico, los principios se encuentran en los compilados normativos con el fin de enmarcar la interpretación y el alcance teleológico de las normas.

Es pertinente señalar que los principios cumplen una función en el ordenamiento jurídico, que en primer lugar se entiende es de carácter integradora, toda vez que permite determinar las medidas adecuadas en los casos en que no existe norma positiva aplicable, respondiendo al concepto de sistema jurídico.



La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷, ha declarado la obligatoria aplicación del principio de buena fe a la etapa que precede la celebración o formación del contrato, incluso una vez finalizado el contrato, como quiera que la extinción de los derechos y las obligaciones emanadas del mismo no implica que las partes puedan dejar de cumplir los deberes inherentes al principio de buena fe, en todo aquello que guarde relación con la conservación de los efectos del contrato.

De ahí que conforme a las exigencias de la buena fe los contratantes deberán omitir toda conducta mediante la cual se despoje a la otra parte de las ventajas del contrato o se divulgue o utilice indebidamente información confidencial obtenida en razón del mismo.

3.4. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

En primer lugar, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 868 del Código de Comercio, norma que expresa:

“(..) Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias.

Quando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea (...).”

La vigencia del principio *pacta sunt servanda* implica para las partes la obligatoriedad de respetar lo acordado inicialmente en los negocios jurídicos que celebran en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, con ocasión de los importantes y en veces repentinos cambios económicos, se abre paso la discusión de si las partes deben estar en todo caso atadas al cumplimiento de contratos en los que la prestación a cargo se ha tornado sin su culpa y luego de su celebración excesivamente onerosa.

Así, se ha abierto paso la posibilidad de revisión del contrato en aplicación de la llamada "teoría de la imprevisión" bajo ciertas circunstancias. El artículo desarrolla un examen de la evolución y requisitos de la figura en la jurisprudencia civil y comercial colombiana, a la vez que analiza los poderes del juez civil en el marco del artículo 868 CC. Colombiano para revisar y modificar el contrato.

La justicia, la equidad, la buena fe, la igualdad y la solidaridad son, entre otros, postulados que inspiran y orientan el ordenamiento jurídico y que están llamados a tener un mayor papel al interior de un Estado social de derecho. De esta forma, todos estos principios o pautas generales del ordenamiento están llamados a converger en cada una de las normas que regulan las diferentes relaciones jurídicas y la interpretación que de ellas se realiza, lo que sirve para dotar de legitimidad real a su consagración y, aún más, a su aplicación⁸.

⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 16 de diciembre de 1969, Ponente Dr. Ernesto Cediél Ángel. Aprobación Acta 98. Gaceta Judicial 2318 pagina 229 y ss.

⁸ La corte Suprema de justicia señaló en sentencia del 23 de julio de 1958: "el ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es, como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuáles sin duda, se han hecho aplicaciones concretas a casos singulares



Cabe señalar que la Corte Constitucional también ha reconocido la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en el derecho privado, tal como quedó plasmado en la sentencia C-252 de 1998, M.P.: Carmenza Isaza, al decir:

"es claro que el cambio de la situación económica existente al momento de contratar el mutuo, puede hacer que éste se torne más favorable para una de las partes. Así, un alza general, en las tasas de interés, aparentemente, perjudica al acreedor obligado a respetar el término, porque de no ser así podría colocar su dinero a un interés mayor; y una baja en las tasas de interés, en principio, perjudica al deudor que no puede pagar anticipadamente, consiguiendo otro crédito a un interés menor. Dentro de ciertos límites, estos cambios hacen parte de las contingencias propias de la vida de los negocios. Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión, a la cual se refiere concretamente el artículo 868 del Código de Comercio. Pero, éste es asunto que debe proponerse ante los jueces competentes y no ante la Corte Constitucional"⁹.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, ha decantado la aplicación de los preceptos del artículo 868 del Código de Comercio en varias oportunidades, pero de manera especial lo hizo en sentencia No. 11001-3103-040-2006-00537-01 de 22 de Noviembre de 2011, Ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS, fecha de Resolución: 22 de Noviembre de 2011, emisor: Sala de Casación Civil y Agraria, Número de Proceso: 11001-3103-040-2006-00537-0, en la cual entre otras importantes consideraciones expresó:

"(...) Esta Corte acogió la imprevisión en materia civil, aún ausente disposición jurídica expresa – aunque suele verse en los artículos 2060 [2] y 1932 in fine del Código Civil – como principio general del derecho (cas.civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, n.1918- 1919, p. 455; 9 de diciembre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 789; 23 de mayo de 1938, XLVI, n.1936, p. 523; marzo 24 de 1983, G.J. n. 2400, p. 61; S.P., sentencia de 25 de febrero de 1937, XLIV, n.1920-1921, p. 613).

(...)

Justamente, reitera la Corte, los principios generales del derecho, "constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, 'fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de 'jurisprudencia creadora', y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto', a punto que, '[I]os principios generales del derecho han adquirido un valor 'integrador' del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden

⁹ Fuente: La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia. Javier Andrés Franco Zárate, Grupo de investigación "Derecho Comercial Colombiano y Comparado" del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. julio de 2012.



expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la 'modernidad', no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como 'derecho flexible'

Principio básico de derecho es que ninguna persona natural o jurídica puede enriquecerse en perjuicio ajeno sin tener derecho a ello, y en caso de que ello ocurra se configura una conducta lesiva que implica una fuente directa de obligaciones.

El tratadista Valencia Zea menciona (pág. 446 op.cit) que la legislación civil no es clara en establecer reglas para reparar los empobrecimientos que producen enriquecimientos ilegítimos, pero si estableció previsiones en algunos casos y los sancionó; otros, sigue expresando el doctrinante, fueron establecidos para proteger la seguridad de las transacciones y la buena fe de terceros.

Al respecto, en el contexto del derecho privado tenemos lo estatuido por los artículos 830 y 831 del Código de Comercio en el cual se expresa:

Artículo 830. Abuso del derecho-indemnización de perjuicios

"El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

Artículo 831. Enriquecimiento sin justa causa

"Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

La solución jurídica a este vicio se encuentra soportada en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, norma que autoriza al juez para aplicar la ley a casos análogos, como puede ocurrir en el evento en que una parte contratante adquiere derechos y obligaciones en virtud de un acuerdo de voluntades incorporado en un contrato, como en el caso que nos ocupa, en el cual una parte contratante recibe el producto del objeto contratado, ingresando a su patrimonio y beneficiándose del mismo, sin entregar la contraprestación económica equivalente.

La ventaja del enriquecido se obtiene a costas del patrimonio empobrecido, el cual puede, entre otras muchas características, obtener beneficios de diversa índole, como por ejemplo el diseño, un servicio, una obra intelectual, etc.

4. CUMPLIMIENTO DE LA FIRMA PEYCO COLOMBIA DEL CONTRATO No. 2130760 de 2013.

Conforme al acervo probatorio del proceso, se demostró el incumplimiento de las obligaciones de pago contraídas en virtud del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, por parte del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, y/o, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio) Nit. 899.9993161, **y así quedó evidenciado a través del pronunciamiento declarativo emitido por el Señor Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá, en primera instancia, al ordenar el pago de valores económicos tasados en pesos colombianos insolutos, los cuales no han sido cancelados por la parte demandada.**

Por ello, el cumplimiento de la demandante no ha sido cuestionado en el presente litigio, de hecho, fue confirmado por el juez con su fallo, pues si hubiera incumplido no se le hubiera condenado a la demandada al pago de los valores contractuales. Es así como la discusión no recae en el cumplimiento o no de PEYCO COLOMBIA, pues cumplió a cabalidad y a tiempo.

Lo que estuvo evidenciado a lo largo del proceso es el incumplimiento de la demandada, al apartarse inexplicablemente de la ejecución de sus obligaciones de pago, y por esa



culpa debe cancelar las prestaciones económicas adeudadas, **así como las sanciones pecuniarias por el servicio que efectivamente prestó y ejecutó la firma consultora PEYCO COLOMBIA.**

Por lo tanto, conforme a la doctrina¹⁰ y la jurisprudencia, se han reunido tres requisitos exigidos para emitir el mandato judicial de declaratoria de incumplimiento, a saber:

- a) Que se trate de un contrato bilateral.
- b) Que en el contrato bilateral se haya señalado un plazo fijo en la ejecución de las obligaciones y alguno de los contratantes haya dejado de transcurrir ese plazo sin cumplirlas. Es decir, se requiere que solamente uno de los contratantes este en mora, mientras el otro haya cumplido sus obligaciones o esté dispuesto a cumplirlas.
- c) Que el incumplimiento de obligaciones sea imputable a culpa de uno de los contratantes.

Tenemos, por ejemplo, lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil¹¹:

“(...) El precepto 1546 del derecho nacional, así como todo el conjunto de disposiciones señaladas en el marco del derecho comparado, constituyen la expresión contemporánea de la añeja cláusula romana conocida como Lex commissoria, que se añadía expresamente al contenido de un contrato, según la cual el vendedor que había cumplido con sus obligaciones, si la otra parte no ejecutaba lo debido, emergía a su favor el derecho de resolución con la restitución de lo dado¹².

De consiguiente, siendo tres los presupuestos que integran la acción resolutoria objeto de la cuestión: a) Que el contrato sea válido, b) Que el contratante que proponga la acción haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo; y c) Que el contratante demandado haya incumplido lo pactado a su cargo; barrúntase sin dilación alguna, que el precepto 1546 del C.C. protege al contratante que ha honrado sus obligaciones, no a quien haya incurrido en incumplimiento, así obedezca a la imputabilidad o infracción del otro contratante.(..).

De acuerdo con lo anterior, **el incumplimiento imputable, en este caso a la entidad pública demandada (FONADE/ENTERRITORIO), genera para la firma PEYCO COLOMBIA, en calidad de contratista cumplido, una pretensión concreta en su favor para que, por vía judicial, se disponga la declaratoria deprecada con los efectos de indemnización de perjuicios, integrados en el lucro cesante y el reconocimiento de los respectivos intereses moratorios,** como veremos más adelante.

Desde luego, Señor Juez, es evidente afirmar con fundamento en las pruebas decretadas y practicadas, observar y concluir que la demandada está incurso en la conducta contractual de incumplimiento desde el 15 marzo del año 2015, fecha en la cual se suscribió el Acta de entrega y recibo final del objeto contractual.

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil Tomo IV, De los Contratos, Sexta Edición, Bogotá D.C., 1990, Editorial Temis.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA Magistrado Ponente, SC4420-2014, Radicación N° 0500131030122006-00138-01, 8 de abril de 2014.

¹² GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel elementaire de droit romain*. Paris: 1929, p. 765. Digesto de Ulpiano, D. 18.3.1.



En efecto, del interrogatorio de parte absuelto por el Representante Legal de la parte demandante, el Señor Juez de Primera instancia pudo comprobar los valores recibidos por la Contratista, de un lado, y paralelamente en su dicho, se pudo demostrar los valores insolutos. También pudo el interrogado evidenciar el Acta de entrega final del objeto del Contrato suscrita el 15 de marzo de 2015.

En los testimonios rendidos quedaron claras y evidenciadas las condiciones reales en el desarrollo y ejecución del contrato de Consultoría, según lo dicho por el coordinador operativo, Ingeniero Antonio Poyatos.

Desde entonces, es una actitud dañosa generadora de perjuicios que no ha querido corregir la demandada, muy a pesar tanto de las reclamaciones por la vía gubernativa efectuadas por el Representante Legal de la firma, señor Ignacio Martínez González, quien presentó la respectiva solicitud de reconocimiento económico, mediante oficio de radicación 20164300570572, el día 19 de septiembre de 2016, frente a la cual FONADE no adoptó actuación alguna.

Además, es importante que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, tenga en cuenta lo establecido en artículo 1653 del Código Civil Colombiano, el cual consagra:

Artículo 1653. Imputación del pago a intereses.

“Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados”.

Por lo tanto, ha sido indiscutible que la firma PEYCO COLOMBIA, ante la evidencia de los daños y perjuicios causados en los cuales después de seis (6) años de no haber percibido la integralidad del pago, **no puede entrar a considerar la posibilidad de que el saldo insoluto sea imputado al capital, el cual solamente podrá ser aplicado a los intereses**, según lo indica la Ley.

Asimismo, en el proceso quedó demostrado que la firma PEYCO COLOMBIA, entregó a tiempo los productos objeto del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, tal como fue probado en el proceso en forma documental, testimonial y dictamen pericial. **El apoderado de la demandada no objetó esta afirmación, de hecho, y como ya se dijo, el litigio que nos ocupa no pretende probar el cumplimiento o no de PEYCO COLOMBIA, pues este no se ha cuestionado ni por las partes ni por el honorable juez de instancia.**

En efecto, obran en el plenario, las Actas de servicio ejecutadas, y especialmente el Acta de entrega final suscrita en marzo 13 de 2015, que permiten concluir que el objeto contractual se cumplió por parte de la firma contratista; es más, el destinatario final, la comunidad, se benefició de los servicios y los productos de la contratista, percibiendo está un detrimento patrimonial injustificado.

Así las cosas, es claro que se cumple el presupuesto establecido en el numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil Colombiano, **para afirmar que la entidad demandada está incurra en forma automática en mora en el pago desde la mencionada fecha de entrega total de productos, en razón a que existía claridad del plazo de ejecución para el cumplimiento de obligaciones recíprocas,** es decir había un término estipulado.



5. LA MORA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.

Honorables Magistrados, en este Capítulo se analizará y sustentará en forma detallada, la inconformidad de la firma PEYCO COLOMBIA, **relacionada con la decisión del Juez A quo, sobre la negativa de reconocer intereses moratorios que efectivamente fueron causados desde la fecha**¹³ en que se generó el incumplimiento de pago de valores insolutos de la Entidad demandada, y en su defecto hizo reconocimiento de indexación, considerando igualmente equivocado que solamente existía o se configuraba la mora de la entidad demanda, a partir de la sentencia.

Para ese efecto, partiremos de lo expresado por la doctrina¹⁴, fuente de derecho que indica: *“existe un hecho fundamental que engendra automáticamente la responsabilidad contractual: la mora. Y como en responsabilidad contractual puede incurrir tanto el deudor como el acreedor, infiérase que debemos estudiar la mora tanto con respecto del deudor (mora deuditoria) como en relación con el acreedor (mora creditoris), y con ambos conjuntamente.”*

La legislación civil colombiana en relación con la mora del deudor regulada por el artículo 1608 del Código Civil, establece:

“(…) Artículo 1608. Mora del deudor

El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. (...)”

Esta norma se complementa con el artículo 1615 del mismo Código Civil, en el cual se establece:

“(…) Artículo 1615. Causación de perjuicios

Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. (...)”

Para efectos del presente documento, seguimos observando lo enseñado por el tratadista en cita quien expresa:

“(…) En todos los contratos por regla general se necesita, para que el deudor sea constituido en mora, el requerimiento judicial a instancia del acreedor. Se exceptúan aquellos en los cuales: a) las partes estipulan el lapso dentro del cual debe ejecutar sus obligaciones, porque la mora se produce automáticamente por el simple hecho de no ejecutarlas dentro de ese tiempo; b) cuando se trata de prestaciones de no hacer, por cuanto el hacer lo prohibido constituye mora, debido a que el deudor permanentemente está obligado a no ejecutar el hecho de forma

¹³ Marzo 12 de 2015, fecha en la cual se suscribió el Acta de recibo final de proyectos con cargo al contrato 213760 de 2013

¹⁴ VALENCIA ZEA ARTURO, ORTÍZ MONSALVE ÁLVARO, “DERECHO CIVIL – TOMO III DE LAS OBLIGACIONES”, Décima Edición, Editorial TEMIS, paginas 361, 363, Bogotá, 2015.



del contenido de su obligación. Y, c) si la prestación sólo ha podido ser cumplido dentro de cierto tiempo y así no se hace.

(...) *Del requerimiento judicial. El requerimiento judicial consiste en la súplica que hace el acreedor a un juez para que este indique el término dentro del cual debe el deudor cumplir su obligación. El requerimiento judicial opera solo en los casos en que por ley o por contrato no se ha señalado plazo al deudor para el cumplimiento de la obligación; se trata de una actuación judicial del acreedor cuyo fin es que el deudor conozca su interés para que dé cumplimiento de la prestación a su cargo. Solo si la ley lo permite, podrá el juez señalar un plazo, que suple la voluntad contractual, para que se cumpla la obligación, por ejemplo, en el mutuo “si se hubiere pactado que el muturio pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término. (...)”*

Sigue expresando la doctrina que hemos referenciado, y en forma complementaria orienta indicando:

“(...) III. Mora definitiva y temporal, total y parcial.- La mora se relaciona siempre con el tiempo y con un hecho negativo: no cumplir en tiempo oportuno la obligación contraída; pero, puede tener diversos significados o alcances, y así puede ser definitiva o temporal, total o parcial.

La mora definitiva ocurre cuando el deudor no ejecuta en tiempo su obligación, o bien porque no quiere, o ya porque le es imposible. En este caso compromete su responsabilidad en razón al incumplimiento. En la mora temporal, simplemente se atrasa el cumplimiento de la obligación. El deudor incurre en responsabilidad, entonces, en razón de cumplir tardíamente.

(...)

Efectos de la mora.- La mora es el contenido esencial y suficiente de la responsabilidad contractual. Desde que el deudor se constituye en mora, responde al acreedor de los perjuicios que este sufra por no haber obtenido el cumplimiento oportunamente (art. 1615 C.C.)”

Igualmente, dentro del contexto del derecho privado, en materia de regulación del Contrato en General, el Código de Comercio en el artículo 870 establece:

ARTÍCULO 870 RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN POR MORA

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios. (...)”

5.1 INTERESES MORATORIOS

La conducta contractual de no cumplir con la obligación de pago a tiempo en las condiciones pactadas se traduce sin lugar a dudas en mora, la cual se traduce en una sanción pecuniaria, la cual aplica desde el mismo momento en que no ha sido satisfecha esa obligación de pago; Por ello, en este caso concreto, quedó probado que la firma PEYCO COLOMBIA, suscribió el Acta de Entrega y Recibo final del Contrato de Consultoría **en marzo 13 de 2015**, es decir conforme al término estipulado. Entonces, en ese momento, ha debido cancelar todas sus obligaciones pecuniarias, situación contractual que no se dio.



Importante precisar Honorables Magistrados, que no aplica la reconvención o constitución en mora de la parte acreedora, por cuanto como lo hemos visto conforme a las fuentes de derecho que hemos expuesto, a las voces del numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil Colombiano, **es preciso en establecer que deudor está en mora en forma automática cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado**

En este mismo sentido, otra importante fuente de derecho, como es la jurisprudencia de las autoridades judiciales especializadas en el tema del contrato estatal¹⁵ nos enseña:

“(...) En efecto, en los términos del artículo 1625 del Código Civil, uno de los modos de extinguir las obligaciones es la solución o pago efectivo que corresponde al cumplimiento de la prestación debida (artículo 1626 ibídem), pago que deberá hacerse en conformidad al tenor de la obligación (1627 eiusdem) y, por lo mismo, si ella no se cumple dentro del término oportuno estipulado por la partes o previsto en la ley, se incurre en una tardanza con relevancia jurídica, denominada por el ordenamiento “mora”, que constituye un estado de incumplimiento del contrato y produce un daño al acreedor por el cual el deudor se encuentra en el deber de reparar. De ahí que en las voces del artículo 1608 del Código Civil transcurrido el plazo o término para el pago de una obligación positiva sin que se hubiere éste realizado en la oportunidad debida, por esa sola circunstancia, se incurre en mora, salvo que la ley o el contrato exija requerimiento o reconvención para tal efecto y no se hubiere renunciado^[5].

Este precepto, claramente dispone que el “deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”.

Es decir, cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil, de conformidad con el cual “[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”^[6], disposición que ha permitido a la jurisprudencia sostener que:

“Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal.”

En este marco jurídico, cabe precisar que si el pago del precio como remuneración a las prestaciones ejecutadas en un contrato celebrado por la Administración Pública es el principal derecho que tiene el contratista colaborador, es evidente que las entidades contratantes deben cumplir con esa obligación en los términos y plazos convenidos en el contrato o previstos en la ley^[7], de manera que ante la mora de esta obligación dineraria debe reconocer y cancelar intereses en virtud de la ley al contratista, en su condición de acreedor, mientras no satisfaga el pago de la suma del capital adeudado.

(...)

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214)



5.3. De cuanto antecede es válido colegir que cuando la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, la ley presume la existencia del daño, sin que el acreedor tenga la carga de probarlo, toda vez que éste se ocasiona desde el momento en que el deudor debió cumplir con el pago de la deuda y lo omitió, razón por la cual, tanto en el derecho privado (Código Civil y Código de Comercio) como en el público (Ley 80 de 1993) se consagra que la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del pago oportuno de una cantidad de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora^[8]. Con otra palabras: "...si la Administración incumple con la obligación principal del contrato – pagar oportunamente el valor convenido- debe reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, esto es, los intereses moratorios, a la tasa que pactaron las partes o a falta de pacto, la que la ley suple, los cuales se presumen.

(...)

En este sentido, conviene recordar que los intereses son la utilidad, beneficio o renta que se puede obtener de un capital, y así concebidos se constituyen en los frutos civiles, las ganancias o las utilidades que se pueden percibir del dinero (art. 717 C.C.). Estos intereses de acuerdo con la ley y según se trate de obligaciones civiles o mercantiles pueden ser: (i) convencionales, esto es, los que pactan en forma expresa las partes en el contrato (art. 1617 No. 1 Código Civil); (ii) corrientes, o sea, aquellos que común o usualmente se cobran en determinado mercado, lugar o plaza (arts. 513, 1367, 2171, 2182, 2184, 2318 y 2231 Código Civil; 884, 885, 1163, 1251 y 1388 Código de Comercio); y (iii) los legales, es decir, los tarifados y prefijados expresamente por el legislador (arts. 1617 No 1, 2231, 2232 Código Civil; 883, 884, 885, 942, 1163 y 1251 Código de Comercio); así mismo, también se distinguen aquellos (iv) remuneratorios, que son los devengados en virtud de un crédito de capital por el tiempo en que el deudor está obligado a pagarlo o restituirlo, o sea, mientras lo mantenga en su poder y tiene el carácter meramente retributivo por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute por parte del deudor (arts. 1617 No. 3, 2229, 2231, 2234 Código Civil; 883, 884, 1163 Código de Comercio); (v) moratorios que son los que el deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora de pagar ese capital al acreedor, y cuya tasa está prefijada por la ley de manera supletiva (arts. 1617 Código Civil y 65 Ley 45 de 1990), es decir, es la pena tarifada por la mora en que incurra el deudor en la entrega del dinero en la oportunidad debida al acreedor; y (vi) usurarios, esto es, aquellos que exceden la tarifa legal y son prohibidos y reprimidos (artículos 1617 No 3, 2235 Código Civil; 884 mod. art. 111, Ley 510 de 1999, 886 Código de Comercio; 64 No. 2 Ley 45 de 1990; Dec. 1454 de 1989; 121 No. 3 Dec. 663 de 1993; 305 Código Penal; 34 No. 3 Ley 1142 de 2007) (...).

