

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR FERREIRA VARGAS RV: Sustentacion de recurso de Apelación PROCESO: 11001310300220090039201

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 5/06/2023 5:00 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (275 KB)

Sustentacion Recurso de Apelacion RAD. 11001310300220090039200.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR 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: Andres Vallejo Barbosa <andres.vallejobarbosa@gmail.com>

Enviado: lunes, 5 de junio de 2023 16:39

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Sustentacion de recurso de Apelación PROCESO: 11001310300220090039201

Cordial saludo,

--

Willian Andrés Vallejo Barbosa

Abogado Especialista

Derecho Administrativo y constitucional

Señores
Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
E. S. D.

REFERENCIA:

Proceso: Responsabilidad Civil Médica
Demandante: Nelly Rosalba Sánchez Moreno y
Otros Demandado: Cruz Blanca EPS S.A. en
Liquidación y Otros Radicado: 110013103002-2009-
00392-00
Asunto: Recurso de Apelación y Sustentación

Willian Andrés Vallejo Barbosa, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi respectiva firma, actuando en calidad de apoderado judicial de **ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S**, con Nit No. **901.258.015-7**, Sociedad que actúa como **MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN de CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. hoy LIQUIDADA (Contrato de Mandato CBL-026-2022)**; dentro del término indicado procedo a presentar Recurso de Apelación y su debida Sustentación en contra de la sentencia de primera instancia proferida el pasado 29 de Abril de 2022 con notificación en estado del 2 de Mayo de 2022, en los siguientes términos:

1

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

Ante tales hechos identificadores de la responsabilidad indebidamente atribuida a mi mandante, debemos remitirnos al plenario del proceso y a su respectivo acopio probatorio con el que demostraremos la no responsabilidad de mi representada en el asunto bajo estudio por el Juzgado, por cuanto su actuar estuvo enmarcado y acorde a lo establecido en la legislación Colombiana en su condición de ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, por lo tanto, no se incumplió en forma alguna frente a la atención brindada a la paciente.

Veamos las siguientes consideraciones de carácter probatorio y documental que el despacho de primera instancia no tuvo en cuenta:

Se observa del registro clínico obrante en el expediente, que hubo oportunidad por mí mandante en su condición de EPS al garantizar un acceso con oportunidad a la IPS de atención. Por lo cual no se advierte restricción, limitaciones o negaciones injustificadas respecto de los servicios requeridos y solicitados por el paciente, valoración que no fue adecuadamente realizada por el despacho en la sentencia de primera instancia.

Como lo advierte el registro clínico de la paciente el manejo clínico, asistencial y

de hospitalización estuvo bajo la coordinación y supervisión de un equipo de salud que no estaba suscrito a la EPS CRUZ BLANCA directamente, y que no recibía órdenes ni directrices de mi mandante, por el contrario se trata de una IPS totalmente autónoma e independiente, cuyas decisiones y ordenes medicas de manejo clínico se adoptan bajo la discrecionalidad científica y profesional de cada integrantes del equipo de salud adscrito.

La ejecución de la práctica médica y concretamente los actos médicos, asistenciales y hospitalarios que se cuestionan, se ejecutan bajo la absoluta decisión del médico tratante, quien deberá asumir cualquier eventualidad o efecto colateral que surja de sus órdenes médicas.

Recordemos que el médico será responsable por la ocurrencia de efectos adversos a dichos procedimientos sin que su aparición y ocurrencia sean previsibles y mucho menos evitables, razón por la cual las consecuencias de los mismos no pueden ser imputables a mi representada por estar sustentadas en decisiones de terceros ajenos a su control y vigilancia administrativa.

No hay razones de hecho, ni de derecho que sean imputables a las conductas asumidas por la EPS CRUZ BLANCA EN LIQUIDACIÓN, bajo las cuales se pueda estructurar un incumplimiento en las obligaciones legales y contractuales exigibles a la misma.

Por lo arriba anotado se demostró suficientemente y el despacho no lo tomo en cuenta, que mi representada no intervino en ningún momento en el manejo clínico otorgado a la paciente, y en consecuencia si no hay presencia del elemento culpa no es posible estructurar una responsabilidad contractual o extracontractual en cabeza de mi representada y es por ello que fueron demostradas las excepciones de fondo, sin que de esta manera fuera resuelto en el fallo de primera instancia

DE LAS ACTIVIDADES DESPLEGADAS POR CRUZ BLANCA EPS

No tuvo en cuenta el despacho que CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACIÓN como empresa privada es miembro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de entidad promotora de salud. Por mandato constitucional “la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” y a este le compete organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud mediante políticas que permitan la prestación por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.

En desarrollo de la norma constitucional la Ley 100 de 1993 definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus integrantes, funciones y procedimientos a realizar. El artículo 155 identifica los integrantes del sistema donde se destacan:

1) Los organismos de dirección, vigilancia y control a cargo del Ministerios de Salud y de Trabajo y la Superintendencia Nacional en Salud entre otros; 2) Los organismos de administración y financiación donde se encuentran las entidades promotoras de salud y las direcciones seccionales, distritales y locales de salud entre otros; 3) Las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas y 4) El afiliado al sistema.

A reglón seguido la mencionada norma establece la caracterización del sistema:

“a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el sistema general de seguridad social en salud; (...)

c) Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud; (...)

e) Las entidades promotoras de salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5º del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el plan obligatorio de salud, en los términos que reglamente el gobierno; (...)

i) Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas.”

3

En concordancia con lo anterior, el artículo 177 de la ley en referencia enuncia las responsabilidades que las entidades promotoras de salud (EPS) tienen dentro del sistema de salud y es por ello que la EPS asume la responsabilidad legal de realizar **“la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía”**, cumpliendo la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud (POS) a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley.

Establecida la responsabilidad de CRUZ BLANCA EPS SA en LIQUIDACION dentro del sistema de salud pasamos a aclarar la exigibilidad de su cumplimiento y su deber con los afiliados al mismo sistema.

Partiendo que la relación jurídica existente entre la EPS y sus afiliados es una relación de naturaleza contractual por cuanto está regida por la concurrencia de las voluntades, de una parte el ciudadano que manifiesta su deseo de afiliarse al sistema de salud a través de una determinada entidad promotora de salud (EPS) y de otra la EPS que acepta dicha afiliación. Adicionalmente debe destacarse que la responsabilidad de afiliar es una actividad totalmente reglada por el Estado por cuanto todo aquel que se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo, como servidor público, ostente la calidad de pensionado, jubilado o los trabajadores independientes con capacidad de pago deben afiliarse al sistema mediante el régimen contributivo , es decir que la responsabilidad de las

EPS en lo referente a la afiliación al sistema se limita a verificar si los solicitantes cumplen los requisitos exigidos por la Ley.

Con respecto a la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud (POS) a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, es trascendental no perder de vista que esta función es administrativa, por cuanto es evidente que la función de prestar directamente el servicio de salud a los afiliados está en cabeza de otro miembro del sistema de salud como son las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS):

“Instituciones prestadoras de servicios de salud. Son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley.

Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera.”

Al contrastar el marco normativo, el accionar de la EPS y las pruebas allegadas en debida forma al proceso como la historia clínica, se probó que mi representada cumplió con su responsabilidad de afiliación de la usuaria, entre otras.

4

Igualmente es importante no olvidar que las EPS de acuerdo con la norma no tiene la autonomía de contratar servicios de salud con todos los prestadores de servicios de salud, si no solo con los previamente habilitados por el Estado para prestar determinados servicios.

En ese sentido, es claro que quien para el momento de los hechos de la demanda dispuso el diagnóstico, manejo clínico y hospitalario inicial era una INSTITUCION PRESTADORA DE SALUD-IPS que integraba la red de servicios de mi representada para la prestación del servicio en los niveles de atención previstos, pues como consta en el registro clínico y en los medios de pruebas practicados, quien ejecuto los actos médicos de atención y hospitalización (observación, diagnóstico y manejo clínico) fue la IPS encargada del proceso de atención.

Con sustento en lo anterior está demostrado que mi representada en su calidad de entidad promotora de salud (EPS) dentro del sistema de salud cumplió con su responsabilidad y función establecida en la norma con respecto a su usuaria y por ello mismo quedaron probadas las excepciones planteadas en la contestación de demanda.

Por todo lo anterior, considero que de una parte no existen pruebas que determinen la responsabilidad de CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACIÓN, por lo que, presentado en la oportunidad procesal respectiva y sustentado el Recurso de Apelación en debida forma, solicito muy respetuosamente al despacho sea concedido el mismo.

Del Señor Juez, atentamente;


Willian Andrés Vallejo Barbosa
C.C. No. 1.094.918.092 de Armenia
T.P. No. 251.675del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR FERREIRA VARGAS RV: Sustentación de recurso de Apelación PROCESO: 11001310300220090039201

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 5/06/2023 5:03 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (275 KB)

Sustentacion Recurso de Apelacion RAD. 11001310300220090039200.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR 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: Andres Vallejo Barbosa <andres.vallejobarbosa@gmail.com>

Enviado: lunes, 5 de junio de 2023 16:59

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Margarita Parrado Velasquez <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Sustentación de recurso de Apelación PROCESO: 11001310300220090039201

cordial saludo,

Me permito allegar memorial, describiendo traslado de la sustentación del Recurso de Apelación PROCESO: 11001310300220090039201 de fecha de 5 de junio de 2023

--

Willian Andrés Vallejo Barbosa

Abogado Especialista

Derecho Administrativo y constitucional

Señores
Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
E. S. D.

REFERENCIA:

Proceso: Responsabilidad Civil Médica
Demandante: Nelly Rosalba Sánchez Moreno y
Otros Demandado: Cruz Blanca EPS S.A. en
Liquidación y Otros Radicado: 110013103002-2009-
00392-00
Asunto: Recurso de Apelación y Sustentación

Willian Andrés Vallejo Barbosa, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi respectiva firma, actuando en calidad de apoderado judicial de **ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S**, con Nit No. **901.258.015-7**, Sociedad que actúa como **MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN** de **CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. hoy LIQUIDADA (Contrato de Mandato CBL-026-2022)**; dentro del término indicado procedo a presentar Recurso de Apelación y su debida Sustentación en contra de la sentencia de primera instancia proferida el pasado 29 de Abril de 2022 con notificación en estado del 2 de Mayo de 2022, en los siguientes términos:

1

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

Ante tales hechos identificadores de la responsabilidad indebidamente atribuida a mi mandante, debemos remitirnos al plenario del proceso y a su respectivo acopio probatorio con el que demostraremos la no responsabilidad de mi representada en el asunto bajo estudio por el Juzgado, por cuanto su actuar estuvo enmarcado y acorde a lo establecido en la legislación Colombiana en su condición de ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, por lo tanto, no se incumplió en forma alguna frente a la atención brindada a la paciente.

Veamos las siguientes consideraciones de carácter probatorio y documental que el despacho de primera instancia no tuvo en cuenta:

Se observa del registro clínico obrante en el expediente, que hubo oportunidad por mí mandante en su condición de EPS al garantizar un acceso con oportunidad a la IPS de atención. Por lo cual no se advierte restricción, limitaciones o negaciones injustificadas respecto de los servicios requeridos y solicitados por el paciente, valoración que no fue adecuadamente realizada por el despacho en la sentencia de primera instancia.

Como lo advierte el registro clínico de la paciente el manejo clínico, asistencial y

de hospitalización estuvo bajo la coordinación y supervisión de un equipo de salud que no estaba suscrito a la EPS CRUZ BLANCA directamente, y que no recibía órdenes ni directrices de mi mandante, por el contrario se trata de una IPS totalmente autónoma e independiente, cuyas decisiones y ordenes medicas de manejo clínico se adoptan bajo la discrecionalidad científica y profesional de cada integrantes del equipo de salud adscrito.

La ejecución de la práctica médica y concretamente los actos médicos, asistenciales y hospitalarios que se cuestionan, se ejecutan bajo la absoluta decisión del médico tratante, quien deberá asumir cualquier eventualidad o efecto colateral que surja de sus órdenes médicas.

Recordemos que el médico será responsable por la ocurrencia de efectos adversos a dichos procedimientos sin que su aparición y ocurrencia sean previsibles y mucho menos evitables, razón por la cual las consecuencias de los mismos no pueden ser imputables a mi representada por estar sustentadas en decisiones de terceros ajenos a su control y vigilancia administrativa.

No hay razones de hecho, ni de derecho que sean imputables a las conductas asumidas por la EPS CRUZ BLANCA EN LIQUIDACIÓN, bajo las cuales se pueda estructurar un incumplimiento en las obligaciones legales y contractuales exigibles a la misma.

Por lo arriba anotado se demostró suficientemente y el despacho no lo tomo en cuenta, que mi representada no intervino en ningún momento en el manejo clínico otorgado a la paciente, y en consecuencia si no hay presencia del elemento culpa no es posible estructurar una responsabilidad contractual o extracontractual en cabeza de mi representada y es por ello que fueron demostradas las excepciones de fondo, sin que de esta manera fuera resuelto en el fallo de primera instancia

DE LAS ACTIVIDADES DESPLEGADAS POR CRUZ BLANCA EPS

No tuvo en cuenta el despacho que CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACIÓN como empresa privada es miembro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de entidad promotora de salud. Por mandato constitucional “la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” y a este le compete organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud mediante políticas que permitan la prestación por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.

En desarrollo de la norma constitucional la Ley 100 de 1993 definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus integrantes, funciones y procedimientos a realizar. El artículo 155 identifica los integrantes del sistema donde se destacan:

1) Los organismos de dirección, vigilancia y control a cargo del Ministerios de Salud y de Trabajo y la Superintendencia Nacional en Salud entre otros; 2) Los organismos de administración y financiación donde se encuentran las entidades promotoras de salud y las direcciones seccionales, distritales y locales de salud entre otros; 3) Las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas y 4) El afiliado al sistema.

A reglón seguido la mencionada norma establece la caracterización del sistema:

“a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el sistema general de seguridad social en salud; (...)

c) Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud; (...)

e) Las entidades promotoras de salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5º del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el plan obligatorio de salud, en los términos que reglamente el gobierno; (...)

i) Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas.”

3

En concordancia con lo anterior, el artículo 177 de la ley en referencia enuncia las responsabilidades que las entidades promotoras de salud (EPS) tienen dentro del sistema de salud y es por ello que la EPS asume la responsabilidad legal de realizar **“la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía”**, cumpliendo la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud (POS) a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley.

Establecida la responsabilidad de CRUZ BLANCA EPS SA en LIQUIDACION dentro del sistema de salud pasamos a aclarar la exigibilidad de su cumplimiento y su deber con los afiliados al mismo sistema.

Partiendo que la relación jurídica existente entre la EPS y sus afiliados es una relación de naturaleza contractual por cuanto está regida por la concurrencia de las voluntades, de una parte el ciudadano que manifiesta su deseo de afiliarse al sistema de salud a través de una determinada entidad promotora de salud (EPS) y de otra la EPS que acepta dicha afiliación. Adicionalmente debe destacarse que la responsabilidad de afiliar es una actividad totalmente reglada por el Estado por cuanto todo aquel que se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo, como servidor público, ostente la calidad de pensionado, jubilado o los trabajadores independientes con capacidad de pago deben afiliarse al sistema mediante el régimen contributivo , es decir que la responsabilidad de las

EPS en lo referente a la afiliación al sistema se limita a verificar si los solicitantes cumplen los requisitos exigidos por la Ley.

Con respecto a la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud (POS) a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, es trascendental no perder de vista que esta función es administrativa, por cuanto es evidente que la función de prestar directamente el servicio de salud a los afiliados está en cabeza de otro miembro del sistema de salud como son las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS):

“Instituciones prestadoras de servicios de salud. Son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley.

Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera.”

Al contrastar el marco normativo, el accionar de la EPS y las pruebas allegadas en debida forma al proceso como la historia clínica, se probó que mi representada cumplió con su responsabilidad de afiliación de la usuaria, entre otras.

4

Igualmente es importante no olvidar que las EPS de acuerdo con la norma no tiene la autonomía de contratar servicios de salud con todos los prestadores de servicios de salud, si no solo con los previamente habilitados por el Estado para prestar determinados servicios.

En ese sentido, es claro que quien para el momento de los hechos de la demanda dispuso el diagnóstico, manejo clínico y hospitalario inicial era una INSTITUCION PRESTADORA DE SALUD-IPS que integraba la red de servicios de mi representada para la prestación del servicio en los niveles de atención previstos, pues como consta en el registro clínico y en los medios de pruebas practicados, quien ejecuto los actos médicos de atención y hospitalización (observación, diagnóstico y manejo clínico) fue la IPS encargada del proceso de atención.

Con sustento en lo anterior está demostrado que mi representada en su calidad de entidad promotora de salud (EPS) dentro del sistema de salud cumplió con su responsabilidad y función establecida en la norma con respecto a su usuaria y por ello mismo quedaron probadas las excepciones planteadas en la contestación de demanda.

Por todo lo anterior, considero que de una parte no existen pruebas que determinen la responsabilidad de CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACIÓN, por lo que, presentado en la oportunidad procesal respectiva y sustentado el Recurso de Apelación en debida forma, solicito muy respetuosamente al despacho sea concedido el mismo.

Del Señor Juez, atentamente;


Willian Andrés Vallejo Barbosa
C.C. No. 1.094.918.092 de Armenia
T.P. No. 251.675del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR FERREIRA VARGAS RV: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION 2009 392 01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 5/06/2023 9:11 AM

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (131 KB)

SUSTENTACION RECURSO APELACION 2009-392-01.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR 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: OHSJD - Laura Patricia Perico Prieto <lperico@ordenhospitalaria.org>

Enviado: lunes, 5 de junio de 2023 8:54

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: OHSJD - Liliana Rincon Peña <lrincon@ordenhospitalaria.org>; OHSJD - Juan Esteban Torres Ortegon <jetorres@ordenhospitalaria.org>

Asunto: RE: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION 2009 392 01

BUEN DIA.

Teniendo en cuenta su correo anterior, me permito informar que efectivamente se encuentra un error en el Número de Radicado siendo el correcto 2009-392 01, por lo anterior ajuste el documento de sustentación del recurso en mención, el cual anexo en PDF.

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA CIVIL

M.P. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

E.S.D.

Radicación: ORDINARIO No. 2009-392-01

Demandante: OSCAR FERNANDO MORENO CABRERA Y NELLY ROSALBA SANCHEZ MORENO

Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL Y OTROS

LAURA PATRICIA PERICO PRIETO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.422.999 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 132.483 del C.S.J, obrando como apoderada del **HOSPITAL UNIVERISTARIO CLINICA SAN RAFAEL**, dentro del término procesal, me permito por medio de

este correo enviar escrito en PDF de la sustentación del **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2022, para su conocimiento y demás fines.

Cordialmente



Laura Patricia Perico Prieto

Coordinadora Jurídica – Zona Andina

De: Secretario 02 Sala Civil
Tribunal Superior - Seccional
Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado el: lunes, 5 de junio de 2023 8:37 a. m.

Para: OHSJD - Laura Patricia Perico Prieto <lperico@ordenhospitalaria.org>

Asunto: RE: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION 2009 341 01

Abogada

Laura Patricia Perico Prieto.

Cordial Saludo,

le informo que, una vez revisado el Sistema de Actuaciones Siglo XXI no se encontró proceso alguno con el nombre de las partes ni con el número de referencia mencionado, por lo que se solicita su colaboración en el sentido de verificar estos datos, y de ser el caso, reenviar su escrito con las correcciones del caso.

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: OHSJD - Laura Patricia Perico Prieto <lperico@ordenhospitalaria.org>

Enviado: lunes, 5 de junio de 2023 8:02

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Margarita Parrado Velasquez <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>; jeibstival17@hotmail.com

<jeibstival17@hotmail.com>; correspondenciaCB@cruzblanca.com.co <correspondenciaCB@cruzblanca.com.co>;

valenciabogados@audio.com <valenciabogados@audio.com>; san1avila@hotmail.com

<san1avila@hotmail.com>; PAOSAN_11@HOTMAIL.COM <PAOSAN_11@HOTMAIL.COM>; OHSJD - Juan Esteban

Torres Ortegón <jetorres@ordenhospitalaria.org>; OHSJD - Liliana Rincon Peña <lrincon@ordenhospitalaria.org>

Asunto: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION 2009 341 01

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA CIVIL

M.P. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

E.S.D.

Radicación: ORDINARIO No. 2009-342-01

Demandante: OSCAR FERNANDO MORENO CABRERA Y OTRO

Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL Y OTROS

LAURA PATRICIA PERICO PRIETO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.422.999 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 132.483 del C.S.J, obrando como apoderada del **HOSPITAL UNIVERISTARIO CLINICA SAN RAFAEL**, dentro del término procesal, me permito por medio de este correo enviar escrito en PDF de la sustentación del **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2022, para su conocimiento y demás fines.

Igualmente se adjunta a los demás sujetos procesales.

Cordialmente



Laura Patricia Perico Prieto

Coordinadora Jurídica – Zona Andina



**SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL
M.P. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
E.S.D.**

**Radicación: ORDINARIO No. 2009-392-01
Demandante: OSCAR FERNANDO MORENO CABRERA Y NELLY ROSALBA
SANCHEZ MORENO
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL Y OTROS**

LAURA PATRICIA PERICO PRIETO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.422.999 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 132.483 del C.S.J, obrando como apoderada del **HOSPITAL UNIVERISTARIO CLINICA SAN RAFAEL**, dentro del término procesal, me permito sustentar el **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2022, de la siguiente manera:

El día 29 de abril de 2022 se emitió sentencia condenatoria en contra del Hospital Universitario Clinica San Rafael de la siguiente manera:

SEGUNDO: DECLARAR que Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. Hospital Universitario Clínica San Rafael y Carlos Ernesto Izquierdo Guaqueta, son civilmente responsables por los daños y perjuicios causados a los demandantes, derivados de las fallas en la atención médica prestada el 16 de octubre de 2003 a Stefanny Moreno Sanchez (q.e.p.d)

NO SE HACE EL ANALISIS DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL / TAMPOCO EXISTE MATERIAL PROBATORIO QUE DEMUESTRE ESTOS ELEMENTOS

NO existe ningún material probatorio que pueda demostrar los elementos esenciales de la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, en este proceso el juez condeno sin ningún medio de prueba pues como bien lo precisa se fundamento en el fallo disciplinario del Tribunal de Etica Medica en contra del medico Carlos Ernesto Izquierdo, pero esta investigación **¿PERMITIO que se demostrara el nexo causal entre la muerte de la paciente y la omisión por parte del medico en la atención de la salud?**

La Juez se limita en determinar que dentro de la investigación disciplinaria el medico omitió conductas en la valoración de la paciente, pero quedo demostrado que por esa omisión la paciente murió?

¿En este proceso se logro establecer en que consistió la patología que presentaba Stefanny Moreno, sus signos y síntomas y la evolución de su condición clínica?

El único testimonio técnico que reposa en el expediente es el de la dra. CLEMENCIA MAYORGA medica especialista en pediatría, **que la Juez de primera instancia no valoró de la manera en que debía ser valorado teniendo en cuenta la especialidad de la testigo y que da más luces sobre la patología presentada por la paciente.**

En su testimonio ilustra que en un bebe nacido debe asistir **control dentro de los 5 dias siguientes al nacimiento**, en este caso no hay reporte de dicho control sino después de 13 dias de nacida, ingresa por urgencias el 16 de octubre de 2003, en la primera consulta de ese día cursaba con signos vitales normales: una frecuencia cardiaca de 152 por minuto una saturación de oxígeno del 90% una temperatura de 36.5 grados centígrados la cual descarta fiebre en ese momento, nos indica que en la segunda atención en el HUSCR la bebe cuando es atendida por la institución presenta livideces cadavéricas estas aparecen entre una y dos horas después del fallecimiento, esto quiere decir que la paciente llevaba varios minutos fallecida al ingreso de la institución.

PREGUNTA ¿Qué es la meningitis bacteriana y como se manifiesta en una menor como la paciente? **CONTESTA:** La meningitis bacteriana es una infección del sistema nervioso central localizada en las meningitis producido por diferentes tipos de bacterias, una infección muy severa especialmente en los recién nacidos, se manifiesta generalmente con fiebre, perdida del apetito, convulsiones, deterioro rápido del estado general y al examen físico suelen encontrarse los llamados signos meníngeos que corresponde a rigidez nuchal. Sin embargo en pacientes muy pequeños y recién nacidos el cuadro puede ser bizarro y de una presentación atípica pero esos son los síntomas y signos mas comunes. **PREGUNTA:** ¿ de acuerdo a los signos y síntomas presentados por la menor el día 16/10/2003 a las 5:11 am, era posible hacer un diagnostico de meningitis bacteriana? **CONTESTA:** según los datos registrados en la historia clínica no, aunque la valoración directa del medico al paciente es la base pero en el caso y en este caso en particular la madre no refiere los síntomas que harían sospechar el cuadro el examen físico se consigna como normal, lo que hace pensar que no hay de donde sospechar el diagnostico de meningitis bacteriana. **PREGUNTA** ¿ sírvase informar cual es la importancia de los controles de consulta externa en pacientes recién nacidos **CONTESTA:** los recién nacidos deben tener un seguimiento y control estricto ya que el estado de salud puede cambiar de forma muy rápida en general se considera que los recién nacidos deben ser valorados en menos de una semana, en máximo la semana siguiente a su egreso y de encontrarse normales el medico recomendará cuando debe acudir al siguiente control según los hallazgos. **PREGUNTA** ¿ sírvase informar al Despacho si era previsible en consulta de las 5:11 am el fallecimiento de la menor evidenciado 4 horas después? **CONTESTA:** yo no conocí la paciente pero de acuerdo a lo que se registra en la historia clínica no era previsible.

Ahora bien, donde esta el análisis del nexo causal entre la omisión del medico y la muerte de la paciente?

Para que se pueda establecer la responsabilidad medica deben estar probados los elementos esenciales de dicha responsabilidad:

1. El daño o perjuicio:

Es la primera condición para que se configure la responsabilidad medica es el daño, elementos de la responsabilidad civil que constituye la fuente de la relación obligacional de indemnización.