Así mismo, el Consejo de Estado en la misma Providencia apoya su aserto jurisprudencial, en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 11001-3103-022- 1997-14171-01, M.P. William Namén Vargas, respecto de la cual incorporó el siguiente valioso contenido:

“(...)“...Por interés, se entiende, la contraprestación por el uso o disfrute de cosa de género y la retribución, rédito, ganancia, rendimiento, provecho o porción equivalente prorratea temporis en dinero del valor del bien cuya restitución o pago se debe a futuro (intereses remuneratorios) y la indemnización o sanción impuesta en virtud del incumplimiento de la prestación (intereses moratorios), esto es, la “utilidad o beneficio renovable que rinde un capital”, “provecho, utilidad, ganancia”, “valor que en sí tiene una cosa” (Diccionario de la Real Academia Española), “precio por el uso del dinero” (T. P, FITCH, Dictionary Of Banking Terms, Barron’s,



New York, 1990, p. 317), “la renta, utilidad o beneficio que rinde algún dinero, en virtud del contrato o por disposición legal”, “el beneficio o la cantidad que el acreedor percibe del deudor además del importe de la deuda” (J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de la Ciudad de Ch. Bouret, París, 1931), los frutos civiles (art. 717 Código Civil), la sanción, pena, reparación o indemnización por la mora (art. 1608 Código Civil). En las obligaciones dinerarias, cuyo objeto *in obligatione* e *in solutione*, es el pago de una cantidad de dinero, interés, es el precio por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute o, la pena por la mora, expresado siempre en una parte de su valor, ya por disposición legal, ora comercial hasta el límite normativo tarifado, suscitándose la inquietud concerniente a la generación de intereses sobre intereses, *rectius*, anatocismo (...), proscrito desde el derecho romano (...)

“(...) c) **Los intereses moratorios, tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio**, representan la indemnización de perjuicios por la mora, la presuponen, se causan *ex lege* desde ésta, sin ser menester pacto alguno - excepto en los préstamos de vivienda a largo plazo en los cuales no se presumen y requieren pacto expreso, art. 19, Ley 546 de 1999- ni probanza del daño presumido *iuris et de iure* (art. 1617 [2], Código Civil), son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño, se establece en consideración a éste y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales.

A partir de la mora respecto de idéntico período y la misma obligación, estos intereses no son acumulables ni pueden cobrarse de manera simultánea con los remuneratorios, con excepción de los causados y debidos con anterioridad. Producida la mora de la obligación principal sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido.

d) Unos y otros se devengan *pro rata temporis* en proporción al plazo o tiempo y al capital, están sujetos a topes máximos normativos o tasas legales imperativas no susceptibles de sobrepasar, pudiéndose, sin embargo, estipular una tasa inferior. (...)” **La negrilla hace parte del texto transcrito.**

e) Las partes, en ejercicio de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación, pueden acordar la tasa de interés remuneratorio y moratorio. Con todo, esta facultad está sujeta a limitaciones o restricciones normativas imperativas y no puede ejercerse *ad libitum* (...)

f) En lo relativo a los factores de cálculo de la tasa del interés comercial, sea remuneratorio (“bancario corriente”), sea moratorio (“una y media veces del bancario corriente”), en el estado actual, las fórmulas metodológicas contienen el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, por lo cual, el interés remuneratorio comercial sirve al designio simultáneo de retribuir el capital debido a título de préstamo o precio de un bien o servicio, el riesgo de la operación y la desvalorización de la moneda y, el interés moratorio comercial, al propósito convergente de sancionar la mora del deudor, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, esto es, “incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero” (cas. civ. 30 de mayo de 1996, CCXL, n. 2479, primer semestre 1996, 707; 19 de noviembre de 2001), por lo cual, no obstante la absoluta y elemental distinción entre los intereses y la corrección monetaria –que tampoco es del caso examinar en el sub lite y que de ninguna manera constituye



daño, perjuicio resarcible, daño emergente, lucro cesante, ni se asimila siquiera por aproximación a estos conceptos, a la mora o a los intereses remuneratorios o moratorios y en rigor se sustenta en la simetría, equilibrio, paridad y plenitud prestacional - "(...) cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (...), ya comprende, per se, la aludida corrección" (cas. civ. 19 noviembre 2001, Exp. 6094), o sea, la tasa de interés nominal comprende el costo del dinero, el riesgo de la operación y el índice de depreciación monetaria o inflación, esto es, no pueden acumularse en cuanto el cálculo de la tasa la contiene y no porque de suyo sean incompatibles, a diferencia de la tasa de interés real o interés puro, técnico o compensatorio del costo, precio o uso del dinero como el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), que al no contener en su fórmula de cálculo la depreciación monetaria es acumulable con ésta, o sea, "nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo" (cas. civ. 19 noviembre 2001, exp. 6094; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencias del 7 de marzo de 1980, exp. 5322; 6 de agosto de 1987, exp. 3886; 10 de mayo de 2001 – exp. 12719; 17 de mayo de 2001, exp. 13635; 7 de marzo de 2002, exp. 25000-23-26-000-1995-1425-01 [17785])..."

Como hemos visto, en las fuentes de derecho contenidas en la doctrina, en la jurisprudencia y en la ley civil, esta última contenida en el artículo 1608 del Código Civil, **nos permite reiterar, que el deudor (FONADE) está en mora en forma automática, al no haber cumplido con la obligación de pago pactada en el Contrato No. 2130760 de 2013.**

En el proceso contractual que implicó la ejecución del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, se estructuraron las siguientes situaciones pactadas que estuvieron caracterizadas por tener plazos fijos, que se ajustan al requisito legal generador de derechos y obligaciones relacionadas con la mora automática.

Cuadro 1

ADICIONES, REDUCCION, MODIFICACIONES, PRORROGAS Y ACLARACIONES AL CONTRATO No. 2130760 DE 2013						
CONCEPTOS	FECHA	VALOR	INICIO	TERMINACION	DURACION EN MESES	
1 CONTRATO INICIAL	07-mar-13	\$ 3.205.692.818	04-abr-13	03-ago-14	16	
2 ADICION No. 1	16-abr-13	\$ 1.129.649.000				
3 ADICION No. 2 y MODIFICACION No. 1	26-jul-13	\$ 470.890.499				
4 ACLARACION A LA ADICION No. 2 y MODIFICACION No. 1	16-ago-13					
5 PRORROGA No. 1, por 30 días	04-ago-14		05-ago-14	04-sep-14	1	
6 PRORROGA No. 2, por 3 meses	03-sep-14		04-sep-14	04-dic-14	3	
7 REDUCCION No. 1, PRORROGA No. 3 y MODIFICACION No. 3.	04-dic-14	-\$ 41.022.793	05-dic-14	04-mar-15	3	
8 ACLARACION No. 1 A LA REDUCCION No. 1, PRORROGA No. 3 y MODIFICACION No. 3	04-dic-14					
9 PRORROGA No. 4, por 7 días	27-feb-15		05-mar-15	11-mar-15	0,23	
TOTALES		\$ 4.765.209.525			23,23	

FUENTE: ANEXO 2.



Ahora bien, quedando claro que el régimen jurídico contractual dentro del cual se desenvuelven los derechos y obligaciones aplicables al Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, inmersos en el derecho privado, es igualmente diáfano que, en casos de mora de pago por causas imputables al deudor, esa conducta vulnera las cláusulas del contrato teniendo como consecuencia la aplicación de las sanciones económicas establecidas en la ley a título de lucro cesante y daño emergente.

Ahora bien, el juez de primera instancia indicó que ante el incumplimiento de la demandada FONADE/ENTERRITORIO, solamente aplicaría la indexación.

Al respecto, tenemos lo indicado por la Corte Constitucional, Corporación que mediante Sentencia T – 082 de 2018 estableció que la indexación es entendida como un instrumento jurídico constitucional tendiente a combatir la inflación y la consecuente pérdida de valor adquisitivo de la moneda, dado que en lo referente a la seguridad social dicha inflación afecta especialmente el mínimo vital de los trabajadores y pensionados que dependen de una prestación mensual que les permita llevar una subsistencia digna.

Los **intereses moratorios**, por su parte, **son la sanción que se impone a quien no cumplió con los pagos de un crédito o una deuda frente a los plazos establecidos o acordados** para tal obligación. Estos se determinan según la tasa máxima establecida por la ley, la cual es actualizada y certificada por la Superintendencia Financiera.

Doctora Adriana, Honorable Magistrada Ponente, **uno de los mayores reparos de inconformidad de la demandante PEYCO COLOMBIA**, en cuanto que tal como quedó demostrado en el proceso las obligaciones de la Contratita fueron surtidas entre 2013 y 2015, **y desde entonces, la demandada FONADE/ENTERRITORIO, en forma soslayada asumió conducta dilatoria generadora de daños incumpliendo obligaciones contraídas en el Contrato objeto de litigio, y en el curso de las audiencias no propuso justificación alguna para su renuencia a liquidar el contrato, posición que a todas luces merece ser sancionada conforme lo establece la ley** que hemos analizado, es decir debe cancelar las sumas pendientes **con aplicación del interés moratorio**, y por lo tanto, **no ser premiada con la simple indexación, pues esto reconoce únicamente la pérdida de valor del dinero por el efecto inflacionario, es decir, estaría pagando la misma suma de dinero más no se le estaría sancionando conforme indica la ley por los siete (7) años transcurridos.**

Es tan cierto esa afirmación, que la sentencia de junio 3 de 2021, proferida por el *A quo* así lo evidencio, declarando judicialmente el incumplimiento del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, pero con la errónea conclusión de no sancionar los intereses causados.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha expresado a través de la Sentencia bajo radicado número 46984 del 29 de junio de 2016, Magistrado Ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos, **que estos conceptos no se excluyen entre sí**, sino que se complementan, más no pueden ser solicitados en la misma pretensión, ya que cuando se concede el pago de los intereses moratorios, estos traen consigo el valor de la indexación.

De igual manera se estableció que en el caso en que proceda la indexación no podrá condenarse al pago de intereses moratorios de manera simultánea. Al respecto, mediante la citada sentencia la corte determinó que:

“Al efecto, es conveniente recordar, que si bien es cierto se trata de dos conceptos diferentes, ya que los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, corresponden a una sanción por mora, es decir, por el pago tardío de la prestación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente



dispuestos, en cambio la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional. Sin embargo, también lo es, que tales intereses moratorios se pagan a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago», lo que equivale a una suma considerablemente superior a la corrección monetaria o indexación, que alcanza para cubrir perfectamente la devaluación de la moneda, esto es, que el valor adeudado se «actualice» y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago. De ahí que se entienda, en términos de justicia y equidad, que aplicado el interés moratorio este comprende el valor por indexación.»

6. MAYORES CANTIDADES DE ACTIVIDADES – Y OTROS GASTOS ADMINISTRATIVOS

Al proceso fue sometida pretensión especial, según la cual se solicitó que fuese declarado que PEYCO COLOMBIA realizó mayores cantidades de actividades contractuales durante la ejecución del contrato, y como consecuencia de ello, se debería ordenar el reconocimiento y pago, por cuanto fueron efectivamente ejecutadas, e imprescindibles para el desarrollo de los estudios y diseños súplica que fue negada.

Al respecto, **se debe partir manifestando que FONADE consintió esas mayores ejecuciones y actividades adicionales, quedó demostrado en el proceso que la interventoría en su condijo de la vocera de la Entidad, las conoció, y las aceptó.**

Precisamente, Honorables Magistrados, esta actividad quedó probada con el experticio emitido por los peritos Carlos Javier de la Rosa Salcedo, y Miguel Ángel Domínguez, quienes aportaron las respectivas actas relacionadas con los siguientes proyectos:

- Elaboración de 1.730 APUS, lo que conllevó a incurrir en mayores gastos, dado que el valor del 15% sobre los diseños principales no contemplaba la elaboración de estos Análisis de Precios Unitarios.
- Mayores actividades en el proyecto localizado en el municipio de Ambalema, Tolima, en la vía Palobayo - Ambalema, con longitud aproximada de 20 km. En dicha acta, el valor inicial del proyecto fue por \$638.640.908 y el final de \$656.190.932, para un saldo a favor del contratista de **\$17.550.024.**
- Mayores actividades realizadas en la orden de servicio o proyecto No. 3 - sendero peatonal /vía Yopal, la Entidad conociendo la situación y el gasto adicional por parte de PEYCO, recibió el producto a satisfacción a través de la interventoría mediante el acta de cierre de servicio del día 14 de febrero de 2014.
- Mayores cantidades realizadas sobre actividades contractuales del proyecto con acta de servicio No. 4, Estudios y Diseños de la vía Centauros Barcelona, en Villavicencio. Mayores costos administrativos originados
- Mayores cantidades realizadas sobre actividades contractuales del proyecto con Acta de servicio No. 10B, Estudios y Diseños para el mejoramiento de las vías el anillo turístico del Sur del Huila.
- Mayores cantidades realizadas sobre actividades contractuales del proyecto con Acta de servicio No. 10C, Estudios y Diseños para el mejoramiento de las vías del anillo turístico del Sur del Huila.
- Mayores costos administrativos originados por la ampliación del plazo previsto inicialmente para la ejecución del contrato.
- PEYCO también incurrió en mayores costos por la suscripción de las pólizas con ocasión de la mayor permanencia en el contrato generada con las 4 prorrogas del contrato, por la suma de \$19.883.215, que fueron demostradas en el proceso y el juez no considero, ni tuvo en cuenta.



Igualmente, este hecho que es uno de los fundamentos de facto expuestos en la demanda, fue además probado dentro del proceso mediante testimonios rendidos tanto por la doctora **Roselly Pájaro Fortich**, quien fue la persona que en su momento realizó la función de interventoría del Contrato, como por el ingeniero Antonio Poyatos, según prueba practicada por el propio juez Aquo en diligencia (Audiencia Inicial) surtida en forma verbal el día 13 de abril/21.

¹⁶ Ahora bien, esta situación contractual en el derecho civil infiere y permite que las personas con capacidad para contratar exterioricen su voluntad libremente, ya sea por el lenguaje hablado o escrito, significando que esa manifestación puede escoger cualquier forma para darse a conocer o exteriorizarse, y cualquier medio que escoja, especialmente cuando está ejecutando negocios jurídicos en los cuales surjan situaciones inesperadas, asume pleno valor jurídico. **Con lo anterior se quiere decir que PEYCO COLOMBIA estaba obligado a cumplir un objeto contractual, pero en su momento al llegar a terreno o sitio donde se debería ejecutar lo proyectado por FONADE e Interventoría se quedó corto pues las cantidades de las Actas de servicio serán totalmente estimadas, resultantes de una simple visita al sitio de ejecución de los estudios y diseños y solo hasta el momento en que se realizarla medición con medios de precisión, como es la topografía, podían conocerse de manera más exacta las cantidades necesarias para desarrollar el diseño, cantidades que eran conocidas por Fonade e interventoría en cada comité semanal que se desarrollaba y con la entrega parcial de los productos que se entregaban.**

Es evidente, según lo probado en el proceso que FONADE aceptó esas mayores cantidades y ejecuciones, inclusive las ha utilizado en los diseños derivados y las entrega a sus contrapartes en el convenio y cliente final.

Es importante Honorables Magistrados, que se tenga en cuenta que **no se trata de proyectos o Actas no previstas**; en el presente caso, **se trata de actividades pactadas en el respectivo contrato, pero que para que éstas se pudieran entregar en condiciones de calidad y utilidad cumpliendo el propósito contractual, se necesitó mayor cantidad de trabajo de lo inicialmente estimado.**

7. PRINCIPIO DE BUENA FE:

El tema contractual está cimentado sobre varios principios y uno de ellos es este, el de la buena fe contractual, **el cual establece que cada contratante debe atender al sentido y orientación de lo pactado, sin defraudar la confianza o abusar de ella**, tiene un arraigo constitucional consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, en el cual se consagra de manera general, lo siguiente:

“(...)” Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. (...)”.

Así mismo, el artículo 1603 del Código Civil, establece:

*“(...) Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente **obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.** (...)”* (negrilla por fuera de texto)

¹⁶ VALENCIA ZEA ARTURO, ORTÍZ MONSALVE ÁLVARO, “DERECHO CIVIL – TOMO III DE LAS OBLIGACIONES”, Décima Edición, Editorial TEMIS, paginas 361, 363, Bogotá, 201, pág. 377



¹⁷Esta buena fe referida a la ejecución del contrato, orienta la especial conducta de comportamiento a cargo del deudor en el cumplimiento de su obligación, y del acreedor en recibir la prestación con ocasión del Contrato. Significa así que la buena fe, debe hacer presencia permanente durante todo el vínculo contractual por parte de ambos contratantes.

La Corte Suprema de Justicia - Sala Civil¹⁸, a través de la cual recuerda la grandeza de los principios generales del derecho, respecto de su contribución a la justicia, siendo el de buena fe, un principio general del derecho, “presente en todas las instituciones, figuras y reglas del ordenamiento jurídico”. Y expresa un deber ecuménico para el juez que debe valerse de este, para ejecutar su labor aplicativa y hermenéutica del ordenamiento en la solución de los conflictos, en especial, en las relaciones obligatorias y contractuales¹⁹.

Señalando la Alta Corporación:

“(...) Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona FIDES con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección (...) La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada ‘buena fe subjetiva’ (creencia o confianza), al igual que en la ‘objetiva’ (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil. (...)”.

Recientemente consideró que la buena fe es el equivalente a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, y corresponde al Estado desvirtuarla. Dijo la Corte²⁰:

“(...) Nuestro ordenamiento constitucional y, especialmente, el régimen civil ha desarrollado además del concepto de buena fe como mandato constitucional general, la figura de buena fe simple como principio y forma de conducta. Esta equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones. (...)”

²¹En pronunciamiento de la Corte Constitucional, la sentencia T – 472 de 200966 exhibe el alcance del principio de confianza legítima:

¹⁷ VALENCIA ZEA ARTURO, ORTÍZ MONSALVE ÁLVARO, “DERECHO CIVIL – TOMO III DE LAS OBLIGACIONES”, Décima Edición, Editorial TEMIS, año 2015, paginas pág. 159

¹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 27 de febrero de 2012. MP. William Namén Vargas

¹⁹ “LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LA VIGENCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMO REGLA CONTRACTUAL” GINA MARITZA RUIZ SANDOVAL Trabajo de Grado UNIVERSIDAD DEL ROSARIO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO BOGOTÁ D. C. 2018

²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 08 de junio de 2017, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalve.

²¹ “LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LA VIGENCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMO REGLA CONTRACTUAL” GINA MARITZA RUIZ SANDOVAL . Óp. cit página 47.



“(...) (i) que no libera a la administración del deber de enderezar sus actos u omisiones irregulares, sino que le impone la obligación de hacerlo de manera tal que no se atropellen los derechos fundamentales de los asociados, para lo cual será preciso examinar cautelosamente el impacto de su proceder y diseñar estrategias de solución; (ii) que no se trata de un derecho absoluto y por tanto su ponderación debe efectuarse bajo el criterio de proporcionalidad; (iii) que no puede estar enfocado a obtener el pago de indemnización, resarcimiento, reparación, donación o semejantes y (iv) que no recae sobre derechos adquiridos, sino de situaciones jurídicas anómalas susceptibles de modificación”

La Corte Constitucional en Sentencia C-131 de 2004, expresó:

“(...) El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico. (...)”

8. CONCLUSIONES PRELIMINARES RESPECTO DEL FALLO DE JUNIO 03 DE 2021:

8.1. Quedó demostrado en el proceso, y así lo determinó el juez *A quo* en su Providencia de junio 3 de 2021, que sí existió incumplimiento contractual por cuenta de la entidad demanda FONADE/ENTERRITORIO, quien no acreditó justa causa para explicar las razones por las cuales incurrió en esa conducta nociva de no liquidar el Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, conducta que repercutió en forma directa en detrimento de los intereses económicos de la parte demandante, pues hasta que aquella liquidación no se haga, no obtendrá el pago de los saldos insolutos.

A folio 22 de la sentencia aparece el siguiente tenor literal *“(...) es menester indicar que para efectos de la liquidación del contrato se tendrán en cuenta los valores consignados en la Tabla 2, habida cuenta que el representante legal de FONADE, como se explicó antes, en el informe que hizo las veces de interrogatorio de parte, afirmó que no existe ninguna otra acción judicial, por lo que ha de incluirse todas las 23 actas a fin de definir el saldo pendiente de pago. A lo que se agrega no se acreditó ningún incumplimiento del contratista que implique el dejar de reconocer y pagar saldo alguno. (...)”*

No obstante, es pertinente precisar que si bien es cierto que hubo por parte de la contratante FONADE unos pagos posteriores a la presentación de nuestra demanda por la suma de \$332.402.527, es de la misma forma indicar que estos fueron realizados en los meses de marzo, julio y octubre de 2020, es decir posteriores al recibo el 13 de marzo de 2015, a los cuales pese haber transcurrido más de 5 años no se le reconoció por parte del juez ninguna indexación, ni interés de mora.



Es corolario de las anteriores conclusiones, que toda la responsabilidad en las causales de incumplimiento en el Contrato de Consultoría No. 213076^o de 2013, objeto de la controversia contractual, son atribuibles a la entidad demandada FONADE/ENTERRITORIO.

8.2. Si bien es cierto, la sentencia llegó a la conclusión según la cual la entidad demandada (**FONADE /ENTERRITORIO**) **efectivamente incurrió en incumplimiento de las condiciones y obligaciones económicas pactadas en el Contrato de Consultoría**, se aleja enormemente de las bondades y beneficios que la ley otorga a la parte acreedora a la cual se le ha otorgado la razón en sus pretensiones.

En efecto, la liquidación final no solo implica incluir el saldo de la obligación insoluta, **sino que también se debe extender a los criterios sancionatorios pecuniarios conforme a la ley sustantiva civil**, ante la evidencia del incumplimiento contractual por parte del deudor demandado, liquidando en ese caos la acreencia con inclusión de intereses moratorios, y no la indexación de la deuda como equivocadamente dispuso la sentencia, y además incurre en el yerro de señalar que es partir de la fecha de la sentencia cuando se debe tomar como punto de partida para establecer la calenda de exigibilidad.

Es importante resaltar que la demanda estaba cimentada sobre el reconocimiento de intereses de mora como principal, tal como se podrá comprobar en el dictamen pericial que soporta una de las diferentes pruebas arrimadas con el libelo, el cual no fue objetado.

8.2.1. APLICACIÓN DEL INTERES MORATORIOS AL CASO CONCRETO.

El Señor Juez *A quo* para negar el reconocimiento de intereses moratorios, conforme se le solicitó en la demanda, ante el incumplimiento de pago de FONADE/ENTERRITORIO, fundamentó sus erróneos argumentos estableciendo la fecha de exigibilidad del pago (pág. 24 de la sentencia), en dos situaciones contractuales totalmente equivocadas: (pág. 24 de la sentencia)

La primera, expresa el Señor Juez, en su interpretación, que el contrato inicial estableció“(…) **que el pago del ultimo 10% de cada acta de servicios de los componentes 1 y 3 estaría ligado a la liquidación del contrato principal y la suscripción del acta de recibo final de los productos a satisfacción de la interventoría y de FONADE.** (…)”

La segunda, condicionó en su análisis que el cumplimiento del objeto del Contrato de Consultoría No 2130760 de 2013 dependía de “(…) **diversos proyectos o convenios, a saber, Ecopetrol (Convenio 212021), el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio (Convenio 213004), la ANLA (Convenio 212077), La ESAP (Convenio 212076), el Ministerio de Educación Nacional (Convenio 197013) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familia.** (…)”

Concluyendo, más adelante:

“(…) **Así pues, la exigibilidad de la obligación de pagar se encontraba condicionada a que (i) se liquidara el proyecto, (ii) se suscribiera Acta de Recibo Final y a satisfacción por parte de FONADE y la interventoría y (iii) se aprobaran las garantías. Ahora, comoquiera que no hubo liquidación de cada uno de los proyectos y es con ocasión de este litigio que se está haciendo la liquidación del contrato, no puede reconocerse la existencia de intereses moratorios en una fecha anterior a esta sentencia, pues es a partir de este momento que la obligación se hace exigible.** (…)



8.2.2. OPOSICIÓN A LA CONSIDERACION SEGÚN LA CUAL LA FECHA DE EXIGIBILIDAD ESTÁ LIGADA A LA LIQUIDACIÓN FINAL ESTABLECIDA EN SENTENCIA JUDICIAL.

Al respecto es importante, Honorables Magistrados, manifestarles que en este punto de análisis del *A quo*, es donde se encuentra otro de los grandes reparos de inconformidad de la parte demandante, que han motivado para acudir a esa superioridad, y suplicar que sean corregidos los yerros de argumentación para soportar la decisión declarativa y de condena.

En efecto, al respecto, se tienen los siguientes argumentos que se desprenden del análisis que se ha efectuado en el numeral 5 de este documento, en donde se enuncian las diferentes bondades legales, jurisprudenciales y doctrinarias que sirven como fuentes de derecho en materia de aplicación y entendimiento de la institución jurídica del interés moratorio.

Tenemos inicialmente, que la legislación colombiana que el numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil, establece que el deudor **está en mora**, entre otras causales, cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. Ejemplo de ello, es el contrato bilateral en cuyo consenso están plasmadas y definidos los derechos y obligaciones para las partes. Para establecer el punto de partida de la mora, la norma no condiciona, en este caso, al pronunciamiento judicial

Ahora, con el ánimo de otorgar mayor claridad a los argumentos de inconformidad frente a la sentencia, con debido respeto que merece el Despacho, se considera la necesidad de reiterar nuestras apreciaciones en el tema.

En efecto, se ha visto que, por regla general, y según la interpretación literal a la citada disposición del Código Civil Colombiano, que se necesita que el deudor sea constituido en mora en forma judicial a instancia del acreedor, salvo en los siguientes casos:

- a) Como hemos visto, cuando las partes estipulan el lapso dentro del cual debe ejecutar sus obligaciones, porque la mora se produce automáticamente por el simple hecho de no ejecutarlas dentro de ese tiempo;
- b) Cuando se trata de prestaciones de no hacer, por cuanto el hacer lo prohibido constituye mora, debido a que el deudor permanentemente está obligado a no ejecutar el hecho de forma del contenido de su obligación; y,
- c) Si la prestación sólo ha podido ser cumplido dentro de cierto tiempo y así no se hace.

Al respecto, quedó demostrado en el proceso que el día 15 de marzo de 2015, se suscribió Acta de entrega total de proyectos que constituían el objeto del contrato de Consultoría, y la liquidación se efectuaría dentro de los seis (6) meses siguientes, significando que el plazo máximo era el 14 de septiembre de 2015. Es decir, en esa fecha se configuró el incumplimiento contractual de que trata la sentencia del 03 de junio de 2021. Hasta esa fecha estaba la oportunidad para que la demandada liquidara el Contrato.

De lo anterior, repetimos, se infiere que la entidad demandada al no efectuar el proceso administrativo de liquidación quedó incurso en incumplimiento contractual a partir del 15 de septiembre de 2015, tal como lo menciona el numeral PRIMERO de la sentencia del juez *A quo*.



Igualmente quedó demostrado en el proceso que el tema a debatir estaba circunscrito a un contrato bilateral que involucraba a dos partes, de una FONADE/ENTERRITORIO, y de otra, a la persona jurídica PEYCO COLOMBIA, cuya controversia se derivó de un consenso que contenía derechos y obligaciones claros y expresos, con plazos definidos que estuvieron comprendidos entre la suscripción, Actas de Inicio y entrega final, de tal forma que no existe la menor duda de que **la mora en que incurrió la entidad contratante se produjo en forma automática por el simple hecho de no pagar los saldos adeudados dentro plazo pactado**, por lo tanto, es importante, precisar y concluir, que en el caso concreto aplica en forma clara la bondad legal contenida en el numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil, quedando claro igualmente, que el asunto en debate **no necesitaba requerimiento judicial para haber constituido en mora, como se infiere del contenido de la sentencia.**

Ahora bien, la sentencia de primera instancia señala que como quiera que a través de ella se está materializando la liquidación del contrato por vía judicial, y que FONADE/ENTERRITORIO no efectuó, entonces, es partir de la misma que se empieza a causar el interés moratorio, decisión judicial que como hemos mencionado y reiterado hasta la saciedad, se aparta de las bondades y concepciones legales, así de la jurisprudenciales y la doctrina que hemos referenciado en el presente documento.

Finalmente, se observa el objeto del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, contenido en la Cláusula PRIMERA establece:

*“(..) **EL CONSULTOR se obliga a la prestación de los servicios de consultoría bajo el modelo de FABRICA DE DISEÑOS Y DE ESTUDIOS TÉCNICOS QUE PROPORCIONE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS TÉCNICOS REQUERIDOS POR FONADE, EN EL DESARROLLO DE SUS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en las reglas de participación y adendas que rigieron el proceso de selección OCC – 106, los documentos e información técnica suministrada por FONADE y la oferta presentada por EL CONSULTOR, todo lo cual hace parte integral del contrato. (...)**”*

Al respecto, como se puede observar para el cumplimiento del objeto contractual y el pago de prestaciones económicas derivadas del Contrato de Consultoría **no aparece pactado condicionamiento alguno de los proyectos que menciona el Señor Juez de Instancia**, quien expresó dependencia de los *“(..) **diversos proyectos o convenios, a saber, Ecopetrol (Convenio 212021), el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio (Convenio 213004), la ANLA (Convenio 212077), La ESAP (Convenio 212076), el Ministerio de Educación Nacional (Convenio 197013) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familia. (...)**”*

8.2.3. IMPUTACIÓN DEL PAGO PRIMERAMENTE A LOS INTERESES GENERADOS

La bondad jurídica que en materia de cumplimiento de obligaciones establece en artículo 1653 del Código Civil Colombiano, no la tuvo en cuenta el fallador de instancia, ignorando las reclamaciones que en este sentido se efectuaron a lo largo del proceso, probadas inclusive con dictamen pericial el cual nunca fue objetado.

De acuerdo a lo anterior, los pagos que se hayan efectuado deberán ser imputados a los intereses, y no como erróneamente lo considero el Aquo en su sentencia complementaria en la cual, contra todo principio de derecho procesal modifico la sentencia que él mismo había proferido.



Precisamente, la errónea interpretación del Juez Aquo condujo a que los pagos efectuados antes de proferir sentencia, hayan sido erróneamente aplicados a capital, por cuanto se dinero se causó y se constituyó en acreencia insoluble en el año 2015, y bajo ese criterio tuvo aplicación errada, beneficiando a la entidad Estatal, quien tuvo ese dinero en su poder indebidamente durante tanto tiempo, y por contrario causó desmedro y perjuicio económico ante el pago tardío como e evidenció en el dictamen pericial.

8.3. CONSIDERACIONES TÉCNICAS

Ahora bien, Honorables Magistrados, otro de los reparos que se tiene contra la sentencia de instancia, está en la indebida valoración probatoria sobre los componentes y factores de la ejecución contractual que fueron sometidos al debate procesal y los cuales no fueron controvertidos por la demanda y negados por el *A quo*.

8.3.1. MAYORES ACTIVIDADES PROYECTOS 1, 3, 4, 10B, 10C y 13

PEYCO COLOMBIA estaba obligado a cumplir un objeto contractual, pero durante la ejecución de los proyectos, las cantidades proyectadas fueron insuficientes para poder cumplir el respectivo propósito y alcance de metas físicas.

De acatarse las cantidades “ESTIMADAS” inicialmente establecidas en el acta de servicio, **el resultado habría sido un diseño incompleto**; para el caso concreto de las actas 1, 3, 4, 10B y 10C sería un diseño de una carretera de menos kilómetros que no cumpliría las metas físicas de conectar un punto con otro. De haberse hecho los diseños incompletos muy seguramente nos hubiese ameritado por parte de FONADE un incumplimiento al contrato.

Por otra parte, es preciso indicar que los diseños fueron empleados en su totalidad por FONADE y a su vez por las entidades encargadas para la construcción de los proyectos, es decir que pese a que no fueron reconocidas estas actividades si fueron empleadas por FONADE, **enmarcado a su acomodo un contrato por precios unitarios a costo global** tal como lo establece la cláusula tercera en su párrafo tercero, así:

“...El sistema de pago del contrato (Componentes 1 y 2) es por precios unitarios fijos sin formula de ajuste. En consecuencia, el valor definitivo de los diseños y estudios técnicos entregables, será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y entregadas por EL CONTRATISTA y recibidos por el interventor de FONADE a su entera satisfacción, por los valores o precios unitarios fijos pactados para el respectivo ítem según la oferta económica y consignados en el Acta de Honorarios por Proyecto...”

De igual forma, respetuosamente aclaramos al Señor Juez que las mayores actividades de los proyectos 1, 3, 4, 10B, 10C y 13 que reclama PEYCO COLOMBIA corresponden a mayores cantidades ejecutadas, las cuales eran necesarias para la funcionalidad de los proyectos y fueron puestas en conocimiento de Interventoría y Fonade a través de los comités semanales que se realizaban y con la entrega de productos parciales que se iba realizando por parte del Consultor, en los cuales podía evidenciarse las cantidades realmente ejecutadas de los ítems contractuales. En ninguna parte se reclaman actividades no previstas, aclarando que es preciso indicar que una actividad no prevista corresponde a un ítem que no se consideró en el contrato, lo cual sí requiere de un trámite con la Entidad para que éste sea incluido de forma contractual, cosa bien diferente a la ejecución de mayor cantidad de un ítem contractual por necesidades propias del proyecto.

Por lo tanto, es incorrecta **la justificación que se da frente al no reconocimiento de mayores cantidades ejecutadas como actividades no previstas** por cuanto los ítems de las actividades si estaban previstos en el contrato, las cuales formaban parte de la propuesta económica de PEYCO COLOMBIA, ítems con los cuales se conformaba e las actas de servicio, a manera de ejemplo se presenta el acta de servicio del proyecto 4:



TIPO DE ESTUDIO	UNIDAD	CANTIDAD	VR. HONORARIO BÁSICO	FACTOR MULTIPLICADOR	VALOR
Estudio de tránsito, capacidad y nivel de servicio	KM	9,00	218.000,00	3,20	\$ 6.278.400,00
Estudio de trazado y diseño geométrico, señalización y gestión predial	KM				
De 0 a 5 km 100% Via	KM	5,00	4.653.000,00	3,20	\$ 74.448.000,00
Siguientes 15km 70% Via	KM	4,00	4.653.000,00	2,24	\$ 41.690.880,00
De 0 a 5 km 100% Sendero Ciclista	KM	5,00	4.653.000,00	3,00	\$ 69.795.000,00
Siguientes 15km 70% Via Sendero Ciclistas	KM	0,70	4.653.000,00	2,10	\$ 6.839.910,00
Estudios hidráulicos Via	KM	9,00	1.090.000,00	3,20	\$ 31.392.000,00
Estudios hidráulicos Sendero Ciclista	KM	5,70	1.090.000,00	3,00	\$ 18.639.000,00
Diseño de mezclas	UND	1,00	770.000,00		770.000,00
Diseño de pavimentos Via	KM	9,00	665.300,00		5.987.700,00
Diseño de pavimentos Sendero Ciclista	KM	5,70	665.300,00		3.792.210,00
Diseño muros de contención, box culbert (***)	M2	108,00	17.681,00		1.909.548,00
Diseño estructural puentes (***)	M2	140,00	19.981,00		2.797.340,00

Las columnas tipo de estudio, unidad, valor honorario y factor multiplicador corresponden a las establecidas en el contrato conforme a la oferta económica de PEYCO COLOMBIA, solamente en el acta de servicio se estimaban las cantidades y el presupuesto del acta correspondía a multiplicar el valor unitario por la cantidad y factor multiplicador.

A continuación, se presenta extracto de la propuesta económica presentada por PEYCO COLOMBIA:

TIPO DE ESTUDIO	UNIDAD	Valor Honorario Básico
INFRAESTRUCTURA VIAL		
Estudio de tránsito, capacidad y nivel del servicio	Km	218.000,00
Estudio de trazado y Diseño geométrico, señalización y Gestión predial	Km	4.653.000,00
Diseño de mezclas	UND	770.000,00
Diseño de Pavimentos	Km	665.300,00
Estudios Hidráulicos	Km	1.090.000,00
Diseño muros de contención, Box culbert	M2	17.681,00
Diseño Estructural Puentes de menos de 15 mts, peatonales	M2	19.981,00
Diseño Estructural Puentes	M2	22.101,00
Presupuesto y Programación	Km	15%
Análisis del lugar	UND	576.700,00
Levantamiento Topográfico		
De 0 a 1000	M2	1.000,00
De 1000 a 5000	M2	800,00
De 5000 a 10000	M2	600,00
De 10000 en adelante	M2	500,00
Levantamiento topográfico corredor vial Primario	Km	5.000.000,00
Levantamiento topográfico corredor vial secundario	Km	3.750.000,00
Levantamiento topográfico corredor vial terciario	Km	2.500.000,00

Así las cosas, es equivocado el concepto del señor Juez A Quo, al hacer referencia a que no se dio aplicación al procedimiento establecido en la cláusula 3 referente a ejecutar ACTIVIDADES ADICIONALES NO PREVISTAS, por cuanto tal como se explicó anteriormente, al ser un contrato pactado por precios unitarios lo que se ejecutó de más fue una mayor cantidad del ítem contractual que resultaba necesario para la terminación completa del diseño; es del entendido que las actividades adicionales no previstas corresponde a una adición dentro del contrato de un ítem no previsto con su respectiva acuerdo de precio entre las partes, circunstancia que no era para el caso que reclama PEYCO dado que el ítem y precio estaban pactados dentro del contrato.



Así mismo, es pertinente indicar que las actas de servicio correspondían a un presupuesto inicialmente estimado entre las partes, con los ítems contractuales y una estimación de las cantidades a ejecutar, en el sentido que corresponde a un contrato de precios unitarios, es por ello que, en la cláusula tercera de la forma de pago, se establece que el último pago corresponde a los productos realmente ejecutados y recibidos, tal como transcribimos a continuación:

“...El último pago, correspondiente al saldo del diez (10%) del valor total de las actas de pago de proyectos, de acuerdo con los productos realmente ejecutados y recibidos a satisfacción por parte de la interventoría y FONADE...” (Negrilla fuera de texto).

A modo ilustrativo, para dar mayor claridad, las cantidades iniciales de las actas de inicio se “estimaban” con una simple visita al lugar donde se debía ejecutar el proyecto, pero no se tenían mayores datos de longitudes de vía, de cunetas, de áreas de predios, etc. Solo cuando se hacía la topografía de detalle, por mencionar una actividad, era que se podría conocer la cantidad real de la longitud de la vía o el área del predio o cualquier otra condición del proyecto.

8.3.2. MAYOR PERMANENCIA

Respecto al reclamo por mayor permanencia, si bien es cierta la apreciación del Señor Juez en el sentido de indicar que las prórrogas se firmaron de común acuerdo, sin objeción alguna por parte de PEYCO COLOMBIA, es dado a que como ha quedado claro en esta sentencia el valor recibido y ejecutado es de \$4.336.587.900 cifra por debajo del valor total del contrato incluyendo adiciones que corresponden a \$4.760.522.715,50 establecido en la aclaración No. 1 a la reducción No. 1 prórroga No. 3 y modificación No. 3, es decir un saldo de \$423.934.815,50 sin ejecutar.

Así las cosas, en el momento que se suscribieron las adiciones No. 1 y 2 por valor de \$1.129.649.000,00 y \$470.890.499,00 respectivamente, PEYCO COLOMBIA no dejó objeción alguna respecto a mayores permanencias por cuanto se tenía la expectativa de ejecutar en su totalidad el contrato conforme a la **Adición No. 1 consideración número 8** que indicó que:

presente adición. **8).**- Que mediante solicitud de novedades en el contrato FAP310 del 09 de marzo de 2013, el Gerente del Proyecto de Fabricas por parte de **FONADE**, solicita la adición del contrato No. 2130760, por valor de **MIL CIENTO VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M.CTE (\$1.129.649.000.00)**, lo anterior teniendo en cuenta que Fonade durante las vigencias 2011 y 2012 suscribió convenios con el Departamento de la Prosperidad Social, el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar entre otros, los cuales demandan un número importante de diseños y estudios para la construcción, remodelación y adecuación de infraestructuras, educativa, social, cultural, jardines infantiles, etc. Es por ello que se requiere contar con esquemas de operación que permitan atender con mayor calidad y mejores tiempos de respuesta el suministro de diseños y estudios para cada uno de los

proyectos que gerencia, por lo que se requiere adicionar el contrato de fabricas 2130760 con recursos provenientes de diferentes convenios, para que se desarrollen diseños y estudios técnicos, que dichos convenios requieren en cumplimiento de su objeto contractual. **9).**- El valor adicional del presente contrato, se encuentra amparado con los siguientes recursos:



Por lo tanto, la mayor permanencia que reclama PEYCO COLOMBIA corresponde a los gastos causados por mantener un personal mínimo presto a la ejecución de un contrato que no se ejecutó en su totalidad por la falta de asignación de proyectos por parte de FONADE, se aprecia entonces una falta de planeación de la entidad que dispuso de los recursos públicos sin ninguna claridad, negligencia con la cual se vio afectada PEYCO COLOMBIA. Así mismo nos vimos afectados adquiriendo unos amparos de unas garantías por unos valores que no se ejecutaron, tal como lo requería la cláusula octava, así:

TIPIFICACIÓN DEL RIESGO	ESTIMACIÓN DEL RIESGO	VIGENCIA	RESPONSABLE
Cumplimiento	30% del valor del contrato	Vigente por el plazo de ejecución del contrato y <u>ocho (8)</u> meses mas	CONSULTOR
De Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales	5% del valor del contrato	Vigente por el plazo de ejecución del contrato y <u>tres (3)</u> años más.	
Calidad del Servicio	30% del valor del <u>Contrato</u>	Vigente por <u>tres (3)</u> años <u>contados</u> a partir de la suscripción del acta de recibo final.	
Responsabilidad Civil Profesional	20% del valor del contrato	Vigente por el plazo de ejecución del contrato y <u>1</u> <u>año</u> mas	

Para nada se ajusta a derecho que un consultor tenga que asumir mayores costos por el incumplimiento de las expectativas de unas adiciones que no se cumplieron, no se entienden las razones por las cuales FONADE estimó una adición que no ejecutó en su totalidad.

8.3.3. APUS

Respetuosamente objetamos el descuento que hace el Juez del 15% de los APU's realizados por parte de PEYCO COLOMBIA, al respecto aclaramos que si bien es cierto que dentro de los ítems de la oferta económica se encuentra un ítem de presupuesto y programación cuyo valor corresponde al 15% de los diseños principales de cada proyecto, éste valor fue establecido por FONADE en los estudios previos del contrato considerando el empleo de la base de precios SISEP por parte del Consultor, lo cual no sucedió. Es por esto que no se encuentra sustento en el descuento del 15% que estipula el Señor Juez con respecto a la cantidad de APU's elaborados por el consultor, por cuanto no guarda relación alguna con los términos de referencia y ese porcentaje sobre el número de APU's supone un total de 259, cantidad excesiva para el número de proyectos ejecutados teniendo en cuenta que en el Anexo Técnico del contrato establece "...alguno..." ese porcentaje para nada se puede compadecer al descuento por cuanto no es del caso aplicar descuento a la parte que cumplió su obligación en el contrato.

Por lo tanto, no se ajusta a derecho que, por la negligencia e incumplimiento de las obligaciones de la Entidad, PEYCO COLOMBIA tenga que asumir ese descuento, así como todos los gastos en los que ha tenido que incurrir para conllevar este proceso judicial.