2. LA culpa o conducta del médico:

Es la actuación voluntaria no ajustada a la lex artis por una falta de cuidado o negligencia, esta conducta puede ser un hecho positivo (acción por comisión) o un hecho negativo (acción por omisión).

3. El nexo de causalidad:

Debe existir entre la conducta llevada a cabo por el profesional de la salud y el daño o perjuicio ocasionado a la victima. Este establecimiento de la relación causa- efecto se logra a través de la prueba de la relación de causalidad, por tanto sin nexo de causalidad entre la conducta del profesional y el daño, no es posible atribuir responsabilidad médica, toda vez que, el daño pudo generarse bien sea por un riesgo inherente al mismo o por cualquier acontecimiento no imputable al galeno.

En materia de responsabilidad civil medica se juzgan hechos, conductas, procedimientos y decisiones que tienen un alto componente científico y saber especializado, los jueces deben contar así mismo con conocimientos que les permitan analizar tales circunstancias, lo cual supone dicho conocimiento sea arrimado al proceso mediante los mecanismos probatorios que dispone la ley procesal como la posibilidad de integrar al proceso testigos técnicos estudiosos en una materia para que aporten su saber al órgano judicial y de gran importancia , la prueba pericial como instrumento legal como el instrumento legal y científico más adecuado para permitir al juzgador la comprensión, análisis y valoración de los hechos puestos en consideración por las partes que actúan dentro del proceso, y por eso es fundamental analizar el régimen legal de este medio de prueba para así advertir su incidencia en la responsabilidad civil médica.

Ahora bien, El pliego de cargos dentro de la investigación disciplinaria con radicación No. 2130, en contra del Dr Carlos Ernesto Izquierdo, se fundamentó en fallas de tipo metodológico, semiológico y conceptual en la evolución de las condiciones clínico patológicas de la menor del paciente, a su vez dentro del fallo del Tribunal de ética Médica se consigna lo siguiente:

“Como bien se afirma en el alegato de descargos no se trata de un diagnostico fácil, su incidencia es apenas de 0 a 0.3 casos por 1.000 nacidos vivos, estos es, su pronóstico pobre y sus mas frecuentes agentes etiológicos son

Secherichia Coli en 38% de los casos, Streptococo Beta Hemolítico en el 31% Pasterella Cepacia, Listeria O Salmonella en otros el 25%.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, puede señalarse que la formulación de cargos no se refiere a la exigencia de precisión diagnóstica efectivamente difícil, sino al manejo médico incompleto y omisivo de la historia clínica de la menor fallecida, traducida en la falta de dedicación en el tiempo suficiente para el estudio del estado de la paciente (...)

Ahora bien, sancionan por lo siguiente:

Ley 23 de 1981 4°. –La relación médico paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.

ARTÍCULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

ARTÍCULO 15. – El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

De todo lo anterior, los magistrados del Tribunal de Ética Médica sancionaron al doctor Izquierdo por la Omisión en el registro de la historia clínica, pero como se demuestra de la lectura del fallo, **el diagnóstico de una meningitis es muy difícil determinar en pacientes recién nacidos, tal y como lo manifestó la pediatra CLEMENCIA MAYORGA, datos que no fueron tenidos en cuenta por el Juez al momento de la sentencia condenatoria.**

Dentro de la sentencia impugnada el Juez hace un análisis de la posible hora de deceso así:

“ Por si fuera poco , y no es un dato menor, que el fallecimiento de la niña, según la médica Clemencia Mayorga Ramirez se dio aproximadamente una hora antes de su ingreso por segunda vez al servicio de urgencias a dicha institución. Es decir, que entre la finalización de la primera atención (5:45 a.m) y la hora del deceso (8:20 a.m aproximadamente) transcurrió solo 2 horas y 35 minutos, lo que permite inferir que para el primer ingreso a urgencias **la paciente ya presentaba síntomas y afectaciones considerables en su aparato respiratorio,** respecto a las que el galeno no se preocupó por indagar, asumiendo por el contrario, una actitud desobligante y desinteresada en indagar sobre el estado real de salud (...)

Es desconocimiento de la Juez que no es una patología del aparato respiratorio como lo considero en su fallo sino es una inflamación de los tejidos que cubren el cerebro y la médula espinal. La inflamación algunas veces afecta al cerebro en sí. Ahora bien, los hallazgos de la necropsia se encuentra que “internamente se encontró edema cerebral, con material espeso color verdoso grisáceo de aspecto purulento, localizado en la base del encéfalo, comprometiendo leptomeninges, el resto de los órganos es de distribución y aspecto usual (...)”.

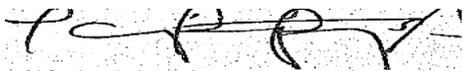
De lo anterior, se puede concluir que **NO PRESENTABA AFECTACIONES EN SU APARATO RESPIRATORIO**, como mal lo analiza el Juzgador, sino presenta material espeso color verdoso grisaseo y para llegar a este punto, la meningitis ya había evolucionado bastante, que se hubiera podido diagnosticar a tiempo, no una hora antes de la muerte sino días antes, si la madre de la paciente hubiese acudido a sus controles.

Recordemos que la doctora Clemencia Mayorga en su relato informo que los recién nacidos deben acudir a sus controles dentro de los cinco días siguientes al nacimiento, si esto hubiese sucedido la suerte de la paciente hubiese sido otra.

Si el Juez se hubiera apoyado en una prueba pericial o técnica y literatura médica podría primero aclarar sus confusiones respecto a la patología que la paciente presento, el tiempo de incubación de la meningitis, pues de la literatura médica establece que Los síntomas pueden aparecer de **2 a 10 días después de la exposición, pero generalmente en un plazo de cinco días**, entonces esto corrobora que si la madre de la paciente hubiese acudido dentro del tiempo que debía hacerse los controles se hubiese podido diagnosticar la meningitis y comenzar su respectivo tratamiento **lo cual se cuenta entre 7 a 10 días para que hubiese dado respuesta positiva el tratamiento y evitar la muerte de la menor**, no puede el Juez de primera instancia sin las herramientas y pruebas respectivas **CONDENAR al médico y al Hospital que por la omisión del médico en la valoración de la menor GENERO la muerte de la paciente, pues la necropsia arroja una evidencia de un gran avance en la infección y el resultado hubiese sido el mismo.**

Por ello solicito a su Despacho de la manera más respetuosa se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se nieguen las pretensiones de los demandantes y se proceda a **ABSOLVER DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL AL HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL.**

Del señor Juez;



LAURA PATRICIA PERICO PRIETO

CC. 52.422.999 de Bogotá
T.P. 132.483 del C.S.J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA DAVILA RV: Sustentación del Recurso de Apelación radicado No 11001310300820210044500

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 5/06/2023 4:55 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA DAVILA

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:** Wilmar Jose Cristancho Oicata <wilmarcristanchoabogado@outlook.com>**Enviado:** lunes, 5 de junio de 2023 16:54**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** Sustentación del Recurso de Apelación radicado No 11001310300820210044500

Bogotá D.C., 5 de mayo del 2.023

Doctor

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

Magistrado Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá D.C.

Secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

Referencia:	Demanda Impugnación acta de Asamblea Copropietarios Edificio Universal
Demandante:	Wilmar José Cristancho Oicatá
C. de C. No.:	79.745.698 de Bogotá D.C.
Demandado:	Edificio Universal
Nit.:	860.078.368 - 0
	Adriana Carolina Sanabria Nieto
C. de C. No.:	1.019.013.695
Radicado No.:	11001310300820210044501

Asunto:

Sustentación del Recurso de Apelación

Doctora ISAZA DAVILA reciba el más cordial y respetuoso saludo.

Estando dentro del término conferido en el auto del 25 de mayo de la presente anualidad, haciendo uso de la Ley de comercio electrónico 527 de 1999, en especial su artículo segundo (2º) literal a) y artículo décimo (10º), **Wilmar José Cristancho Oicatá**, por medio del presente susto el recurso de apelación incoado dentro del radicado en referencia, reafirmando lo indicado en el escrito enviado al juzgado fallador de primera instancia el 15 de marzo del 2.023, en donde resaltaba que a pesar que los administradores de propiedad nos vemos subyugados a la voluntad del Concejo de Administración, como indica el a quo en el fallo apelado, dicha voluntad debe respetar el **debido proceso** de la persona que desempeña el cargo de administrador.

La Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar mediante sentencia en sede de tutela con radicado No. T-8.244.789, analiza el el derecho al debido proceso que tienen los residentes en inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal en la adopción de decisiones por parte de los órganos de administración de una copropiedad, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

"1- El derecho al debido proceso en la adopción de decisiones por parte de los órganos de administración de una copropiedad

La dirección y administración del régimen de propiedad horizontal, entendido como la "forma de dominio que implica, por un lado, la propiedad exclusiva sobre una parte del inmueble bien sea un apartamento, un piso o un local comercial, y por otro, la propiedad común de las áreas sociales, necesarias para la existencia, seguridad y conservación del edificio", corresponde a la Asamblea General de copropietarios, al Consejo de Administración y al Administrador de la persona jurídica. Para el efecto, cada uno de estos tiene asignadas funciones diferentes y de colaboración mutua, cuya misión consiste en velar por la armónica y sosegada convivencia de los residentes del edificio o conjunto.

2- Límites a las funciones de los órganos de la administración.

Como se desprende de la normativa aplicable y de la jurisprudencia sobre la materia, el papel de los órganos de dirección y administración de los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal está ligado especialmente al manejo responsable de las áreas comunes y a la prudente utilización de las áreas privadas por parte de los residentes. Por lo que, según lo ha explicado la Corte "la Administración de un centro residencial, cuya función únicamente recae sobre las áreas comunes y de ninguna manera puede extenderse a las privadas, desborda el campo de sus atribuciones cuando obstaculiza o impide a los habitantes de las unidades de aquél ejercer los derechos individuales que les corresponden."

A fin de conocer los límites en el ejercicio de sus labores, la Ley 675 de 2001, en su artículo 51, distribuyó las competencias entre los diferentes órganos de la copropiedad, y asignó a los

Administradores un considerable número de tareas, como por ejemplo: i) la administración inmediata del edificio; ii) cuidar y vigilar los bienes comunes, y ejecutar los actos de administración; iii) notificar a los propietarios las sanciones impuestas en su contra por la asamblea general o el consejo de administración; iv) hacer efectivas las sanciones por incumplimiento de las obligaciones del reglamento o manual; entre otras. De manera que, la Administración puede ejecutar una amplia gama de actividades que le permitan atender de manera razonable sus cometidos y, en esa medida, "tiene un amplio ámbito de injerencia sobre las zonas comunes" mayor que el que puede desplegar sobre los bienes de dominio particular.

No obstante, su labor, como la de los demás órganos de la copropiedad, está sujeta a ciertos parámetros constitucionales y legales entre los cuales sobresale el respeto a los derechos fundamentales de los residentes. La Corte ha manifestado que "si bien las Asambleas de Copropietarios gozan de ciertas competencias para la consecución del interés general, las cuales puede desempeñar directamente o delegar en el Consejo de Administración, también lo es que el ejercicio de tales atribuciones debe ajustarse a la Constitución" Así, estos órganos no pueden convertirse en reguladores de los comportamientos de los residentes, salvo en los casos en que, exista un riesgo para la seguridad del conjunto o la armónica convivencia de los vecinos.

Esto adquiere especial relevancia en los casos en que las decisiones de la administración afectan o limitan el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sujetos de especial protección constitucional, toda vez que, estos se encuentran en proceso de formación (física, intelectual y moral) y en etapa de consolidación de su personalidad. En dichos casos, la Corte ha señalado que cualquier comportamiento o travesura no puede ser objeto de reproche o catalogada como falta por los encargados de la administración. Aunque los órganos de administración deben velar por la seguridad comunitaria y por la tranquilidad de los residentes, por ejemplo, mediante los libros de registro para dejar constancia de los acontecimientos que puedan amenazarla, la Corte entiende que, en el caso de los menores de edad, solo aquellos comportamientos que atenten o amenacen de forma clara la seguridad o armonía de la copropiedad pueden ser objeto de una eventual investigación y, llegado el caso, de sanción.

En consecuencia, se tiene que el papel de los órganos de dirección y administración de los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal está ligado especialmente al manejo responsable de las áreas comunes. Para el cumplimiento de esta función, estos órganos tienen una serie de atribuciones que solo podrán utilizar en la medida en que resulten razonables, sin que les sea permitido actuar como reguladores de los comportamientos de los residentes, salvo que exista un riesgo para la seguridad del conjunto o la armónica convivencia de los vecinos. En particular, en los casos que involucren el actuar de niños, niñas y adolescentes, los órganos de administración solo podrán investigar y sancionar aquellos comportamientos que atenten o amenacen de forma clara la seguridad o armonía de la copropiedad.

3- Posibilidad de los particulares de imponer sanciones conforme a los reglamentos de propiedad horizontal.

Según la Ley 675 de 2001, las personas jurídicas organizadas bajo dicho régimen tienen la facultad de crear sus propios reglamentos para armonizar el dominio privado con los espacios públicos o comunes. Tales reglamentos regulan los derechos y obligaciones de los

copropietarios y establecen cuáles actividades se encuentran permitidas en los espacios de uso común, además de las formas para financiar su mantenimiento. Al respecto, la Corte ha señalado que los reglamentos deben siempre enmarcarse dentro de la legalidad propia del Estado de Derecho y respetar los derechos de los copropietarios, terceros y demás sujetos interesados, por lo que ha estudiado varios casos relacionados con el ejercicio indebido de dicha facultad. Además, ha hecho énfasis en que los principios y reglamentos de las copropiedades no pueden generar actuaciones arbitrarias y discriminatorias, o desconocer el derecho al debido proceso de los copropietarios.

De lo expuesto se observa que, si bien los órganos de administración cuentan con amplias facultades de autorregulación, las cuales les permiten adoptar sus propios reglamentos e imponer sanciones, estas también tienen un claro límite en el respeto por los derechos fundamentales de los destinatarios de su aplicación, incluida la garantía del debido proceso.

4. Fundamento constitucional

El artículo 29 de la Carta prevé que dicha garantía constitucional debe ser respetada en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, incluidas las relaciones entre particulares, en especial en aquellos escenarios en los que estos tienen la facultad de imponer sanciones. La Ley 675 de 2001 señala expresamente que los procesos sancionatorios deben respetar el debido proceso y, en su artículo 60, dispone que para la imposición de sanciones se deben seguir los procedimientos contemplados en el reglamento interno, garantizar el derecho de defensa, contradicción e impugnación, valorar la intención que se tuvo al realizar el acto, la posible imprudencia o negligencia del infractor, y tener en cuenta circunstancias atenuantes. Así mismo, señala que para imponer una sanción "se atenderán criterios de proporcionalidad y graduación de las sanciones, de acuerdo con la gravedad de la infracción, el daño causado y la reincidencia."

5. Desarrollo jurisprudencial

La jurisprudencia ha identificado que en las actuaciones sancionatorias que adelanten los particulares como mínimo se debe garantizar:

"(i) el principio de legalidad, de manera que el procedimiento se sujete a las reglas contenidas en el reglamento o cuerpo normativo respectivo; (ii) la debida motivación de la decisión que atribuye efectos jurídicos a la conducta de quien es sujeto de sanción; (iii) la publicidad e imparcialidad en las etapas del trámite; (iv) la competencia estatutaria del organismo decisorio; y (v) el derecho a la defensa y contradicción" En otras palabras, "toda sanción demanda parámetros de razonabilidad de tal manera que persiga un fin legítimo, sea idónea para su realización y no se refleje como desproporcionada en términos de costo-beneficio."

Así,

"[Sólo] pueden ser objeto de sanción aquellas conductas que atiendan parámetros de proporcionalidad y razonabilidad y guarden relación directa con la seguridad o la armónica convivencia de los residentes", por lo que no será suficiente con que estas estén previstas en el manual de convivencia.

En consecuencia, aunque el reglamento de la copropiedad "constituye un negocio jurídico mediante el cual las partes, en condiciones de igualdad, pactan libremente las estipulaciones correspondientes y deciden sobre los derechos disponibles", este no puede comprometer derechos constitucionales fundamentales, sino que debe atenerse a unas reglas mínimas de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad, ajustadas a los mandatos constitucionales, a fin de garantizar la convivencia pacífica entre copropietarios y vecinos. El contenido del reglamento no podrá ir más allá de la regulación de los derechos que exige mantenimiento de la comunidad, y de aquello que resulte necesario para su existencia, seguridad y conservación. De manera que, no podrán ser oponibles cláusulas relativas a derechos que no trascienden el ámbito de lo privado y que, por tanto, formen parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad o la autonomía privada. Contrario sensu, los derechos que trascienden ese espacio íntimo pueden ser objeto de regulación más amplia, siempre bajo los parámetros que imponen los principios y valores del ordenamiento constitucional.

6- Conclusión

Los reglamentos de propiedad horizontal y los manuales de convivencia constituyen un acto de voluntad de la Asamblea General como resultado del ejercicio del derecho a la propiedad de sus integrantes. Los deberes, obligaciones, derechos y sanciones que en ellos se incluyan deben resultar acordes con la Constitución y la ley, en especial, con los derechos fundamentales de aquellos que se ven cobijados por sus normas. En cuanto al alcance de las sanciones, es preciso señalar que estas deben atender a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, previa determinación de un fin legítimo que las justifique. En todo caso, cualquier limitación al núcleo esencial de los derechos a la intimidad y a la autonomía privada de los residentes que se derive de estas, debe: i) ser excepcional; ii) tener por objeto garantizar la convivencia pacífica y la seguridad entre copropietarios y vecinos; y iii) garantizar previamente el debido proceso, esto es, que la actuación que se siga esté sujeta a reglas claras, sea pública e imparcial, concluya en una decisión debidamente motivada, y garantice los derechos de defensa y contradicción."

Es de aclarar que al suscrito le hicieron una encerrona violatoria del debido proceso por los demandados, de por si, con las pruebas allegadas se indico que el objeto de la asamblea era distinto al de despedirme como administrador.

Por otra parte, valoró la señora falladora de primera instancia como prueba la citación aportada por la pasiva fechada el 17 de agosto del 2.021, pero que en ella aparte de decir que era una Asamblea Ordinaria y no Extraordinaria como debe ser, en la cual, los demandados más que sustentar la convocatoria realizada hicieron un resumen de lo hay sucedido.

Por último, a pesar que efectivamente el concejo del Edificio Universal tiene la facultad para nombrar al administrador, así como revocarlo, lo mismo se debe dar respetando el debido proceso, si quiera en el escueto relato de la testigo no quedó claro cuando el Concejo supuestamente me despido, si fue el 6, el 11, el 12 o si el 17 de agosto de 2.021.

La única acta de Asamblea de Concejo aportada es la del 12 de agosto del 2.021, donde no se enuncia si fui informado para estar presente, aportar las pruebas que refuten los hechos que se me acusaran o presentar las explicaciones del caso.

Por último, al final de la tercera página del acta de la Asamblea de Copropietarios del 17 de agosto del 2.021, folio 101 del archivo 034, escrita a mano aportada por la demandada, dice:

“-La Presidenta: por parte del concejo ya que ver que el señor Wilmar se aprovechó y no consultó con el concejo (no)(se) Nosotros no se ha oficiado y por decisión del concejo se retiró del cargo y se aprovechó para oficiarse y queda en el acta la remoción del cargo al sr. Wilmar Cristancho.”

Siendo claro que efectivamente la destitución se realizó en la Asamblea Extraordinaria del 17 de agosto del 2.021.

Es pertinente reiterar que el suscrito quiere aprovechar la posibilidad que me brinda el recurso de apelación para depurar la falta de pruebas que por causas ajenas a mi voluntad en el escrito de demanda no pude aportar, el suscrito cumplió a cabalidad las ritualidades de la convocatoria a la Asamblea Extraordinaria del 17 de Agosto del 2.021, a pesar que el Concejo tiene la facultad de revocar al Administrador de la Copropiedad, lo debe hacer respetando el debido proceso, situación que en mi caso no se dio y que la destitución de mi cargo como administrador efectivamente se dio en la Asamblea del 17 de agosto del 2.021.

Así las cosas, pido al señor magistrado de segunda instancia, valore las pruebas en conjunto presentadas, revoque la decisión de segunda instancia y permita que se me cumplan las pretensiones plasmadas en el escrito de demanda y su respectiva subsanación.

Solicito acuse recibido.

Sin ser otro el objeto del presente.

WILMAR JOSÉ CRISTANCHO OICATÁ

Cédula de ciudadanía No. 79.745.698 de Bogotá

Tarjeta Profesional No. 233.736 del C. S. de la J.

Carrera 10 No, 18 – 44 oficina 902.

Celular 3166299229,

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GALVIS VERGARA RV: RESPOCICION SUBSIDIO
APELACION AUTO PROCESO 11001310301620200004501**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 9/06/2023 3:30 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (252 KB)

20230609141011625_rotated.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR 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: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 9 de junio de 2023 14:59

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: consul_juridico@hotmail.com <consul_juridico@hotmail.com>

Asunto: RV: RESPOCICION SUBSIDIO APELACION AUTO PROCESO 11001310301620200004501

Cordial saludo,

Se remite por competencia a OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Laura Melissa Avellaneda Malagón

Secretaria Administrativa de la Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

(571) 423 33 90 Ext. 8378

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: Abogados Asociados <consul_juridico@hotmail.com>

Enviado: viernes, 9 de junio de 2023 14:58

9/6/23, 16:02

Correo: Margarita Parrado Velasquez - Outlook

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: RESPOCACION SUBSIDIO APELACION AUTO PROCESO 11001310301620200004501

Cordial Saludo, estoy anexando documento referido en 3 (tres) folios .

JOSÉ VICENTE SANCHEZ PAEZ
Abogado
C.E. jvsanpa@hotmail.com
Calle 12 e No. 9-20 OFICINA TEL. 312-585-9559
Bogotá, D.C., Cantón Simonsón, Colombia.

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR
SALA CIVIL
M. P. Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Email: secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá, D. C.
E.S.D.

Ref. Proceso: EJECUTIVO HIPOTECARIO No11001310301620200004500
De: FONDO NACIONAL DEL AHORRO
Contra: GONZALO VILLAMIL D.Y OLGA LUCERO CASTRO ESCOBAR
Asunto: SUSTENTACIÓN RECURSO.

JOSE VICENTE SANCHEZ PAEZ, obrando como apoderado de los ejecutados en el asunto de la referencia, encontrándome dentro de la oportunidad procesal, con el debido respeto acudo ante el H. Magistrado a interponer el RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACION contra el auto de 5 de junio de 2023, notificado por anotación en estado de 6 de junio del año en curso, que negó la práctica de una prueba, de conformidad con los siguientes

MOTIVOS DE DESCONCIERTO

Aunque respetable el auto recurrido, no lo comparto como quiera que **desconoció** que en mi escrito de 13 de febrero de 2023, donde interpuse el recurso de apelación y su fundamentación, en el acápite de pruebas literal "a" solicité se oficiara al CONPES, prueba que en forma delantera se elevó.

Ahora, al tenor del inc. 3 del art. 302 del C. G. del Proceso, esta solicitud presentada oportunamente quedó aceptada por auto de 6 de marzo de 2023, que cobró ejecutoria dentro de los 3 días siguientes a la concesión del recurso en el efecto devolutivo y ordenó la remisión del expediente a la Sala Civil del Tribunal, correspondiendo este a su digno Despacho.

Sabido es que el art. 29 de la Carta Magna, confiere al legislador la potestad de perfilar los parámetros del debido proceso, también es notorio que dicha

disposición impone al fallador la necesidad de observar y regular las garantías mínimas probatorias, que para el presente caso están ausentes.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

El objeto de la petición de oficiar al CONPES, a efectos de obtener la certificación del valor de las UVR a la fecha de presentación del ejecutivo de la referencia, es probar que el Fondo que está pidiendo más de lo adeudado, y el señor Juez de conocimiento admitió la acción ejecutiva aceptando una petición extra opuesta a lo probado.

El préstamo otorgado a mis representados se garantizó mediante una hipoteca, contenida en la escritura pública N° 0098 de enero 16 de 2014 de la Notaria 16 del Circulo de Bogotá, donde se dijo que, para garantizar el crédito, los deudores constituían hipoteca por valor \$273.202.300, convertibles a UVR de la época.

Es de anotar que la abogada del Fondo, en la demanda pidió que se librara mandamiento de pago con base en la escritura pública 0098 del 16 de enero del 2014 Notaria 44 de Bogotá, incorporado en el pagaré No. 79379917, ...liquidables mediante una operación aritmética, ...que al 16 de enero de 2020 representan la suma de \$303.864.877,47, suma muy diferente a la acordada en el pagaré como en la escritura de hipoteca.

Ahora, tratándose de una prueba contundente y pertinente, que está encaminada a demostrar esa relación de causalidad entre el hecho que va a influir en la decisión que pueda tomar el Honorable Tribunal respecto del recurso de alzada que nos contrae y la prueba del mismo hecho, entre otras pruebas frente a la falencia en que se incurrió por parte de la demandante al liquidar las unidades UVR, que como su mismo nombre lo indica son UNIDADES DE VALOR REAL, ello quiere significar que las unidades crediticias en UVRs, siempre serán las mismas, lo que acontece es que su valor es el correspondiente al momento de su ejecución, es decir en el momento real, cambio que conlleva una enorme irregularidad y por tanto una nulidad de bulto.

Así las cosas Honorable Magistrada, considero que su señoría al negar el decreto y práctica de esta prueba que se encuentra pedida con suficiente antelación, en tiempo oportuno y hábil, esto es con el recurso de apelación que fue admitido por el juzgado de conocimiento, se estaría cercenando el derecho fundamental a la vivienda digna, que tanto se profesa en este país para sus coterráneos.

Así las cosas, al negarse este medio probatorio, se está exponiendo a los ejecutados, en un inminente peligro de perder su vivienda digna (art.51 de la C.N.), derecho fundamental que está en el limbo por el rechazo anticipado

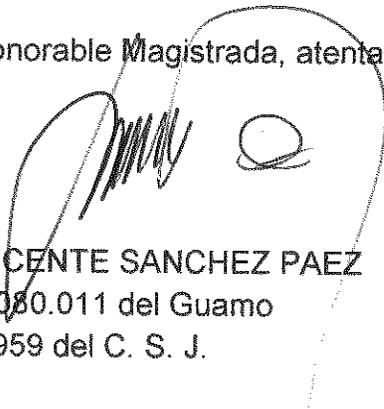
de la práctica de una prueba delantadamente pedida desde el 33 de febrero de 2023, con la que se pretende demostrar que tratándose de UVRS, tenemos que estas se rigen por tres modalidades a saber: Cuota baja, una estable y otra cíclica.