Al respecto, Honorables Magistrados, suplicamos considerar, tal como lo expresamos cuando se hizo el análisis del enriquecimiento, que el trabajo intelectual y la autoría profesional plasmada en los proyectos que se entregaron a FONADE/ENTERRITORIO le generaron un fortalecimiento intelectual y patrimonial que derivó en que la institución con fundamento en los mismos celebros contratos con terceros obteniendo un lucro.



De ello se infiere que, al negarse a pagar los respectivos emolumentos, **está configurando un evidente enriquecimiento para FONADE/ENTERRITORIO con desmedro en el empobrecimiento de la firma PEYCO COLOMBIA, sin justa causa.**

9. SUSTENTACIÓN A LAS RAZONES DE INCONFORMIDAD RESPECTO DEL FALLO COMPLEMENTARIO PROFERIDO EN NOVIEMBRE 22 DE 2021. MODIFICACIÓN IRREGULAR DE SU PROPIA SENTENCIA.

FONADE, en su calidad de demandada, expuso como primer argumento “(...) en el numeral anterior, la sentencia de primera instancia es clara en indicar los valores que ENTerritorio deberá reconocer y pagar a la parte demandante, sin embargo, considera esta parte procesal que el Despacho omitió pronunciarse respecto a la totalidad de pagos realizados por ENTerritorio a PEYCO, los cuales fueron informados dentro del proceso, así como también reconocidos por la parte demandante durante el trámite probatorio, razón por la cual deben ser adicionados a la sentencia proferida (...)”.

Luego señala: “(...) En concreto, la sentencia de primera instancia omitió pronunciarse y tener en cuenta que con posterioridad a la contestación de la demanda, ENTerritorio desembolsó a PEYCO una suma total de \$321.741.022, que dichos pagos fueron realizados entre marzo y octubre de 2020 y que correspondieron a las actas de servicios No. 1, 4, 3, 10B, 10C y 5. (...)”

Lo anterior, en razón a que así fue demostrado dentro del proceso pues fueron reconocidos y aceptados expresamente tanto en el interrogatorio de parte rendido por el Representante Legal de PEYCO (Ignacio Martínez), como en el testimonio del Gerente Técnico de PEYCO (Antonio Poyatos) en la audiencia unificada celebrada el 13 de abril de 2021, en donde se aceptó que se presentaron cuentas de cobro por un valor total de \$332.402.527 y que estas fueron pagadas por FONADE. (...)”.

Finalmente, solicita: “(...) En consecuencia, el numeral segundo de la sentencia de primera instancia deberá complementarse, en el sentido de condenar a FONADE (hoy ENTerritorio) a pagar a PEYCO COLOMBIA sucursal de la sociedad extranjera PEYCO, PROYECTOS, ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES S.A., la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$95.465.860), con su correspondiente corrección monetaria (indexación) (...)”.

9.1. FUNDAMENTOS DE INCONFORMIDAD DE PARTE ACTIVA SOBRE LAS DECISIÓN ADOPTADA EN FALLO COMPLEMENTARIO.

La solicitud elevada por la parte demandada y vencida en juicio, la fundamenta expresando que la liquidación judicial del Contrato de Consultoría No. 2130760 de 2013, debe ser modificada por cuanto no es correcto el saldo que se determinó en la sentencia de primera instancia a favor de la parte demandante, en cuantía de QUINIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$532,923,320), indicando en su parecer, que el valor real que se ha debido reconocer es la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$95.465.860), con su correspondiente corrección monetaria (indexación).

La pasiva invocó como soporte de su pedimento el artículo 287 del Código General del Proceso, en el cual se establece:



“Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la Litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal. (...)

De la regulación normativa en cita, se desprende que la Adición de sentencia procede mediante la expedición de sentencia complementaria, y solamente cuando se omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la Litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento.

De otra parte, el Código General del Proceso, en relación con los criterios para modificación de la sentencia, establece:

“Artículo 285. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia (...)

En la decisión contenida en el fallo complementario de noviembre 22 de 2021, el fallador de primera instancia utiliza la figura procesal de la “adición de sentencia” estableciendo un nuevo valor de condena económica inferior a lo ordenado en la sentencia inicial de junio 03 de 2021.

Por lo tanto, al cotejar los dos proveídos, se evidencia fácilmente que se configuró una reforma a la primera Providencia por el mismo juez que la pronunció, atentándose así contra las disposiciones contenidas en el artículo 285 en cita.

INMUTABILIDAD DE LA SENTENCIA.

Al respecto, es importante que el despacho tenga en cuenta que la adición, al igual que la aclaración, no puede ser motivo para violar el principio de la inmutabilidad de la sentencia por el mismo juez que la dictó.

Bajo el pretexto de adicionar la sentencia, no es posible introducir ninguna modificación a lo ya definido, pues se trata es de agregar, de pronunciarse sobre pretensiones no estimadas, pero no de reformar las ya consideradas.



Adicionalmente, y es importante precisar, la sentencia complementaria agrava la situación de la demandante, pues los abonos hechos por la demandada fueron abonados a capital y no a interés, contraviniendo el artículo 1653 del Código Civil colombiano, como ya se desarrolló líneas atrás.

10. CONCLUSIONES.

10.1. La Sentencia de primera instancia proferida por el Despacho del Señor Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 3 de junio de 2021, notificada mediante Estado No. 25 del 8 de junio del mismo año, permitió determinar el incumplimiento contractual de la demandada, estableciendo condenas en CONCRETO, de tal forma que la misma surtió con las formalidades procesales para su expedición.

10.2. Si bien es cierto quedó establecido en el fallo judicial de primera instancia el incumplimiento de la demandada, el fallador se equivocó en la apreciación de las pruebas arrimadas, ignorando de tajo, sin apreciación alguna, el dictamen pericial aportado, en el cual se evidenció y demostró el valor real del daño económico que se generó por la conducta contractual lesiva asumida por FONADE.

Precisándose que en el trámite probatorio el mencionado experticio no fue objetado por la pasiva y adquirió todo su vigor como plena prueba en la cuantificación del daño contractual.

10.3. En la decisión de condena económica existe un yerro protuberante, por cuanto el valor allí establecido no representa la totalidad del daño que ocasionó el incumplimiento de FONADE, **por cuanto quedó demostrado que la actitud contractual lesiva se ocasionó desde el 15 de septiembre de 2015.**

Acorde con la prueba pericial arrimada al proceso, la cual NO fue objetada, como tampoco tuvo controversia alguna, permite suplicar, la corrección que su despacho efectúe a la decisión del Juez A Quo, teniendo en cuenta para ese efecto que la liquidación del perjuicio ocasionado tiene componentes de daño emergente y lucro cesante, cuyo inicio ocurrió desde que este se causó (septiembre 15 de 2015) hasta el momento del pago efectivo de la condena, y todo desembolso intermedio debe ser imputado a los intereses causados, y no al capital, criterio inadecuado del operador judicial de primera instancia.

10.4. Importante, que se tenga en cuenta que con ocasión de la sentencia complementaria de noviembre 22/21, **no era procedente modificar la sentencia de primera instancia por vía de la Adición de sentencia** complementaria, porque la revocatoria o reforma no la puede realizar el mismo juez que la pronunció, según la prohibición expresa de la norma procesal que arriba hemos referenciado.

10.5. Así mismo, los siguientes aspectos derivados del resultado del acopio procesal tienen una visión diferente y se distancian enormemente de la interpretación equivocada efectuada en el fallo complementario de noviembre 22 de 2021.

10.5.1. En efecto, quedó demostrado que la conducta contractual de incumplimiento de la lesión patrimonial a la parte demandante, se generó a partir del 15 de septiembre/2015, fecha en la cual terminó el plazo de liquidación del consenso, deficiencia que ha quedado demostrada con lo expresado en el artículo primero de la sentencia emitida en este Proceso el día 03 de junio/21.

10.5.2. Con posterioridad, la aquí parte activa efectuó sendas reclamaciones por la vía administrativa de las cuales nunca se conoció respuesta positiva.



10.5.3. En vista de tal actitud negativa, la persona jurídica PEYCO COLOMBIA presentó demanda el día 25 de enero/19, la cual fue notificada a FONADE en junio 27 del mismo año.

105.4. Ya trabada la Litis, la demandada, en vista de las pretensiones y entendiendo su incumplimiento incurso, efectuó pagos parciales con cargo a la deuda insoluble, según el siguiente comportamiento contable, financiero y fechas de pago, los cuales fueron aceptados por la firma PEYCO COLOMBIA con la claridad de los efectos del artículo 1653 del Código Civil, norma que como hemos visto establece imputación del pago primeramente a los intereses, tal como se evidencia en copia de las respectivas:

FACT	Fecha	ACTAS	PROYECTO	BASICO	IVA	ANTICIPO	NETO FACTURADO	Fecha de Pago
10	13-mar-20	1	AMBALEMA	\$ 56.568.184,00	\$ 9.050.909,00		\$ 65.619.093,00	19-mar-20
11	13-mar-20	4	CENTAURUS	\$ 44.792.183,00	\$ 7.166.749,00		\$ 51.958.932,00	24-mar-20
22	16-jun-20	3	YOPAL	\$ 12.128.898,00	\$ 1.940.624,00		\$ 14.069.522,00	2-jul-20
23	16-jun-20	10B	HUILA	\$ 110.075.321,00	\$ 17.612.051,00		\$ 127.687.372,00	2-jul-20
24	16-jun-20	10C	HUILA	\$ 35.533.518,00	\$ 5.685.363,00	\$10.661.505,00	\$ 41.218.881,00	2-jul-20
46	21-oct-20	5	ESAP CARTAGENA	\$ 27.455.799,00	\$ 4.392.928,00		\$ 31.848.727,00	30-oct-20
			TOTAL	286.553.903,00	\$ 45.848.624,00	\$ 10.661.505,00	\$ 332.402.527,00	

10.5.5. El Señor Juez de primera instancia en su fallo complementario de noviembre 22/21, al adicionar la condena interpreta inadecuadamente el pago efectuado posición contraria a la realidad procesal, y para ese efecto señaló:

"(...) En consecuencia, la suma de \$321'741.022, debe ser tenida en cuenta para efectos de descontarla de la liquidación del contrato a cargo de la demandada. Razón por la que será aclarado el segundo ordinal de la sentencia, para indicar que la condena impuesta a Enterritorio por concepto de la liquidación del contrato 2130760, corresponde a la suma de \$95'465.860, la cual al ser indexada con fecha inicial del 12 de noviembre de 2015, de acuerdo con la fórmula indicada en la sentencia que se está adicionando, totaliza la suma de \$122'090.404,7. (...)"

Bajo esa consideración, el juez A Quo al pago parcial señalado le dio los efectos de cancelación de la deuda, como si ésta se hubiese efectuado en el mes de septiembre de 2015, fecha en la cual se inició la lesión patrimonial de la firma PEYCO COLOMBIA, óptica judicial que no corresponde, ni da alcance a la sanción económica prevista en la ley al deudor moroso.

Así mismo, tal como se puede apreciar en la adición de la sentencia, se ha reducido considerablemente la indexación pasando de \$115.716.438 a \$26.624.545, es decir menos \$89.091.893, si bien es cierto la existencia de pagos parciales efectuados por FONADE, no resulta de manera justa a PEYCO COLOMBIA haberlos recibido, por cuanto se desconoce indexación e intereses de mora a pagos efectuados entre marzo y octubre de 2020, ósea 5 años después de suscrita el acta de recibo del 13 de marzo de 2015



En otras palabras, Honorables Magistrados, el pago evidenciado corresponde y se debe imputar como pago de interés a la acreencia generada desde el año 2015, y **bajo ninguna circunstancia se puede admitir que constituye pago de la obligación**, como erróneamente lo aplicó el fallo complementario modificatoria de la primera sentencia, se reitera, así sea un pago parcial, a intereses.

Insistiendo, en el yerro de primera instancia lo ordenó liquidar intereses de mora generados desde el mismo momento en que se estructuró el incumplimiento contractual ocurrido en septiembre 15 de 2015.

11. OBJETO DEL RECURSO DE APELACION.

11.1. Solicitar que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, modifique lo desfavorable contenido en la Sentencia proferida por el Señor Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá, dictada en Audiencia Oral celebrada en forma virtual el 14 de abril de 2021, complementada en forma escrita mediante providencia de junio 3 de 2021, así como el fallo complementario de noviembre 22 de 2021, proveídos a través de los cuales resolvió de fondo la primera instancia.

De acuerdo a lo anterior, conforme a la potestad que la ley otorga a esa Superioridad Colegiada, se ordene que el valor de la obligación dineraria insoluta, se liquide con el reconocimiento de intereses moratorios, a la máxima tasa de interés permitida por la ley, desde el momento en que FONADE/ENTERRITORIO incurrió en incumplimiento de pago, esto es, desde el 15 de septiembre de 2015²², y acorde a la prueba pericial arrimada al proceso, que no fue objeto de controversia alguna, y hasta la fecha en que efectivamente la entidad demandada efectúe el pago, disponiendo que el pago se impute primeramente conforme lo ordena el artículo 1653 del Código Civil Colombia.

11.2. Como consecuencia de la anterior decisión, teniendo en cuenta que existen suficientes pruebas incorporadas conforme a lo establecido por el Código General del Proceso, en ejercicio de las facultades que otorga la ley en calidad de superior funcional del Juez *A Quo*, suplicarle se sirva considerar las pretensiones de la demanda y proferir sentencia de mérito accediendo a las mismas, en forma declarativa y condenatoria, como aparece allí petitionado, relacionadas con reconocimiento y pago de los mayores costos y sobrecostos en los que incurrió PEYCO COLOMBIA durante la ejecución del contrato por concepto de mayor permanencia, así como con el reconocimiento y pago de las actividades adicionales que efectuó en la ejecución del contrato.

11.3. Se suplica que, dentro de la prosperidad del presente recurso de apelación, la Corporación adelante la valoración probatoria que el juez *A Quo* se negó a realizar teniendo en cuenta que existe una abundante carga de pruebas documentales, testimoniales, dictamen pericial, juramento estimatorio, informe del representante legal de la demandada, e indicios incorporados en forma legal y oportuna al proceso, que soportan las pretensiones de la demanda.

11.4. Honorables Magistrados, revocar el fallo complementario, expresando que la suma parcial que allí menciona, generada en la acreencia insoluta desde año 2015, constituye pago imputación a los intereses según los términos del artículo 1653 del Código Civil Colombiano, **según se lo advirtió la firma PEYCO COLOMBIA** al recibir los pagos, cumpliendo así con el requisito que la misma norma establece.

²² Fecha máxima para liquidar contrato.



9. PRUEBAS.

Teniendo en cuenta las previsiones contenidas en el numeral 3 del artículo 327 del Código General del Proceso, se solicita a la Corporación que en segunda instancia se tengan en cuenta las siguientes documentales allegadas por la parte demandante y dirigidas a FONADE, en las cuales se cumple con la salvedad que menciona el artículo 1653 del Código Civil Colombiano, según la cual "(...) *Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses (...)*, en el cual la firma demandante advirtió a FONADE sobre el uso de tal potestad legal.

Como se podrá observar cronológicamente, estas pruebas documentales sugieren al mundo de la prueba con posterioridad al inicio y traba de la presente Litis.

- Oficio PC-FAB-712-2020 de junio 23 de 2020 (7 folios)

NOTIFICACIONES.

Conforme a las previsiones del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, le manifiesto para notificaciones virtuales estás se pueden efectuar a los siguientes correos electrónicos: jorge@beltranpardo.com, e info@beltranpardo.com

Igualmente, informo que se está enviando copia del presente memorial a la representación jurídica de la parte demandada, así como a las demás partes interesadas, entre ellas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Respetuosamente,

ORLANDO CORREDOR TORRES

C.C. 19.358.272 de Bogotá

T.P. 43.515 C.S.J.

Apoderado PEYCO COLOMBIA SAS

Bogotá D.C., 12 de junio de 2020



Señores:

ENTERRITORIO / FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

Atn.: Ing. Alvaro Eduardo Ruiz Morales

Gerente de Fabricas

La ciudad.

REFERENCIA: CONTRATO No. 2130760 - FABRICA DE DISEÑOS Y DE ESTUDIOS TÉCNICOS QUE PROPORCIONE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS TÉCNICOS REQUERIDOS POR FONADE, EN EL DESARROLLO DE SUS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA.

ASUNTO: ACTAS DE PAGO PARCIAL – CONVENIO ECOPETROL 212021

Respetados Señores:

En la fecha hemos recibido su propuesta de pago parcial por la suma de \$ 182.975.775 y corresponde al concepto de saldos pendientes a las Acta de Cierre de Servicio No. 3 Proyecto Yopal – Balconcitos, Acta de Servicio No. 10B Proyecto Anillo Turístico del sur de Huila (Tramo 2) y Acta de Servicio No. 10C Proyecto Anillo Turístico del sur de Huila (Tramo 3), con cargo al Contrato de Consultoría No. 2130760 suscrito el 7 de marzo de 2013 con FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO.

Al respecto, reconociendo que Enterritorio está haciendo todos los esfuerzos por solucionar la deuda pendiente, queremos manifestarle que esa aceptación de pago no implica renuncia, ni desistimiento de la demanda que cursa en el juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, proceso RAD. 110013103031201900064-00, por lo tanto, el pago se recibe conforme lo establece el artículo 1653 del código civil.

Cordialmente,

IGNACIO MARTINEZ GONZALEZ

Representante Legal

CC. ARCHIVO

**BALANCE ECONOMICO RESUMIDO DE LA EJECUCION DEL PROYECTO
INFORMACIÓN FINANCIERA
ACTA DE SERVICIO DE CONSULTORÍA No. 3
CUYO OBJETO ES: REALIZAR EL AJUSTE Y ACTUALIZACIÓN A LOS DISEÑOS PARA LA PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA YOPAL-
BALCONCITOS (QUE CONDUCE A LA VIRGEN DE MANARE) DEL MUNICIPIO DE YOPAL - DEPARTAMENTO DEL CASANARE**

CONTRATO DE CONSULTORÍA N°	2130760
CONTRATISTA:	PEYCO COLOMBIA

INFORMACIÓN FINANCIERA GENERAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 3	
FECHA DEL ACTA DE SERVICIO No. 3	16-jul-13
VALOR INICIAL TOTAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 3	\$ 149,250,276.00
VALOR FINAL TOTAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 3	\$ 181,659,243.00
VALOR FINAL EJECUTADO POR EL CONSULTOR	\$ 140,695,207.00
VALOR FACTURADO POR EL CONSULTOR (90%)	\$ 126,625,685.00
VALOR EJECUTADO Y NO COBRADO POR EL CONSULTOR (10%)	\$ 14,069,522.00
VALOR TOTAL PENDIENTE POR DESEMBOLSAR	\$ 14,069,522.00
VALOR A PAGAR CONTRA ACTA DE CIERRE DE SERVICIO No. 3	\$ 14,069,522.00
VALOR A PAGAR CONTRA LIQUIDACION CONTRATO FABRICAS DE CONSULTORIA No. 2130760	\$ 14,069,522.00

DESEMBOLSOS CONSULTORIA	
Acta de Recibo Parcial No 1 (30%) Radicado No. 20134300758742	\$ 44,775,082.00
Acta de Recibo Parcial No 2 (30%) Radicado No. 20144300157932	\$ 64,220,763.00
Acta de Recibo Parcial No 3 (30%) Radicado No. 20144300382352	\$ 17,629,840.00
VALOR DESEMBOLSADO POR FONADE AL CONTRATISTA CORRESPONDIENTE AL PROYECTO: REALIZAR EL AJUSTE Y ACTUALIZACIÓN A LOS DISEÑOS PARA LA PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA YOPAL- BALCONCITOS (QUE CONDUCE A LA VIRGEN DE MANARE) DEL MUNICIPIO DE YOPAL - DEPARTAMENTO DEL CASANARE*	\$ 126,625,685.00
VALOR NO EJECUTADO POR EL CONTRATISTA A REINTEGRAR AL CONVENIO No. 212021	\$ 40,964,036.00

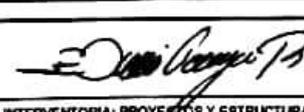
ORIGEN DE LA INFORMACIÓN:

Se ha tomado como soporte para la liquidación del Acta de Servicio No. 3 para la consultoría PEYCO COLOMBIA la información contenida en el 1) Acta de Servicio de Consultoría No. 3 del 16 de JULIO de 2013, 2) Acta de Modificación 01 del 1 de noviembre de 2013, 3) Acta de entrega y recibo final del objeto contractual Acta de servicio No. 3 del 13 de MARZO de 2015, 5) Acta de terminación de servicios Acta de servicio No. 3 del 26 de DICIEMBRE de 2013 y 6) Acta de Cierre de servicios Acta de servicio No. 3 del 14 de FEBRERO de 2014.

En consecuencia, una vez cumplida por FONADE la obligación referida en la modificación No. 4 en la CLAUSULA PRIMERA: MODIFICACIÓN A LA FORMA DE PAGO: Modificar el inciso final, relativos al último pago, de los componentes 1 y 3 de la clausula tercera del contrato de consultoría No. 2130760, en los siguientes terminos:

"(...) FONADE realizará el último pago por proyecto, correspondiente al saldo del diez (10%) del valor de cada Acta de Servicio, de acuerdo con los productos realmente ejecutados y recibidos a satisfacción por la Interventoría y FONADE, se pagará una vez se haya liquidado el Proyecto y previa suscripción del Acta de Recibo Final de los productos a satisfacción por parte de la Interventoría y de FONADE, así como de la aprobación de las garantías correspondientes señaladas"

Observaciones del Consultor: PEYCO COLOMBIA se reserva el derecho a realizar reclamaciones económicas de distinta índole respecto a las mayores cantidades de diseño ejecutadas para el cumplimiento del objeto contractual del acta de servicio No. 3, que en su totalidad corresponden a la suma de NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TRES MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$98.703.144), lo cual será reclamado, toda vez que no se autorizó el pago de estos valores por parte de Interventoría, ni FONADE y que fueron servicios efectivamente prestados; así como la reclamación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la demora en el pago de esas cantidades ejecutadas. PEYCO COLOMBIA se guarda el derecho a acudir ante la jurisdicción para reclamar sobre las inconformidades.

APROBACIÓN Y VISTO BUENO	
	
CONSULTOR: PEYCO COLOMBIA IGNACIO MARTINEZ GONZALEZ PASAPORTE PA37668	INTERVENTORIA: PROYECTOS Y ESTRUCTURAS ESPECIALES S.A EDWIN VARGAS
SUPERVISOR ABIGADO	 GERENTE DE FÁBRICA

**Factura Electrónica De Venta No****PEY No. 22**

RESOLUCION DIAN No. 18763004223311 - FECHA: 2020/02/12 NUMERACION AUTORIZADA DEL 0001 AL 1000 CON EL PREFIJO PEY

PEYCO COLOMBIA**Nit 900462129 8**

IVA Régimen Común No somos Agentes de Retención de IVA

No somos Grandes Contribuyentes

Actividad Económica ICA ACTIV 6900.00 X 1000

CLIENTE	EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL - ENTERRITORIO		
NIT	899999316 1		
DIRECCIÓN	CIUDAD	TELÉFONO	
CL 26 13 19	Bogota D.C.	5940407	
FECHA FACTURA			
16/06/2020	16/06/2020	ACTA DE SERVICIO N° 3 Contrato 2130760 de 2013 de Peyco Colombia con FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO	

Descripción

CUARTO PAGO CORRESPONDIENTE AL 10% CONTRA CIERRE Y RECIBO A SATISFACCIÓN DE ACUERDO CON EL VALOR FINAL DEL ACTA DE RECIBO DEL ACTA DE SERVICIO No. 3 - REALIZAR EL AJUSTE Y ACTUALIZACIÓN A LOS DISEÑOS PARA LA PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA YOPAL- BALCONCITOS (QUE CONDUCE A LA VIRGEN DE MANARE) DEL MUNICIPIO DE YOPAL - DEPARTAMENTO DEL CASANARE

AMORTIZACIÓN ANTICIPO: 0

VALOR TOTAL A PAGAR: \$14.069.522

FAVOR CONSIGNAR EN LA CUENTA CORRIENTE N. 18082307298 A NOMBRE DE PEYCO COLOMBIA

Valor en Letras

CATORCE MILLONES SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIDOS PESOS M/CTE

SUBTOTAL	12.128.898
DESCUENTO	0
IVA	1.940.624
TOTAL DE LA OPERACIÓN	14.069.522

**Representación Gráfica de la Factura de Venta Electrónica**

Fecha y Hora de Generación: 16/06/2020 10:45:39

CL 71 11 71 Teléfono 3004461
Correo Electrónico FACTURACION@SEG-COLOMBIA.COM

**BALANCE ECONOMICO RESUMIDO DE LA EJECUCION DEL PROYECTO
INFORMACIÓN FINANCIERA
ACTA DE SERVICIO DE CONSULTORÍA No. 10B
CUYO OBJETO ES: ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS QUE COMPONEN EL ANILLO TURÍSTICO DEL SUR DEL HUILA. TRAMO 2 - OBANDO - BORDONES - LA LAGUNA, CON UNA LONGITUD APROXIMADA DE 47.80 KM**

CONTRATO DE CONSULTORIA N°	2130760
CONTRATISTA:	PEYCO COLOMBIA

INFORMACIÓN FINANCIERA GENERAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10B	
FECHA DEL ACTA DE SERVICIO No. 10B	20-ago-13
VALOR INICIAL TOTAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10B	\$ 1.184.204.093.00
VALOR FINAL TOTAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10B	\$ 1.276.873.721.00
VALOR FINAL EJECUTADO POR EL CONSULTOR	\$ 1.276.873.721.00
VALOR FACTURADO POR EL CONSULTOR (90%)	\$ 1.149.186.349.00
VALOR EJECUTADO Y NO COBRADO POR EL CONSULTOR (10%)	\$ 127.687.372.00
VALOR TOTAL PENDIENTE POR DESEMBOLSAR	\$ 127.687.372.00
VALOR A PAGAR CONTRA ACTA DE CIERRE DE SERVICIO No. 10B	\$ 127.687.372.00
VALOR A PAGAR CONTRA LIQUIDACION CONTRATO FABRICAS DE CONSULTORIA No. 2130760	\$ 127.687.372.00

DESEMBOLSOS CONSULTORIA	
Acta de Recibo Parcial No 1 (60%) Radicado No. 20144300683652	\$ 766.124.233.00
Acta de Recibo Parcial No 2 (30%) Radicado No. 20164300170162	\$ 383.062.116.00
VALOR DESEMBOLSADO POR FONADE AL CONTRATISTA CORRESPONDIENTE AL PROYECTO: ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS QUE COMPONEN EL ANILLO TURÍSTICO DEL SUR DEL HUILA. TRAMO 2 - OBANDO - BORDONES - LA LAGUNA, CON UNA LONGITUD APROXIMADA DE 47.80 KM*	\$ 1.149.186.349.00
VALOR NO EJECUTADO POR EL CONTRATISTA A REINTEGRAR AL CONVENIO No. 212021	\$ 0.00

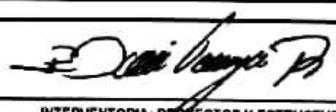
ORIGEN DE LA INFORMACIÓN:

Se ha tomado como soporte para la liquidación del Acta de Servicio No. 10B para la consultoria PEYCO COLOMBIA la información contenida en el 1) Acta de Servicio de Consultoria No. 10B del 20 de AGOSTO de 2013 2) Acta de Modificación 01 del 11 de FEBRERO de 2014, 3) Acta de Modificación 02 del 27 de MAYO de 2014 4) Acta de entrega y recibo final del objeto contractual Acta de servicio No. 10B del 13 de MARZO de 2015, 5) Acta de terminación de servicios Acta de servicio No. 10B del 26 de DICIEMBRE de 2013.

En consecuencia, una vez cumplida por FONADE la obligación referida en la modificación No. 10B en la CLAUSULA PRIMERA: MODIFICACIÓN A LA FORMA DE PAGO: Modificar el inciso final, relativos al ultimo pago, de los componentes 1 y 3 de la clausula tercera del contrato de consultoria No. 2130760, en los siguientes terminos:

"(...) FONADE realizará el último pago por proyecto, correspondiente al saldo del diez (10%) del valor de cada Acta de Servicio, de acuerdo con los productos realmente ejecutados y recibidos a satisfacción por la Interventoria y FONADE, se pagará una vez se haya liquidado el Proyecto y previa suscripción del Acta de Recibo Final de los productos a satisfacción por parte de la Interventoria y de FONADE, así como de la aprobación de las garantías correspondientes señaladas"

Observaciones del Consultor: PEYCO COLOMBIA se reserva el derecho a realizar reclamaciones económicas de distinta índole respecto a las mayores cantidades de diseño ejecutadas para el cumplimiento del objeto contractual del acta de servicio No. 10B, que en su totalidad corresponden a la suma de DOS CIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$217.570.479), lo cual será reclamado, toda vez que no se autorizó el pago de estos valores por parte de Interventoria, ni FONADE y que fueron servicios efectivamente prestados; así como la reclamación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la demora en el pago de esas cantidades ejecutadas. PEYCO COLOMBIA se guarda el derecho a acudir ante la jurisdicción para reclamar sobre las inconformidades.

APROBACIÓN Y VISTO BUENO	
	
CONSULTOR PEYCO COLOMBIA IGNACIO MARTINEZ GONZALEZ PASAPORTE PA137666	INTERVENTORIA: PROYECTOS Y ESTRUCTURAS ESPECIALES S.A EDWIN VARGAS
	
SUPERVISOR ABIQUADO	GERENTE DE FÁBRICA ÁLVARO EDUARDO RUIZ MORALES

**Factura Electrónica De Venta No****PEY No. 23**

RESOLUCION DIAN No. 18763004223311 - FECHA: 2020/02/12 NUMERACION AUTORIZADA DEL 0001 AL 1000 CON EL PREFIJO PEY

PEYCO COLOMBIA**Nit 900462129 8**

IVA Régimen Común No somos Agentes de Retención de IVA

No somos Grandes Contribuyentes

Actividad Económica ICA ACTIV 6900.00 X 1000

CLIENTE	EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL - ENTERRITORIO		
NIT	899999316 1		
DIRECCIÓN	CIUDAD	TELÉFONO	
CL 26 13 19	Bogota D.C.	5940407	
FECHA FACTURA			
16/06/2020	16/06/2020	ACTA DE SERVICIO N° 10B Contrato 2130760 de 2013 de Peyco Colombia con FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO.	

Descripción

CUARTO PAGO CORRESPONDIENTE AL 10% CONTRA CIERRE Y RECIBO A SATISFACCIÓN DE ACUERDO CON EL VALOR FINAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10B - ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS QUE COMPONEN EL ANILLO TURÍSTICO DEL SUR DEL HUILA. TRAMO 2 - OBANDO - BORDONES - LA LAGUNA, CON UNA LONGITUD APROXIMADA DE 47.80KM

AMORTIZACIÓN ANTICIPO: 0

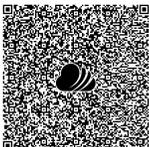
VALOR TOTAL A PAGAR: \$127.687.372

FAVOR CONSIGNAR EN LA CUENTA CORRIENTE N. 18082307298 A NOMBRE DE PEYCO COLOMBIA

Valor en Letras

CIENTO VEINTISIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE

SUBTOTAL	110.075.321
DESCUENTO	0
IVA	17.612.051
TOTAL DE LA OPERACIÓN	127.687.372

**Representación Gráfica de la Factura de Venta Electrónica**

Fecha y Hora de Generación: 16/06/2020 11:08:15

CL 71 11 71 Teléfono 3004461
Correo Electrónico FACTURACION@SEG-COLOMBIA.COM

**BALANCE ECONOMICO RESUMIDO DE LA EJECUCION DEL PROYECTO
INFORMACIÓN FINANCIERA
ACTA DE SERVICIO DE CONSULTORÍA No. 10C
CUYO OBJETO ES: ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS QUE COMPONEN EL ANILLO TURÍSTICO DEL SUR DEL HUILA. TRAMO 3 - BORDONES - MORELIA, CON UNA LONGITUD APROXIMADA DE 12.50 KM**

CONTRATO DE CONSULTORIA N°	2130760
CONTRATISTA	PEYCO COLOMBIA

INFORMACIÓN FINANCIERA GENERAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10C	
FECHA DEL ACTA DE SERVICIO No. 10C	20-ago-13
VALOR INICIAL TOTAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10C	\$ 424,810,313.00
VALOR FINAL TOTAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10C	\$ 412,188,816.00
VALOR FINAL EJECUTADO POR EL CONSULTOR	\$ 412,188,816.00
VALOR FACTURADO POR EL CONSULTOR (90%)	\$ 370,969,935.00
VALOR EJECUTADO Y NO COBRADO POR EL CONSULTOR (10%)	\$ 41,218,881.00
VALOR TOTAL PENDIENTE POR DESEMBOLSAR	\$ 41,218,881.00
VALOR A PAGAR CONTRA ACTA DE CIERRE DE SERVICIO No. 10C	\$ 41,218,881.00
VALOR A PAGAR CONTRA LIQUIDACIÓN CONTRATO FABRICAS DE CONSULTORIA No. 2130760	\$ 41,218,881.00

DESEMBOLSOS CONSULTORIA	
Acta de Recibo Parcial No 1 (30%) Radicado No. 20144300888782	\$ 247,313,290.00
Acta de Recibo Parcial No 2 (30%) Radicado No. 20164300170152	\$ 123,656,645.00
VALOR DESEMBOLSADO POR FONADE AL CONTRATISTA CORRESPONDIENTE AL PROYECTO: "ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS QUE COMPONEN EL ANILLO TURÍSTICO DEL SUR DEL HUILA. TRAMO 3 - BORDONES - MORELIA, CON UNA LONGITUD APROXIMADA DE 12.50 KM"	\$ 370,969,935.00
VALOR NO EJECUTADO POR EL CONTRATISTA A REINTEGRAR AL CONVENIO No. 212021	\$ 0.00

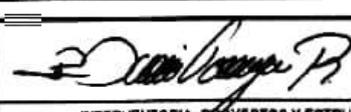
ORIGEN DE LA INFORMACIÓN:

Se ha tomado como soporte para la liquidación del Acta de Servicio No. 10C para la consultoría PEYCO COLOMBIA la información contenida en el 1) Acta de Servicio de Consultoría No. 10C del 20 de AGOSTO de 2013 2) Acta de Modificación 01 del 11 de FEBRERO de 2014, 3) Acta de Modificación 02 del 27 de MAYO de 2014, 4) Acta de Modificación 03 del 26 de JUNIO de 2014, 5) Acta de entrega y recibo final del objeto contractual Acta de servicio No. 10C del 13 de MARZO de 2015, 6) Acta de terminación de servicios Acta de servicio No. 10C del 22 de JULIO de 2014 y 7) Acta de Cierre de servicios Acta de servicio No. 10C del 14 de FEBRERO de 2018.

En consecuencia, una vez cumplida por FONADE la obligación referida en la modificación No. 10C en la CLAUSULA PRIMERA: MODIFICACIÓN A LA FORMA DE PAGO: Modificar el inciso final, relativos al ultimo pago, de los componentes 1 y 3 de la clausula tercera del contrato de consultoría No. 2130760, en los siguientes terminos:

"(...) FONADE realizará el último pago por proyecto, correspondiente al saldo del diez (10%) del valor de cada Acta de Servicio, de acuerdo con los productos realmente ejecutados y recibidos a satisfacción por la Interventoría y FONADE, se pagará una vez se haya liquidado el Proyecto y previa suscripción del Acta de Recibo Final de los productos a satisfacción por parte de la Interventoría y de FONADE, así como de la aprobación de las garantías correspondientes señaladas"

Observaciones del Consultor: PEYCO COLOMBIA se reserva el derecho a realizar reclamaciones económicas de distinta índole respecto a las mayores cantidades de diseño ejecutadas para el cumplimiento del objeto contractual del acta de servicio No. 10C, que en su totalidad corresponden a la suma de CIENTO CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$104.854.547), lo cual será reclamado, toda vez que no se autorizó el pago de estos valores por parte de Interventoría, ni FONADE y que fueron servicios efectivamente prestados; así como la reclamación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la demora en el pago de esas cantidades ejecutadas. PEYCO COLOMBIA se guarda el derecho a acudir ante la jurisdicción para reclamar sobre las inconformidades.

APROBACIÓN Y VISTO BUENO	
 CONSULTOR PEYCO COLOMBIA IGNACIO MARTINEZ GONZALEZ PASAPORTE BF213876	 INTERVENTORIA: PROYECTOS Y ESTRUCTURAS ESPECIALES S.A EDWIN VARGAS
SUPERVISOR ASIGNADO	GERENTE DE FABRICA NUBIA XILENA JARA ORTIZ CC 52.228.350

**Factura Electrónica De Venta No****PEY No. 24**

RESOLUCION DIAN No. 18763004223311 - FECHA: 2020/02/12 NUMERACION AUTORIZADA DEL 0001 AL 1000 CON EL PREFIJO PEY

PEYCO COLOMBIA**Nit 900462129 8**

IVA Régimen Común No somos Agentes de Retención de IVA

No somos Grandes Contribuyentes

Actividad Económica ICA ACTIV 6900.00 X 1000

CLIENTE	EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL - ENTERRITORIO		
NIT	899999316 1		
DIRECCIÓN	CIUDAD	TELÉFONO	
CL 26 13 19	Bogota D.C.	5940407	
FECHA FACTURA			
16/06/2020	16/06/2020	ACTA DE SERVICIO N° 10C Contrato 2130760 de 2013 de Peyco Colombia con FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL – ENTERRITORIO	

Descripción

CUARTO PAGO CORRESPONDIENTE AL 10% CONTRA CIERRE Y RECIBO A SATISFACCIÓN DE ACUERDO CON EL VALOR FINAL DEL ACTA DE SERVICIO No. 10C - ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS QUE COMPONEN EL ANILLO TURÍSTICO DEL SUR DEL HUILA. TRAMO 3 - BORDONES - MORELIA, CON UNA LONGITUD APROXIMADA DE 12.50 KM

AMORTIZACIÓN ANTICIPO: \$10.661.505

VALOR TOTAL A PAGAR: \$41.218.881

FAVOR CONSIGNAR EN LA CUENTA CORRIENTE N. 18082307298 A NOMBRE DE PEYCO COLOMBIA

Valor en Letras

CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE

SUBTOTAL	35.533.518
DESCUENTO	0
IVA	5.685.363
TOTAL DE LA OPERACIÓN	41.218.881

**Representación Gráfica de la Factura de Venta Electrónica**

Fecha y Hora de Generación: 16/06/2020 11:29:49

CL 71 11 71 Teléfono 3004461

Correo Electrónico FACTURACION@SEG-COLOMBIA.COM

Señor (a)
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL
MAGISTRADO DR IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA
E. S. D.

ACCIONANTE: HORACIO HERNANDEZ CASTRO Y OTROS.
ACCIONADO: AXA COLPATRIA, TECNIBAND AND RUBBER LTDA Y OTROS.
RADICADO: 11 001 31 03 035 2018 00348 01

Asunto: RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO QUEJA.

NELSON ANDRES LOSADA SANABRIA identificado con cedula de ciudadanía 1.073.234.451 de Bogotá y tarjeta profesional 277.661 del Consejo Superior de la Judicatura, me permito interponer RECURSO DE REPOSICION EN SUBSIDIO QUEJA CONTRA EL AUTO QUE NEGÓ EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION contra la sentencia de segunda instancia aquí dictada con fecha 11 junio del 2021, por configurarse los requisitos sustanciales y procesales para tal finalidad. contra la decisión de fecha 10 de marzo del 2022 mediante la cual se denegó el recurso extraordinario de casación por las siguientes razones.

HECHOS

Que mediante auto de fecha diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022) el señor Magistrado resolvió:

“PRIMERO. DENEGAR el recurso extraordinario de casación planteado por la parte demandante contra la sentencia proferida por esta Corporación en segunda instancia el 27 de octubre de 2021, dentro del proceso en referencia.”

Que dentro de las consideraciones del auto, el señor Magistrado hace las siguientes afirmaciones:

3. “Atendiendo que la sentencia de segunda instancia confirmó la de primera, se tiene que el agravio a los demandantes son las siguientes condenas negadas en la sentencia:

Perjuicio	Resolución desfavorable
Daño emergente	\$23'992.324
Lucro cesante	\$120'310.960
Daño moral	200 s.m.m.l.v. = 181'705.200
Daño vida de relación	500 s. m. m. l. v. (100 s. m. m. l. v. c/u) = 454'263.000
Total agravio	780'271.484

De manera que, como la resolución desfavorable a la parte recurrente a la parte recurrente equivale sólo a un aproximado de 859 s.m.m.l.v., reflujo palmario que no supera la cuantía para recurrir en casación, al no ser superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 s.m.l.m.v.).

Además de lo anterior, si tal *quantum* alcanzase el monto exigido por la norma, habría que tenerse en cuenta que, al tratarse de un litisconsorcio facultativo por activa y su estudio frente a la concesión de la casación pretendida, “...la cuantía de su interés para proponer el citado medio impugnativo debe ser valorada individualmente y no en forma conjunta”, lo que conllevaría a un valor muy inferior al arriba mencionado.”

Manifestación que desconoce este togado en que se basa el alto tribunal, toda vez que dentro de las pretensiones de la demanda bajo el título de **JURAMENTO ESTIMATORIO** se lee las siguientes pretensiones:

"JURAMENTO ESTIMATORIO

Conforme al artículo 206 del CGP, bajo la gravedad del juramento, los estimo así:

PERJUICIOS MATERIALES

Daño emergente

Respecto del primer componente del daño material, es decir del **DAÑO EMERGENTE**, legalmente está definido por el Código Civil como "el perjuicio a la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o haberse cumplido la obligación o haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento" (art 1604 C.C.) pero, también puede definirse como la situación en la cual un bien económico, tal como el dinero salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

Cuando el daño recae sobre la persona, pueden platearse dos eventos fallecimiento o lesiones. En el primer caso, el daño emergente comprende gastos funerarios y en el segundo, aquellos requeridos para el restablecimiento de la salud de la persona, en ambos casos, aquellos gastos requeridos para la consecución de documentos, transportes y cualquier otro derivado para la atención de la tragedia.

- Gastos de transportes, viáticos, manutención para la atención del fallecimiento que se calculan en la suma de \$7.576.000.
- Honorarios abogados conforme a constancia expedida (RECIBOS) por el bufete de abogado OCH CONSULTORES JURIDICOS E INMOBILIARIOS por valor de \$6.000.000.
- Gastos de transportes, papelería autenticaciones notariales, asistencias a las fiscalías y entidades encargadas de emitir nuestros fundamentos probatorios, se calculan en \$1.424.000.
- La Suma de \$ 8.992.324 M/CTE. o lo que resulte probado por concepto de pago de los servicios del profesional en salud mental.

Perjuicios Morales o Extramatrimoniales

DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES O EXTRAPATRIMONIALES. Dentro de este segundo grupo de perjuicios, encontrándonos los llamados **DAÑO MORAL** y **EL PERJUICIO O DAÑO FISIOLÓGICO**, el primero de ellos será abordado en esta reclamación, habida cuenta del dolor, aflicción, congoja y perturbación emocional sufrida por los familiares, con el fallecimiento de **MARIA FRANCELINA DAZA MERCHAN**

Sobre esta clase de perjuicios, por ser ellos de creación y desarrollo jurisprudencial, se considera pertinente hacer los siguientes señalamientos: En relación con el concepto de daño o perjuicio moral, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva a él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales. A su vez el Consejo de Estado, que no en pocas ocasiones se ha ocupado de estudiar esa clase de perjuicios, ha señalado sobre los mismos y refiriéndose a la doctrina creada sobre el asunto.

"A propósito de los daños morales, la doctrina ha considerado que estos son "esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona, que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio

de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria". No obstante, la Sala ha adoptado un criterio más amplio, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, (...)"

El perjuicio moral en estricto sentido no debe probarse, si no que se presume su existencia, esto es, el afligimiento de la persona, como consecuencia de las situaciones que se alegan de manera general como hechos constitutivos de responsabilidad: en ese orden de ideas, entratándose de daño moral, "para que haya lugar a la reparación del perjuicio basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional."