Al omitir este medio de prueba, que es el ápice de la defensa de los derechos e intereses de los ejecutados, se le estarían desconociendo estos pilares que la ley le brinda a esta clase de personas que por razón de las falencias matemáticas, desconocidas en parte por los abogados ejecutantes, conllevan a que el sueño de estos se veas truncado por una mala interpretación.

PETICION ESPECIAL

De conformidad con los breves planteamientos expuesto, en forma respetuosa solicito al Honorable Magistrado, se sirva reponer el auto recurrido, en consecuencia, disponer la práctica de la prueba contenida en mi escrito de apelación de 13 de febrero de 2023, prueba que está dentro de los parámetros del art. 302 del C. G. del Proceso, como en mi escrito de sustentación de fechas 30 y 31 de mayo de 2023 dando cumplimiento a lo dispuesto por la Honorable Magistrada, memorial de sustentación que fue presentado en tiempo es decir dentro de los tres (3) días que me otorga el art.302 del C.G. del Proceso, escrito que contiene nuevamente la solicitud de esta prueba fundamental para la defensa de los derechos de los ejecutados.

De la Honorable Magistrada, atentamente,



JOSE VICENTE SANCHEZ PAEZ
C.C. 93'080.011 del Guamo
T.P. 58.959 del C. S. J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA DAVILA RV: EXP. 2013-949 SUSTENTACION RECURSO APELACION

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 9/06/2023 4:08 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (853 KB)

SUSTENTACION APELACION ALIANZA FIDUCIARIA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA DAVILA

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: WBEIMAR HERNANDEZ ROA <wbeimarh@whasociados.com>

Enviado: viernes, 9 de junio de 2023 15:59

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: f.mayorga@mayorgamayorga.com <f.mayorga@mayorgamayorga.com>; mayorgamayorga@hotmail.com <mayorgamayorga@hotmail.com>; f.mayorga@mayorgamayorga.co <f.mayorga@mayorgamayorga.co>

Asunto: EXP. 2013-949 SUSTENTACION RECURSO APELACION

Honorables Magistrados

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil.

Magistrado Ponente. Dr. José Alfonso Isaza Dávila.

E.S.D.

PROCESO: ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA.
EXPEDIENTE: 110013103026-2013-00949-00
DEMANDANTE: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
DEMANDADO: MARVAL S.A. y SEGUROS CONDOR S.A.

ASUNTO: Sustentación recurso de apelación.

WBEIMAR HERNÁNDEZ ROA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11'188.944 expedida en Bogotá D.C., abogado portador de la tarjeta profesional No. 110.251 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderado especial de **JORGE MANUEL MARTINEZ BORRAS** y por medio del presente escrito, me permito con este correo, adjuntar el memorial por el se sustenta el recurso de apelación presentado por el suscrito.

Copia de este mensaje, junto con el memorial, se remite al señor apoderado de la demandante, de conformidad con lo establecido en el numeral 14 del artículo 78 del C. General del Proceso.

Agradezco acusar recibido del presente correo.

Cordialmente,

WBEIMAR HERNÁNDEZ ROA
W H. ASOCIADOS
Móvil (57) 310-3048946
Bogotá D.C.- Colombia

Este mensaje es confidencial. Su contenido está protegido por el privilegio abogado-cliente o trabajo-producto. Es exclusivamente para la persona o personas a quien(es) va dirigido éste e-mail. No se puede revelar su contenido a no ser que Usted esté expresamente autorizado para ello. En caso que haya recibido el presente mensaje por equivocación, por favor infórmeme de este hecho y bórralo. Gracias

This message is confidential, its content protected by the attorney-client or work-product privilege. It is intended solely for the person(s) to whom it is e-mail. You may not disclose its content unless expressly authorized to do so. If you have received this message in error, please so notify me and delete. Thanks.

Piense en el medio ambiente antes de imprimir este correo.

Honorables Magistrados

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil.

Magistrado Ponente. Dr. José Alfonso Isaza Dávila.

E.S.D.

PROCESO: ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA.
EXPEDIENTE: 110013103026-2013-00949-00
DEMANDANTE: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
DEMANDADO: MARVAL S.A. y SEGUROS CONDOR S.A.
ASUNTO: Sustentación recurso de apelación.

Wbeimar Hernández Roa, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11'188.944 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 110.251 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de **Alianza Fiduciaria S.A.**, quien interviene en el presente proceso en calidad de vocera y administradora del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, dentro de la debida oportunidad legal concurre ante usted con el objeto de sustentar el **Recurso de Apelación** interpuesto contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá.

En la apelación presentada ante la Dra. **Pilar Jiménez Ardila**, Juez 50 Civil del Circuito de Bogotá, se solicitó respetuosamente se concediera tal recurso frente a la decisión adoptada, de no reconocer el 100% del valor reclamado con la demanda. Toda vez que, el a quo consideró que **Alianza Fiduciaria S.A.**, como vocera y administradora del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, asumió una actitud pasiva frente a las manifestaciones realizadas por **Marval S.A.**, al no haberse pronunciado para advertirle la improcedencia de las mismas y/o eventualmente rechazar la propuesta por falta de seriedad.

Para el mencionado despacho, **Alianza Fiduciaria S.A.** con su actitud y determinación de seguir adelante, no solo no detuvo la expansión del daño causado, sino que lo afianzó, lo maximizó, al adjudicar el contrato a una contraparte que le había expresado que su oferta

no se podía mantener, creando con ello una expectativa que más allá de lo que ya se sabía, no podía pagar **Marval S.A.**

Con el presente memorial se pretende demostrar que es procedente el reconocimiento del valor reclamado en la demanda presentada por mis prohijados en contra de **Marval S.A.**, de acuerdo con las siguientes:

1. Consideraciones

Seguidamente se expondrá las razones por las que la decisión tomada el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, carece de fundamento legal y es vulneratoria de los derechos de mi representada, y por tanto, debe ser revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Para ello se abordará en primer lugar, los fundamentos relevantes para el presente recurso y que tuvo en cuenta el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, para despachar de manera desfavorable las excepciones propuestas por la demandada **(1.1.)**, para luego exponer y desarrollar el por que la decisión de no reconocer el 100% del valor reclamado con la demanda en el caso concreto es una decisión injustificada y sin sustento legal **(1.2.)**, y por último, se elevará una solicitud ante esta Honorable Corporación para que conceda el recurso de apelación **(2)**. En general se desarrollará lo siguiente:

1.1. Fundamentos de la sentencia que resultan relevantes para el recurso.

En este acápite se indicará al despacho algunos de los fundamentos de la sentencia que se consideran relevantes para el presente recurso y que sirvieron de sustento al Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, para despachar de manera desfavorable las excepciones propuestas por la demandada.

1.1.1. La existencia de una responsabilidad contractual.

El Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá señala que el problema jurídico consiste en determinar si la demandada **Marval S.A.**, es responsable civil y contractualmente por su decisión de no suscribir el contrato de compraventa a que hace referencia los términos de referencia de la invitación para la venta de derechos fiduciarios generados en septiembre de 2011 por **Alianza Fiduciaria S.A.**, como vocera del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, y por tanto si está obligada a reparar los perjuicios que dicha decisión hubiesen causado.

Para resolver dicho problema jurídico, el mencionado despacho señala que el artículo 845¹ del Código de Comercio, define la oferta como un proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, la cual deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario, y que tiene como característica su irrevocabilidad -*artículo 846² del Código de Comercio*- una vez a sido comunicada, so pena de indemnizar los perjuicios que se cause al destinatario.

Así mismo indica que el artículo 860³ del Código de Comercio, determina que en licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos que también suele denominarse términos de referencia o pliego de condiciones, constituye el oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato, eso sí condicionado a que se elegida como la mejor

Con fundamento en lo señalado, indica el *a quo*, que para lo que es relevante en el presente caso, cuando confluye un pliego de cargos con la mejor postura presentada al oferente se consolida un acuerdo jurídico, de ahí que incumplirlo puede generar responsabilidad civil contractual; razón por la cual concluye el **Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá**, que en el presente caso **NO** es cierto que nos encontremos frente a una responsabilidad extracontractual, como pretende hacerlo ver la demandada, por cuanto esa fase previa al contrato futuro que convoca al interés de los oferentes también es un negocio jurídico, que tiene efectos y genera obligaciones a las partes.

La tesis anterior, la apoya el *a quo* en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 12 de agosto de 2002, Exp. 6151 M.P. José Fernando Ramírez Gómez, en la que se explicó:

¹ **Artículo 845.** La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

² **Artículo 846. La propuesta será irrevocable.** De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.(...)

³ **Artículo 860. Licitaciones Pliego de cargos.** En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

“... el tratamiento jurídico de la responsabilidad contractual no supone necesariamente la existencia de un contrato, si no más bien la presencia de un “vínculo jurídico” con abstracción del momento en que éste surge, el cual, se itera, puede aparecer en la fase precontractual, como expresamente lo anotó la sentencia de 13 de diciembre de 2001, cuando expuso a propósito del punto, que los actos y tratos que venía examinando bien pueden “válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, itérase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente de la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados” (subraya fuera de texto).

Desde luego que en el marco del Código de Comercio y en relación con el caso concreto, la controversia sobre el tipo de responsabilidad está claramente definida, porque como ya se anotó, el artículo 863 consagra un principio general de responsabilidad durante el periodo precontractual, sea este, de meras tratativas o de oferta seguida de aceptación que no perfeccionan el contrato, bien porque es solemne, ora porque es real. Responsabilidad esta que aparece aún con independencia del surgimiento de un “vínculo jurídico”, pues basta que el perjuicio provenga de un actuar no guiado por la “buena fe exenta de culpa”, según lo declara el artículo 863.”

Por lo anterior el *a quo* considera que el asunto objeto del proceso de la referencia, debe resolverse desde la óptica de la responsabilidad contractual.

1.1.2. Los presupuestos de la responsabilidad civil están demostrados.

El **Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá** se refiere a los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, recordando que son fuente de las obligaciones: **a.** el negocio jurídico; **b.** el daño; **c.** el enriquecimiento sin causa, y, **d.** la ley, aclarando que dentro del negocio jurídico esta, el contrato y el cuasicontrato dentro del daño, el delito y el cuasidelito.

Señala que la responsabilidad civil es fuente de obligaciones, ya que quien a ocasionado un perjuicio a otro, debe reparar las consecuencias derivadas del mismo, desde el punto de vista conceptual, se ha entendido por responsabilidad la situación por medio de la cual, una persona se encuentra en la necesidad y en la obligación de asumir jurídicamente los efectos que ha producido un acto o un hecho, efectuado directamente por su

comportamiento o por la actividad de terceras personas que están bajo su cuidado o dependencia.

Precisados los anteriores conceptos, y de acuerdo con lo que el responsable tenga que asumir y la causa que haya dado origen a la situación, se ha clasificado la responsabilidad desde el punto de vista genérico, en contractual y extracontractual, según que, ese deber de asumir las consecuencias provenga de un contrato, convención, acto unilateral, o por el contrario provenga de la mera ocurrencia de un hecho sin la intervención de la voluntad o sin que haya un comportamiento o conducta dirigido a la producción de esa situación respectivamente.

Para que se configure la responsabilidad contractual, deben presentarse cuatro presupuestos, **(i)** debe existir un contrato válidamente celebrado; **(ii)** debe haberse presentado un incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por quien ha sido demandado. **(iii)** debe existir un daño. **(iv)** debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento contractual del demandado y el daño.

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, el despacho concluye que la propuesta presentada por la demandada **Marval S.A.**, fue considerada la mejor oferta y tiempo después le fue adjudicado el contrato, pues así lo recomendó el comité evaluador, situación está que para el despacho produce un vínculo jurídico entre las partes, como lo concluye la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 12 de agosto de 2002, Exp. 6151 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

No obstante, advierte el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, que la elección del mejor oferente y la adjudicación del negocio propuesto, no implicó la celebración del contrato de compraventa o de cesión de los derechos fiduciarios, pues los mismos pliegos sometían el mismo a una suscripción pos-adjudicación del contrato de venta, sin embargo con la oferta mercantil y el conocimiento de la mejor propuesta de los participantes y luego la decisión de adjudicación concordante con ello, se conformó un negocio jurídico en virtud del cual el mejor postor quedó obligado a suscribir el contrato de venta ya estando definidos sus elementos esenciales como es el objeto y el precio, con la suma de la oferta mercantil y la propuesta dada, y ,conforme al numeral 4⁴ del artículo 1611 y el artículo 1857⁵ del Código Civil.

⁴ **Artículo 1611.Requisitos de la promesa.** La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: (...)

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones contractuales, el despacho considera que el mismo consistió en no suscribir el contrato, para el despacho en el momento en que **Marval S.A.** presenta su postura y no habiendo una mejor, el contrato quedo celebrado - *artículo 860 del Código de Comercio*-, naciendo con ello a la vida jurídica un vínculo en el cual las partes quedaban obligadas a suscribir el contrato prometido.

Aclara que si bien el contrato estaba supeditado a dicha solemnidad, no por ello las partes se podían retractar de la oferta sin ninguna consecuencia, pues existía un vínculo jurídico entre las partes, ya que la promesa tenía una obligación de hacer conforme al artículo 861⁶ del Código de Comercio, la cual es irrevocable de acuerdo al artículo 846 *ibidem*, como se viene explicando.

Complementa lo anterior, el despacho al señalar que la imposibilidad de revocar la oferta, implica la imposibilidad de corregir, subsanar, o aclarar la postura en asuntos esenciales al negocio que se quiere celebrar, como bien lo señalo la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia 2 de octubre de 2016, Exp. 5000232600020030095901 Rad. 38696 CP Martha Nubia Velásquez Rico:

“Frente a las reglas de la oferta mercantil y en particular a lo dispuesto por el artículo 860 del Código de Comercio, el derecho a corregir, subsanar o aclarar la postura en relación con una oferta mercantil no puede versar sobre asuntos esenciales del negocio jurídico, toda vez que en tal supuesto no se configuraría el acuerdo de voluntades que se encuentra en la base de la formación de todo contrato, se agrega que el artículo 855 del citado código establece que la aceptación condicional será considerada como nueva propuesta, de donde el derecho a corregir, subsanar o aclarar no puede ser invocado sobre aspectos que hagan variar las condiciones del negocio jurídico en los términos en que se ha aceptado.

4.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

⁵ **Artículo 1857. Perfeccionamiento del contrato de venta.** La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: (...)

⁶ **Artículo 861. Promesa de celebrar contrato.** La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso.

Por ello a la luz del derecho privado, agrega la providencia, las cláusulas del pliego de condiciones mediante las cuales se establece el derecho de la entidad convocante a pedir aclaraciones y las que relacionan los documentos pasibles de aclaración deben ser respetadas en la medida en que por esa vía no se abra la puerta a mutar, en el curso de la dinámica de formación del contrato, los elementos esenciales del negocio ofrecido.

De lo contrario, se rompería el principio de aceptación pura y simple o libre de condicionamientos exigido para el perfeccionamiento del contrato bajo el régimen de la oferta mercantil.”.

Para el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, cuando **Marval S.A.** no suscribe el contrato prometido, faltando a ese deber convencional que surge de la oferta mercantil y la propuesta, se generó un daño al **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, consistente en un lucro cesante sobre la suma que dejó de percibir y pudo haber recibido si **Marval S.A.** hubiese cumplido su obligación.

En cuanto a la culpa, si bien el despacho considera que la negativa de **Marval S.A.** a suscribir el contrato no puede considerarse como una actuación dolosa, lo que sin considera y deduce de los testimonios practicados, es que **Marval S.A.** no imprimió el suficiente cuidado al negocio que estaba realizando *-que no era de menor importancia, como señala el despacho-*, pues de manera descuidada no se aseguró bien como debían diligenciarse los documentos de la propuesta económica que iba a presentar, incurrió en un error que solo puede atribuírsele a ella misma, como un obrar con culpa de un profesional como lo es **Marval S.A.**

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyo el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá que hubo un incumplimiento de **Marval S.A.** al no suscribir el contrato, que ese incumplimiento genero un daño al **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, y que ese incumplimientos se generó de manera culposa y sin justa causa.

1.1.3. Los términos de referencia eran claros.

Para el despacho, los términos de la propuesta económica, contenidos en el literal B del numeral 10.1 como en el anexo 5 formato para la propuesta económica de los pliegos, eran claros sobre como deberían ser diligenciados, pues allí se indicaba sin lugar a equívocos, que el valor mínimo de los derechos fiduciarios ya estaba especificado en los pliegos (Adenda 2).

Señala que por lo anterior, el proponente solo debería ofrecer un porcentaje adicional a ese valor mínimo, en eso consistía la propuesta, lo debía hacer en múltiplos de 5 y lo debería consignar el anexo 5 formato para la propuesta económica, en donde en ninguno de sus espacios se determina que deba totalizarse el valor total de la propuesta, compuesto por el valor base ya definido y el valor adicional, pues el formato solo da cabida a indicar el porcentaje adicional.

Por lo anterior, para el despacho los formularios y el pliego no eran vagos o imprecisos en ese aspecto, pues nada indica que deberían incluirse en el formato el valor base ya definido y el valor adicional. Adicionalmente, recuerda que durante el plazo de aclaraciones a los términos tanto **Marval S.A.** como los demás oferente no presentaron observaciones o aclaraciones al respecto, aunado a ellos, los demás oferentes presentaron sus propuestas económicas en el formato, solo aludiendo al porcentaje adicional en múltiplos de 5 y jamás haciendo referencia al valor del precio base de licitación en términos porcentuales, lo que da fe sobre la claridad de los términos en dicho aspecto.

1.1.4. Sobre la inviabilidad de la propuesta para **Marval S.A.**

El juzgado manifiesta que si bien los testigos manifestaron que la propuesta presentada con el error inexcusable era inviable financieramente para **Marval S.A.**, de acuerdo con un modelo financiero que presento uno de esos testigos presento con su declaración, es claro el mismo no fue puesto a consideración de **Alianza Fiduciaria S.A.** como para poder oponérselo y a partir del mismo, poder afirmar sin ninguna duda de que el porcentaje ofrecido era solo un 55% más.

También advierte el despacho que dicho modelo financiero, al margen de su viabilidad o no, es susceptible de ajustes cuando las cifras deben variar en aras de no afectar los indicadores financieros o índices de rentabilidad proyectados, ya que según la versión de los testigos, no se consideraron todas las variables posibles, como productos diferentes a vivienda - *unidades comerciales*-, tampoco se tuvieron en cuenta los precios del sector, los valores del sector modificaciones, lo cual puede incidir de manera radical en el modelo financiero.

De acuerdo con lo anterior, es claro que **Marval S.A.**, nunca demostró al momento de alegar su error que el modelo financiero no era viable, pues el documento que contine el supuesto modelo financiero solo se vino a conocer en la audiencia de pruebas del proceso

de la referencia al ser presentado por un testigo. Así mismo, dicho modelo no contine los soportes que permitan verificar la veracidad de las sumas y datos allí contenidos; sin embargo se pude observar y llama la atención que en mismo no solo no contemplé una mezcla de productos inmobiliarios que pude hacer más rentable la propuesta, si no que tampoco considero los valores del producto inmobiliario en la zona, razones que por sí solas restan credibilidad al ejercicio financiero presentado por el testigo.

1.1.5. La Buena Fe de Alianza Fiduciaria S.A.

Para el despacho, no se divisa mala Fe por parte de **Alianza Fiduciaria S.A.** como vocera del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, pues pese a que fueron insistentes las aclaraciones presentadas por **Marval S.A.**, a dicha sociedad no le era viable entender que la oferta realizada por el **Marval S.A.** era otra a la expresado en la propuesta, su actuar estuvo guiado por lineamientos del pliego, por las reglas del juego establecidas desde un principio y por la aplicación de las normas que nos enseña que la oferta es irrevocable, por lo que desde esta perspectiva no se pude predicar una mala fe de **Alianza Fiduciaria S.A.**

1.2. La decisión de no reconocer el 100% del valor reclamado con la demanda en el caso concreto es una decisión injustificada y sin sustento legal.

En este acápite se indicará al despacho las razones por las que no reconocer el 100% del valor reclamado con la demanda en el caso concreto es una decisión injustificada y sin sustento legal. Para ello se demostrará que **a)** el actuar de mi prohijada no solo fue diligente y conforme a los términos de referencia, si no que, también minimizo los efectos del daño, **b)** la decisión en que se fundó el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá para tomar la decisión de no reconocer el 100% de los perjuicios en el presente caso, no es aplicable a los hechos objeto del presente proceso.

Previo a abordar los mencionados ítems es necesario recordar el argumento del Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá para tomar la decisión de no reconocer el 100% de los perjuicios causados.

Si bien el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá considera que en el presente caso al estar reunidos y demostrados los presupuestos de la responsabilidad civil, es procedente entrar a reclamar el lucro cesante bajo un procedimiento matemático, sin embargo, al entrar a realizar la tasación de los perjuicios, el a quo considera, que según la normativa civil y las reglas jurisprudenciales, no le es dable a **Alianza Fiduciaria S.A.** como vocera del

Fideicomiso Manzana 5 las Aguas perseguir todo del valor reclamado, a pesar de estar consolidado el daño, como bien se demostró en el proceso.

La decisión anterior, la fundamenta el a quo, en una supuesta actitud pasiva por parte de **Alianza Fiduciaria S.A.** al momento de enterarse de que la propuesta de **Marval S.A.** podía no ser seria o no podía ser sostenida por el oferente, en razón al error cometido al diligenciar el anexo 5 formato para la propuesta económica de los pliegos.

Aclara que con lo anterior, no quiere decir que **Alianza Fiduciaria S.A.** tuviese que aceptar la aclaración realizada por **Marval S.A.**, pero si considera que debió haberse pronunciado, bien sea, para advertirle la improcedencia de su aclaración o eventualmente para tomar la decisión de rechazando la propuesta por falta de seriedad ante dichas manifestaciones.

Resalta que desde el 28 noviembre de 2011 **Marval S.A.** elevó en varias ocasiones la manifestación sobre la imposibilidad de suscribir el contrato, en razón a una supuesta imposibilidad de asumir una obligación de un 55% de más; y que pese a ello, **Alianza Fiduciaria S.A.** jamás hizo una manifestación al respecto, bien fuese indicándole que su solicitud no podía ser de recibo a esa altura del proceso de selección o rechazado la propuesta.

Para el despacho, esta supuesta omisión tiene que tener algún impacto frente al perjuicio que se reclama, ya que pese a las manifestaciones que hizo **Marval S.A.** -*aun cuando no fueran de recibo*- **Alianza Fiduciaria S.A.** optó por un absoluto silencio y continuó con el proceso para formalizar un contrato, aun cuando por lo menos desde la carta del 30 de noviembre de 2011 era ya evidente que ello no iba a ocurrir. Considera el a quo, que con este obrar o determinación de seguir adelante, **Alianza Fiduciaria S.A.** no detuvo la expansión del daño causado, y por el contrario, lo afianzó, lo maximizó, lo quiso consolidar mucho más, al adjudicar el contrato a una contraparte que ya le había expresado que su oferta no se podía mantener, lo convocó a que lo firmara y con ello, **Alianza Fiduciaria S.A.** termina entonces con esa adjudicación posterior creando una expectativa más allá de los que ya se sabía no podía pagar el oferente **Marval S.A.**

a) El actuar de mi prohilada no solo fue diligente y conforme a los términos de referencia, si no que, también minimizó los efectos del daño.

En primer lugar, es preciso señalar que contrario a lo expresado por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, está demostrado con el material probatorio aportado al proceso, que **Alianza Fiduciaria S.A.** si se pronunció frente a las manifestaciones realizadas por **Marval S.A.**, como bien lo reconoce esta última en su oficio del 12 de diciembre de 2011, al señalar en el numeral 13 de la misma lo siguiente:

13. El 7 de diciembre de 2011, la Junta del Fideicomiso Manzana 5 – Las Aguas remitió una comunicación a Marval S.A., en la que se da respuesta a la carta del 2 de diciembre de 2011, citada en el numeral anterior. En dicha comunicación, la Junta expresa, por una parte, que Marval S.A. "solicita se revise por parte de la Junta del Fideicomiso Manzana 5 – Las Aguas, la decisión adoptada a propósito de la adjudicación a la firma...", lo cual es claramente impreciso, dado que, como se ha expresado, al enviar la carta del 2 de diciembre de 2011, Marval S.A. no había sido notificada de tal adjudicación. Esto explica que en esta carta se insistiera en "solicitar a la Junta del Fideicomiso..., previamente a la adjudicación del contrato...", tener en cuenta que la oferta de Marval S.A. correspondía a un valor total de \$25.575.000.000. Por otra parte, la Junta manifiesta, simplemente, "que los trámites posteriores a la adjudicación... se surtirán conforme a los lineamientos establecidos en el pliego de condiciones (términos de referencia) que antecedieron el proceso de contratación en mención" (se subraya). Así, es evidente que no se pronunció sobre la solicitud formulada, ni sobre sus fundamentos.

Como bien se puede observar, no es cierto que **Alianza Fiduciaria S.A.** como vocera del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas** haya asumido una actitud pasiva y guardado silencio frente a las manifestaciones de **Marval S.A.**, pues en la comunicación antes señalada, **Marval S.A.** no solo reconoce que se le dio respuesta, sino que también se evidencia que se le indico, que frente a su solicitud de revisar la decisión adoptada *-adjudicación-*, los tramites posteriores a la adjudicación, se surtirían conforme a los lineamientos del pliego de condiciones.

Lo señalado en el párrafo anterior, guarda coherencia con lo señalado en el numeral 1.1.5. del presente memorial, en el que se hace referencia, al hecho de que el a quo reconoce que el actuar de **Alianza Fiduciaria S.A.** como vocera del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, siempre estuvo guiado por lineamientos del pliego, por las reglas del juego establecidas desde un principio y por la aplicación de las normas que nos enseña que la oferta es irrevocable, razón por la que desde esta perspectiva el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá fue enfático al señalar que no se pudo predicar una mala fe de **Alianza Fiduciaria S.A.** el presente caso.

En lo que se refiere a la posibilidad de rechazo de la oferta, como bien se advirtió en el recurso que se sustenta en el presente escrito, las causales para ello estaba definidas en el numeral 11 de los términos de referencia del proceso de contratación o propuesta, de la siguiente manera:

“... De acuerdo con los numerales anteriores, se incluyen los casos en que se genera RECHAZO de la propuesta:

- A. La falta de capacidad jurídica, técnica y financiera para presentar la oferta a la fecha de cierre de la invitación.*
- B. Cuando en la oferta se encuentre información o documentos que contengan datos tergiversados, alterados o tendientes a inducir a error a la Junta del Fideicomiso.*
- C. No presentar la oferta dentro del plazo establecido para el cierre de la invitación, o cuando haya sido enviada por correo.*
- D. En el caso que el oferente se encuentre incurso en las causales de inhabilidad o incompatibilidad fijadas en la Constitución y la Ley.*
- E. Cuando durante el proceso de invitación se presenten circunstancias que alteren sustancialmente y desfavorablemente la capacidad financiera u operativa del oferente.*
- F. Presentar la oferta sin firma del oferente o de su Representante Legal.”.*

Como se puede observar, la situación expuesta por **Marval S.A.** no solo no se enmarca dentro de las anteriores causales, si no que tampoco se demostró que los estuviera, razón por la cual, no podía la junta del Fideicomiso apartarse de dichas reglas, que como bien lo señaló el despacho, constituyen los términos de una propuesta que es irrevocable, e inmodificable, por ser parte de las condiciones del negocio jurídico que se ha aceptado.

En ese orden de ideas, y siguiendo las reglas establecidas en los pliegos de condiciones, el camino a seguir por parte de **Alianza Fiduciaria S.A.** como vocera del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**, no era otro que el establecido en el numeral 12 de la propuesta, es decir, instar a **Marval S.A.** para que procediera a firmar el contrato, **No** para expandir el daño causado o afianzarlo, maximizarlo, consolidarlo, si no por el contrario, para agotar un procedimiento, que le permitiese adjudicar el contrato al proponente que hubiese quedado en segundo lugar, y de esta manera mitigar el daño que se hubiese causado en el evento de no adjudicar el contrato.

Es importante resaltar que si no se adjudicaba el contrato al segundo postor, el perjuicio equivaldría al total de la suma propuesta por **Marval S.A.**, es decir la suma de

\$42.075.000.000; por el contrario, al adjudicarse al segundo postor, dicho perjuicio disminuye considerablemente, pues solo equivaldría al lucro cesante causado en razón a la diferencia entre el menor valor que tuvo que recibir el **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas** al adjudicar el contrato de venta al segundo postor y la oferta inicial incumplida por **Marval S.A.**, es decir la suma de **\$10.725.000.000**.

En este orden de ideas, es claro que **Alianza Fiduciaria S.A.** tenía de acuerdo a los términos el deber de agotar el trámite de firma del contrato, para de esa manera poder adjudicar el proceso al segundo oferente y así mitigar los daños sufridos y para evitar una lesión mayor a los intereses del **Fideicomiso Manzana 5 las Aguas**.

b) La decisión en que se fundó la decisión de no reconocer el 100% de los perjuicios, no es aplicable a los hechos objeto del presente proceso.

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia CS 282 del 15 de febrero de 2021, magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicado 08001-31-03-003-2008-00234-01, en la que se fundó el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá para tomar la decisión de no reconocer el 100% de los perjuicios solicitados y causados, no es aplicable a los hechos objeto del presente proceso, dado que las situaciones fácticas que sirvieron de fundamento para que la Corte Suprema de Justicia considerara que se faltó al deber de mitigar el daño, son distintas a las que rodean la presente disputa, por tanto, no puede el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá aplicar un mismo el fallo, cuando los casos no son similares y sin hacer un análisis de fondo sobre las particularidades del presente proceso.

Se tiene que en los hechos del proceso 008001-31-03-003-2008-00234-01 se presentó una situación distinta a la que nos ocupada en este caso, dado que el demandante efectivamente no realizó ninguna acción tendiente a mitigar el daño, a saber, el demandante al conocer el hundimiento del planchón el 13 de septiembre de 2007, así como los cuantiosos ingresos que dejarían de percibirse en criterio de la víctima, la buena fe le imponía a ésta que actuara de forma inmediata para tomar las medidas que permitieran el reemplazo del vehículo y, por esta senda, obtener los réditos que aguardaba de su actividad, sin esperar al proferimiento de una sentencia en que se condenara a su contraparte negocial.

De otro lado, los hechos de la disputa actual son diferentes, por cuanto, en primer lugar y como se explicó en el literal anterior, mi representada si tomo las medidas para mitigar los daños sufridos y para evitar una lesión mayor a sus intereses, al agotar el trámite de firma

del contrato, para de esa manera poder adjudicar el proceso al segundo oferente. Entonces la actuación de la víctima del presente caso a diferencia del proceso 008001-31-03-003-2008-00234-01, es diferente, pues **Alianza Fiduciaria S.A.** sí tomo las medidas que permitieron minimizar el daño.

Lo anterior, permite evidenciar la diferencia que existe en los hechos del proceso actual y los que dieron origen a la decisión de la sentencia del 15 de febrero de 2021 emitida por la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, no puede asimilarse la forma en que actuó el demandante del proceso con radicado 08001-31-03-003-2008-00234-01, con la actuación desplegada por **Alianza Fiduciaria S.A.** en el presente caso, quien se reitera, si tomo las medidas para mitigar el daño evitando su extensión. Son dos situaciones completamente distintas, que requieren un análisis diferente y, por consiguiente, la aplicación del mismo sustento legal en casos distintos no conlleva a una decisión justa y por el contrario genera una solución desigual para las partes involucradas. Entonces, trayendo a colación el principio de igualdad, se tiene que:

“9.3. El principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho. Este principio, en términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se halla en distintas situaciones de hecho. Esta formulación general no refleja sin embargo la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes para el derecho al momento de verificar las condiciones de hecho, considerando que todas las personas y situaciones presentan semejanzas y diferencias.”(Negrillas fuera de texto)

La Corte Constitucional reconoce que el principio de igualdad tiene una aplicación compleja y diversa en el ordenamiento jurídico interno, sin embargo, la base fundamental de este principio es mantener una igualdad de trato entre las personas que se encuentran en hechos semejantes y un trato diferente para quienes estén en situaciones distintas. Y es allí donde se evidencia que los jueces no pueden aplicar los mismos sustentos jurídicos para fundamentar sus decisiones en casos con hechos distintos, sin tener en consideración las situaciones particulares de cada proceso, pues ello les impide tomar una decisión acorde a los postulados constitucionales.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-178 del 26 de marzo de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

Tal y como sucedió en el presente caso, donde el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá aplicó erróneamente el mismo fundamento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia al presente proceso, aunque los hechos de cada trámite son distintos, y sin analizar las situaciones que envuelven el caso concreto, con el fin de determinar si se aplica o no una consecuencia tan grave como lo es el no reconocer la totalidad del daño sufrido.

Entonces, el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá no consideró que mi cliente si tomo las medidas necesarias para mitigar el daño en tiempo, que actuó conforme a los términos de referencia del proceso; que actuó de buena fe. Hechos que son relevantes para que un juez pueda tomar una decisión frente al caso, considerando el trámite que ha surtido el presente proceso y los derechos que le asisten a la demandante, quién actualmente se ve perjudicado con la decisión de no reconocer el 100% de los perjuicios que le fueron causados, a pesar de estar plenamente demostrado que con su actuación se mitigó el daño causado.

En definitiva, se evidenció que el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá aplicó una sentencia de manera errada al presente proceso, dado que la regla fue aplicada a hechos distintos a los del presente caso, y se ocasionó la vulneración del derecho al resarcimiento de sus perjuicios.

2. Solicitud.

En virtud de los argumentos expuestos, solicito, con todo respeto, que conceda el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá.

Y, en consecuencia, se revoque parcialmente el numera 4 de la misma, ordenando condenar a **Marval S.A.**, a pagar a la parte demandante por concepto de daños en la modalidad de lucro cesante y en el término de 20 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de **\$10.725.000.000**, junto con los intereses de mora a partir del día siguiente al que se adjudicó el contrato al segundo oferente y hasta que se haga efectivo el pago.

Cordialmente,


WBEIMAR HERNÁNDEZ ROA
Cédula No. 11.188.944 de Bogotá
T.P. No. 110.251 del C.S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA DAVILA RV: Rad.11001-3103-026-2013-00949-01. Alianza Fiduciaria S.A. Vs Marval S.A.. Sustenta apelación contra sentencia de primera instancia.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 9/06/2023 4:48 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (639 KB)

sustenta apelación marval . Final.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA DAVILA

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: p.trujillo@mayorgamayorga.com <p.trujillo@mayorgamayorga.com>

Enviado: viernes, 9 de junio de 2023 16:42

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>

Cc: f.mayorga@mayorgamayorga.com <f.mayorga@mayorgamayorga.com>; Piedad Trujillo Robles
<p.trujillo@mayorgamayorga.com>; wbeimarh@whasociados.com <wbeimarh@whasociados.com>;
camilo@perezprtacio.com <camilo@perezprtacio.com>

Asunto: Rad.11001-3103-026-2013-00949-01. Alianza Fiduciaria S.A. Vs Marval S.A.. Sustenta apelación contra sentencia de primera instancia.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL

M.P. JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

[mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co]secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia: **VERBAL**
Demandante: **ALIANZA FIDUCIARIA.**
Demandados: **MARVAL S.A. Y OTRO.**

Radicado: **11001-3103-026-2013-00949-01**
Asunto: **SUSTENTA RECURSO DE APELACIÓN.**

CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, mayor de edad y con domicilio en Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 80'414.092 de Usaquén y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 59.781 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de **MARVAL S.A.**, parte demandada, de conformidad con poder que obra en el expediente, por medio del presente correo me permito adjuntar archivo que contiene la sustentación del recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia.

Se remite correo al apoderado de Alianza Fiduciaria, Doctor WBEIMAR HERNANDEZ ROA, al correo wbeimarh@whasociados.com. Y al apoderado de Seguros Condor Doctor CAMILO PEREZ PORTACIO al correo: camilo@perezportacio.com

Agradezco al Despacho la confirmación del presente correo y el archivo adjunto (1)

Cordialmente,



CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO.
C.C. No. 80.414.092 de Usaquén
T.P. No. 59.781 del C.S. J.



Tels. 6161043/53 - 6163486/96
Calle 100 No. 8A-55 Torre C. Of. 618.
World Trade Center Bogotá D.C.
Haga clic para ir a nuestra página:
www.mayorgamayorga.com

**MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS**

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
M.P. JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia:	VERBAL
Demandante:	ALIANZA FIDUCIARIA.
Demandados:	MARVAL S.A. Y OTRO.
Radicado:	11001-3103-026-2013-00949-01
Asunto:	SUSTENTA RECURSO DE APELACIÓN.

CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, mayor de edad y con domicilio en Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 80'414.092 de Usaquén y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 59.781 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de **MARVAL S.A.**, parte demandada, de conformidad con poder que obra en el expediente, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2023** proferida por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en auto de 25 de mayo de 2023, notificado por estado el 30 de mayo y ejecutoriado el 2 de junio, como sigue.

I.- LA ACTUACION DE PRIMERA INSTANCIA.

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Alianza Fiduciaria S.A., obrando en calidad de administradora y vocera del Fideicomiso Manzana 5 Las Aguas interpuso demanda en contra de Marval S.A. a fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

- Declarar que Marval S.A incumplió su obligación de suscribir el contrato de compraventa del 99% de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Proyecto Renovación Urbana Manzana 5 Las Aguas, que le fuera adjudicado el 28 de Noviembre de 2011.

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

- Declarar que dicho incumplimiento generó un perjuicio al demandante, representado en el menor valor que tuvo que recibir, al adjudicar el contrato de venta del 99% de los Derechos Fiduciarios del Fideicomiso Renovación Urbana Manzana 5 Las Aguas al segundo postor (Consortio Las Aguas) y la oferta inicial incumplida por Marval S.A., cuantificándose esta diferencia en la suma de \$10.725.000.000.00, por concepto de lucro cesante

- Como consecuencia de lo anterior, solicita condenar a Marval S.A. a pagar a favor de Alianza Fiduciaria S.A. la suma de \$10.725.000.000, que corresponden al lucro cesante causado en razón a la diferencia que la demandante dejó de percibir por el incumplimiento de la demandada de pagar por los derechos fiduciarios que le fueron adjudicados.

- Se declare que el incumplimiento de Marval S.A. configuró el siniestro asegurado por Condor S.A. en la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No 300001561 al no cumplirse la oferta de seriedad garantizada.

- Se condene a Seguros Condor S.A. a pagar a la demandante, por el incumplimiento de Marval S.A., el valor asegurado mediante la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de entidades particulares No 300001561, que corresponde a la suma de \$1.650.000.000, junto con los intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal vigente certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el día de la reclamación hasta el pago efectivo de la indemnización asegurada.

2.- PRINCIPALES HECHOS DE LA DEMANDA:

La demandante expuso como principales hechos base de su acción, los que se resumen a continuación:

- La Empresa de Renovación Urbana suscribió contrato de Fiducia Mercantil con Alianza Fiduciaria S.A. mediante la cual constituyó el Patrimonio Autónomo Manzana 5 Las Aguas, mediante Escritura Pública 3389 de 27 de diciembre de 2007 de la Notaria 64 de Bogotá, para el desarrollo del proyecto de renovación de La manzana 5, ubicada en la Avenida 19, Carrera 3 y Avenida Jimenez de Bogotá.

- Alianza Fiduciaria S.A. en su calidad de administradora y vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Manzana 5 – Las Aguas, abrió convocatoria para iniciar el proceso de selección de la persona natural o jurídica para que en igualdad de condiciones presentaran ofertas para la compra del 99% de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Renovación Urbana Manzana 5 Las Aguas, área útil del lote 2.

- El 16 de septiembre de 2011 la Empresa de Renovación Urbana y Alianza Fiduciaria S.A. profirieron los términos de referencia, invitación según la cual se seleccionaría la mejor oferta económica, debiendo el oferente cumplir con los demás requisitos formales de la invitación a ofertar.

- La propuesta económica debía partir de un valor mínimo, que en los términos de referencia era el 99% de los derechos fiduciarios, determinado inicialmente en la suma de \$15.000.000.000, suma que fue incrementada mediante Adenda 2 de los términos de referencia, a la suma de \$16.500.000.000.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

- Que, de acuerdo con los términos de referencia, la propuesta económica ganadora era la que hubiera ofertado el mayor porcentaje expresado en múltiplos de 5 sobre el mínimo establecido en los términos de referencia, debiendo existir una diferencia mayor a diez puntos entre el primero y el segundo, para adjudicársele al primero.

- Que Marval S.A. cumplió con los requisitos y habría presentado una oferta económica de un porcentaje adicional del 155% superior a la segunda oferta en un 65%.

- Que los términos de referencia, en particular, el literal B "PROPUESTA ECONOMICA", debía interpretarse en el sentido que "...al porcentaje ofrecido por los proponentes se añadía el valor mínimo determinado en los términos de referencia promulgados" y para mayor claridad, se adjuntó como ANEXO 5 el FORMATO PARA LA PROPUESTA ECONOMICA , que debía diligenciarse colocando en cifras y letras el porcentaje adicional en qué consistía la oferta.

- Marval S.A. allegó Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de entidades particulares No. 300001561 a favor de Alianza Fiduciaria S.A. por un valor asegurado de \$1.650.000.000 expedida por Seguros Condor S.A.

- El 28 de noviembre de 2011 se llevó a cabo la audiencia pública de apertura y lectura de sobres de oferta económica y adjudicación o declaratoria de desierta. De acuerdo con el reglamento de la audiencia, una vez establecido el proponente ganador, el Comité de Evaluación recomienda a la Junta del Fideicomiso adjudicar al oferente con mayor ofrecimiento adicional al valor mínimo de los derechos fiduciarios en virtud de la oferta presentada.

Una vez culminada la lectura de los sobres, el Comité de Evaluación suscribió acta mediante la cual recomendó adjudicar el proceso de selección al proponente Marval S.A. con porcentaje adicional al valor mínimo de los derechos fiduciarios ofertado del 155%, por considerarla la propuesta más favorable.

- La Junta del Fideicomiso en sesión del 29 de noviembre de 2011 instruyó a Alianza Fiduciaria S.A. para que procediera a la suscripción del contrato con Marval S.A., de acuerdo con los términos de referencia.

- Mediante comunicación de 2 de diciembre de 2011 Alianza Fiduciaria S.A. informó a Marval que le había sido adjudicado el contrato de compraventa del 99% de los derechos fiduciarios, por lo que debía proceder al perfeccionamiento y suscripción del contrato y se le informó lo necesario para el cumplimiento del depósito de los recursos previstos en los términos de referencia.

- Marval S.A. respondió la anterior comunicación, informando que se abstendría de suscribir el contrato de compraventa, en razón a que el porcentaje ofrecido por ellos de 155% adicional, correspondía al 100% del valor mínimo de los derechos fiduciarios, más un 55% adicional.

- Que el incumplimiento de Marval S.A. configuró el siniestro amparado con la Póliza de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Particulares No. 300001561, pues al no cumplirse la oferta de seriedad garantizada, se constituyó la realización del riesgo asegurado. Y dado que el valor del perjuicio causado al Patrimonio Autónomo Manzana 5 Las Aguas es muy superior a la suma asegurada, el asegurado tiene derecho al pago total del siniestro amparado.

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

- El incumplimiento de la oferta y falta a la seriedad, fue informada a Seguros Cóndor S.A., para que indemnizara a la asegurada. La aseguradora mediante comunicación de 24 de enero de 2012 rechazó la petición, pues en su parecer debió adjudicársele el contrato a la oferente que hizo la segunda mayor oferta.
- La Junta del Fideicomiso adjudicó la compra de los derechos fiduciarios al segundo proponente, Consorcio Las Aguas, por un valor de \$31.350.000.000, valor menor al esperado con la oferta de Marval S.A., que era de \$42.075.000.000. Por lo tanto, afirma que Alianza Fiduciaria S.A. dejó de recibir por concepto de lucro cesante, la suma de \$10.725.000.000.
- Que los términos de referencia numeral 7.4. establecían que, si el proponente a quien se le adjudique el contrato no lo suscribe dentro de los 5 días calendario siguientes a la fecha de adjudicación, la Junta del Fideicomiso podrá adjudicar el contrato al proponente calificado en segundo lugar, sin perjuicio de la ejecución de la garantía de seriedad de la propuesta disponiendo de su valor a título de indemnización de perjuicios, lo anterior sin perjuicio de las acciones legales y sanciones contractuales a que haya lugar.
- Que la aseguradora incumplió con el deber de pagar el siniestro, por lo que debe cancelar a la Fiduciaria la suma de \$1.650.000.000 de acuerdo con la póliza citada.

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Despacho admitió la demanda mediante providencia de 4 de marzo de 2014 y fue notificada a Marval, quien contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones e invocando las siguientes excepciones de mérito:

- Disentimiento consciente. Las manifestaciones de voluntad de Marval y Alianza Fiduciaria son divergentes. La inexistencia de consentimiento en relación con el precio de \$42.075.000.000 por los derechos fiduciarios. Inexistencia de obligación de suscribir el contrato de compraventa en los términos sugeridos por Alianza Fiduciaria.
- Inexistencia de la oferta por valor de \$42.075.000.000 por error en la declaración contenida en el anexo 5 de los términos de referencia. Inexistencia de obligación de suscribir el contrato de compraventa en los términos sugeridos por Alianza Fiduciaria S.A., y/o nulidad relativa de la oferta por valor de \$42.075.000.000.
- El contrato de compraventa se encontraba sometido a la solemnidad convencional de celebrarse por escrito privado. La posibilidad de retracto en los contratos de compraventa sometidos a solemnidad legal o convencional.
- Mutuo Disenso.
- La mala fe de Alianza Fiduciaria..
- Inexistencia de perjuicio indemnizable.
- La inexistencia de siniestro. La naturaleza de la póliza de seriedad de la oferta.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

- Excepción genérica.

Adicionalmente Marval presentó excepciones previas, objetó la estimación razonada de la cuantía, aportó y solicitó la práctica de pruebas.

También se hizo parte Seguros Condor S.A., quien igualmente contestó la demanda e interpuso excepciones de mérito y previas.

4.- EL TRAMITE PROCESAL

El juzgado 50 Civil del Circuito negó las excepciones previas invocadas por Marval en providencia de 13 de septiembre de 2016.

El día 26 de abril de 2019 se llevó a cabo a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se declaró fracasada la conciliación entre las partes, se rechazaron las excepciones previas invocadas por Seguros Cóndor S.A., se llevó a cabo el saneamiento del proceso y la fijación del litigio. En esta oportunidad el Juez llevó a cabo el interrogatorio a los representantes legales de Alianza Fiduciaria y Marval y ordenó a las partes aportar los documentos solicitados como pruebas a través de oficios e inspección judicial.

En providencias de 11 de diciembre de 2019 y 5 de agosto de 2021, el Juzgado Primero Civil del Circuito Transitorio abrió a pruebas el proceso.

Finalmente el día 21 de febrero de 2023 se llevó a cabo por parte del Juzgado 50 Civil del Circuito, audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso, en la cual se practicaron los interrogatorios de parte a instancia de las partes demandante y demandada, las declaraciones de terceros, se presentaron alegatos de conclusión y se profirió el fallo de primera instancia.

II- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En la audiencia de 21 de febrero, el Despacho profirió de manera oral la sentencia de primera instancia. Las principales consideraciones del fallo se exponen a continuación.

Luego de denegar la excepción de falta de jurisdicción impetrada por Seguros Condor S.A., señaló el problema jurídico a resolver, el cual precisó como:

“si la sociedad Marval es responsable civil y contractualmente por su decisión de no suscribir el contrato de compraventa a que hacen referencia los términos de referencia para la invitación de venta de los derechos fiduciarios presentado o generada en septiembre de 2011 por alianza Fiduciaria como vocera del fideicomiso manzana 5 las aguas y por tanto, si está obligada a reparar los perjuicios que esa decisión hubiere causado. En caso de que salgan vencedoras las pretensiones de la demanda se debe estudiar la viabilidad de hacer exigible la póliza de seriedad de la oferta tomada para el proceso de licitación que se adelantó.”

De acuerdo con el problema jurídico planteado, es evidente que el fallador omitió por completo incluir el análisis del principal aspecto que fue puesto a consideración por parte de Marval en el proceso,

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

como lo fue si existió una voluntad real de obligarse a pagar un valor adicional en un 155% al valor base de la invitación, o si dicha voluntad estaba referida únicamente a reconocer un valor de 55% adicional a dicho valor base, al momento de presentar la oferta económica; así como el problema relativo a la existencia de un error en la declaración de voluntad en el que incurrió en ese mismo acto de presentación de la oferta.

Para el A-quo, el aspecto relacionado con la inexistencia de consentimiento de Marval para obligarse en los términos en los que lo entendía por Alianza Fiduciaria no mereció ninguna consideración y por el contrario, dio por cierto que existió voluntad de obligarse en dichos términos, limitando su análisis a ocuparse entonces del carácter irrevocable de la oferta, so pena de indemnizar los perjuicios que con la revocación cause al destinatario, primer error grave de que adolece el fallo, que constituye defecto sustancial de la misma por lo que se impone su revocación.¹ (Art. 845 y 846 del C. de Co)

Y en este segundo aspecto, debe destacarse desde ahora que el A -quo incurrió en una constante confusión sobre cuál de los agentes fue quien presentó la oferta económica, pues en algunos apartes señala que la oferta estaba contenida en la invitación a contratar y, en otros apartes afirma que fue Marval quien presentó la oferta, aspecto cuya definición era esencial a fin de determinar en qué momento se habría perfeccionado el acuerdo.

A continuación, nuevamente parece sugerir que la invitación a contratar constituyó la oferta, pues apoyándose en el artículo 860 del Código de Comercio, - que indica que en licitaciones públicas o privadas, el pliego de cargos que también se suele denominar términos de referencia, constituye el proyecto de contrato y cada postura que hagan los destinatarios implica la celebración del negocio, eso sí condicionado a que sea elegida como la mejor-, concluyó que cuando confluye un pliego de cargos con la mejor postura presentada al oferente se consolida un acuerdo jurídico que de incumplirse puede generar responsabilidad civil contractual.

En lo relativo al tipo de responsabilidad que genera el incumplimiento de la oferta, concluyó con fundamento en una lectura parcial e incompleta de una sola decisión de la Corte Suprema de Justicia proferida hace 21 años, que es contractual. En efecto, se apoyó el Despacho en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de agosto del año 2002, expediente 6151, con ponencia del Magistrado Jose Ramirez Gómez, de la que citó lo siguiente:

¹ En un asunto conocido por la Corte Constitucional por vía de acción de tutela, en el que un participante de un proceso de contratación cometió un error en la oferta presentada, pero que aclaró posteriormente, a pesar de lo cual la entidad convocante no acogió la corrección efectuada y por el contrario, le adjudicó el contrato, expuso la Corte:

“La falta de motivación en punto a la existencia de la causal de justificación para declarar la inhabilidad es evidente. Ahora, si por tal motivación se entiende la mención a la irrevocabilidad de la oferta, a la pretendida modificación extemporánea de la misma y a la responsabilidad que debe correr en virtud del error cometido por el contratista, cabe predicar sin duda la ocurrencia de un protuberante defecto sustancial, en tanto de un tajo fueron desconocidos los principios que orientan la dirección del proceso, el deber de procurar que por su causa no se ocasione al contratista una mayor onerosidad, la prohibición de que el Estado no puede actuar con desviación o abuso de poder, el deber de procurar la prevalencia de los principios de reciprocidad, buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos.”. Corte Constitucional Sentencia T 209 de 2006.