En el caso concreto, debe presumirse, la existencia de un daño moral susceptible de reparación, a favor del cónyuge e hijas del occiso como consecuencia del sufrimiento grave que se padece por la muerte de un ser querido."

En el mismo sentido, señalado precisamente un ejemplo coincidente con la naturaleza de los hechos en los cuales se funda la presente reclamación, la Corte suprema de justicia, señaló:

"La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivizados. El hijo de un hombre que muere experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, psíquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado afflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecencialmente su patrimonio material." (G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLIII, 142, entre otras)

Respecto de la tasación de los perjuicios morales, es preciso traer a colación la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se ha señalado lo siguiente:

"En relación con los perjuicios morales subjetivos, se ha dicho que no son cuantificables pecuniariamente; y por ende, escapan a la regulación por peritos en consecuencia, será el juez quien haga uso de la facultad discrecional prevista en el Código Penal, siempre y cuando se acredite que el perjuicio realmente existió y que solo reste cuantificar racionalmente su valor, dentro de los límites legales."

No existe entonces un mecanismo para fijar de manera objetiva los perjuicios morales, toda vez que el artículo 97 señala que el juez podrá establecer como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta 1000 S.M.M.L.V esta norma indica además, que la tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, pero ello debe entenderse siempre y cuando este acreditado dicho daño moral, porque la labor consistirá únicamente en cuantificar el daño demostrado."

En consecuencia, sobre PERJUICIOS INMATERIALES O EXTRAPATRIMONIALES, correspondientes al DAÑO MORAL, que se han indicado en esta reclamación, debe tenerse presente, que aun cuando no son cuantificables pecuniariamente, su resarcimiento se intenta de manera económica y teniendo en cuenta que en procesos judiciales la tasación finalmente correspondería al señor juez, siempre en concordancia con lo pedido por las partes interesadas, nos permitimos tasarlos en la liquidación que más adelante se incorpora, teniendo en cuenta la relevancia de los hecho enumerados en la presente conciliación, que como se sabe se encuentran envueltos por la muerte de **MARIA FRANCELINA DAZA MERCHAN.**

Los daños morales afectan aspectos sentimentales, afectivos, emocionales, como el dolor, la angustia, el sufrimiento que con el hecho dañoso se ocasiona. Los daños morales se clasifican en objetivos y subjetivos entendidos los primeros como los resultantes de repercusiones económicas derivados de

las depresiones emocionales, angustias y trastornos que se sufren como consecuencia del hecho dañoso; los segundos son el pretium doloris o precio del dolor.

Desde el fatídico día de la muerte de **MARIA FRANCELINA DAZA MERCHAN** su familia ha estado inconsolable, con dolor profundo, sus vidas han estado en vuelco total. Sus padres y hermano han caído en depresión, no les asiste ánimo para vivir, ya que no realizan aquellas actividades a que estaban acostumbrados, y esto también ha sumado un mayor impacto psicológico en los demás miembros de la familia.

Los daños morales se cuantificaran conforme a lo que establece el art 97 del Código Penal Colombiano vigente para la época de los hechos ya que los mismos se derivan de una conducta delictiva como lo es el homicidio del menor que los tasare de la siguiente forma, **DOSCIENTOS (200) S.M.M.L.V. para su esposo el señor HORACIO HERNANDEZ CASTRO, y al igual para cada uno de sus hijos DEISY CAROLINA HERNANDEZ DAZA, LADY JOHANNA HERNANDEZ DAZA, ANDREA MARCELA GAMBA DAZA , Y JENNY LORENA HERNANDEZ DAZA**, teniendo en cuenta la grave afectación sociológica que han sufrido su esposo e hijos, quienes ha quedado desamparados, no solo desde el punto de vista material, si no también afectiva y sociológicamente y el inmenso dolor que aqueja el diario vivir de mis representados, debe ser indemnizado.

AFECTADO POR DAÑO MORAL	PARENTESCO
HORACIO HERNANDEZ CASTRO	CONYUGE
DEISY CAROLINA HERNANDEZ DAZA	HIJA
LADY JOHANNA HERNANDEZ DAZA	HIJA
ANDREA MARCELA GAMBA DAZA	HIJA
JENNY LORENA HERNANDEZ DAZA	HIJA

DAÑOS MORALES a favor de **HORACIO HERNANDEZ CASTRO** (compañero de la occisa). La suma de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES (\$156.248.400) M/CTE. Acorde con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, para la tasación de perjuicios morales.

DAÑOS MORALES a favor de **DEISY CAROLINA HERNANDEZ DAZA** (Hija de la occisa). La suma de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES (\$156.248.400) M/CTE M/CTE, acorde con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema, para la tasación de perjuicios morales.

DAÑOS MORALES a favor de **LADY JOHANNA HERNANDEZ DAZA** (Hija de la occisa). La suma de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES (\$156.248.400) M/CTE M/CTE, acorde con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema, para la tasación de perjuicios morales.

DAÑOS MORALES a favor de **ANDREA MARCELA GAMBA DAZA** (Hija de la occisa). La suma de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES (\$156.248.400) M/CTE M/CTE, acorde con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema, para la tasación de perjuicios morales.

DAÑOS MORALES a favor de **JENNY LORENA HERNANDEZ DAZA** (Hija de la occisa). La suma de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES (\$156.248.400) M/CTE M/CTE, acorde con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema, para la tasación de perjuicios morales.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION

El daño a la vida de relación, es de naturaleza moral, pero tienen una entidad jurídica propia y por ende no pueden confundirse con otra clase de agravios, que posean alcance y contenido disímil, ni subsumirse en ellos.

La jurisprudencia administrativa, viene empleando la dicción "DAÑO A LA VIDA DE RELACION" entendiéndolo que este no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que en razón de aquella, se producen en la vida de relación del afectado, de tal modo que se modifica el comportamiento social de este, o se altera de manera significativa sus posibilidades vitales y se impone su protección, en los casos en que resulte cabalmente acreditado. "Ha sostenido la jurisprudencia colombiana, que el desmedro a la integridad, susceptible de proyectarse en quebrantamientos a la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto, tienen lugar a la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido"

Son aquellos perjuicios irrogados, físicos y fisiológicos que afectan verbi gracia, el rostro, a locomoción, la estética, el funcionamiento del cuerpo humano, para el caso su cónyuge **HORACIO HERNANDEZ CASTRO**, no han podido asumir la muerte de su esposa, con graves repercusiones psicológicas que les afectan de manera ostensible la capacidad laboral, y un vacío familiar, lo que conlleva a trastornos del comportamiento y en algunos casos de agresividad. Los hijos ya no desarrollan aquellas actividades que desarrollaban, antes del fallecimiento de su madre, que les permitían integrarse de una manera adecuada y fácil en familia y en sociedad, y que no poderlo hacer genera angustia, amargura, dolor, frustración y consecuentemente, profunda depresión. Incluso han tenido que acudir a tratamiento psicológico.

Las perturbaciones psicológicas que sufren los familiares de **MARIA FRANCELINA DAZA MERCHAN** que comportan alteración en sus condiciones de vida, es una situación que permite buscar su reparación integral del perjuicio irrogado.

POR DAÑO A LA VIDA DE RELACION

A favor de **HORACIO HERNANDEZ CASTRO** en su calidad de cónyuge de la occisa. El equivalente a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes a la fecha del deceso es decir la suma de **SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS (\$78.124.200). M/ CTE.**

A favor de **DEISY CAROLINA HERNANDEZ DAZA** en su calidad de hija de la occisa. El equivalente a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes a la fecha del deceso es decir la suma de **SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS (\$78.124.200). M/ CTE.**

A favor de **LADY JOHANNA HERNANDEZ DAZA** en su calidad de hija de la occisa. El equivalente a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes a la fecha del deceso es decir la suma de **SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS (\$78.124.200). M/ CTE.**

A favor de **ANDREA MARCELA GAMBA DAZA** en su calidad de hija de la occisa. El equivalente a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes a la fecha del deceso es decir la suma de **SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS (\$78.124.200). M/ CTE.**

A favor de **JENNY LORENA HERNANDEZ DAZA** en su calidad de hija de la occisa. El equivalente a cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes a la fecha del deceso es decir la suma de **SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS (\$78.124.200). M/ CTE.**

DATOS BASICOS PARA LA ESTIMACION RAZONADA DE PERJUICIOS

BENEFICIARIO	CALIDAD	CONCEPTO	VALOR
HORACIO HERNANDEZ CASTRO	CONYUGE	DAÑO MORAL SUBJETIVO	\$156.248.000
		DAÑO VIDA DE RELACION	\$78.124.000
DEISY CAROLINA HERNANDEZ DAZA	HIJA	DAÑO MORAL SUBJETIVO	\$156.248.000
		DAÑO VIDA DE RELACION	\$78.124.000

BENEFICIARIO	CALIDAD	CONCEPTO	VALOR
LADY JOHANNA HERNANDEZ DAZA	HIJA	DAÑO MORAL SUBJETIVO	\$156.248.000
		DAÑO VIDA DE RELACION	\$78.124.000
ANDREA MARCELA GAMBA DAZA	HIJA	DAÑO MORAL SUBJETIVO	\$156.248.000
		DAÑO VIDA DE RELACION	\$78.124.000

BENEFICIARIO	CALIDAD	CONCEPTO	VALOR
ANDREA MARCELA GAMBA DAZA	HIJA	DAÑO MORAL SUBJETIVO	\$156.248.000
		DAÑO VIDA DE RELACION	\$78.124.000

LUCRO CESANTE

MARIA FRANCELINA DAZA MERCHAN (Q.E.P.D) para el momento de los hechos contaba con 60 años siendo una persona adulta, que gozaba de buena salud y en su máxima capacidad de producción, lo que le auguraba una supervivencia amplia, con base en la tabla de la Superintendencia Financiera de Colombia. Resolución 0110 de Enero 22 de 2014 como expectativa de vida, con un sueldo de 1 smmlv, se tiene como resultado la suma de ciento veinte millones trescientos diez mil novecientos sesenta pesos mcte. (\$120.310.960)

CUANTIA Y COMPETENCIA

La presenta acción tiene una cuantía aproximada de \$2.100.000.000 conforme a las pretensiones antes relacionadas, y es usted competente señor Juez por razón de ella, y además, por el lugar del accidente que es la ciudad de Bogotá.

El señor Magistrado hace una valoración errónea del daño al tasar el daño moral en solo 200 salarios mínimos mensuales, pero aun mas los valores descritos en el cuadro liquidatorio de las consideraciones, no tiene base dentro del proceso en comento, ya que dentro del plenario no hay evidencia de que el Juez de primera instancia efectuara la liquidación del posible monto en sentencia de segunda instancia que confirmó la de primera, donde se tiene que el agravio a los demandantes son las siguientes condenas negadas y que son expuestas en las consideraciones arriba copiadas.

INTERES PARA RECURRIR EN CASACIÓN.

El interés para recurrir en casación, ha explicado con claridad la Corte Suprema de Justicia, refiere a la estimación cuantitativa de la resolución desfavorable al momento de proferirse la sentencia objeto de la impugnación extraordinaria, la cual para los eventos gobernados por las disposiciones del C.G.P. debe ser igual o mayor a (1000 SMLMV), cuando las pretensiones son esencialmente económicas, de conformidad con el tenor de la preceptiva 338.

Sobre el concepto en comento tiene dicho esa misma Corporación, que aquel *"esta supeditado a la tasación económica de la relación jurídica sustancial que se conceda o niegue en la sentencia, (...) a la cuantía de la afectación o desventaja patrimonial que sufre el recurrente con la resolución que le resulta desfavorable, evaluación que debe efectuarse para el día del fallo"* (AC6011-2015, REITERADO EN ac7638-2016 RAD 2012 290 – 01).

Lo anterior supone, que cuando sea necesario establecer el monto que configura el interés, este se determinara a partir del agravio o perjuicio que al recurrente le ocasiona la decisión impugnada en el contexto de la causa litigiosa, analizado el específico asunto, en su genuina dimensión.

También es de suma importancia recordar, que el interés económico para poder recurrir en casación debe determinarse a la fecha de emitirse la sentencia que provoca la afectación, pues la actualidad en la generación del perjuicio representa uno de los ingredientes determinantes de la viabilidad del indicado medio de impugnación, coetaneidad predicable de la fecha de la sentencia, pues es en ese momento cuando se estructura el menoscabo patrimonial para el recurrente.

DEL JUSTIPRECIO

El artículo 339 del C.G.P. regulatorio del justiprecio del interés para recurrir y la concesión del recurso señala que cuando para la procedencia del mismo sea necesario fijar el interés económico afectado con la decisión, *"su cuantía deberá establecerse con los elementos de juicio que obren en el expediente"*.

Es muy importante tener en cuenta que la valoración del justiprecio habrá de hacerse con los elementos habidos en el proceso, no se admiten elementos externos, exógenos, o apreciaciones propias del juzgador.

En conclusión, se puede decir que la tasación que se hace en la providencia de fecha 10 de marzo del 2022 no obedece a los elementos pedidos en el escrito genitor, si no que por el contrario obedece a una liquidación hecha con elementos propios del Honorable Despacho del Tribunal, sin tener en

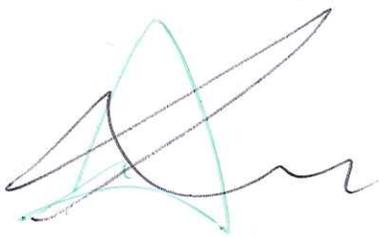
cuenta nuestra diamantina liquidación la cual supera con creces los 1000 salarios mínimos legales vigentes.

También es importante destacar que la liquidación actualizada no se realizó en el escrito si no que obedece a una suma totalmente anterior a la emisión del fallo desconociendo totalmente el interés para recurrir en casación.

SOLICITUD

1. Reponer el auto por medio del cual se denegó el recurso extraordinario de casación y en su defecto conceder el recurso de queja solicitado, toda vez que las consideraciones que hoy toma el alto magistrado no tiene relación procesal con el proceso que hoy se ventila.

Del Señor Juez de la Republica,



NELSON ANDRES LOSADA SANABRIA
C.C. No. 1.073.234.451 de Mosquera.
T.P. No. 277.661 del C.S de la J.
Nelsonjudicial22@hotmail.com
notificacionesjuridicasoch@hotmail.com



AISQUEL M^a REDONDO PEÑARANDA

ABOGADA

*Especializada en Derecho Procesal
Universidad Libre Bogotá. D.C.*

Doctora

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

HONORABLE MAGISTRADA

SALA CIVIL

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.D.C.

E.S.D.

RADICADO : 2020 - 121 (Juzgado Cuarto (4°) Civil Circuito - Bogotá.D.C.)
DEMANDANTE : SIMON BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMA
ACCION : DEMANDA VERBAL REINVIDICATORIA DEL DERECHO DE DOMINIO
DEMANDADO : SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA
ACTO : SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN
EN SEGUNDA INSTANCIA FRENTE A SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cordial Saludo Honorable Magistrada:

AISQUEL MARIA REDONDO PEÑARANDA, ciudadana en ejercicio, domiciliada y domiciliada en Bogotá.D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 40.924.675 de Bogotá, de profesión abogada titulada e inscrita, con registro profesional número 121.364 expedido por Honorable Consejo Superior de la Judicatura (C.S.J.), actuando acorde a poder especial conferido por la ciudadana, **SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA**, persona mayor de edad, hábil legalmente, domiciliada y domiciliada en la ciudad de Bogotá.D.C, e identificada con la cédula de ciudadanía número, 25.587.604, expedida en el Municipio de Patía el Bordo - Cauca, respecto de lo ordenado en el auto de

A I S Q U E L R E D O N D O P E Ñ A R A N D A
A B O G A D A
CARRERA 10 No.14-56. OFICINA 301-Edificio "El Pilar" B O G O T A . D . C .
T E L E F A X . 3 5 2 1 8 1 9 . C e l . 3 1 8 - 7 0 8 7 8 6 5
e-mail. Aisquel72@yahoo.es.

fecha, marzo 3 del año 2022, mediante el cual se ADMITE, el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia que profirió el JUZGADO CUARTO (4°) CIVIL DEL CIRCUITO de la ciudad de Bogotá.D.C, el día 7 de julio del año 2021 dentro del curso de la acción de la referencia. En efecto de lo allí expuesto y dentro del término de ley previsto en el inciso tercero (3°) del artículo 14 del Decreto legislativo 806 del año 2020, en concordancia con lo ordenado en el artículo 328 y concordantes del código general del proceso (C.G.P.), con el debido respeto, acudo ante su judicatura a fin de **SUSTENTAR**, el **RECURSO DE APELACIÓN**, el mismo impetrado contra la indicada sentencia judicial, este acorde a las convenciones que luego me permito exponer, a saber:

I.). CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO, MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

a.). Fundamentos de Hecho:

1.). Que como es de conocimiento, la ciudadana SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA, a finales del mes de octubre del año 2020, fue notificada por la parte de mandante respecto del curso de la acción reivindicatoria de dominio por parte del extremo demandante, señor SIMON BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMA, este respecto de la porcentualidad del cincuenta por ciento (50%), del bien inmueble ubicado en la Calle 35 B Sur No. 96B-54, de la ciudad de Bogotá.D.C., e identificado con la matrícula inmobiliaria número, 050-0774762, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona sur de este Distrito Capital, y cédula catastral número, 35BS96B5, este a nombre del antes citado.

2.). Que la demanda en mención fue admitida mediante auto de fecha, septiembre 14 del año 2020 en su curso legal, y fue notificada a la extremo demandada.

3.). Que la extremo demandada se opuso al curso de la citada acción e interpuso excepciones de merito, respecto de las cuales se recorrió el traslado respectivo dentro del término de ley.

4.). Que el despacho en la calificación y pronunciamiento de los medios de pruebas allegados y de los que solicito su aducción, y negó los relativos a :

“...V.). PRACTICA DE MEDIOS DE PRUEBA

2.). Practica de Diligencias Testimoniales:

AISQUEL REDONDO PEÑARANDA
A B O G A D A
CARRERA 10 No. 14-56. OFICINA 301-Edificio "El Pilar" B O G O T A . D . C .
T E L E F A X . 3 5 2 1 8 1 9 . C e L 3 1 8 - 7 0 8 7 8 6 5
e - mail . Aisquel72@yahoo.es.

Solicito al despacho, se digne fijar fecha y hora a fin de recepcionar las diligencias testimoniales de los ciudadanos que luego me permito reseñar:

Solicito al despacho, se decreten y recepción en los testimonios de los ciudadanos que luego se enuncian:

a.). Señor, ANGEL MARIA CRUZ RODRIGUEZ, quien puede ser citado a la siguiente dirección: Calle: 104 C N°47 -06 , cel. 320 - 2871528, en Bogotá.D.C.

b.). Señor, MARCO FIDEL PARRA MUÑOZ, quien puede ser citado a la siguiente dirección: Calle 167 D N° 7 - 36 , en Bogotá.D.C, CEL. 312 - 8245617.

c.). Señorita, GISELL BUESAQUILLO MUÑOZ, quien puede ser citada a la siguiente dirección: Calle 35 B Sur No. 96B- 54, Piso segundo (2) en Bogotá.D.C. cel. 318 - 5409177.

Los ciudadanos antes citados, para que declaren sobre las excepciones realizadas a la demanda de la referencia y frente a los hechos en la que esta se basa. Medios de prueba que son conducentes, útiles y pertinentes para el curso de la acción de la referencia, toda vez que son personas que conocen directamente a las partes allí contendientes judiciales y de igual forma de la posesión y mejoras que la extrema accionada ha desarrollado respecto del bien inmueble pretendido en la acción reivindicatoria de la referencia; cumpliéndose así con los postulados del artículo 212 del código general del proceso (C.G.P.) y normas concordantes.

3.)*Inspección Judicial:*

Solicito a su despacho se sirva decretar la inspección judicial al inmueble del que se pretende su restitución, ello para que se determinen los actos de posesión material, uso y goce pacíficos e ininterrumpidos efectivos realizados por la extremo accionada, sobre el indicado bien y se ampare el derecho de posesión legal tal como se expuso en el curso de la presente contestación de la demanda.

La diligencia de inspección judicial a efectuarse al predio urbano antes citado y pretendido en reivindicación parcial por parte del extremo accionado, es conducente, pertinente y útil, para el curso de la acción de la referencia, en especial para negar los hechos y pretensiones de la demanda, toda vez, que permitirá, saber, que persona a la fecha tiene

la posesión material de referido bien inmueble, en este caso mi asistida, de igual forma, se verificarán las mejoras locativas y obras realizadas al inmueble, valor económico de estas, entre otros eventos

5.). Oficios:

Solicito al despacho librar las comunicaciones de rigor ante los despachos judiciales que adelante se enuncian ello a fin informen o certifiquen el estado actual de las demandas que luego se relaciona y de conocimiento a la fecha de las mismas:

a.). JUZGADO TREINTA Y DOS (32) CIVIL DEL CIRCUITO de este Distrito Capital, Radicado No. 2019 – 484, acción verbal de pertenencia, siendo demandante, SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA y demandado el señor SIMON BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMA.

b.). JUZGADO SETENTA Y UNO (71) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ.D.C. Radicado No. 2014 – 232, acción de rendición de cuentas, siendo Demandante, SIMON BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMA y accionada la señora SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA”

Las resultados de lo peticionado en las citadas comunicaciones, libradas ante los indicados despachos judiciales, permitirán a su judicatura, tener claridad respecto del objeto de las citadas acciones judiciales las cuales tienen relación con el curso de la demanda de la referencia, ello por versar sobre aspectos del mismo bien inmueble allí relacionado.

Aunado a lo se tiene que los declarantes relacionados no fueron escuchados por la Primera Instancia, por razones que el despacho no explico en forma concreta, pues a los mismos les consta los actos de posesión efectiva real y material que la demandada realizo sobre la porcentualidad del bien inmueble antes citado y su dicho es importante para el curso de la acción de la referencia.

Ahora en lo tocante a la práctica de la inspección judicial allí solicitada por la parte demandada respecto de la fracción del bien inmueble antes citado, el despacho de Primera Instancia, negó la evacuación de la misma, sin exponer debidamente esa negativa, al parecer porque la suscrita y la extremo accionada, no conciliamos con la parte demandante ese acto procesal.