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

“el tratamiento jurídico de la responsabilidad contractual no supone necesariamente la existencia de un contrato, sino más bien la presencia de un vínculo jurídico con abstracción del momento en que este surge, el cual, se itera, puede aparecer en la fase precontractual como expresamente lo anotó la sentencia de 13 de diciembre de 2001 cuando expuso a propósito del punto, que los actos que venía examinando bien puede válidamente ubicarse en la fase precontractual por cuanto este comprende reiterase un conjunto de relaciones y de contratos entre las partes cuya relevancia puede ser diversa según el avance de la negociación, con el nacimiento eventual de una relación vinculante y no solamente de la oferta como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados.”

Con base en el aparte que se viene de transcribir, el fallador concluyó que la sola existencia de la oferta y su adjudicación supone la responsabilidad contractual en el evento de presentarse un incumplimiento. Sin embargo, el Despacho omitió tener en cuenta el siguiente aparte del fallo, a pesar de que lo citó en su lectura:

“Desde luego que en el marco del código de comercio y en relación con el caso en concreto la controversia sobre el tipo de responsabilidad está claramente definida porque como se anotó el artículo 863 consagra un principio general de responsabilidad durante el periodo precontractual, sea este de meras tratativas o de oferta seguida de aceptación que no perfeccionan el contrato, bien porque es solemne, ora porque es real, responsabilidad ésta aparece aún con independencia del surgimiento de un vínculo jurídico pues basta que el perjuicio provenga de un actuar no guiado por la buena fe exenta de culpa, según lo declara el artículo 863”

Así las cosas, a pesar de que el mismo fallo que citó concluye que en eventos de ofertas seguidas de aceptación se da aplicación a la responsabilidad consagrada por el artículo 863 del Código de Comercio, el A-quo prosiguió con su errada ubicación del asunto para empezar con el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual.

Y persistiendo en su equivocado análisis, al ocuparse del presupuesto relacionado con la existencia del contrato, hizo referencia a la Escritura Pública 3389 de 27 de diciembre de 2007 de la Notaría 64 del Círculo de Bogotá, contentiva del negocio fiduciario del cual emergió el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Manzana 5 Las Aguas, el cual tiene como objeto *“la realización de la actuación urbanística eje ambiental y cultural manzana 5 las aguas, cuyo anuncio de ejecución fueron decididas por parte de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá, mediante resolución 87 de 20 de diciembre de 2005”*.

De este contrato destacó que para cumplir con el propósito principal del fideicomiso, se convocó a una “licitación” bajo los preceptos de la regulación privada, para elegir a una persona a quien se le venderían el 99% de los derechos fiduciarios. Y contra lo señalado expresamente en su propio texto, concluyó que en esa licitación, el pliego o términos de referencia, constituía la oferta de contrato: *“...el pliego denominado términos de referencia para la invitación de venta de derechos fiduciarios para seleccionar la persona natural o jurídica para la venta de los derechos fiduciarios del proyecto renovación urbana manzana 5 las aguas área útil del lote 2 constituía la oferta del contrato en los términos en que así lo precisa el artículo 860 del estatuto comercial.”* Y que dicha oferta tenía como finalidad principal, elegir a esa persona que compraría el 99% de los derechos fiduciarios e igualmente elegir la mejor propuesta económica.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

También concluyó que las sociedades o consorcios que participaron en el proceso presentaron “propuestas” que quedaron plasmadas en un formulario denominado formato para la propuesta económica que fue presentado en la audiencia de apertura de sobres, llevada a cabo el 28 de noviembre de 2011 y que Marval habría quedado en primer lugar con una oferta del 155%, por lo que la demandada, en la forma en que fueron entendidas y leídas las propuestas, presentó la mejor oferta y tiempo después le fue adjudicado el contrato. Y que lo anterior habría consolidado un vínculo jurídico entre las partes, en virtud del cual, el mejor postor quedaba obligado a suscribir ese contrato de venta, del cual ya estaban definidos sus elementos esenciales, haciendo referencia a los artículos 1857 y 1611 numeral 4 del Código Civil.

También afirmó que si bien la decisión de adjudicar el contrato, solo se adoptó hasta el 3 de diciembre del año 2011, es decir con posterioridad a la audiencia de apertura de sobres, en esta audiencia el Comité Evaluador determinó cuál era la mejor postura, la que tenía la condición de irrevocable y por eso, desde ese momento se habría consumado el acuerdo de voluntades en la forma contenida en los sobres cerrados.

A renglón seguido señaló que la oferta no podía ser adicionada o explicada en la audiencia, pues la propuesta económica solo podía ser expresada de acuerdo al calendario del proceso licitatorio, a más tardar el 9 de noviembre de 2011, día siguiente al de cierre de la fase de consultas e inquietudes a los términos de referencia que a bien tuvieren que elevar los proponentes. Por lo tanto, aun cuando no se perfeccionó un contrato de venta, ello no significa que no existiera un vínculo jurídico, pues sí lo hubo y nació a partir de la oferta mercantil y de la propuesta conocida.

Posteriormente el A quo se ocupó de analizar si existió incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Marval S.A. Para ello y con fundamento en el artículo 860 del Código de Comercio, - norma inaplicable al presente asunto -, concluyó que al momento en que Marval presentó su postura y no habiendo una mejor, - conclusión también equivocada -, el contrato quedó celebrado o dicho de otra forma nació a la vida jurídica un vínculo en el cual las partes quedaban obligadas a suscribir el contrato prometido. Y aun cuando el contrato final estaba supeditado a una solemnidad, no es cierto que las partes se pudieran retractar de las ofertas sin ninguna consecuencia, pues ya existía un vínculo jurídico entre ellas .

En relación con la irrevocabilidad de la postura, el Despacho se apoyó en una sentencia del Consejo de Estado de 10 de febrero de 2010, - que desde ahora se destaca, regula una hipótesis fáctica totalmente diferente a la que se presenta en este proceso -, para concluir que en aquellos procesos de licitación estatal – en donde la licitación constituye la oferta-, es imposible corregir, subsanar o aclarar la oferta en asuntos esenciales al negocio que se quiere celebrar. Por tanto, concluye que si bien con la aceptación de la propuesta o adjudicado el negocio, no nació a la vida jurídica el contrato de venta prometido, lo cierto es que el incumplimiento de suscribir ese contrato sí obliga a la parte incumplida a resarcir los perjuicios pudiendo solo liberarse si arguye una justa causa o buena fe libre de culpa.

Luego de señalar que los términos de la presentación de la propuesta sí eran claros y que el demandado tenía la oportunidad antes de presentar su oferta, de solicitar la aclaración respectiva durante una fase del proceso, lo que no hizo, concluyó que la aclaración que realizó Marval en la audiencia de apertura de sobres estaba fuera de lugar, pues dicha aclaración del contenido de su propuesta era extemporánea, en tanto que la propuesta presentada era irrevocable y no podía ser aclarada o modificada en los aspectos esenciales del negocio, como lo es el precio, por lo que ningún

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

reproche puede hacerse al Comité de Evaluación al leer la propuesta como estaba expresada en el sobre y su recomendación posterior en la misma audiencia, de que la adjudicación se resolviera a favor de Marval. Un obrar contrario sería permitir modificar a criterio del Comité la lectura de la propuesta, desconociendo las reglas elementales del proceso de licitación y colocando incluso en una situación de desigualdad a los demás oferentes si se dejara a la libre interpretación del comité de leer el contenido de las propuestas. En consecuencia, concluyó que no hay ningún reproche al entender las manifestaciones de Marval en la forma consignada en la propuesta económica, ya que la propuesta debía leerse de esa manera y no de la manera en que fue aclarada por Marval en el curso de la audiencia.

Por último, luego de reconocer el error en la declaración en que habría incurrido el demandado, concluye que si el demandado se equivocó al diligenciar el formulario de su propuesta económica y quisiera aclararla posteriormente, ello no era posible pues en ese momento era ya extemporáneo, pues actuar de ese modo hubiere presentado un cambio a la oferta y en consecuencia la propuesta misma.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, negó la excepción de disenso consiente, las manifestaciones de voluntad de Marval y Alianza Fiduciaria son divergentes y concluyó que Marval si quedó obligado en los términos del formulario erróneo, y por ello incumplió el compromiso de celebrar el contrato futuro.

Ahora bien, en lo relativo a la existencia de un perjuicio, consideró el A-Quo que la demandada, al negarse a suscribir el contrato en los términos sugeridos por la demandante, no actuó de forma dolosa, pues no quiso infringir un daño, pero no habría imprimido suficiente cuidado al negocio que estaba realizando al no asegurarse cómo debían diligenciarse los documentos de la propuesta económica que iba a presentar e incurrió en un error que solo se le puede atribuir a ella misma, error que advirtió “tardíamente” y que quiso advertir infructuosamente ante el Fideicomiso en la audiencia de lectura de sobres y mediante las cartas del 30 de noviembre de 2011 y 2 de diciembre del mismo año. Por lo tanto, concluyó que al consignar el porcentaje erróneo en el sobre, el demandado obró con culpa, pues lo que se espera de un profesional, como lo es el demandado, es que hubiere comprendido y diligenciado adecuadamente los formatos de la propuesta económica.

Así las cosas, concluyó que hubo un incumplimiento de la obligación de suscribir el contrato, lo que generó un daño al demandante, incumplimiento que se produjo de forma culposa y sin justa causa, razón por la cual el daño, en el monto que sea probado, debería ser resarcido.

En otro aspecto y respecto de la excepción de nulidad por vicio del consentimiento, señaló que no cualquier tipo de error o equivocación genera nulidad relativa, sino solo aquellos errores que vician el consentimiento y tienen que conllevar tal trascendencia que en caso de que el contratante se hubiere dado cuenta del error a cometer, no hubiere llevado a cabo el negocio refutado. Con fundamento en sentencias de la Corte Suprema de Justicia del año 1936, consideró que el error que genera la nulidad relativa del contrato se presenta cuando recae en la naturaleza de la operación, en la identidad del objeto, la existencia de la causa del compromiso, sobre la sustancia de la cosa, sobre la persona, - cuando esa calidad ha sido móvil determinante -, y sobre la eficacia de la causa. Pero que hay otros errores que no vician el consentimiento y son los que se conocen como errores indiferentes, que a su vez se clasifican en errores sobre las calidades que ni objetiva ni subjetivamente sean sustanciales, como errores sobre el valor, errores sobre la persona, - cuando ese error no ha sido determinante en el acto jurídico -, error sobre los motivos y errores puramente materiales como los de cargo.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Con base en lo expuesto concluyó que el error denunciado por la parte pasiva, aun cuando es un error, no tiene la virtualidad para generar la nulidad del acto cuestionado, ya que no era sustancial porque la equivocación está en el precio de la cosa que pretendía adquirir, lo que no está cubierto por los errores que vician la voluntad y, porque este error no tenía la fuerza suficiente para que el afectado no realizara el negocio que se estaba engendrando (!).

Señala que el error en el precio no hacía que Marval desistiera de participar en la licitación, ya que una vez enterado o advertido el error y consiente de su equivocación no desistió de su oferta, sino que simplemente la aclaró. Con esta única consideración, desechó la excepción de nulidad relativa de una oferta por valor de \$42.075.000.000.

En cuanto a la excepción de mutuo disenso consideró que no es predicable pues no hubo un incumplimiento mutuo de las obligaciones, no se comprobó un incumplimiento por parte del extremo actor y Alianza Fiduciaria no tuvo un comportamiento encaminado a que se deshiciera el negocio.

Por otro aspecto, en cuanto a la excepción de mala fe de Alianza Fiduciaria, concluyó que al desatender la aclaración efectuada en la audiencia antes de la apertura de sobres y reiterada en varias comunicaciones anteriores a la decisión de adjudicación, ésta actuó de conformidad con los "lineamientos del pliego", por las "reglas del juego" establecidas desde un principio y por la aplicación de la norma que enseña que la oferta es irrevocable.

Concluyó entonces que el demandado si tenía la voluntad de obligarse en los términos señalados y no cumplió con la obligación de suscribir el contrato "prometido" pese a la irrevocabilidad de la oferta y aun cuando éste le fue adjudicado, por lo que debe resarcir los perjuicios causados.

En este aspecto, señaló que (i) no es dable reclamar el perjuicio como si el contrato futuro se hubiera consolidado y además, destacó que (ii) Alianza Fiduciaria asumió una actitud pasiva al momento de enterarse por primera vez que la propuesta de Marval era incorrecta y que (iii) ha debido pronunciarse para advertirle al oferente la improcedencia de su aclaración y eventualmente, tomar la decisión de rechazar la propuesta por falta de seriedad, que era el mecanismo previsto en la invitación.

También destacó que en los pliegos se consignó una "indemnización anticipada" por perjuicios cuyo pago se garantizó con la suscripción y presentación de una póliza de seriedad de la oferta y que Alianza Fiduciaria pese a tener esta póliza de garantía y pese a las manifestaciones que hizo la Constructora, optó por un absoluto silencio y continuó con el proceso para formalizar un contrato, aun cuando por lo menos desde la carta del 30 de noviembre de 2011, era ya evidente que eso no iba a ocurrir. Por lo tanto, concluyó que por esa determinación de seguir adelante, no detuvo la expansión del daño causado y por el contrario, adjudicó el contrato a una parte que ya le había manifestado que la declaración de su oferta no correspondía con su voluntad.

A continuación dio aplicación a una regla jurisprudencial según la cual, el quantum indemnizatorio debe disminuirse en los eventos en que la víctima haya creado un escenario favorable a la ocurrencia del daño o su propagación, pues ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece debe procurar de serle posible, desplegar las conductas que siendo razonables tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues solo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Así, concluyó que Alianza Fiduciaria ha debido rechazar la propuesta para que la adjudicación fuera en favor del segundo mejor postor o iniciar otra licitación, pues los mismos pliegos indicaban que esa adjudicación al segundo oferente era meramente potestativa, todo ello con la respectiva indemnización de perjuicios a cargo del proponente incumplido. Pero en su lugar, insistió en convocar a la sociedad demandada a la firma del contrato y asumió una actitud pasiva frente a la propagación del daño.

Con apoyo en lo anterior, concluyó que Marval solo debe responder por los perjuicios que se podían prever al tiempo del contrato, en aplicación del artículo 1616 del Código Civil y dado que el pliego contenía una estimación de perjuicios correspondiente al valor de la póliza de garantía de seriedad de la oferta (\$ 1650 MM) para los eventos en que el proponente no firmara el contrato (numerales 7.4. y 12), “es entonces dicha suma a la que debe condenarse a la demandada por concepto de perjuicios”, suma que ordenó pagarse en el término de 20 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y solo a partir del día siguiente al vencimiento de dicho término, ordenó el reconocimiento de intereses moratorios equivalentes al 6% anual.

Así las cosas, el Despacho resolvió:

“PRIMERO. Declarar no probadas todas las excepciones propuestas por Marval S.A.

SEGUNDO. Declarar probada la excepción de prescripción de la acción directa interpuesta por Condor S.A. Compañía de Seguros Generales Seguros Condor.

TERCERO. Declarar que Marval es responsable civil y contractualmente por los perjuicios ocasionados al Patrimonio Autónomo Manzana 5 Las Aguas, por la no suscripción del contrato de venta por el 99% de los derechos fiduciarios.

CUARTO. Condenar a Marval S.A. a pagar a la parte demandante por concepto de daños en la modalidad de lucro cesante en el término de 20 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia la suma de \$1.650.000.000. A partir del día siguiente del término aquí estipulado se liquidarán intereses moratorios legales a la tasa del 6% anual hasta que se haga efectivo el pago.

QUINTO. Se condene en costas a Marval S.A. a favor de la demandante reducidas en un 60% ante la no prosperidad de las pretensiones de la demanda en el monto indemnizatorio. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$19.800.000, las cuales se encuentran ya reducidas en el porcentaje señalado, artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 5º.

Inconformes con la decisión, las partes demandante y demandada interpusieron recurso de apelación, concedido por el Despacho en la misma audiencia.

III.- EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR MARVAL

Marval interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia enunciando brevemente los temas objeto de impugnación, los cuales se desarrollan en extenso en este escrito.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

En primer término se manifestó la inconformidad relacionada con la ubicación de la controversia en el ámbito de la responsabilidad contractual, pues la infracción demandada en este caso particular debe analizarse bajo la óptica de la responsabilidad precontractual / culpa in contrahendo.

También se discrepó de la conclusión del Despacho según la cual ya existía un vínculo concluido, aun en la fase precontractual, pues la única manifestación de voluntad a considerar era la erróneamente consignada en el sobre. En las particulares circunstancias de este caso, sujeto al régimen privado, no se podía concluir que habiendo mediado esas aclaraciones a la oferta se había consolidado el vínculo jurídico por el valor objeto de la declaración errónea.

El discurrir del Despacho a ese propósito es que una vez radicada la oferta ésta no podía ser objeto de ninguna aclaración, sin embargo, ni las reglas o términos de referencia sugerían una imposición con esas limitaciones ni la buena fe excluía que se analizara las manifestaciones relevantes que hizo Marval durante el desarrollo de la audiencia y en sus comunicaciones posteriores. Esas manifestaciones revestían la mayor relevancia e integraban la voluntad y no puede concluirse que se configuró el vínculo jurídico oferta y aceptación con total prescindencia de esas aclaraciones.

Por un tercer respecto, se manifestó que el Despacho ha tomado la postura de que esos actos de Marval, cuando precisó en esas cuatro ocasiones el contenido de su oferta, eran una modificación y, bajo el entendimiento de la irrevocabilidad de la misma, ha considerado que no eran de recibo, conclusión de la cual se discrepó, porque no se modificó la oferta, sino que se hizo visible y evidente ante el que invitaba la licitación, el entendimiento y la real voluntad consignada por Marval en esa oferta.

Por lo mismo, se alegó que la calificación del mejor postor no se cerraba con el ejercicio que hacía el Comité de Evaluación, el Comité lo que hacía, como bien lo identificó el Despacho, era presentar una recomendación que en las afugas de la audiencia de apertura de sobres era su primera conclusión, pero naturalmente es la Fiduciaria y es el órgano de la decisión, como lo es la Junta del Fideicomiso, la que tomaba las determinaciones de aplicar el reglamento y de valorar las circunstancias que se habían presentado para tomar o no una decisión, la que fue notificada a Marval en la comunicación del 2 de diciembre de 2011, notificada el 3 de diciembre.

Este aspecto es de gran trascendencia, pues se trata de la oportunidad en que se habría consolidado el consentimiento y por supuesto de los deberes que debía cumplir ese Fideicomiso para evaluar esa determinación. El Despacho los ha leído desde una perspectiva para aminorar el daño, pero nosotros creemos que antes de la perspectiva de aminorar el daño, esa conducta es relevante para no entender concluido el vínculo y así lo discutiremos naturalmente ante el Superior. Por lo tanto, se alegó que era claro que Marval no era ni fue nunca el mejor postor, pues las manifestaciones de su voluntad integralmente consideradas así lo aclaraban y su voluntad no está únicamente consignada en ese formato sino en todos los pasos previos a la decisión de adjudicarle el contrato.

El Despacho también basó su consideración en que permitir entender que estas aclaraciones o estas modificaciones como las llamó el Despacho son procedentes, sería incumplir el principio de igualdad, conclusión de la cual también se discrepó, porque el principio de la igualdad se rompe si se hubiere otorgado alguna ventaja a Marval. Pero en este caso no se está privilegiando, sino que si se quiere se está excluyendo a Marval de la competencia por el contrato.

Por otro respecto, la sentencia en otro pasaje hizo referencia a la manera en que se construyó el valor mínimo del lote y su proporcionalidad frente al valor ofertado. Para eso hizo referencia a un avalúo

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

del IGAC y concluyó que ese avalúo tenía un valor muy diferente porque se realizó para un lote sin construcción. Olvidó el Despacho que la oferta también era para un lote sin construcción. Lo que fue explicado por los testigos es que para llegar a ese valor del lote sin construcción se hace una visualización de lo que se puede hacer y a través del método de residuo determinar ese valor, pero no había diferencia entre los dos escenarios como pareció entenderlo el Despacho en ese otro pilar fundamental de su decisión.

Por último, respecto al tema del perjuicio, se alegó que aun cuando es cierto que no se debe tener en cuenta el valor del interés positivo, - el valor de la venta de un contrato no celebrado -, eso no releva un análisis de los perjuicios, los que construyó a través de la existencia de una previsión de una póliza de garantía de la seriedad de oferta. Sin embargo, no es cierto que automáticamente se pueda utilizar el criterio del valor de la póliza de cumplimiento como un valor de un pacto preliminar o de una sanción acordada del valor de los perjuicios, pues existe una diferencia entre solicitar una póliza de garantía como en efecto ocurrió aquí, con un valor asegurado determinado y otra muy distinta establecer una suerte de tasación anticipada de perjuicios o de cláusula penal que ciertamente no era lo que ocurría en este caso.

La existencia de la póliza no es prueba de un perjuicio, es una suma asegurada que además solo podía afectarse en el momento en que se acreditara el perjuicio, pero el hecho de que exista un techo al perjuicio acreditable no puede sustituir la prueba de la existencia y extensión del perjuicio.

Finalmente, en cuanto al error concluyó que se trataba de un error indiferente que no puede ser considerado como un error obstativo, fundamentalmente en la consideración de que era un error sobre el precio. Y en este caso no hay un error sobre el precio, en este caso Marval sabe qué ofreció y por qué valor, aquí lo que existió fue una divergencia entre la manera en que es declarada su voluntad real frente a las reglas de la invitación que es un fenómeno ciertamente diferente, de manera que creemos que la declaración por vía de excepción de la existencia del vicio del consentimiento, ya desde la perspectiva de la eficacia de la oferta, también deberá ser revisada.

Y por último se afirmó que debía prevalecer lo sustancial sobre lo formal y los propios pliegos de la invitación así lo planteaban. Existió una inobservancia de varios deberes por parte de Alianza Fiduciaria, entre ellos el de darle prevalencia a lo material sobre lo formal, el deber de comportarse de manera objetiva y el deber de comportarse como un profesional de buena fe con todas las implicaciones que ello tiene. La visión sesgada, parcial y de desoír por completo la posición de Marval de lo que verdaderamente constituía su voluntad no se aviene con las reglas de la buena fe.

Finalmente, se alegó que no existe ninguna infracción por parte de Marval y en su lugar, si existió una conducta descalificable de la Fiduciaria al perseverar en mirar sesgadamente la oferta.

En providencia de 25 de mayo del año en curso el Magistrado Ponente admitió el recurso de apelación y ordenó su sustentación a lo cual se procede teniendo en cuenta los aspectos que fueron enunciados brevemente al momento de su interposición, como sigue.

IV. SUSTENTACION DEL RECURSO.

Se ha solicitado en este asunto declarar que Marval incumplió “injustificadamente” su obligación de suscribir el contrato de compraventa del 99% de los derechos del Fideicomiso Proyecto Renovación Urbana Manzana 5 Las Aguas, que le fue adjudicado el 28 de noviembre de 2011 por Alianza

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Fiduciaria y que dicho incumplimiento generó un perjuicio a esta última, representado en la diferencia entre el menor valor que tuvo de recibir al adjudicar el contrato de venta al segundo postor y la oferta inicial incumplida por Marval.

En los términos en que se efectuó la pretensión, la parte actora debía demostrar:

- (i) Que Marval incumplió la obligación de suscribir el contrato de compraventa del 99% de los derechos del Fideicomiso.
- (ii) Que ese incumplimiento fue injustificado;
- (iii) Que el incumplimiento injustificado ocasionó un perjuicio a Alianza Fiduciaria.
- (iv) La naturaleza y extensión del perjuicio realmente padecido por Alianza Fiduciaria.

En primer lugar nos ocuparemos de demostrar que Marval no incurrió en ninguna infracción y por lo tanto no incumplió la obligación de suscribir el contrato, ni puede predicarse que de existir incumplimiento puede predicarse que el mismo fuese injustificado, para lo cual son pertinentes las siguientes consideraciones.

4.1. LA VOLUNTAD REAL DE MARVAL EN LA PRESENTACIÓN DE LA OFERTA Y EL ERROR EN SU DECLARACIÓN.

Marval ha probado en este proceso que su voluntad real al comparecer a la convocatoria iniciada por Alianza Fiduciaria consistía en presentar oferta por el 55% adicional del valor mínimo de los derechos fiduciarios en venta; sin embargo al momento de plasmar su oferta en el Anexo No 5 de los términos de referencia incurrió en un error en su declaración, pues incluyó como porcentaje adicional el 155%, en lugar del 55%. Una vez advirtió la imprecisión, puso en conocimiento de la Fiduciaria el contenido real de su oferta, esto es, cual fue su voluntad real, solicitando reconocer los verdaderos términos de la propuesta presentada.

No obstante, Alianza Fiduciaria hizo caso omiso de las diversas manifestaciones que realizó la demandada para aclarar los términos de su oferta y desconociendo la verdadera intención de Marval, perseveró en considerar únicamente la oferta económica de conformidad con lo consignado en el Anexo No 5, con miras a adjudicarle el contrato por un valor ostensiblemente superior al verdaderamente ofrecido.

En el derecho de obligaciones detenta la mayor importancia la voluntad de las partes al momento de contraer una obligación, como quiera que a través de ella se manifiesta el principio fundamental de la autonomía de la voluntad.

Dispone el artículo 1.494 del Código Civil:

*“ART. 1.494.—Las obligaciones nacen, **ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones**; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”*

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Por su parte, el artículo 1502 ibidem consagra:

“ARTÍCULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

Las normas citadas enseñan que las obligaciones nacen del concurso real de voluntades y que debe existir consentimiento para que surja válidamente una obligación en favor de otro.

La doctrina más autorizada ha precisado sobre la importancia de la voluntad real en el proceso de formación del acto jurídico que:

“98. LA VOLUNTAD REAL – En general, la voluntad que interviene en la formación de un acto jurídico se puede definir como la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto.

(...)

En todo caso, la voluntad real del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico y es en Colombia un requisito legal de este, que no puede ser sustituido por ningún otro elemento distinto, ni siquiera por la declaración material de dicha voluntad...”² Destacado es propio.

Ahora bien, es posible que las partes se equivoquen en el acto de declarar su voluntad y por ello la legislación se ha ocupado de determinar la forma de proceder cuando se presenta la diferencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

La doctrina tiene establecido ³, que en el sistema legal colombiano se encuentra consagrada la teoría de la prevalencia de la voluntad sobre la declaración⁴, pues el artículo 1502 del Código Civil al enumerar los requisitos para la existencia y validez de los actos jurídicos señala:

“ART. 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

² OSPINA FERNANDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. “Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos” Editorial Temis 1980. Página 102

³ OSPINA FERNANDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. “Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos” Editorial Temis 1980. Página 111

⁴ Teoría según la cual el elemento verdaderamente relevante en la actuación jurídica privada es la voluntad real que la preside, y no la apariencia material que resulta de su exteriorización más o menos perfecta. OSPINA FERNANDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. “Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos” Editorial Temis 1980. Página 105

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

- 1) que sea legalmente capaz;
- 2) **que consienta en dicho acto o declaración** y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3) que recaiga sobre un objeto lícito;
- 4) que tenga causa lícita.”

Para el autor, este artículo consagra la prevalencia de la voluntad porque:

“En primer lugar, porque el texto comienza diciendo: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º ..., 2º ..., 3º ...4º ...” Es pues evidente que el solo acto (aparente) o declaración no es suficiente para que se produzcan los efectos propios de los actos jurídicos. Además, es necesario que a dicha declaración se unan los otros requisitos que el texto enumera (...)

En segundo lugar, como entre los requisitos legales enumerados la mayoría toca directamente con los aspectos psicológicos de la actuación jurídica, la exigencia de ellos implica indiscutiblemente la consagración expresa de la teoría de la prevalencia de la voluntad, ya que, como lo sabemos, esta estriba cabalmente en la importancia que se les atribuye a tales aspectos. En efecto, el numeral segundo del comentado texto requiere expresamente la existencia del consentimiento y que este sea sano para que la declaración pueda ser eficaz. Por consiguiente, si el agente a quien dicha declaración se atribuye no ha consentido en ella, no hay acto que le sea imputable. Quiere esto decir que lo que le da vida verdadera a la declaración o apariencia externa de un acto es su consentimiento anímico, o sea, la voluntad real de los agentes. Además, la exigencia de que esta voluntad o consentimiento sea sano, implica la necesidad de valorar el íter psicológico o interno de la actuación para determinar si este se ha desarrollado normalmente o, si por el contrario, registra interferencias de factores extraños, como el error, el dolo o la fuerza, valoración que permite decidir si tal actuación alcanzó o no el grado suficiente de libertad y de consciencia requerido por la ley.

En el mismo orden de ideas, el numeral primero del artículo comentado requiere la capacidad legal de los agentes, y, como ya lo sabemos, este requisito, en la mayoría de los casos, se endereza a excluir del comercio jurídico a las personas que, por deficiencias sico – físicas, no se reputan aptas para realizar un acto volitivo normal. De suerte que la exigencia mencionada también impone, ordinariamente y de acuerdo con la teoría de la prevalencia de la voluntad, la necesidad de traspasar la apariencia de los actos jurídicos, vale decir, la declaración y de ponderar factores psicológicos. Además, el numeral cuarto del artículo exige la causa lícita (que también debe ser real). Y como “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato, esta otra exigencia también implica la ponderación de elementos eminentemente subjetivos, como lo son esos móviles determinantes de la voluntad

Redondea el sistema esbozado el art. 1618 de la obra que se cita, pues que, al sentar la regla de que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, ratifica con énfasis la tesis de que nuestra legislación

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

indiscutiblemente consagra la prevalencia de la voluntad real de los agentes sobre la expresión material de ella".⁵

Sobre la regla prevista por el artículo 1618 del Código Civil, disposición legal que consagra el principio de interpretación de los contratos según el cual prevalece la voluntad real, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

"... debe reiterarse también, como está suficientemente decantado, que en el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (artículo 1618 del Código Civil). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado de la cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual".⁶

La nombrada Corporación ha establecido que esta regla de interpretación de los contratos es aplicable a las declaraciones de voluntad efectuadas durante todo el proceso de negociación:

"De allí que los criterios de interpretación del contrato tengan que ser extendidos, con las diferencias del caso, a las plurales declaraciones de voluntad de toda la negociación. En relación con la regla principal e imperativa de interpretación: ha de retenerse la intención de los declarantes. Al lado de esta regla principal e imperativa, se abre paso la siguiente subregla de interpretación -en realidad una presunción de la regla principal-: "Las reglas que da el Código Civil en materia de convenciones interpretan la presunta voluntad de las partes" (CSJ. G.J. XVIII, p. 70, sentencia del 20 de noviembre de 1906).⁷

Como viene de precisarse, para la formación del acto jurídico es requisito sustancial la existencia de la voluntad, la que por permanecer en el fuero interno de los individuos debe ser declarada. En nuestro Código Civil se ha consagrado la regla de prevalencia de la voluntad real sobre la declarada y por ende, en caso de existir divergencia entre ellas, debe darse prelación a la verdadera intención de las partes.⁸ Esta prevalencia ha sido explicada por la Corte Suprema de Justicia⁹ en los siguientes términos:

⁵ OSPINA FERNANDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. "Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos" Editorial Temis 1980. Página 111

⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2008.

⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC 1303 30 de junio de 2022. M.P. Francisco Ternera Barrios.

⁸ "Finalmente, siempre que quede establecida la discordancia entre el tenor literal o verbal de la declaración y la real intención de los agentes, esta última debe ser preferida por el intérprete al tratar de aplicar el acto y de deducir los efectos de este...". OSPINA FERNANDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. "Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos" Editorial Temis 1980. Página 106.

⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. SC3598- 28 de septiembre de 2020. M.P. Luis Alfonso Rico Puerta.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

“La trascendencia que el derecho reconoce a la voluntad supone su sincronía con la declaración que de la misma se haga. Es de la voluntad real de donde surge la obligatoriedad del acto jurídico, pero como aquella pertenece al fuero interno de las personas, al manifestarse, debe armonizar con lo verdaderamente querido.

Sobre el punto, la doctrina comparada sostiene;

*“Lo que el derecho realiza y dota de consecuencias jurídicas **es el querer del individuo, mediante el cual se manifiesta la propia autonomía en el capo de la vista social.** Sin embargo, la voluntad, como estado interno, necesita explicarse, hacerse sensible, y **la declaración sirve para esa función exteriorizadora.** La declaración, por tanto, es solo un medio de revelación, de manifestación; **pero lo esencial, lo jurídicamente eficaz, es la voluntad.**”¹⁰*

La nombrada Corporación también ha considerado que solo cuando la intención de las partes sea coincidente respecto de lo proyectado por éstas, estamos en presencia de un acuerdo de voluntades:

“(…) Sólo en el evento de que la intención de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto -determinante-materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico.”¹¹

Por su parte, la Doctrina ha definido el consentimiento así:

“Si el consentimiento consiste en “el concurso real de las voluntades de dos o más personas” es obvio que este requisito específico de las convenciones solamente existe en el momento en que todas y cada una de tales personas han manifestado sus voluntades convergentes hacia un mismo querer (in ídem placitum consensus), lo que natural y lógicamente supone, a lo menos, la sucesión de dos actos simples: la propuesta y su aceptación . Es necesario que uno de los interesados le proponga a otro u otros la celebración de la convención y que éste o éstos, a su turno, manifiesten que están de acuerdo con tal propuesta y que adhieren a ella. Así, el encuentro y la unificación de la propuesta y su aceptación es lo que genera el consentimiento”.¹²

Como se demostró, la manifestación de la voluntad real de Marval durante el proceso de selección en cuanto al precio de los derechos fiduciarios, fue ignorada por la Junta del Fideicomiso del Patrimonio Autónomo y, por ello, insistió en leer de manera errada dicha manifestación de voluntad, pese a las

¹⁰ Ferrara Franceso, La simulación de los negocios jurídicos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, p.7

¹¹Sentencia Corte Suprema de Justicia, SC 19 Dic. 2006. Rad. 1998-10363-01

¹² OSPINA FERNANDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. “Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos” Editorial Temis 1980. Página 150

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

reiteradas ocasiones en las que la demandada aclaró su verdadera intención plasmada en la oferta económica.

Por lo tanto, nunca existió un concurso de voluntades entre Marval y Alianza Fiduciaria para celebrar el contrato de venta de derechos fiduciarios por valor de \$42.075.000.000, pues mientras que Marval presentó una oferta por valor de \$25.575.000.000 correspondiente al 55% adicional de los derechos fiduciarios, Alianza Fiduciaria pretendió aceptar la oferta y adjudicarle el contrato por valor de \$42.075.000.000 correspondiente al 155% adicional de los derechos fiduciarios. Por consiguiente, Alianza Fiduciaria no aceptó la oferta en los términos en que le fue presentada lo que impidió la formación del consentimiento y del concurso de voluntades que habilitara no sólo la adjudicación del contrato sino a su vez, la suscripción del contrato final.¹³

Como se demostró en este proceso, Marval participó en la convocatoria adelantada por Alianza Fiduciaria para la compra de los derechos fiduciarios del proyecto de renovación urbana Manzana 5 Las Aguas, presentando ante la Junta del Fideicomiso Manzana 5 Las Aguas el día 9 de noviembre de 2011 oferta económica en los siguientes términos:

“El suscrito SERGIO MARIN VALENCIA identificado con la C.C. No 91.214.675 de BUCARAMANGA obrando en representación de MARVAL S.A. de manera atenta me permito presentar Propuesta Económica, expresada como un porcentaje fijo con el que se incrementarán el valor mínimo establecidos para la compra del noventa y nueve por ciento (99%) de los derechos fiduciarios de proyecto de renovación urbana Manzana 5 – Las Aguas, área útil del Lote 2, en el numeral 4.2. del Pliego de Condiciones.

*I. Ofrecimiento porcentual adicional 155%
(Ciento cincuenta y cinco por ciento)”*

Como quedó demostrado, la voluntad real de Marval al presentar la oferta económica consistía en ofrecer un **55% adicional al mínimo de los derechos fiduciarios, es decir, ofrecer un valor total de compra de \$25.575.000.000.**¹⁴ Ese fue el resultado del análisis del proyecto y el valor máximo

¹³ Valga citar aquí la siguiente decisión de la Corte Suprema de Justicia:

“Ahora bien, el criterio basilar en esta materia –más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán “por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, “la letra mata, y el espíritu vivifica” (CSJ, Sala Civil, 28 de febrero de 2005, Exp 7504).

¹⁴ El valor base del 99% de los derechos fiduciarios ascendía a la suma de \$16.500.000.000. El 55% adicional ofrecido por Marval ascendía a la suma de \$9.075.000.000. Valor total de la oferta: \$25.575.000.000

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

que podía ofrecer la empresa para adquirir el lote. Por consiguiente, esa era la voluntad que determinó a la demandada a participar en la convocatoria y presentar la oferta y por lo tanto, la única con eficacia para consolidar el acto jurídico.

Ahora bien, como ha sido alegado durante el curso de este proceso y en la interposición del recurso de apelación, Marval incurrió en una imprecisión al momento de manifestar o declarar su voluntad real en el Anexo No 5 de los términos de referencia.

La interpretación efectuada por la demandada, emanaba de lo dispuesto en el numeral 10.1 “Metodología de Evaluación” literal B, según el cual:

“B. PROPUESTA ECONOMICA.

Una vez seleccionados los proponentes habilitados se procederá a abrir el sobre de la propuesta económica.

A partir de la Propuesta Económica ofrecida, la cual contendrá el valor mínimo del noventa y nueve por ciento (99%) de los derechos fiduciarios. Los Proponentes podrán ofrecer un porcentaje adicional que deberá ser expresado en múltiplos de cinco (5).”

De la lectura de este ítem, Marval entendió que al momento de plasmar su oferta en el Anexo No 5, debía incluir el valor mínimo de los derechos fiduciarios aunado al porcentaje adicional ofrecido. Por ello, en el Anexo No 5 se incluyó el porcentaje del 155%, que, se reitera, incluía el valor mínimo de los derechos fiduciarios (100%), más el porcentaje adicional ofrecido (55%).¹⁵

Al margen de la causa que motivó tal hecho, lo relevante es que se presentó una divergencia entre la voluntad real de Marval que estaba orientada a ofrecer un 55% adicional y la formalmente declarada, que de manera imprecisa añadió el 100% del valor al porcentaje adicional de los derechos fiduciarios.

La única y real voluntad de Marval en cuanto al contenido de la oferta económica, quedó probada a través de la prueba testimonial y documental obrante en el asunto, como se detalla a continuación:

El testigo Cesar Gómez, quien acudió en representación de Marval a la audiencia de lectura de sobres llevada a cabo el 28 de noviembre de 2011 y quien fue la persona que advirtió la imprecisión de la oferta presentada, explicó al Despacho como llegó a tal conclusión:

“PREGUNTADO: Cuál era el inconveniente de interpretación que usted advirtió:

CONTESTO: El día de la audiencia de apertura de sobres, yo soy bueno en temas de llegar temprano, me gusta llegar temprano, yo llegue temprano a la audiencia en Alianza

¹⁵ El demandante reconoce esta circunstancia en el hecho séptimo de su demanda:

“SEPTIMO.- La propuesta económica presentada por los oferentes debía partir de un valor mínimo, dado en los términos de referencia al noventa y nueve por ciento (99%) de los derechos fiduciarios (...) determinado inicialmente en la suma de Quince Mil Millones de Pesos (\$12.000.000.000) Moneda Corriente, suma que fue incrementada mediante Adenda 2 de los términos de referencia, publicada el 2 de noviembre de 2011, determinando que el valor base correspondería a la suma de DIECISEIS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$16.500.000.000) MONEDA CORRIENTE”.

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

Fiduciaria (...) había un funcionario de Alianza haciendo como unos cuadros para el tema de la apertura de los sobres. En ese momento que la persona que estaba haciendo ese proceso de los cuadros yo le dije a esa persona que yo veía que ella estaba cometiendo un error en los cuadros porque ella estaba separando el valor de la propuesta con el porcentaje adicional que uno iba a presentar en la propuesta. Le dije está cometiendo un error porque la propuesta es un valor global y usted lo está separando en dos valores. Esa persona me dijo no, es que la licitación habla del valor adicional, yo le dije no, la licitación dice que yo debo presentar el valor adicional.(sic) Esa persona se retiró y volvió y dijo no, si se presentaba el valor diferente, entonces yo ahí advertí una vez me di cuenta que había una interpretación en la licitación. Llame a la abogada nuestra Luz Carmen Becerra a Bucaramanga, le advertí del tema, le dije aquí hay algo extraño, aquí están hablando de este tema, yo tengo en mi cabeza cuando leí el pliego que el tema era que se presentaba el valor total, que se tenía que presentar con el 99% adicional en el tema, yo le advertí en su momento ahí mismo en la reunión a Alianza Fiduciaria que había un tema, que había un error y que necesitábamos presentar una carta en ese momento y advertirlo dentro de la audiencia de apertura de sobres lo cual se hizo, se radicó una carta y yo en la apertura de sobres antes de que se iniciara el proceso de la apertura como tal, dentro de la audiencia de apertura hice la claridad de lo que era el ofrecimiento que nosotros estábamos haciendo dentro del procedimiento licitatorio.”

El testigo también informó al Despacho el proceso que adelantó Marval para establecer el valor a ofertar y por lo tanto, cuál era su real intención por este respecto:

“PREGUNTADO: En concreto, en este proceso para comprar este lote, usted sabe si ese procedimiento se observó, se siguió y como se desarrolló para llegar a construir una oferta económica?

CONTESTO. Si, el proceso se desarrolló, Arquitectura entregó su potencial de acuerdo al tema normativo, y pues eso se le entregó a financiera para que financiera hiciera su evaluación del valor que le daba la tierra para presentar la propuesta.

PREGUNTADO. Y recuerda Usted aproximadamente en términos de dinero eso qué permitía ofrecer por ese lote?

CONTESTADO. Daba un valor alrededor de 25.000 millones de pesos en total el valor de la tierra que era un porcentaje sobre las ventas (...) a nosotros nos daba un valor aproximado de 25.000 millones de pesos, que eso concerniente a las ventas de la tierra daba también algo así como 25% del valor de la tierra, es la forma en que uno tasa en función de las ventas el porcentaje de la tierra.”

En adición a lo anterior, el testigo presentó un documento en la audiencia, que contiene el ejercicio realizado por la demandada para el cálculo de su oferta económica y según el cual, el valor de \$25.575.000.000 era el resultante del proceso con base en el cual se determinó la suma que podía pagarse bajo los criterios de potencial de desarrollo sobre el predio.

Explicó que se trataba de un predio de un área de punto 53 hectáreas, que tenía una densidad de 1.111 viviendas por hectárea, que hicieron el ejercicio de proyectar construir y vender apartamentos de 50 metros cuadrados, lo que les arrojó 586 apartamentos. El estudio de mercado de la zona dio

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

como resultado que se podía vender el metro cuadrado aproximadamente en \$3.358.000, lo que generaba un total estimado de ventas de \$98.893.000.000.

Destacó que los dos aspectos más importantes a evaluar eran el costo directo de producir la vivienda y los costos indirectos (impuestos, diseños, etc.) y, que esos dos aspectos generaban los costos finales de construcción. Entonces, el valor de la tierra, más los costos directos e indirectos arrojaban los costos finales de construcción que eran de \$90.647.366.600. Teniendo en cuenta que las ventas proyectadas ascendían a \$98.893.100.000, se generaba una utilidad antes de impuestos de \$8.245.733.400, que es lo que usualmente manejaba Marval, esto es, un porcentaje de las ventas de más o menos el 8%, utilidad que hacía viable que la demandada entrara en el negocio con una oferta de \$25.575.000.000 por concepto del precio total del lote.

El testigo también presentó el ejercicio que daría como resultado de haber pagado la suma de \$42.075.000.000, que corresponde al valor del predio si se entendiera que la oferta es por un 155% adicional. Explicó que hay un factor inamovible que es lo que se puede hacer en la tierra, es decir, la cantidad de apartamentos que se pensaban realizar y el precio de venta, pues el mercado es uno solo y no puede vender más caro para poder pagar más por la tierra, porque seguramente no va a poder vender. El mercado se encarga de establecer qué es lo que realmente se puede hacer. Entonces, si se mantienen apartamentos de 50 metros cuadrados, por el mismo valor del metro cuadrado y además se mantienen los costos directos e indirectos y las ventas, al sumar el valor de la tierra de \$42.075.000.000, los costos ascenderían a \$107.147.366.600 millones de pesos. Por lo tanto, Marval tendría una pérdida de \$8.254.266.600.

Este documento, además, fue incorporado por el hecho de estar grabada la audiencia y el A-quo autorizó aportarlo al expediente de conformidad con el 226 del Código General del Proceso¹⁶. Con base en la explicación efectuada, le fue preguntado al testigo cuál era la real intención de Marval frente a la oferta económica:

“PREGUNTADO. Es correcto entender entonces que la intención era ofrecer los \$25.575.000.000 como valor total único y definitivo? (...) Es correcto entender que la voluntad real de Marval después de todo este proceso era ofrecer una cifra de 25.000 millones aproximadamente como valor total para participar en la compra del lote?”

CONTESTO: Si señor.”

Para reforzar el entendimiento y la voluntad de Marval al presentar la oferta, es pertinente referirnos al interrogatorio de parte absuelto en la audiencia de 21 de febrero de 2023 por la Representante de Marval quien también detalló la interpretación que la empresa realizó de los términos de referencia en cuanto a la propuesta económica y la aclaración que realizó respecto de su voluntad real plasmada en la oferta:

“Esta interpretación está contenida en los pliegos (...) en la metodología de evaluación, propuesta económica (...)

Nosotros básicamente con base precisamente en esa metodología de evaluación que esta descrita en los pliegos que señalan literalmente que a partir de la propuesta económica ofrecida, la cual contendrá el valor mínimo del 99% de los derechos

¹⁶ El documento es visible en el PDF C01 PRINCIPAL 044.

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

fiduciarios es que la Constructora presentó su oferta, basados literalmente en ese contenido de los pliegos donde se encuentra estipulado claramente que la propuesta debería contener ese valor mínimo de los derechos fiduciarios, ese porcentaje del 99% de los derechos fiduciarios y con base en esa precisión y con ese contenido la Constructora presentó insisto la oferta económica.

PREGUNTADO: Sírvase indicar al Despacho en qué momento ustedes realizan la aclaración a la que hacen mención a la propuesta económica presentada.

CONTESTO: Previo, desde el inicio de la reunión, la Constructora al percatarse del error y de la imprecisión en la exposición que iba a haber el día 28 de noviembre de 2011 de manera previa al inicio de esa reunión de la lectura de sobres la Constructora lo manifestó, durante el desarrollo de dicha reunión lo manifestó y todo ello esta consignado además en el acta de la audiencia de lectura de sobres porque quedó clarificado y quedó además en los videos que reposan en este expediente que la Constructora de manera previa hizo los anuncios, hizo las solicitudes al Comité del Fideicomiso para que se presentara de manera correcta la lectura del sobre porque estaba en la exposición que iba a haber, estaba incluido el precio base, vuelvo e insisto, sobre el 99% de los derechos fiduciarios y esa era la propuesta y la real intención de la constructora, el cual estaba siendo interpretado de manera errada.

(...)

Como se ha referido nosotros desde el momento en que se observó digamos la inconsistencia en la presentación de esa oferta o en la interpretación que se estaba dando, la Constructora lo manifestó de manera verbal el mismo 28 de noviembre antes de la lectura, lo dejó suscrito con una presentación documental el mismo día presentado al Comité y directamente a Alianza, posteriormente hizo cuatro comunicaciones a través de las cuales reiteró cuál era la manifestación real de la Constructora y cuál era la imprecisión que estaba contenida en la oferta pero que con base en la lectura de los pliegos la constructora redactó el documento y lo presentó.”

“PREGUNTADO. Ustedes han insistido que la propuesta no era el 155 sino el 55, siendo que el 100 representaba ese precio mínimo del pliego. Ustedes como determinaron ese 55% adicional.

CONTESTO. Claro doctora, la Constructora con su equipo de ingeniería y financiero interno realizó los análisis respectivos para poder presentar una propuesta que fuera viable con base pues en la experiencia que tiene la Constructora a lo largo de los cuarenta años o más de antigüedad y realiza un estudio, realiza unos digamos unas valoraciones económicas, estimados sobre el desarrollo que pudiera tener el predio y efectúa ese análisis para presentarlo y para en efecto hacer el cálculo financiero de un proyecto que además fuera viable y ese estimado arroja el 55% como propuesta a presentar en este ejercicio de participación al que fue convocado.” Ver video 043. Minutos 016_54 a 022:08

En adición a las afirmaciones y explicaciones que fueron señaladas en el interrogatorio y testimonio citados, la prueba documental obrante en el proceso demuestra que Marval ratificó en varias oportunidades a Alianza Fiduciaria, con anterioridad a la fecha de su decisión de adjudicar el contrato,

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

cuál era su voluntad real con la que participó en la invitación a contratar, así como puso en conocimiento, la imprecisión en la forma en que consignó la misma en el Anexo No 5, aún antes de llevarse a cabo la lectura de la oferta.

En primer lugar, la comunicación presentada el mismo día de la celebración de la audiencia de apertura de sobres, esto es, el 28 de noviembre de 2011 (aportada con la contestación de la demanda y la exhibición de documentos), antes de la apertura de los mismos¹⁷, en la cual se afirmó:

“Nos permitimos aclarar el contenido de la oferta presentada es por el valor total incluido el 100% base del precio”

En el curso de la audiencia de apertura de sobres, el Representante de Marval solicitó el uso de la palabra y concedida ésta, antes de la apertura de los sobres, efectuó verbalmente la misma manifestación (el acta de la apertura de audiencia de sobres se aportó con la contestación de la demanda y el video que contiene la audiencia se aportó por la demandada el 25 de febrero de 2020).

“4º. Lectura del informe de evaluación final.”¹⁸

Procede el Dr. Victor R. Ayalde miembro y vocero del Comité Evaluador y Director Financiero de la ERU, a dar lectura del acta de verificación final de los requisitos habilitantes, el cual se encuentra publicado en la página web www.eru.gov.co desde el 23 de noviembre de 2011

*Leído el informe de evaluación se le concede la palabra al representante legal del afirma MARVAL S.A. quien manifiesta que radica una carta **explicando que en el sobre de propuesta económica que entregó el pasado 9 de noviembre de 2011, la oferta presentada corresponde al cien por ciento del valor mínimo de los derechos fiduciarios señalados en los términos de referencia incluido su porcentaje de oferta adicional.** Y para que se tenga en cuenta el contenido del oficio que radicó por la Junta del Fideicomiso.”¹⁹ Destacado es propio.*

¹⁷ En el acta de la audiencia consta que al momento de la intervención del señor Cesar Gómez, éste manifestó haber radicado ya la comunicación. Y adicionalmente, en el testimonio que el señor Gómez rindió en este proceso, también aclaró:

“Llame a la abogada nuestra Luz Carmen Becerra a Bucaramanga, le advertí del tema, le dije aquí hay algo extraño, aquí están hablando de este tema, yo tengo en mi cabeza cuando leí el pliego que el tema era que se presentaba el valor total, que se tenía que presentar con el 99% adicional en el tema, yo le advertí en su momento ahí mismo en la reunión a Alianza Fiduciaria que había un tema, que había un error y que necesitábamos presentar una carta en ese momento y advertirlo dentro de la audiencia de apertura de sobres lo cual se hizo, se radicó una carta y yo en la apertura de sobres antes de que se iniciara el proceso de la apertura como tal, dentro de la audiencia de apertura hice la claridad de lo que era el ofrecimiento que nosotros estábamos haciendo dentro del procedimiento licitatorio.”

¹⁸ De conformidad con los términos de referencia numeral 10.1 la Junta del Fideicomiso debía realizar la evaluación de las propuestas mediante un comité de evaluación designado por la misma. Ese comité tenía como función verificar y evaluar los aspectos jurídicos, financieros y técnicos de las propuestas. El proponente que esté habilitado jurídica, financiera y técnicamente se le abrirá el sobre de propuesta económica.