Aunado a lo anterior, respecto de librar los oficios ante los despachos judiciales allí citados, el despacho negó librar las citadas comunicaciones, ello porque era la parte demandada quien tenía que hacerlo y esa autoridad judicial, evento que se contrapone a lo ordenado en el artículo 174 del código general del proceso (C.G.P.), en

armonía con lo previsto en el canon 209 Constitucional, pues es deber que las autoridades de la Republica que actúen coordinadamente en sus actuaciones judiciales y administrativas, principio que no fue acatado por el despacho a-quo en la citada providencia.

b.). Motivos de Inconformidad:

1.). El despacho en la sentencia de Primera Instancia aquí objeto de censura, expone que las excepciones propuestas por la demandada, son insuficientes para enervar las pretensiones de la demanda, evento que la suscrita apoderada judicial sustento en debida forma, y además las soporto con documentos, los cuales no fueron objeto de estudio por parte de del despacho a-quo, sino que solo se contrajo a observar lo expuesto por parte demandante.

2.). El despacho a-quo, no valoro en debida forma que mi asistida tenia posesión material de la citada porcentualidad del indicado bien inmueble desde inicios de enero de año 2004 a la fecha, evento que está debidamente soportado documentalmente, sino que se contrajo a partir del año 2019, cuando se emitió el fallo de liquidación de la sociedad de bienes de la unión marital habida entre los señores demandante y demandada.

3.). El despacho a-quo, también no tuvo en cuenta la evidencia documental allegada al plenario con la cual la extremo accionada, presento las mejoras habidas respecto de la porcentualidad del citado bien inmueble y que el demandante a la fecha no ha reconocido ni pagado a la allí demandada.

4.). Que si bien el demandante ingreso alguna vez al inmueble del que se pretende su reivindicación, a celebrar el grado de estudios superiores de una de una de las hijas habidas con la demandante, ello no comporta que la extremo demandada haya entregado la posesión de dicho inmueble al extremo accionante, de hecho no hay acto alguno que evidencie ese acontecer, evento que el despacho a-quo no valoro ni tuvo en cuenta.

5.). El despacho a-quo, también no tuvo en cuenta que el extremo demandante al momento de presentar el curso de la acción de la referencia esta ya estaba prescrita, porque así lo ordena el artículo 976 del código civil (C.C.), pues así se expresó en los alegatos de conclusión y se adjuntó al mismo plenario copia de la diligencia de inspección ocular, efectuada al citado bien inmueble el día 20 de abril del año 2017, esta efectuada por el despacho del señor Inspector octavo (8) de Policía de Kennedy de este Distrito Capital donde se negó el referido amparo a la posesión por ser extemporáneo, decisión

que el despacho de Primera Instancia, no valoro si no que desconoció en el curso de la referida audiencia afectando de pleno los derechos mi asistida respecto de la posesión del citado bien inmueble que le asiste allí a la prenombrada.

6.). El despacho a-quo, tampoco valoro que la extremo accionada, fue objeto actos de violencia intrafamiliar por parte del citado demandante, cuyos derechos fueron amparados por la Comisaria Octava (8) de Familia de Kennedy, ello según acto de fecha, abril 23 del año 2004, decisión que a la fecha sigue vigente, y en razón del anterior hecho de violencia domestica el señor demandante, abandono el hogar común hasta la fecha, situación que el despacho tampoco valoro debidamente, ni tuvo en cuenta en favor de esta, la garantía constitucional de amparo de la mujer prevista en el canon 42 superior.

II.). **PETICIONES**

Con fundamento en lo brevemente expuesto en precedencia, solicito al despacho se sirva efectuar los siguientes pronunciamientos:

PRIMERA: Sírvase **REVOCAR** en todas su partes la sentencia judicial aquí objeto de censura, y en su lugar conceder la prosperidad de las excepciones en favor de la demandada, señora SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA, así mismo se tengan en cuenta los eventos jurídicos relativos a la prescripción y caducidad del curso de la acción judicial de la referencia.

Segunda: Solicito a su Judicatura que para fundamentar el objeto de la anterior solicitud, se digne ordenar la práctica de los medios de prueba antes reseñados y dejados de practicar por el despacho de Primera Instancia, para lo cual se servirá fijar fecha y hora para la práctica de las citadas evidencias probatorias.

III.). **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se erige la presente intervención acorde a los previsto en los artículos, artículos, inciso tercero (3º) del artículo 14 del Decreto legislativo 806 del año 2020, en concordancia con lo ordenado en el artículo 328 y concordantes del código general del proceso (C.G.P.), y arts, 320,321, ibídem, y normatividad concordante, estos en sujeción a lo previsto en los cánones superiores, 2,29, 209, 228, 229 y 230 asó como concordantes.

IV.). **DOCUMENTALES**

A I S Q U E L R E D O N D O P E Ñ A R A N D A
A B O G A D A
CARRERA 10 No.14-56. OFICINA 301-Edificio "El Pilar" B O G O T A. D. C.
T E L E F A X. 3 5 2 1 8 1 9 . C e l 3 1 8 - 7 0 8 7 8 6 5
e-mail. Aisquel72@yahoo.es.

Para su conocimiento me permito allegar los documentos que luego me permito relacionar:

1.). Copia del oficio No. R.U.G.803030-4, de fecha, abril 23 del año 2004, emitido por la Comisaria Octava (8) de Familia de Kennedy, en Bogotá.D.C., dirigido al Comandante de la Estación de Policía de Kennedy, para que protegieran los derechos de la extremo accionada señora SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA respecto de los hechos de violencia desplegados contra esta por parte del demandante, SIMON BOLIVAR BUESAQWUILLO VIRAM.A.

2.). Copias de la sentencia de fecha, marzo 6 del año 2018, proferida por el JUZGADO 25 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ.D.C., negando las pretensiones de la demanda de rendición de cuentas, ipetrada por el extremo demandante frente a la aquí accionada, dentro del radicado 2014-332.

3.). Copia de la decisión de segunda Instancia, de fecha, marzo 6 del año 2019, emitida por el Juzgado Treinta (30) civil del circuito de Bogotá, dentro del radicado No. 2014-332, mediante el cual se confirmó el fallo de Primera Instancia.

De la Honorable Magistrada con el debido respeto,



AIQUEL MARIA REDONDO PEÑARANDA
C.C.40.924.675 de Rionhacha - (Guajira)
T.P. 121.364 del C.S.J.



DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO
DE BIENESTAR SOCIAL



COMISARÍA OCTAVA DE FAMILIA
Cra 74 No 42 j - 52 Lago Tiniza

Bogotá D.C., Abril 23 de 2004

Señores
COMANDANTE DE POLICIA
CAI ZONA RESPECTIVA
Ciudad

OFICIO No. R.U.G: 803030-04

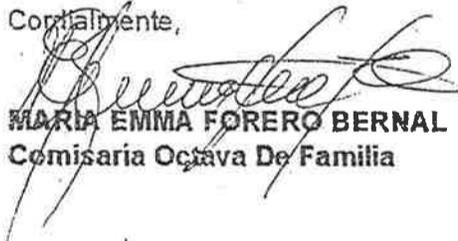
Comendidamente solicito a usted se sirva prestar apoyo y protección policiva de conformidad con el artículo 32 del Código Nacional de Policía a la señora **SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA**, identificada con cedula de ciudadanía No.25.587.604 de Bogotá, quien reside en la Calle 35 B No.96 B: 54 Sur Barrio Patio Bonito; ya que según lo manifestado es agredida, física, verbal y psicológicamente por el señor **SIMON BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMAY**.

Sírvase conminar al señor **SIMON BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMAY**, de abstenerse de agredir y/o amenazar de cualquier manera a la señora antes mencionada, y a protagonizar escándalos o hechos de violencia en el lugar de residencia.

Sírvanse informar sobre consecuencias de Ley 575 Violencia Intrafamiliar.

Agradecemos de antemano su gentil colaboración.

Cordialmente,


MARIA EMMA FORERO BERNAL
Comisaría Octava De Familia

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO, BOGOTÁ, D.C.
CARRERA 10ª NO. 14-33 PISO 2 EDIFICIO HERNANDO MORALES MOLINA

Grupo/ Clase De Proceso

**APELACION DE SENTENCIA
VERBAL**

DEMANDANTE(S)

SIMON BOLIVAR BEUSAQUILLO VIRAMA

Nombre(S) 1er Apellidos 2º Apellidos CC. NIT. 16.612.274

Notificación: Tel:

APODERADO

LUZ RENE PICO

Nombre(S) 1er Apellido(s) 2º Apellidos CC. 79.355.377 / T.P. 97.078

Dirección Notificación: Tel:

DEMANDADO(S)

SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA

Nombre(S) 1er Apellido(s) 2º Apellido(s) CC. NIT: 25.587.604

Dirección Notificación: Tel:

FECHA DE RADICACIÓN: 25 DE JUNIO DE 2018

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN:

11001400302520140033203

TOMO: III

FOLIO: 385

CUADERNO No. 4



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Carrera 10° No. 14-33 Piso 2 Edificio Hernando Morales Molina
ccto30bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tel. 3426940

46497 21-JUN-18 11:58

Bogotá D.C., 20 de junio de 2018

Oficio No. 1797

Señores
OFICINA JUDICIAL -REPARTO-
Ciudad

REF: APELACIÓN - VERBAL DE RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS No. 11001400302520140033202 de SIMÓN BOLIVAR BEUSAQUILLO VIRAMA C.C. 16.612.271 contra ZORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑOGA C.C. 25.587.604

Por medio del presente me permito comunicarle que mediante auto de fecha ocho (8) de junio de dos mil dieciocho, se dispuso remitir a esa dependencia el proceso de la referencia, para que se sirva asignarlo a esta oficina como una nueva apelación, como quiera que ya se resolvió la apelación del auto de fecha 6 de marzo de 2018 respecto a los planteamiento de la nulidad presentado por el extremo demandante quedando pendiente por resolver la apelación a la sentencia.

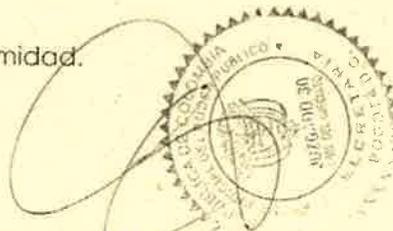
Por lo anterior, se debe asignar ahora como una **apelación de sentencia** a efectos de rendir la estadística.

Se remite el proceso original en tres (3) cuadernos relacionados así: cuaderno **No. 1** del folio 1 al 388, cuaderno **1 A** del folio 389 al 821 y cuaderno **No. 3** con 15 folios y copia de la decisión de la apelación del auto y del folio 15 en ocho (8) folios.

Si el presente oficio presenta enmendaduras, tachaduras y/o adición carece de validez.

Sírvase proceder de conformidad.

Cordialmente,



IBETH YADIRA MORALES DAZA
Secretaria

20



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS
JURISDICCIONALES
PARA LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA



2

Fecha : 22/jun/2018

Asignacion por conocimiento previo.

Página 1

030

GRUPO

APELACIONES DE SENTENCIA

23234

SECUENCIA: 23234

FECHA DE REPARTO: 22/06/2018 03:06:07p.m.

REPARTIDO AL DESPACHO:

JUZGADO 30 CIVIL CIRCUITO

<u>IDENTIFICACION:</u>	<u>NOMBRE:</u>	<u>APELLIDO:</u>	<u>PARTE:</u>
16612271	SIMON BOLIVAR BEUSQUILLO VIRAMA		01
RAD 40497-18	OFIC 1797 PROC 2014-332 JUZ. 30 C. CTO		01
79355377	LUIS RENE PICO	PICO	03

T-3
FL-305
P 14/332

SERVACIONES:

BOGSECSADMPEREZ

FUNCIONARIO DE REPARTO

mperezd

BOGSECSADMPEREZ

mperezd

v. 2.0

MFTS

4

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO, BOGOTÁ, D.C.
CARRERA 10ª No. 14-33 PISO 2
EDIFICIO HERNANDO MORALES MOLINA

INFORME SECRETARIAL

RADICACIÓN No. 110014003025-2014-0033203

Recibida de reparto y radicada hoy, 25-06-2018

Tomo III _____ Folio 385 _____

DOCUMENTOS:

	SI	NO
PODER (ES)	X	
ESCRITURAS PUBLICAS:		
CONTRATO DE:		
PAGARE ()		
LETRA DE CAMBIO		
CHEQUE ()		
FACTURAS		
CESIÓN		
ACTA DE () CONCILIACIÓN		
PLANOS	X	
CDS (1)	X	
FOTOGRAFÍAS	X	
DEMANDA	X	
COPIAS PARA EL TRASLADO (S) ()		X
COPIA PARA EL ARCHIVO		X
CERTIFICADO CÁMARA DE COMERCIO	X	
CERTIFICADO SUPERFINANCIERA		
CERTIFICADO DE TRADICIÓN	X	
DECLARACIONES EXTRAJUICIO		
DICTAMEN PERICIAL		
MEDIDAS CAUTELARES		
OTROS Recibos servicios públicos, impuestos	X	

Observaciones:

Número total de folios: 1-388/389-821/15-3 CUADERNOS (4)

APELACION

12

INFORME SECRETARIAL

Junio 26 de 2018, en la fecha al despacho de la señora Juez con las presentes diligencias a fin de resolver lo que en derecho corresponda.



IBETH YADIRA MORALES DAZA
Secretaria

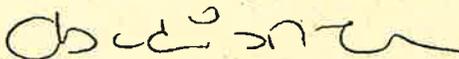
JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D. C. cuatro de julio de dos mil dieciocho

Radicado No. 110013103-025-2014-00332-01

Se **ADMITE**, en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia calendada **6 de marzo de 2018**, contenida a folios 819 y 821 del cuaderno principal, dentro del proceso de la referencia, proferida por el **JUZGADO VEINTICINCO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**.

Oportunamente vuelvan las diligencias al Despacho para lo que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CLAUDIA PATRICIA NAVARRETE PALOMARES

JUEZ

M.T.

<p>JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO Secretaría</p> <p>Bogotá D.C., <u>5 JUL. 2018</u> a las 8:00 AM</p> <p>El auto que precede se notifica por Estado No. <u>66</u> de esta misma fecha.</p> <p> Ibeth Yadira Morales Daza Secretaría</p>
--

INFORME SECRETARIAL

Julio 25 de 2018, en la fecha al despacho de la señora Juez con las presentes diligencias a fin de resolver lo que en derecho corresponda.



IBETH YADIRA MORALES DAZA
Secretaria

6

JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D. C., catorce de agosto de dos mil dieciocho

Radicado No. 110014003-013-2014-00332-01

Continuando con la etapa procesal respectiva, de conformidad con lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 327 del Código General del Proceso, el Juzgado,

DISPONE:

1. PRORROGAR el término para resolver la instancia respectiva, de conformidad con lo dispuesto en artículo 121 del Código General del Proceso.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo CSBTA16-462 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, esta oficina judicial recibió 284 procesos y más de 200 memoriales pendientes por agregar a los mismos, provenientes del Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, además de 9 expedientes provenientes del Juzgado 46 Civil del Circuito de esta ciudad, para un total de 293, los cuales han ingresado al despacho de manera paulatina, circunstancia que ha sobrecargado al juzgado y que ha dificultado el trámite de los expedientes en curso.

2. CONVOCAR a las partes y a sus apoderados, para que concurran personalmente a la audiencia de **sustentación y fallo** prevista en el artículo 327 del Código General del Proceso, para lo cual se señala la hora de las 9:00 del día 7 del mes marzo del año 2019, en la cual se oirán las alegaciones de las partes y de ser posible, se dictará sentencia.

3. El apelante deberá sujetar su alegación a los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia.

4. APORTAR un CD no regrabable el día de la diligencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CLAUDIA PATRICIA NAVARRETE PALOMARES

JUEZ

M.I

JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO
Secretaría
Bogotá D.C., <u>17</u> AGO. 201 <u>8</u> , a las 8:00 AM
El auto que precede se notifica por Estado No. <u>86</u> de esta misma fecha.
 Ibeth Yadira Morales Daza Secretaría

16

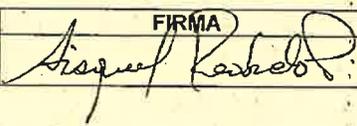
7

JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO

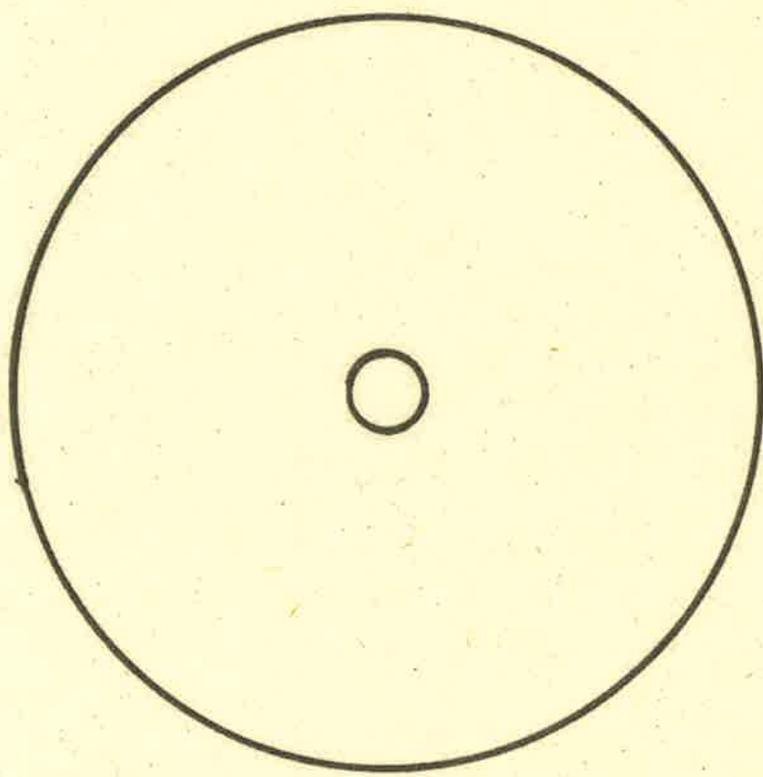
Bogotá, D.C., siete de marzo de dos mil diecinueve

FORMATO DE CONTROL DE ASISTENCIA

RADICADO No.	11001400302520140033203
CLASE PROCESO	VERBAL
AUDIENCIA:	ARTICULO 327 C.G.P. – SEGUNDA INSTANCIA
DEMANDANTE:	SIMON BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMA
DEMANDADO:	SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUNIGA
INICIO AUDIENCIA:	9:00 a.m.
FIN AUDIENCIA:	9:17 a.m.

SUJETOS PROCESALES		
	NOMBRE	FIRMA
APDERADA DEMANDADA:	AISQUEL MARIA REDONDO PEÑARANDA C.C. 40.924.675 Y T.P. 121.364 del C.S.J.	

17



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., siete de marzo de dos mil diecinueve

Proceso No: 110014003025201400332-03
Clase: APELACIÓN DE SENTENCIA VERBAL
Demandante: SIMON BOLIVAR BEUSAQUILLO VIRAMA
Demandado: SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA
Sala: 42
Inicio audiencia: 9:00 a.m.
Fin audiencia: 9:17 a.m.

ACTA DE AUDIENCIA ARTÍCULO 327 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

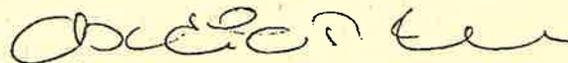
Compareció a esta diligencia la doctora AISQUEL MARIA REDONDO PEÑARANDA identificada con C.C. 40.924.675 y T.P. 121.364 del C.S. de la J.

Se describió el objeto de la audiencia.

El abogado de la parte actora no se hizo presente a la diligencia, por lo que se declaró desierto el recurso por él presentado.

A la presente acta se adjuntan CD de audio y video y el formato de control de asistencia

La Juez,


CLAUDIA PATRICIA NAVARRETE PALOMARES

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO, BOGOTÁ, D.C.
CARRERA 10ª NO. 14-33 PISO 2 EDIFICIO HERNANDO MORALES MOLINA

Grupo/ Clase De Proceso

**APELACION DE AUTO
VERBAL**

DEMANDANTE(S)

SIMON BOLÍVAR BEUSAQUII LO VIRAMA

Nombre(S) 1er Apellidos 2º Apellidos CC. NIT. 16.612.274

Notificación: Tel

APODERADO

LUZ RENE PICO

Nombre(S) 1er Apellido(s) 2º Apellidos CC. 79.355.377 / T.P. 97.078

Dirección Notificación: Tel:

DEMANDADO(S)

SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA

Nombre(S) 1er Apellido(s) 2º Apellido(s) CC. NIT: 25.587.604

Dirección Notificación: Tel:

FECHA DE RADICACIÓN: 14 DE MARZO DE 2018

CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN:

11001400302520140033202

TOMO: III

FOLIO: 261

CUADERNO No. 3

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL
JUZGADO VEINTICINCO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Carrera 10 No 14-33 piso 9. tel 3413512

42569 9-MAR-18 14:57

42569 9-MAR-18 14:57

Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2018.

Oficio No. 0678.

Señor:

**OFICINA DEL CENTRO DE SERVICIOS JURISDICCIONALES DE
LOS JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO.**

Ciudad

REF: RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS No. 11001400302520140033200 (Al contestar favor citar la referencia) de SIMÓN BOLÍVAR BEUSAQUILLO VIRAMA C.C. No. 16.612.271 contra ZORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA C.C. No. 25.587.604.

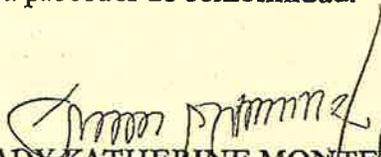
Respetuosamente me permito comunicarle que mediante audiencia pública celebrada el día 6 de marzo de 2018, se concedió en el efecto **DEVOLUTIVO** el recurso de apelación propuesto por el extremo actor en contra de la decisión de negar la nulidad propuesta en esta audiencia; igualmente se concedió en el efecto **SUSPENSIVO** la apelación interpuesta contra la sentencia proferida y debidamente notificada por estrados en esta audiencia.

Por economía procesal no se ordenara la expedición de copias, dado que ambas actuaciones serán decididas conjuntamente por el Juez de segunda instancia.