¹⁹ La lectura del Informe de Evaluación se realizó con anterioridad a la apertura de los sobres. Como consta en el acta de la audiencia, en el orden del día, puntos 4 y 5º, primero se llevaba a cabo la

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Antes de que fuera adoptada la decisión de adjudicación por parte de la Fiduciaria, el 30 de noviembre de 2011 Marval remitió una nueva comunicación con destino a la Junta del Fideicomiso, en la que reiteró su solicitud para que se tomara en consideración el real contenido de la oferta económica presentada: (aportada con la contestación de la demanda y la exhibición de documentos)

“En la audiencia celebrada el 28 de noviembre de 2011 para “Seleccionar la persona natural o jurídica para la venta de los Derechos Fiduciarios del Proyecto de Renovación Urbana Manzana 5 – Las Aguas, área útil del lote 2”, el Comité Evaluador levantó un acta en la que hizo constar la recomendación a la Junta del Fideicomiso Manzana 5 – Las Aguas en el sentido de efectuar la adjudicación a favor de MARVAL S.A., por haber presentado la oferta de mayor valor.

*Como lo expresamos antes de la apertura de los sobres en audiencia, mediante comunicación escrita que adjunto en copia, **la oferta de MARVAL S.A corresponde al “valor total incluido el 100% base del precio” de modo que el porcentaje de 155% indicado en la oferta económica corresponde al 100% del precio base más un 55% adicional** sobre el mismo. Así, el valor total ofertado por MARVAL S.A. es de VEINTICINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$25.575.000.000).*

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que “el contrato se perfecciona una vez la fiduciaria reciba clara y explícitamente la instrucción de la JUNTA DEL FIDEICOMISO, mediante la cual se adjudica el mismo” (inciso primero del numeral 12 términos de referencia) solicitamos atentamente que esta Junta del Fideicomiso tome en consideración la referida comunicación para efectos de adoptar la decisión que corresponda en relación con la adjudicación del contrato objeto del proceso de selección.”

Antes de ser notificada de la adjudicación del contrato, Marval remitió una tercera carta a la Junta del Fideicomiso del 1 de diciembre de 2011, solicitando nuevamente se valoraran sus argumentos respecto del alcance de su manifestación de voluntad efectuada en el proceso de selección: (aportada con la contestación de la demanda y la exhibición de documentos)

*“Dando alcance a la comunicación remitida en la presente semana, radicada con número 849114 y a lo señalado en audiencia del pasado 28 de noviembre en la que se recomendó adjudicar a la sociedad MARVAL S.A. el contrato para la venta de los Derechos Fiduciarios del Proyecto de Renovación Urbana Manzana 5 – Las Aguas, área útil del lote 2”, **se insiste en solicitar a la Junta del Fideicomiso Manzana 5 – Las Aguas, previamente a la adjudicación del contrato, que la oferta de MARVAL S.A. corresponde al “valor total incluido del 100% base del precio” de modo que el porcentaje de 155% indicado en la oferta económica corresponde al 100% del precio base más un 55% adicional sobre el mismo. Así, el valor total ofertado por MARVAL S.A. es de VEINTICINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$25.575.000.000)***

lectura del informe de evaluación final y se concedía el uso de la palabra por parte de los asistentes interesados y posteriormente se procedía a la apertura del sobre No. 2 propuesta económica y evaluación de la misma. Luego de esos dos pasos, se producía la recomendación del Comité Evaluador. La audiencia se desarrolló en apego a ese orden del día.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que “el contrato se perfecciona una vez la fiduciaria reciba clara y explícitamente la instrucción de la JUNTA DEL FIDEICOMISO, mediante la cual se adjudica el mismo” (inciso primero del numeral 12 Términos de Referencia) solicitamos atentamente que esta Junta del Fideicomiso tome en consideración las referidas comunicaciones para efectos de adoptar la decisión que corresponda en relación con la adjudicación del contrato objeto del proceso de selección, estando incluso dispuestos, de ser necesarios, a retirarnos del proceso en estos momentos, pensando única y exclusivamente en el futuro del mismo.”

En este orden de ideas, se probó durante el presente proceso, que la verdadera intención de Marval era ofrecer el 55% adicional al valor mínimo de los derechos fiduciarios, lo que se representaba en una oferta económica por valor de \$25.575.000.000.

Se probó también que la declaración o exteriorización de la voluntad por parte de Marval se realizó de manera imprecisa en el anexo No 5 denominado propuesta económica, pues allí se consignó que el porcentaje adicional ofrecido era de 155%.

También se probó que la equivocación surgió de la interpretación del numeral 10.1 de los términos de referencia, en los cuales se consignó que la propuesta económica debía contener el valor mínimo de los derechos fiduciarios.

Y también se probó que Marval aclaró el verdadero sentido de su propuesta económica y su voluntad real y única, antes de la apertura de los sobres que las contenían y por lo tanto, antes de que Alianza Fiduciaria conociera las propuestas económicas.

De manera que, teniendo pleno conocimiento de la verdadera intención de Marval y del preciso alcance de la voluntad declarada, ha debido Alianza Fiduciaria valorar adecuadamente la conducta de aquella e interpretar la oferta económica que aquella presentó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1608 del Código Civil, en lugar de pretender forzar a la demandada a suscribir un contrato en condiciones distintas a las cuales ofertó y mucho más onerosas.

No debe olvidarse que el proceso de selección adelantado por Alianza Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo Manzana 5 –Las Aguas, se rigió por el derecho privado.²⁰ Por lo tanto, por la

²⁰ El Acuerdo 01 de julio 14 de 2004 “Por el cual se adoptan los estatutos de la EMPRESA DE RENOVACIÓN URBANA DE BOGOTÁ D.C. Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital”, adoptó el régimen legal de la Empresa de Renovación Urbana así:

“ARTICULO 5, REGIMEN LEGAL.- Los actos que la EMPRESA DE RENOVACIÓN URBANA DE BOGOTÁ D.C. realice en desarrollo de sus actividades de naturaleza industrial y comercial estarán sujetos a las normas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria. Los que realice la entidad para el cumplimiento de las funciones de tipo administrativo, que se le hayan confiado en el acto de creación o en los estatutos, serán actos administrativos y estarán sujetos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme a la ley.”

Por su parte, los términos de referencia establecieron que quien convocó la convocatoria lo fue la Junta del Fideicomiso creado mediante Escritura Pública 3389 de 2007, siendo éste acto privado el fundamento jurídico del proceso a adelantar:

“2. ENTIDAD QUE CONVOCA ELCONCURSO

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

naturaleza de las personas jurídicas que celebraron el contrato de fiducia mercantil a través del cual se constituyó el patrimonio autónomo y teniendo en cuenta que el proceso de selección se llevó a cabo con fundamento en un acto de naturaleza privada como lo es el contrato de fiducia mercantil, es claro que el proceso se rigió por las normas del derecho privado y por ello, era deber de Alianza Fiduciaria dar aplicación a los artículos 1502 y 1618 del Código Civil a los cuales se hizo mención, para interpretar la oferta económica presentada por la demandada de acuerdo con su voluntad real, que correspondía a un ofrecimiento del 55% adicional sobre el valor mínimo de los derechos fiduciarios.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la voluntad real de la demandada debía predominar sobre la efectivamente declarada, es evidente que no existió voluntad real de de Marval para celebrar un contrato por valor de \$42.075.000.000 y, por consiguiente, no nació obligación a su cargo de suscribir el contrato de compraventa de derechos fiduciarios en tales términos.

Por este primer aspecto, solicito al H. Tribunal se sirva revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarar probadas las excepciones de mérito denominadas *“Inexistencia de la oferta por valor de \$42.075.000.000 por error en la declaración contenida en el anexo no 5 de los términos de referencia”, “Inexistencia de obligación de suscribir el contrato de compraventa en los términos sugeridos por Alianza Fiduciaria”*. Y *“1. Disentimiento Consciente. Las manifestaciones de voluntad de Marval S.A. y Alianza Fiduciaria son divergentes. La inexistencia de consentimiento en relación con el precio de \$42.075.000.000 por los derechos fiduciarios. La inexistencia de obligación de suscribir el contrato de compraventa en los términos sugeridos por Alianza Fiduciaria.”*

La Empresa de Renovación Urbana de Bogotá, creada mediante acuerdo 033 de 1999, del Honorable Concejo de Bogotá, contrató mediante proceso de licitación pública LP-001-2007, con Alianza Fiduciaria la Fiducia Mercantil para el desarrollo del proyecto de Renovación urbana denominado Eje Ambiental y Cultural Manzana 5- las aguas, por el cual mediante escritura pública 3389 de 2007 de la Notaría 64 del Círculo de Bogotá, se constituyó el “ Patrimonio autónomo Manzana 5 LAS AGUAS”, es así como la Junta de este fideicomiso es quien convoca la presente convocatoria”

“FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE SOPORTAN LA CONVOCATORIA:

El contrato de Fiducia Mercantil contenido en la escritura pública No. 3389 del 27 de Diciembre de 2007 otorgada por la Notaría 64 de Bogotá, celebrado entre la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá y Alianza Fiduciaria S.A., da a esta última la obligación de actuar como vocera del patrimonio autónomo, el cual tiene como objeto el desarrollo del proyecto Eje ambiental y Cultural manzana 5-Las Aguas.”

Si quedara alguna duda por este respecto, ello fue aclarado totalmente en el documento No. 2 de respuesta a las observaciones presentadas en el proceso de selección (documento aportado con la contestación de la demanda y además en la exhibición de documentos), donde se definió por completo este aspecto:

“31. Solicitamos aclarar si esta convocatoria está regulada por la ley 80? Sino por favor manifestar bajo qué ley está regulada esta convocatoria?”

R) Esta convocatoria No está regulada por la Ley 80; este proceso se encuentra bajo el marco del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la escritura pública N° 3389 del 27 de diciembre de 2007, de la Notaria 64 del círculo de Bogotá, celebrado entre la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá y Alianza Fiduciaria.”

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

4.2. MARVAL ACTUÓ DE BUENA FE. LA MALA FE DE ALIANZA FIDUCIARIA.

Sabido se tiene que en nuestra legislación se erige como pilar fundamental de las instituciones el principio de la buena fe, consagrado constitucionalmente por el artículo 83 de la Constitución Política que reza:

“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.”

En materia contractual, este principio sugiere que el comportamiento de las partes responda a una constante colaboración y fidelidad al vínculo celebrado, o como lo señala la Corte Constitucional ²¹: *“El principio de la buena fe, igualmente, impone el deber de coherencia en el comportamiento, y por ello es un concepto que irrumpe en el contenido ético- social del orden jurídico y sirve de cauce para la integración del ordenamiento jurídico. La buena fe conlleva una regla de comportamiento civiliter, lo que quiere decir, que lo que debe esperarse de las partes es que actúen de manera seria y honesta.”*²²

El deber de obrar de buena fe debe predicarse tanto en la etapa contractual (art. 1603 Código Civil), como durante la etapa precontractual, esta última por virtud de lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Comercio:

“ART. 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”

Por virtud de este principio las partes están obligadas a actuar durante las fases preliminares con seriedad, probidad, diligencia, lealtad y sin perjudicar los intereses ajenos. Sobre este aspecto de la buena fe, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

*“...dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten”*²³

Así las cosas durante la etapa preliminar las partes deben observar unas reglas de conducta inspiradas en los deberes de lealtad y corrección en el tráfico jurídico, con el fin de asegurar la protección contra la mala fe, la ligereza de su contraparte o el abuso de su libertad para concluir o no el contrato. Esas reglas suponen que una interrupción intempestiva o una ruptura abrupta y sin

²¹ T 209 de 17 de marzo de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²² González Pérez Jesús. “El principio General de la buena fe en el derecho administrativo”. Editorial Civitas.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 4 de abril del 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Véase igualmente la sentencia de 13 de diciembre del 2001 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Manuel Ardila Vásquez

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

justificación alguna de las negociaciones previas al contrato pueden generar una responsabilidad extracontractual por culpa *in contrahendo*, que da derecho a una indemnización por el daño consecuencia de la frustración del negocio jurídico por la violación del “principio y deber” de actuar de buena fe.

De manera que, podrá incurrirse en responsabilidad durante las etapas previas a la celebración del contrato, si se obra de forma contraria al principio de buena fe y con culpa.

Ha señalado el Consejo de Estado que la culpa es uno de los presupuestos de la responsabilidad precontractual, derivado del artículo 863 del Código de Comercio. Y que constituye:

“...un criterio de imputación que gravita sobre la previsibilidad y evitabilidad del daño, con el que se quebranta el principio alterum non laedere. El demandado será así responsable, por el incumplimiento del deber general de cuidado, cuando previendo o pudiendo prever el daño, no lo haya evitado, si contaba con los medios para ello²⁴. (...) En las tratativas, en las que no sea ha perfeccionado aún una relación jurídica con unas obligaciones recíprocas, es previsible que el oferente invitado haya desplegado una conducta encaminada a suscribir el contrato, con un contenido patrimonial²⁵.

(...)

²⁴ REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 396-306.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2006, expediente 1998-10363: «(...) la Sala ha puntualizado que, en la fase precontractual, “se realizan esfuerzos de la más variada índole, precisamente encaminados a cristalizar expectativas y planes económicos, notándose la presencia de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consulta entre las partes, todo lo cual no puede resultar frustrado inicua y no más que respaldado por el principio de la libertad contractual; antes bien, la conducta que deben observar quienes así se contactan en pos de un designio contractual deben ajustarla al principio de la buena fe”. (Cas. Civ., sent. de 31 de marzo de 1998). // De manera más reciente, esta Corporación, en sentencia de 13 de diciembre de 2001 (exp. 6775), señaló que “a menudo la celebración del contrato no se logra de un solo golpe, sino que está precedida de una serie de aproximaciones, encuentros e intercambios de opiniones y de consultas entre las partes -lo que autoriza a afirmar metafóricamente que el contrato es, desde esa perspectiva, el punto final de los desacuerdos-, y que es natural que en dicha fase se puedan presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, si es que no ajustan su conducta al secular principio de la buena fe; y dado que sería cuando menos ingenuo atrapar todas las hipótesis que ofrece la realidad, el legislador prefirió una cláusula general con el fin de permitir al intérprete un criterio elástico de valoración, estatuyendo que las partes ‘deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen’ (art. 863 del código de comercio). // Es por ello por lo que los tratos preliminares, entendidos pues como el conjunto -o plexo- de actividades realizadas por quienes persiguen la celebración de un contrato en aras de concretar los posibles términos del mismo (reuniones, intercambio de opiniones, precisiones varias, etc.), están sujetos al milenar y justiciero principio *neminem laedere*, de forma tal, que cuando alguno vulnere o perjudique ilegítima o inconsultamente al otro potencial contratante, nace para quien así procede el inequívoco deber de reparar el correspondiente daño».

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

3.6.1.2. *Aparte, reconociendo que la buena fe constituye una cláusula amplia, genérica y flexible, capaz de amparar múltiples escenarios²⁶, la doctrina²⁷ se ha encargado de perfilar el deber precontractual jurídicamente tutelado de información, de acuerdo con el cual las partes recíprocamente deben poner en conocimiento a la otra, de manera veraz, cada circunstancia capaz de influenciar en la decisión de contratar.²⁸*

Ha señalado también el Consejo de Estado que para que se configure responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo* se requiere: (i) que exista una situación real de negociación; (ii) que de los tratos se haya generado una situación de confianza, que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato; (iii) que la ruptura haya sido injustificada o contraria a la corrección (información, veracidad, lealtad) y a la buena fe exigida en el campo negocial y (iv) que como consecuencia de ese comportamiento se cause un daño.²⁹

Ya se ha explicado con suficiencia las circunstancias que rodearon la presentación de la oferta económica de Marval en la convocatoria adelantada por Alianza Fiduciaria, así como se ha demostrado que tan pronto la demandada advirtió la imprecisión en la exteriorización de su voluntad real, lo puso de presente a la convocante incluso con anterioridad a que ésta conociera el contenido mismo de la oferta.

De manera que el obrar de Marval durante el proceso de convocatoria estuvo ajustado a la buena fe, pues tan pronto advirtió el error en su declaración y la divergencia de esta con su voluntad real, puso en conocimiento de la Fiduciaria esta circunstancia con anterioridad a la lectura de la oferta presentada, a fin de que su propuesta se interpretara de la manera correcta y no se alterara o perjudicara el proceso que se venía adelantando, llegando al punto de poner en discreción de la demandante la consideración de excluirla del proceso que se adelantaba.³⁰ Posteriormente, de

²⁶ *“Mas, como es casi imposible establecer en abstracto en cuáles hipótesis un sujeto se ha de considerar responsable de los daños ocasionados a la contraparte en las negociaciones, el legislador ha recurrido a una cláusula general, con el fin de ofrecer al intérprete un criterio elástico de evaluación, consistente en prescribir que las partes “deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (artículo 863 del Código de Comercio), descargando en cada uno de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de los varios deberes (seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no estén ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar (subraya la Sala)”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de marzo de 1998. Rad. 4962.*

²⁷ Ver, entre muchos otros: BORDA, Alejandro. “La buena fe en la etapa precontractual”. En: *Revista Universitas*. N° 129 (pp. 39-79), julio – diciembre 2014. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., p. 51-56.

²⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de noviembre de 2021 C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

²⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 28 de febrero de 2020. C.P. Guillermo Sánchez Luque

³⁰ Recuérdese que en comunicación de 1 de diciembre de 2011 Marval manifestó:

“Teniendo en cuenta lo anterior y dado que “el contrato se perfecciona una vez la fiduciaria reciba clara y explícitamente la instrucción de la JUNTA DEL FIDEICOMISO, mediante la cual se adjudica el mismo” (inciso primero del numeral 12 Términos de Referencia) solicitamos atentamente que esta

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

manera reiterada, advirtió a la Fiduciaria que no se había interpretado su oferta de manera correcta y se le solicitó tener en cuenta el verdadero alcance de su ofrecimiento, antes de adoptar la decisión de adjudicar el contrato.

Por el contrario, la conducta de Alianza Fiduciaria desconoció abiertamente los dictados que imponía el obrar de buena fe.

En efecto, a pesar de todas las manifestaciones oportunas para aclarar el contenido de la oferta y del deber legal que le asistía a la Junta del Fideicomiso de dar prevalencia a la voluntad real de Marval sobre la declarada en el Anexo 5 de los términos de referencia, el Comité de Evaluación del proceso de selección, hizo caso omiso de ello y al proceder a efectuar la lectura de las ofertas económicas, hizo referencia a la presentada por Marval sin tener en cuenta la aclaración que previamente había efectuado la sociedad sobre la misma. En consecuencia, desconociendo las manifestaciones previas, perseveró el Comité Evaluador en que la oferta presentada correspondía a un porcentaje adicional de 155%, esto es, un valor total de \$42.075.000.000, omitiendo toda consideración o valoración frente a las relevantes manifestaciones que le habían sido puestas de presente de manera oportuna.

No se olvide que se probó con el Reglamento de Contratación del Patrimonio Autónomo aportado con la exhibición de documentos, que estaba previsto que la audiencia pública de adjudicación se suspendiera de existir pronunciamientos que requirieran análisis:

“12. Acta de Adjudicación: Se realizará mediante audiencia pública a celebrarse en el lugar, fecha y hora indicada en los términos de referencia. En caso de prórroga se comunicará en la página web que indique la fiduciaria.

*13. En tal oportunidad se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:
a. En la audiencia los oferentes podrán pronunciarse inicialmente sobre las respuestas dadas por el comité evaluador a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación. En ningún caso, esta posibilidad implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta.*

En caso de presentarse pronunciamientos que a juicio de la Junta del Fideicomiso o su delegado requieran de análisis y cuya solución podría incluir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia podrá ser suspendida por el término razonable necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.”

Persistiendo en esa deliberada omisión, el Comité Evaluador procedió a recomendar a la Junta del Fideicomiso la adjudicación del contrato a Marval, - sin hacer ninguna mención a la existencia de las varias precisiones efectuadas por la sociedad en cuanto al alcance y contenido de la manifestación de voluntad sobre el precio de los derechos fiduciarios -, afirmando que el porcentaje adicional ofrecido ascendía al 155%, correspondiente a un valor de \$42.075.000.000.

Junta del Fideicomiso tome en consideración las referidas comunicaciones para efectos de adoptar la decisión que corresponda en relación con la adjudicación del contrato objeto del proceso de selección, estando incluso dispuestos, de ser necesarios, a retirarnos del proceso en estos momentos, pensando única y exclusivamente en el futuro del mismo.”

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Pero además, la sola comparación objetiva de las ofertas presentadas por todos los participantes de la convocatoria con el Anexo 5 diligenciado por la demandada, daba una clara indicación de que un ofrecimiento del 155% adicional al valor de la base, o lo que es lo mismo, un ofrecimiento total del 255% no era un entendimiento razonable del monto ofrecido por Marval teniendo en cuenta las propias valoraciones de la demandante y la realidad de las ofertas que arrojaba el mercado.

En efecto, al observarse los ofrecimientos efectuados por los demás participantes del proceso de selección, se desprende que la manifestación de voluntad efectuada por Marval en los términos que sugiere la Fiduciaria, sería ostensiblemente superior a todas las propuestas en más de un 100%, con excepción de la oferta presentada por Consorcio Las Aguas, sobre la cual, excedía su valor en más del 65%,

La sola lectura de los términos económicos de todas las ofertas daba cuenta de una diferencia desproporcionada que al traducirse en cifras, daría lugar a un ofrecimiento económico por los derechos fiduciarios de \$42.0075.000.000, al paso que, de los estudios económicos efectuados por la ERU, éstos derechos equivalían a \$15.000.000.000 y, posteriormente, a \$16.500.000.000.

Este análisis constituía un criterio más para ratificar o si que quiere, comprobar, que la voluntad real de Marval no podía corresponder a un porcentaje adicional del 155% sobre el mínimo de los derechos fiduciarios.

Así, sabiendo cual era el verdadero alcance de la oferta presentada por Marval y, que por lo mismo, no constituía la mejor oferta,- el Consorcio Las Aguas ofreció un porcentaje adicional al valor mínimo de los derechos fiduciarios del 90%, siendo por lo tanto el proponente con la mejor oferta y por ende, con el derecho a ser designado como beneficiario de los derechos- , desconoció la realidad de la propuesta a fin de pretender imponer la celebración del contrato nunca consentido, conducta a todas luces contraria a los deberes de probidad y corrección de todo partícipe en la formación del contrato, máxime, si como aquí ocurre, lo hace administrando recursos públicos.

En un caso idéntico en el cual una entidad pública, advertida del error cometido por un proponente en su oferta económica decidió adjudicarle la celebración de un contrato, a sabiendas de que el particular oferente se había equivocado y no había efectuado una oferta del contrato en las condiciones adjudicadas, la Corte Constitucional por vía de tutela, concluyó que la actuación del Estado había contrariado el debido proceso y el principio de actuar de buena fe:

“La Administración Pública en este caso, aprovecha deliberadamente un error para beneficiarse del mismo, calla el conocimiento que tenía de la equivocación del contratista y luego adjudica. Es una contravención clara del principio de buena fe. Si el Ejército se prevaleció de la ley para perjudicar al accionante, lesionó el postulado de la buena fe. En este caso, se insiste, so pretexto de aplicar con rigor la ley, adjudica un contrato con el pleno conocimiento de que no se iba a ejecutar. La aplicación del principio de buena fe en este caso se aprecia de gran valía, porque constituye un límite al poder público en tanto su aplicación impide que el ejercicio de potestades públicas se tornen arbitrarias.

(...)

“Ahora bien, es claro que una arista del principio de la buena fe es la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta. Es decir, que el de proporcionalidad es también un

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. La Administración en este caso no optó por lo menos restrictivo, sino por lo más gravoso, e impuso una sanción superior a las necesarias para cumplir el fin perseguido, cual era el de sancionar al oferente por no firmar un contrato, que la misma Administración sabía de antemano que no podía cumplir. Es este un caso paradigmático en el que el juez constitucional debe apelar al principio de la buena fe para evitar los resultados injustos que a veces ocasiona una rigurosa aplicación de la ley. Se ejerció en este caso una potestad administrativa cuando la administración conocía plenamente que el proponente no iba poder cumplir el contrato que le imponía formalizar, lo que constituye una infracción al pluricitado principio."

(...)

"Allí terminaba la actuación seria y coherente del Estado. Es obvio que no se halla en el mismo predicamento, el contratista que luego de que le adjudican le dice a la administración de su error, a aquél que pone de presente la equivocación antes de adjudicar, y espera razonablemente que la administración ya no le adjudique, descarte la oferta y le haga efectiva la póliza de seriedad de la misma.

Lo inesperable, salvo que se proyectara con mala fe, era que la administración a sabiendas del error y de la imposibilidad de firmar el contrato, le adjudicara al contratista el ítem que había errado en su oferta y lo obligara a suscribir contra su voluntad. Es una actuación contradictoria, que no se ajusta a la buena fe contractual. Un mínimo de respeto al principio de buena fe debe impedir que la Administración sorprenda al administrado con decisiones inesperadas, soportadas en un error conocido por demás por el propio Estado.

La dirección de inteligencia del Ejército Nacional, sabía que la adjudicación a la firma Meltec S.A. con base en los precios errados generaba un contrato que configuraría una lesión patrimonial injusta, obligando al oferente a contratar en condiciones de pérdida manifiesta y comprobada, por ser el valor del bien sumamente inferior al precio del mercado conocido por las partes. Es una clara tipificación de la mala fe, que la doctrina ha denominado "pérdida de los beneficios de quien actúa de buena fe".³¹

Nótese que la decisión que se viene de citar se produce en un evento en el cual el proceso de selección se regía por normas de derecho público, donde el Estado goza de una condición de preeminencia sobre el particular y puede imponer la celebración del contrato. Que podremos decir entonces en un caso como el presente, donde las partes se encuentran en una situación de igualdad y por virtud del principio de autonomía de la voluntad pueden libremente decidir si concurren a la celebración de un contrato o no.

Por ello, es evidente que la actuación de Alianza Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo contraría el principio de actuar de buena fe, al omitir toda consideración frente a las manifestaciones de Marval, pretender aprovechar la interpretación y entendimiento de los términos de referencia efectuado por parte de Marval y querer imponerle la celebración del contrato en unas condiciones nunca ofrecidas ni aceptadas y que serían altamente perjudiciales para la sociedad.