Se remiten dos (2) cuadernos, el 1ro constante de 388 / el 2do (continuación del 1º) constante del folio 389 al 821. ✓

En efecto, sírvase a proceder de conformidad.

Atentamente,


LADY KATHERINE MONTERO SUAREZ
SECRETARIA





2

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS
JURISDICCIONALES
PARA LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA

Fecha: 13/mar./2018

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Página 1

030

GRUPO

APELACIONES DE SENTENCIA

8571

SECUENCIA: 8571

FECHA DE REPARTO: 13/03/2018 9:42:36a. m.

REPARTIDO AL DESPACHO:

JUZGADO 30 CIVIL CIRCUITO

IDENTIFICACION:

NOMBRES:

APELLIDOS:

PARTE:

16612271

SIMON BOLIVAR BEUSAQUILLO
VIRAMA

RAD.42509/18
000

PROCESO No. 2014-332
CON APODERADO

OFICIO No. 678/18

T-3
FL-239
P 1A/332

01

01

03

OBSERVACIONES: JUZGADO 25 CIVIL MPAL DE BOGOTA

Handwritten signature: Nirley Quiroz Chaves
 nirley.who@scj.gov.co
 squirozc

REPARTO HMM03

FUNCIONARIO DE REPARTO

REPARTO HMM03

squirozc

v. 2.0

MFTS

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO, BOGOTÁ, D.C.
CARRERA 10ª No. 14-33 PISO 2
EDIFICIO HERNANDO MORALES MOLINA

INFORME SECRETARIAL

RADICACIÓN No. 110014003025-2014-0033201

Recibida de reparo y radicada hoy, 14-03-2018

Tomo III _____ Folio 239 _____

DOCUMENTOS:

	SI	NO
PODER (ES)	X	
ESCRITURAS PUBLICAS:		
CONTRATO DE:		
PAGARE ()		
LETRA DE CAMBIO		
CHEQUE ()		
FACTURAS		
CESIÓN		
ACTA DE () CONCILIACIÓN		
PLANOS	X	
CDS (1)	X	
FOTOGRAFÍAS	X	
DEMANDA	X	
COPIAS PARA EL TRASLADO (S) ()		X
COPIA PARA EL ARCHIVO		X
CERTIFICADO CÁMARA DE COMERCIO	X	
CERTIFICADO SUPERFINANCIERA		
CERTIFICADO DE TRADICIÓN	X	
DECLARACIONES EXTRAJUICIO		
DICTAMEN PERICIAL		
MEDIDAS CAUTELARES		
OTROS Recibos de servicios públicos	X	

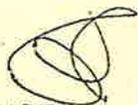
Observaciones:

Número total de folios: 388 /389 al 821/ 3 CUADERNOS (3)

APELACION

INFORME SECRETARIAL

Marzo 21 de 2018, en la fecha al despacho de la señora Juez con las presentes diligencias a fin de resolver lo que en derecho corresponda.



IBETH YADIRA MORALES DAZA
Secretaria

24

JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO

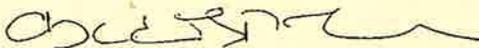
Bogotá, D. C., veintiuno de marzo de dos mil dieciocho

Radicado No. 110014003025-2014-00332-01

Revisada el acta individual de reparto No. 8571 del 13 de marzo de 2018, se advierte que el presente asunto fue repartido a esta sede judicial dentro del grupo de APELACIONES DE SENTENCIA, cuando en el mismo se torna imperativo resolver inicialmente la apelación contra el auto que negó el incidente nulidad formulado por el extremo demandante, calendado 6 de marzo de 2018.

Como consecuencia de lo expuesto, se ordena la devolución de las presentes diligencias a la Oficina de Reparto a propósito que sea sorteado en debida forma, es decir, que sea asignado a esta misma oficina judicial, en el grupo No. 9 de "APELACIONES DE AUTOS"¹, lo anterior con el propósito de incluir de manera correcta el proceso dentro del inventario del juzgado, a efectos de rendir la estadística correspondiente. Déjense las constancias de rigor. Librese la comunicación remisoría del caso. **OFÍCIESE.**

CÚMPLASE



CLAUDIA PATRICIA NAVARRETE PALOMARES

JUEZ

LM

¹ Artículo 2°, literal C., del Acuerdo PSAA15-10443 del 16 de diciembre de 2015, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.



5

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Carrera 10ª No. 14-33 Piso 2 Edificio Hernando Morales Molina
ccto30bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tel. 3426940

44273 2-HPR-18 11:02

Bogotá D.C., 21 de marzo de 2018

Oficio No. 0875

Señores
OFICINA JUDICIAL –REPARTO-
Ciudad

REF: APELACION DE SENTENCIA-VERBAL No. 11001400302520140033201 de SIMON BOLÍVAR BUESAQUILLO VIRAMA C.C. 16.612.274 CONTRA SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA C.C. 25.587.604.

Por medio del presente me permito comunicarle que mediante auto de fecha veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018), se ordenó la devolución de las presentes diligencias a la Oficina de Reparto a propósito que sea sorteado en debida forma, es decir, que sea asignado a esta oficina judicial en el grupo No 9 de "APELACIONES DE AUTOS", ya que el asunto fue repartido dentro del grupo de "APELACIONES DE SENTENCIAS", lo anterior con el propósito de incluir de manera correcta el proceso dentro del inventario del juzgado, a efectos de rendir la estadística correspondiente.

Se anexa al presente oficio, el proceso original en tres (3) cuadernos relacionados así: cuaderno No 1º del folio 1 al 388, cuaderno 1º A del folio 388 al 821 y cuaderno No 2º del folio 1 al 4.

Si el presente oficio presenta enmendaduras, tachaduras y/o adición carece de validez.

Sírvase proceder de conformidad.

Cordialmente,



IBETH YADIRA MORALES DAZA
Secretaría

26

REPUBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL
 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
 CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS
 JURISDICCIONALES
 PARA LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA



ACTA POR NOVEDAD

Fecha : 03/abr/2018

Página 1

ASIG.CAMBIOGRUPO

mperezd **GRUPO:** APELACIONES DE AUTOS

REPARTIDO AL JUZGADO

CD. DESP
030

SECUENCIA:
10646

FECHA DE REPARTO:
03/abr/2018

JUZGADO 30 CIVIL CIRCUITO

IDENTIFICACION:

16612271
 RAD.42509/18
 25587604
 00

NOMBRE:

SIMON BOLIVAR PEUSAQUILLO VIRAMA
 PROCESO No. 2014-332 OFICIO No.678/18
 SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA
 CON APODERADO

APELLIDO:

T-3
 P 14-261
 P 14/332

01
 01
 02
 03

BOGSECSADMPEREZ
 mperezd

 FUNCIONARIO DE REPARTO

030

OBSERVACIONES:

JUZGADO 25 CIVIL MPAL DE BOGOTA

MFTS

10646

v. 2.0

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO, BOGOTÁ, D.C.
CARRERA 10ª No. 14-33 PISO 2
EDIFICIO HERNANDO MORALES MOLINA

INFORME SECRETARIAL

RADICACIÓN No. 110014003025-2014-0033202

Recibida de reparto y radicada hoy, 04-04-2018

Tomo III _____ Folio 261 _____

DOCUMENTOS:

	SI	NO
PODER (ES)	X	
ESCRITURAS PUBLICAS:		
CONTRATO DE:		
PAGARE ()		
LETRA DE CAMBIO		
CHEQUE ()		
FACTURAS		
CESIÓN		
ACTA DE () CONCILIACIÓN		
PLANOS	X	
CDS (1)	X	
FOTOGRAFÍAS	X	
DEMANDA	X	
COPIAS PARA EL TRASLADO (S) ()		X
COPIA PARA EL ARCHIVO		X
CERTIFICADO CÁMARA DE COMERCIO	X	
CERTIFICADO SUPERFINANCIERA		
CERTIFICADO DE TRADICIÓN	X	
DECLARACIONES EXTRAJUICIO		
DICTAMEN PERICIAL		
MEDIDAS CAUTELARES		
OTROS	X	

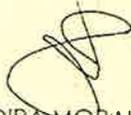
Observaciones:

Número total de folios: 1-388 / 389-821 Y 7 CUADERNOS (3)

APELACION

INFORME SECRETARIAL

Abril 5 de 2018, en la fecha al despacho de la señora Juez con las presentes diligencias a fin de resolver lo que en derecho corresponda.



IBETH YADIRA MORALES DAZA
Secretaria

8

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO
Carrera 10 No. 14 – 33, piso 2, Edificio Hernando Morales Molina

Bogotá, D. C., ocho de junio de dos mil dieciocho

REF: RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS No. 1100140030-025-2014-00332-01

DEMANDANTE: SIMÓN BOLIVAR BUESAQUILLO VIRAMA.

DEMANDADO: SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA.

PROVIDENCIA: RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN

I. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto que el 6 de marzo de 2018 (fls. 819 a 821, c. 2), profirió el **JUZGADO VEINTICINCO (25) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, D.C.**, mediante el cual negó la nulidad planteada por el extremo demandante, alegando de una parte, haberse otorgado un trámite distinto al contemplado en el artículo 379 del Código General del Proceso y, de otra parte, el acaecimiento de la nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 121 ibídem.

II. ANTECEDENTES

En la fecha y hora fijada por el a quo para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso con el objeto de emitir la respectiva sentencia y, de forma previa a ello, el apoderado del extremo demandante propuso en principio nulidad, por considerar vulnerado su derecho de defensa, en virtud a que tan solo se le concedió el término de tres (3) días como traslado para recorrer las excepciones de mérito propuestas por su contraparte, cuando lo correcto era haberle concedido el término de diez (10) días, tal y como lo provee el numeral 5º del artículo 379 ibídem.

En suma, expresó que incluso el proceso de qué trata el asunto no permite la proposición de excepciones de mérito, como se infiere de la mencionada norma.

En punto de la nulidad prevista en el artículo 121 del Código General del proceso, expresó que el término allí previsto estaba más que superado y que incluso tal circunstancia fue puesta de presente mediante escrito de fecha 18 de julio de 2016 (fls. 749 a 755),

Circunstancias anteriores que aunque fueron puestas en conocimiento de la funcionaria que para ese entonces era titular del despacho, tan sólo logró que se le advirtiera por pare de la misma la posibilidad de compulsar copias ante la autoridad competente ante la presentación de solicitudes dilatorias.

La autoridad de primera instancia por auto emitido en audiencia el 6 de marzo de 2018, no acogió los reparos en mención, expresando en síntesis que el trámite se había admitido en vigencia del Código de Procedimiento Civil, dándole en consecuencia el trámite del proceso abreviado, tal y como lo preveían los artículos 408 y 418 del esa codificación procesal, siendo además permitida la interposición de excepciones de mérito de cara a lo normado en el artículo 410.

De igual modo, expresó que si bien era cierto había existido un yerro por parte de la secretaría al momento de correr el traslado de las excepciones de mérito, en tanto que no se había corrido el traslado conforme a lo ordenado en el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, ello se había corregido y el traslado finalmente se había surtido cumpliendo su propósito, que no era otro, que garantizar al extremo demandante que se pronunciara sobre las excepciones propuestas por la parte demandada.

Por lo demás, la autoridad indicó al extremo inconforme que debía estarse a lo resuelto en fecha 21 de julio de 2016 (fl. 757), manteniendo incólumes las decisiones tomadas al respecto, concediendo el recurso de alzada propuesto y emitiendo la decisión de fondo respecto a la litis, la que sea dicho de paso, fue también censurada por la parte demandante a través del recurso de apelación al resultarle adversa a sus pretensiones.

I. CONSIDERACIONES

1. De forma previa, ha de señalarse que el extremo demandante no solo interpuso el recurso de alzada respecto del auto que no acogió sus argumentos que se circunscriben a la nulidad planteada, sino que además presentó el mismo frente a la sentencia que el a quo emitió en el asunto, siendo por ahora menester par esta instancia pronunciarse únicamente sobre los reparos que fundamentan lo primero.

2. Revisados los argumentos presentados por el extremo demandante, se advierte que su censura se circunscribe a (i) el otorgamiento incompleto del término para pronunciarse acerca de las excepciones de mérito propuestas por el extremo demandado, (ii) el trámite inadecuado dado al proceso de la referencia y (iii) el acaecimiento del termino previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso que acarrea la pérdida de competencia del a quo.

3. Sobre los argumentos que sustentan los dos primeros puntos, esto es, lo que concierne al término otorgado para descorrer las excepciones de mérito y al trámite dado al proceso de la referencia, de entrada se advierte su inviabilidad jurídica, puesto que de una verificación al expediente se observa que al demandante sí se le confirió el término de tres días para que se pronunciara sobre las defensas que por vía de excepción de mérito había propuesto su contraparte, según se observa a folio 727 y, el cual venció en silencio.

4. Ahora bien, de acuerdo a la exposición efectuada por el extremo demandante, a su juicio el término que debió otorgársele fue el de diez (10) días conforme a lo previsto en el numeral 5º del artículo 379 del Código General del Proceso. Sin embargo, además de no estar vigente dicha norma para el momento del aludido traslado, la situación procesal allí contenida es diferente a la aquí descrita, en el entendido que el término de diez (10) días se concede respecto de las cuentas que rinde el demandado en acatamiento a de la sentencia que ordena rendirlas.

Por lo tanto, uno es el término con el que cuenta el demandante para descorrer las excepciones de mérito propuestas por la demandada al

11

momento de contestar la demanda, el cual era de tres (3) días, ya se hubiere tramitado el proceso por el procedimiento verbal o por el abreviado, dada la coyuntura procedimental que conllevó la expedición de la ley 1395 de 2010, pero que en últimas tratándose de uno u otro correspondía a tres (3) días, según lo previsto en el artículo 410 o 399 del Código de Procedimiento Civil y, otro, es el término con el que cuenta el demandante para objetar las cuentas que se ordene rendir al demandado.

5. En suma, se tiene que los autos visibles a folios 718, 725 y 726 no fueron censurados por quien ahora pretende a través de los argumentos reseñados, retrotraer la actuación a punto de renovarse la concesión del término para pronunciarse respecto de las excepciones de mérito, el que como ya se dijo dejó vencer en silencio.

6. En lo que atañe a la solicitud de nulidad del artículo 121 del Código General del Proceso, méncionese que se ha afirmado que la nulidad de pleno derecho opera por el simple trascurso del tiempo, no requiere de pronunciamiento judicial, no admite subsanación ni ratificación, no prescribe, y, por ende, tiene cabida en cualquier momento, de ese modo lo ha reconocido la jurisprudencia cuando afirma que "si [el juez] actúa una vez concluido el lapso, lo actuado en vigencia del Código General estará afectado por una nulidad que ni siquiera precisa de declaratoria porque obra de pleno derecho y da lugar, indefectiblemente, a remitir el dossier al Juez o Magistrado que continúe en turno, con el propósito que avoque el conocimiento"¹.

No obstante lo anterior, el punto en comento no ha sido pacífico siendo objeto de discusión, incluso existe un sector que predica que "no hay nulidades de pleno derecho, en el sentido de que la nulidad no opera por sí, automáticamente, sino que forzosamente hay necesidad de reconocimiento espontáneo de las partes o de pronunciamiento judicial, porque no es dable abstenerse de pronunciarla y, en tal sentido, no es que el juez pueda declararla, sino que "debe declararla" cuando esté presente"², declaración que considera esta falladora de trascendental importancia, pues tal como lo afirmó la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, "de aceptar que no se requiere de ella, tal conclusión, sacrifica carísimos valores como la seguridad jurídica y el acceso efectivo a la administración de justicia, garantías que, dicho sea de paso, son las que se buscan proteger con la demarcación temporal para

¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil – Familia en proveído de 31 de enero de 2017

² Hiestrosa Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Pp. 728-729.

u

proferir sentencia. Así mismo, se dejaría al arbitrio de una de las partes el beneficiarse de este efecto legal, al permitir que se adelante la actuación aun superado el término para dictar sentencia y, solamente agotadas las gestiones necesarias para zanjar la divergencia presentada y proferida la decisión de rigor, si ésta no se ajusta a sus expectativas, obtenga la anulación de lo rituado.³ (Negrilla fuera de texto original).

7. Aunado a lo anterior, en consonancia con la posición adoptada en la citada providencia, cuando se afirma que "no obstante la connotación de "pleno derecho" que tiene esta especie de nulidad, si se pretendiera su declaración judicial como ocurre en el sub judge, ello hace nacer el interrogante de quién sería el funcionario que la decreta, en tanto que, si se acepta que por el solo trascurso del tiempo y en virtud de la ley, el juez de conocimiento ha perdido la competencia, la decisión que, en este sentido se asuma también "será nula de pleno derecho", como actuación posterior al finiquito de su competencia natural, meollo que deja en evidencia que tal disposición no puede tener un carácter absoluto, automático, y que en el área del derecho ese matiz mecanizado no tiene cabida, por lo que para su solución tendría que admitirse que este juez todavía tiene competencia para esos fines, lógica habilitación que, desde la perspectiva teleológica y de coherencia axiológica, exige que igual autorización cobije a la sentencia que en ese mismo escenario procesal se emita, pues de lo contrario, se entraría a privilegiar lo accidental de cara a lo toral que es, precisamente, resolver de fondo el conflicto."⁴ (Negrilla y subraya fuera de texto original), se abre paso a que sea este el escenario propicio para que esta falladora sea quien se pronuncie respecto de la procedencia de los efectos de la nulidad alegada por la pasiva.

8. Es así como la disposición relativa a la duración del proceso, contenida en el artículo 121 de la Ley 1564 de 2012⁵, incluyó en su inciso quinto⁶ la posibilidad de prorrogar, por una sola vez, el término para resolver la instancia e introdujo la nulidad de pleno derecho respecto de las actuaciones que se profieran por el juez, una vez vencido el plazo previsto para emitir la decisión que resuelva el asunto planteado. No obstante no se puede perder de vista que según la regla de vigencia prevista en el numeral 2º del artículo 627 del Código General del Proceso, el referido artículo 121, entró en vigencia a partir de su promulgación, esto es, a partir del 12 de julio de 2012.

³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en proveído de 22 de junio de 2017. Magistrado Ponente: Luis Roberto Suárez González.

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en proveído de 22 de junio de 2017. Magistrado Ponente: Luis Roberto Suárez González.

⁵ Codificación que reemplazó el Código de Procedimiento Civil.

⁶ Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso.

34

D

8.1. Con fundamento en la normatividad referida, comporta precisar que, en el presente asunto la demandada se notificó del auto admisorio de la demanda el 24 de marzo de 2015 (fl. 188; c. 1), fecha en la que si bien es cierto se encontraba vigente el artículo 121 del Código General del proceso, también lo es que el proceso de la referencia se tramitaba bajo los lineamientos de la ley 1395 de 2010 y la sanción de nulidad de pleno derecho no se encontraba prevista en el parágrafo del artículo 124 del Código de Procedimiento Civil (adicionado por el artículo 9° la Ley 1395 de 2010, a su vez aclarado por el artículo 200 de la Ley 1450 de 2011).

8.2. En ese orden de ideas, no era procedente la aplicación del artículo 121 del Código General del Proceso, pues como ya se evidenció dicha norma no se encontraba vigente, salvo su inciso quinto, segmento que devenía inaplicable al presente asunto ya que el término dispuesto para proferir sentencia, ya había acaecido al tenor de lo dispuesto en 124 del Código de Procedimiento Civil, sin que fuera posible prorrogarse, y sin que dicha afirmación constituya aceptación de pérdida de competencia alguna, e igualmente, se insiste, en que no se generó nulidad puesto que la norma vigente y aplicada al caso concreto no contemplaba tal sanción, máxime que aquellas se rigen por el principio de la taxatividad, y en ese orden, los vicios que no estén previstos de ese modo por el legislador, no pueden considerarse como tales por analogía o interpretación.

8.3. En síntesis, se advierte que para los casos en que el comienzo y final del término para fallar, empezó y culminó con anterioridad a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, como en el caso que nos ocupa, esto es, bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil -con la modificación de la Ley 1395 de 2010-, no le es aplicable la sanción de nulidad de pleno derecho, como quiera que ésta solamente tiene cabida a partir del 1 de enero de 2016, conclusión acopiada, de manera profusa, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.⁷

8.4. Aunado a ello, se tiene que de acceder a la nulidad contenida en el artículo 121 del Código General del Proceso, se entraría a una clara contradicción en lo que atañe a la normatividad que realza la celeridad, la eficacia y efectividad de los derechos, máxime si como el caso en particular

⁷ Corte Suprema de Justicia, SC9706-2016 y SC16426-2015

el incidentante y ahora apelante ha contado con todas las etapas propias del trámite, materializándose no solo para él sino para su contraparte el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, sin que se advierta una consecuencia desfavorable a excepción del vencimiento en silencio del traslado de las excepciones de mérito, circunstancia que no se derivó de la falta o de la indebido traslado, sino de una actitud procesal imputable exclusivamente a la parte actora.

9. Así las cosas, es claro para el despacho que la providencia atacada se encuentra ajustada a derecho, motivo por el cual, será mantenida en todas y cada una de sus partes y en cuanto al recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, y con sustento en el numeral 6° del artículo 321 del Código General del Proceso se concederá en el efecto suspensivo.

II. DECISIÓN

En mérito de lo brevemente expuesto, el Juzgado **TREINTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el proveído proferido 6 de marzo de 2018 (fls.819 a 821), por las razones expuestas.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas por no aparecer causadas.

TERCERO : COMUNICAR por secretaría al a quo lo aquí decidido.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


CLAUDIA PATRICIA NAVARRETE PALOMARES

Juez

(2)

M. T

JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO	
Secretaría	
Bogotá D.C.,	2 JUN. 2018 a las 8:00 AM
El auto que precede se notifica por Estado No. <u>53</u> de esta misma fecha.	
 Ibeth Yadira Morales Daza Secretaría	

ALLEGO SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

De: maria redondo (aisquel72@yahoo.es)

Para: pico.luisrene@gmail.com

Fecha: miércoles, 9 de marzo de 2022, 11:53 GMT-5

RADICADO 2020 - 121 JUZGADO 4 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTA.D.C.

DEMANDANTE SIMÓN BOLÍVAR BUESAQUILLO VIRAMA

DEMANDADA SORY ARNOBIA MUÑOZ ZUÑIGA



SUSTENTACION RECURSO DE APELACION SEGUNDA INSTANCIA.pdf

2.5MB