³¹ Sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006. Corte Constitucional.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

La parte actora conocía antes de la adjudicación el verdadero alcance de la manifestación de voluntad de Marval y es consciente de que ésta nunca tuvo voluntad real de ofrecer un porcentaje adicional del 155% sobre el valor mínimo de los derechos fiduciarios. No obstante, aprovechándose de dicha situación pretende obtener un beneficio adicional al ya obtenido con la celebración del contrato de compraventa de derechos fiduciarios celebrado con otra persona jurídica, que a todas luces es ilegítimo, como lo es exigirle el pago de la diferencia frente a un precio nunca ofrecido.

Así las cosas, la actuación de la parte actora se revela objetivamente contraria a la buena fe, razón por la cual, las pretensiones de la demanda deben desecharse y así le solicito al H. Tribunal lo declare revocando la sentencia de primera instancia y declarando probada la excepción de mérito denominada “*Mala Fe de Alianza Fiduciaria.*”

4.3. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES SOLO SE PRODUCÍA CON LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

Alianza Fiduciaria S.A. llevó a cabo un proceso de invitación a presentar ofertas para la adquisición de los derechos fiduciarios del Proyecto de Renovación Urbana Manzana 5 Las Aguas, área útil del lote 2.

El artículo 845 del Código de Comercio dispone:

“Artículo 845. Oferta elementos esenciales. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”

En el caso en estudio, la oferta es un acto jurídico unilateral dirigido a la perfección de un contrato y por ello debe contener todos los elementos esenciales del negocio jurídico que se espera celebrar. La declaración de voluntad en ella contenida pretende vincularse contractualmente en el evento en que el destinatario la acepte.

Inicialmente, los términos de referencia no constituían una oferta mercantil, como quiera que no contenían todos los elementos esenciales del negocio jurídico que se quería celebrar. Si bien allí se establecieron el valor mínimo del 99% de los derechos fiduciarios, la forma de pago del valor ofertado, los requisitos que debían cumplirse para presentar la propuesta, la selección de la oferta más favorable, las causales de rechazo de las ofertas y las solemnidades requeridas para el perfeccionamiento, no se establecía el valor final del contrato de venta de derechos fiduciarios, pues éste solo se podría consolidar con el valor adicional que ofrecieran los proponentes

Por ello, la oferta era presentada por quien tuviera interés en comprar el 99% de los derechos fiduciarios del fideicomiso y ejecutar el desarrollo inmobiliario y comercial del proyecto. Así, en los términos de referencia se señalaba expresamente que:

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

“A partir de la propuesta económica ofrecida, la cual contendrá el valor mínimo del noventa y nueve (99%) de los derechos fiduciarios. Los Proponentes podrán ofrecer un porcentaje adicional que deberá ser expresado en múltiplos de cinco (5).”

Adicionalmente, los propios términos de referencia precisaron en varios apartes que la oferta era presentada por los proponentes.

En efecto, como se menciona en el numeral 1 “OBJETO” de los términos de referencia, la invitación buscaba seleccionar la persona natural o jurídica, para que en igualdad de condiciones **“presenten ofertas”** para la compra del 99% de los derechos fiduciarios y ejecutar el desarrollo inmobiliario y comercial del proyecto, bajo su cuenta y riesgo. Expresamente se señaló en dicho acápite:

*“Para hacerse beneficiario de dichos derechos fiduciarios, **el oferente** debe cumplir con todos los requisitos de los presentes términos de referencia y **tener la mejor oferta económica.**”*

En el numeral 5º de los términos de referencia se reguló la **“ELABORACION Y PRESENTACION DE LA OFERTA”** acápite del cual se destaca:

“5.1. Aceptación de los términos de la convocatoria:

La aceptación de la totalidad de las condiciones de la convocatoria, de la elaboración y presentación de la propuesta, de las condiciones financieras y contractuales estipuladas en este documento, son requisitos indispensables para la presentación de la propuesta y por tanto se entienden totalmente aceptadas por el Proponente con el hecho de presentar su propuesta. De acuerdo con lo anterior, tales condiciones no podrán ser modificadas por el Proponente.”

“5.2. Presentación de la Propuesta:

*Las propuestas deberán ser entregadas a más tardar en la fecha, hora y dirección señalados en estos términos de invitación, en original y una (1) copia debidamente foliadas y diligenciadas en idioma español. **Se deberá presentar la oferta únicamente para el objeto de la convocatoria.** La JUNTA DEL FIDEICOMISO no asume responsabilidad alguna por aquellas ofertas que no se entreguen en la dirección indicada y que no estén foliadas.”*

En el numeral 6º se estableció que la propuesta debía cumplir con los requisitos habilitantes mínimos de carácter jurídico, financiero y técnico allí establecidos y además, se exigía al oferente la presentación de una **garantía de seriedad de la oferta** a través de una póliza de seguros que debía tener por objeto *“garantizar la seriedad de la oferta en caso de resultar favorecido en el proceso de invitación”*, por una suma correspondiente al 10% del valor mínimo de los derechos fiduciarios. Específicamente se señaló:

“Si el proponente a quien se adjudique el contrato no lo suscribe dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de adjudicación, LA JUNTA DEL FIDEICOMISO podrá adjudicar el contrato al proponente calificado en segundo lugar, sin perjuicio de la ejecución de la garantía de seriedad de la propuesta disponiendo de su valor a título de

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

indemnización de perjuicios; lo anterior sin perjuicio de las acciones legales y sanciones contractuales a que haya lugar.”

La selección de la oferta más favorable se encontraba supeditada a unos criterios establecidos en el numeral 10º de los términos de referencia. La Junta del Fideicomiso debía realizar la evaluación de las propuestas a través de un Comité de Evaluación por ella designado. El proponente que se encontrara habilitado jurídica, financiera y técnicamente tenía derecho a que se le abriera el sobre contentivo de su propuesta económica.

El Comité Evaluador debía rechazar las propuestas que no se ajustaran a las exigencias de los términos de referencia, a menos que hubiere posibilidad de saneamiento.³²

De manera que los términos de referencia precisaron que Alianza Fiduciaria convocaba a los interesados a **presentar ofertas** y que era el **participante en esa convocatoria quien presentaba la oferta económica**, la cual debía **cumplir con los requisitos señalados en los términos de referencia so pena de ser rechazada**.

Por lo anterior, es errada la conclusión del A-quo según la cual, al momento en que Marval presentó su postura y no habiendo una mejor, el contrato quedó celebrado o dicho de otra forma que desde ese entonces nació a la vida jurídica un vínculo en el cual las partes quedaban obligadas a suscribir el contrato prometido. El consentimiento solo podía consolidarse cuando el destinatario de la oferta económica, esto es, Alianza Fiduciaria la aceptara adjudicando el contrato.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia en su decisión de 23 de noviembre de 1989³³ señaló:

“...una invitación a concursar representa tan sólo la posibilidad de concurrir al certamen formulando las verdaderas ofertas bajo el supuesto de que el anunciante se ha reservado para sí la libertad de adjudicar o no, lo que equivale a decir que el proyectado contrato no podrá tenerse por perfeccionado sino mediante la adjudicación, caso por cierto diferente a aquel en que la invitación es una auténtica oferta, vale decir una proposición que, en los términos que indican los artículos 845, 846 Y 860 del C. de Co., dejará vinculado contractualmente al proponente -anunciante- por el solo hecho de haberse

³² El rechazo de la propuesta se producía en los siguientes eventos:

- La falta de capacidad jurídica, técnica y financiera para presentar la oferta a la fecha de cierre de la invitación.

Cuando en la oferta se encuentre información o documentos que contengan datos tergiversados, alterados o tendientes a inducir en error a la Junta del Fideicomiso.

- No presentar la oferta dentro del plazo establecido para el cierre de la invitación o cuando haya sido enviada por correo.

- Cuando el oferente se encontrara incurso en las causales de inhabilidad o incompatibilidad establecidas por la Constitución y la Ley.

- Cuando dentro del proceso de invitación se presenten circunstancias que alteren sustancial y desfavorablemente la capacidad financiera u operativa del oferente.

- Cuando la oferta no contara con la firma del oferente o de su Representante Legal.

³³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 23 de noviembre de 1989. M.P. Jose Alejandro Bonivento Fernandez.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

*formulado, con acatamiento de las reglas del concurso, la correspondiente aceptación por alguno de los llamados a participar en su realización (...)*³⁴

De manera que no es cierto como lo afirmó el A-quo que con la presentación de la oferta por parte de Marval se haya perfeccionado el contrato y por ello, no es aplicable a la litis el artículo 860 del Código de Comercio, pues éste solo regula los casos en que la invitación es una auténtica oferta que vincula al anunciante por el sólo hecho de haberse formulado la aceptación por alguno de los llamados a participar en su realización.

Lo anterior es de importancia para el presente asunto, como quiera que desde mucho antes de adjudicarse el contrato y por lo tanto, antes de consolidarse cualquier vínculo jurídico, Marval ya había expresado y ratificado en varias oportunidades, cuál era su voluntad real contenida en la oferta económica y por lo mismo, Alianza Fiduciaria se encontraba obligada por la buena fe que rige toda la actuación precontractual y contractual, a considerar tales manifestaciones bien para excluir a Marval, o bien para a interpretar la oferta de conformidad con la real intención de la demandada a efectos de decidir si era o no la mejor propuesta económica.

Por ello carece por completo de fundamento la aseveración del A-quo, de que las aclaraciones eran extemporáneas o improcedentes pues de una parte, ninguna norma jurídica impone el deber de desatenderlas, o una particular oportunidad para efectuarlas, y de la otra, tampoco es cierto que el vínculo estuviese fatal e irreversiblemente concluido desde el momento en que se entregó el sobre con la oferta económica, como equivocadamente lo afirmó el A-quo.

4.4.- MARVAL NO REVOCÓ LA OFERTA PRESENTADA.

El fallador de primera instancia consideró que aun cuando el contrato final estaba supeditado a una solemnidad, no es cierto que las partes se pudieren retractar de las ofertas sin ninguna consecuencia, pues ya existía un vínculo jurídico entre las partes.

Pues bien, no es cierto que Marval haya revocado o se haya retractado de la oferta presentada en la convocatoria adelantada por Alianza Fiduciaria. De ninguna de las manifestaciones y comunicaciones mediante las cuales Marval aclaró su voluntad real respecto de la oferta económica, puede desprenderse tal conclusión. Concluir ello de la lectura de las citadas comunicaciones es desconocer flagrantemente su texto, tergiversar su contenido y errar de manera ostensible en su contemplación objetiva.

Revocar significa dejar sin efectos, retraer, apartarse de un acto o manifestación ya efectuado.³⁵ De la sola lectura de la manifestación efectuada por Marval en la audiencia de apertura de sobres y de las manifestaciones efectuadas en las comunicaciones presentadas a Alianza Fiduciaria antes de la adjudicación del contrato, se desprende que la demandada jamás dejó sin efectos la oferta

³⁴ En el mismo sentido, véase la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 2001. M.P. Jorge Antonio Castilla Rugeles

³⁵ “Al referimos al tema de la revocabilidad de la oferta, estamos pensando en la posibilidad que pueda tener el oferente de retirarla, en el lapso de tiempo que media entre su formulación y el tiempo de que disponga el destinatario para aceptarla.” “El Periodo Precontractual”. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Facultad de Derecho U.P.B.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

presentada. Y no puede equipararse el acto de aclarar la voluntad real para precisar que la oferta correspondía al 55% adicional de los derechos fiduciarios, al acto de dejar sin efectos o retirar una oferta presentada.

Tampoco es cierto que se haya modificado la oferta. La única oferta presentada por Marval incluyó el valor mínimo de los derechos fiduciarios más el porcentaje adicional del 55%. El alcance de su manifestación efectuada en la audiencia de lectura de sobres y en las comunicaciones ya citadas, fue aclarar que ese porcentaje del 155% incluía el 100% de los derechos fiduciarios más un 55% adicional.

Por consiguiente, las consideraciones del Despacho según las cuales la aclaración que realizó Marval en la audiencia de apertura de sobres estaba fuera de lugar, pues dicha atestación de modificar el contenido o de aclarar el contenido de su propuesta era improcedente por ser ésta irrevocable, carecen de todo sustento.

Nunca es tarde para aclarar la voluntad real en la celebración de un contrato, pues la voluntad constituye elemento esencial de formación del acto jurídico; por eso, el artículo 1618 del Código Civil incluye la intención de las partes como criterio de interpretación de los contratos ya celebrados. Tampoco se encontraba prohibido el acto de aclarar la oferta pues en los términos de referencia no obra prohibición en tal sentido y como se puso de presente en la interposición del recurso, existía la obligación de dar preferencia al derecho sustancial sobre el formal en la convocatoria adelantada.³⁶

Tampoco puede considerarse que la aclaración de la voluntad se haya efectuado de manera extemporánea. Como se probó, la aclaración de la única y verdadera voluntad de Marval se efectuó antes de la apertura del sobre y de la lectura de la oferta y por lo mismo, antes de que su destinatario la conociera. Por lo tanto, Alianza Fiduciaria tenía conocimiento de la forma en que debía leer e interpretar la oferta, antes de conocer su contenido y por ello no puede considerarse a destiempo o inoportuna, con independencia de que el cronograma hubiera establecido una fecha límite para la presentación de la oferta.

Tampoco es cierto que se dejara al Comité de Evaluación en libertad de interpretar la propuesta. El Comité de Evaluación estaba obligado a interpretarla en un único sentido: acorde con la verdadera intención de Marval, aclarada en la manifestación efectuada en la audiencia de lectura de sobres y ratificada en comunicación radicada en esa misma fecha. Por lo mismo, la Junta del Fideicomiso al adoptar la decisión de adjudicación del contrato también se encontraba obligada a leer la oferta de Marval de conformidad con su verdadera intención, que ya había sido ratificada en varias comunicaciones.

Así las cosas, se demostró en este proceso que Marval no modificó ni revocó la oferta presentada y, por lo tanto, uno de los pilares del fallo de primera instancia resulta totalmente equivocado.

³⁶ El Reglamento de Contratación del Patrimonio Autónomo preveía en el artículo 9º denominado “Estructura de los procesos de invitación pública, numeral 10 “Evaluación de Propuestas” parágrafo 2º, lo siguiente;

Parágrafo 2. Subsanabilidad. En el proceso de selección primará lo sustancial sobre lo formal, en consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en los términos de invitación. (...)

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

4.5.- EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE ENCONTRABA SOMETIDO A LA SOLEMNIDAD CONVENCIONAL DE CELEBRARSE POR ESCRITO PRIVADO. LA POSIBILIDAD DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA SOMETIDOS A SOLEMNIDAD LEGAL O CONVENCIONAL.-

En el fallo de primera instancia, el A-quo afirmó que si bien con la aceptación de la propuesta, en este caso adjudicado el negocio, no nació a la vida jurídica el contrato de venta prometido, lo cierto es que el incumplimiento de suscribir ese contrato sí obliga a la parte incumplida a resarcir los perjuicios pudiendo solo liberarse si arguye una justa causa (artículo 849 del estatuto comercial) o buena fe libre de culpa, razón por la cual declaró no prospera la excepción denominada “*el contrato de compraventa se encontraba sometido a solemnidad convencional de celebrarse por escrito, la posibilidad de retracto en los contratos de compraventa sometidos de solemnidad legal o convencional*”. Agregó además que si bien es cierto en los contratos de compraventa indica el artículo 1818 del Código Civil que hay una posibilidad de retracto cuando se pactan solemnidades contractuales, en tratándose de ofertas mercantiles, está restringida dadas las especiales reglas que regulan la materia.

No comparte el suscrito dicha conclusión, pues el contrato de compraventa de los derechos fiduciarios se encontraba sometido a unas solemnidades pactadas en el contrato de fiducia mercantil y en los términos de referencia, razón por la cual, la aceptación de la oferta económica no perfeccionaba el contrato.

En efecto, la Cláusula Quinta de la Escritura Pública que contiene el contrato de fiducia mercantil dispone:

*“OCTAVA.- CESION DE DERECHOS FIDUCIARIOS- la calidad de BENEFICIARIO estará inicialmente en cabeza de LA EMPRESA DE RENOVACION URBANA. Posteriormente podrán ingresar nuevos beneficiarios en la medida en la que la **EMPRESA DE RENOVACION ceda a favor de terceros, a cualquier título, en todo o en parte, sus derechos fiduciarios o de participación fiduciaria. Los beneficiarios, es decir, los titulares de los derechos fiduciarios o de participación en el fideicomiso, deberán aparecer inscritos en el LIBRO DE REGISTRO DE BENEFICIARIOS que para tal efecto llevará y mantendrá debidamente actualizado EL FIDUCIARIO. LA EMPRESA DE RENOVACION URBANA y los demás BENEFICIARIOS, si los hubiere, podrán ceder sus derechos de participación mediante comunicación escrita dirigida a EL FIDUCIARIO, en la cual se exprese la información completa de las condiciones de la transferencia de los derechos, la identificación plena del cesionario, y la instrucción de actualizar el registro de beneficiarios. Tal cesión podrá quedar condicionada a la aceptación de la sociedad fiduciaria, quién podrá oponerse cuando tenga dudas fundadas acerca de la procedencia de los recursos del cesionario.**”*

En la Adenda No. 2 de la convocatoria, se adjuntó la minuta del contrato de fideicomiso mercantil de administración a celebrarse por Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso Proyecto de Renovación Urbana Manzana 5 – las Aguas, y en calidad de Fiduciaria, el cual contiene las siguientes cláusulas de destacar.

En el acápite de “definiciones” se identifica a los fideicomitentes así:

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

“FIDEICOMITENTES: En principio será el PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO MANZANA 5 LAS AGUAS de las condiciones anotadas al inicio del presente contrato. No obstante lo anterior, posteriormente ostentarán tal calidad los FIDEICOMITENTES POSTERIORES quienes serán registrados por ALIANZA como titulares de los derechos fiduciarios derivados del FIDEICOMISO, conforme a la adjudicación que de dichos derechos efectúe la EMPRESA DE RENOVACION URBANA adjudicación que será notificada a la FIDUCIARIA mediante documento escrito en el cual deberá constar la adjudicación del noventa y nueve (99%) de participación adjudicado al FIDEICOMITENTE POSTERIOR y la fecha en que deberá efectuarse el correspondiente registro. En todo caso, conforme a dicha adjudicación la EMPRESA DE RENOVACION URBANA –ERU será titular del 1% de los derechos fiduciarios derivados de este fideicomiso y los FIDEICOMITENTES POSTERIORES será titulares del 99% de los derechos fiduciarios del mismo”

El objeto del contrato de fiducia de administración era entre otros:

QUINTA. OBJETO DEL CONTRATO. Consiste en:

(...)

3. Una vez se haya efectuado la adjudicación del PROYECTO al FIDEICOMITENTE POSTERIOR y se cumpla el pago de la totalidad del valor por el cual le fue adjudicado, se registrará la cesión de los derechos fiduciarios y de beneficio al FIDEICOMITENTE POSTERIOR. Para tales efectos la EMPRESA DE RENOVACION URBANA notificará a ALIANZA de dicha adjudicación mediante documento escrito que como mínimo deberá contener el porcentaje de participación a registrar a favor del FIDEICOMITENTE POSTERIOR, y la fecha en que debe ser registrado dicho FIDEICOMITENTE POSTERIOR, previo el cumplimiento del pago final, como titular de los derechos fiduciarios derivados del fideicomiso.”

Por su parte, la Cláusula Decimosexta del contrato de Fiducia de Administración señala que son beneficiarios del fideicomiso el Fideicomitente en el mismo porcentaje de su participación en los derechos fiduciarios derivados del Fideicomiso, así como regula la cesión de los derechos fiduciarios así:

“EL FIDEICOMITENTE podrá ceder la totalidad o parte de los derechos y las obligaciones correlativas a ellos que les corresponden en este contrato conforme se establece a continuación:

Dicha cesión se efectuará mediante documento privado suscrito por cedente y cesionario, será notificado y enviado a ALIANZA en el cual conste el nombre, dirección, y teléfono del cedente y cesionario, la declaración por la cual el cesionario manifiesta y conoce el contrato de fiducia constitutivo del FIDEICOMISO, el estado del mismo, y las obligaciones y derechos que adquiere en virtud de la cesión, todo ello para efecto de los registros de ALIANZA, documento que como mínimo deberá ceñirse a lo previsto en este contrato.”

Ahora bien, Alianza Fiduciaria remitió a Marval el proyecto de minuta del contrato de cesión de derechos fiduciarios, del cual se destacan los siguientes aspectos contenidos en sus cláusulas:

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

“SEGUNDA. EL CEDENTE cede en favor del CESIONARIO el NOVENTA Y NUEVE POR CIENTO (99%) de los derechos, beneficios y las obligaciones correlativas a ellos, derivados de su condición de FIDEICOMITENTE Y BENEFICIARIO dentro del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO PROYECTO DE RENOVACION URBANA MANZANA 5 – LAS AGUAS, AREA UTIL DEL LOTE 2.”

“QUINTA. El valor de la cesion que mediante el presente documento se realiza es la suma de CUARENTA Y DOS MIL SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$42.075.000.000) la cual, según los términos de referencia se pagará en la siguiente forma:

5.1. La suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) al momento de la legalización del contrato de compraventa de los derechos fiduciarios, es decir, el presente contrato.

5.2. El saldo, es decir, la suma de CUARENTA MIL SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$40.075.000.000), dentro de los dieciocho (18) meses siguientes contados a partir de la legalización del contrato de compraventa, es decir, el presente contrato.”

“OCTAVA. Las partes de común acuerdo manifiestan que no reconocerán validez a estipulaciones verbales relacionadas con el presente contrato, el cual constituye un acuerdo total y completo que deja sin efecto cualquiera otro verbal o escrito celebrado entre las partes con anterioridad.”

“NOVENA. Que la presente cesión sólo producirá efectos una vez el CESIONARIO acredite ante el CEDENTE el pago de la totalidad de la suma indicada en la cláusula quinta de este documento. Como consecuencia de dicho pago, ALIANZA procederá al registro del CESIONARIO como titular del 99% de los derechos fiduciarios derivados del FIDEICOMISO PROYECTO DE RENOVACION URBANA MANZANA 5 – LAS AGUAS, AREA UTIL DEL LOTE 2. No obstante lo anterior, las comisiones fiduciarias que se generen conforme al contrato fiduciario constitutivo del referido Patrimonio Autónomo, a partir de la fecha serán de cargo único y exclusivo del cesionario.”

De todo lo anterior surge con claridad que la compraventa de los derechos fiduciarios no era un contrato consensual que pudiese entenderse perfeccionado y por ende, producir sus efectos con el solo acuerdo entre las partes o con la aceptación de la oferta económica presentada, aspecto pacífico entre las partes. Además de dicho acuerdo entre las partes y de existir una oferta económica aceptada, era necesario que este contrato de compraventa, se celebrara por escrito, se pagara el valor total de los derechos fiduciarios y que el mismo fuera registrado.

Hasta tanto no se dieran las condiciones de perfeccionamiento y legalización del contrato que se vienen de señalar, la compraventa de los derechos fiduciarios no producía ningún efecto.

Ahora bien, en tratándose de contratos de compraventa, el artículo 1857 del Código Civil establece su consensualidad, con las excepciones allí previstas como lo son la venta de bienes raíces, servidumbres y sucesión hereditaria:

*“ART. 1857.—La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:
La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.*

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente se adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción”

Por su parte, el artículo 1858 del Código Civil señala:

“ART. 1858.—Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente, no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.”

De lo anteriormente expuesto se concluye que el contrato de compraventa de derechos fiduciarios no nació a la vida jurídica, aún en el evento que hubiese existido una oferta económica por parte de Marval debidamente aceptada por parte de la Junta del Fideicomiso, puesto que el contrato se encontraba sometido a las solemnidades convencionales que se vienen de detallar.

Y en tanto un contrato de compraventa como el que se pretendía realizar, de acuerdo con el régimen jurídico vigente, se encuentre sometido a solemnidades convencionales, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura privada o no haya principiado la entrega de la cosa vendida, sin que tal retractación dé lugar al reconocimiento de perjuicios de ninguna clase.

Por todo lo anterior, la decisión de Marval de abstenerse de celebrar el contrato, aún de considerarse que hubiese existido una oferta debidamente aceptada, se encuentra por otro aspecto, ajustada a derecho, dada la posibilidad legal de proceder a su retracto, hasta antes del cumplimiento de las formalidades solemnidades pactadas para su perfeccionamiento, evento que no da lugar a reconocimiento de perjuicios, y así le solicito al H. Tribunal lo declare, revocando la sentencia de primera instancia y declarando probada la excepción de mérito que aquí se detalló.

4.6. EL REGIMEN DE LA CULPA IN CONTRAHENDO. LA INEXISTENCIA DE PERJUICIOS.

Con apoyo en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de 12 de agosto de 2002, el Despacho concluyó que con la adjudicación se formó un vínculo jurídico, por lo que era deber aplicar el régimen contractual de responsabilidad, olvidando que es criterio reiterado de la Jurisprudencia de las altas cortes que aun en los eventos de ofertas seguidas de aceptación, el Código de Comercio contiene una disposición normativa que ha definido con absoluta claridad el régimen a aplicar, como lo es el artículo 863. En efecto, sobre este particular, ha establecido la Corte Suprema de Justicia un precedente reiterado de manera uniforme:

“Desde luego que en el marco del Código de Comercio y en relación con el caso concreto, la controversia sobre el tipo de responsabilidad está claramente definida, porque como ya se anotó, el artículo 863 consagra un principio general de responsabilidad durante el periodo precontractual, sea este, de meras tratativas o de oferta seguida de aceptación que no perfeccionan el contrato, bien porque es solemne, ora porque es real. Responsabilidad esta que aparece aún con independencia del

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

surgimiento de un "vínculo jurídico", pues basta que el perjuicio provenga de un actuar no guiado por la "buena fe exenta de culpa", según lo declara el artículo 863." ³⁷

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado que como en esta etapa no están las partes vinculadas por un contrato válidamente celebrado, la responsabilidad no puede tener la naturaleza de contractual sino precontractual y que una desatención a la conclusión del negocio proyectado, solo da lugar a la compensación del interés negativo, esto es, la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre y por lo tanto, no habría lugar a perseguir una indemnización por las ganancias o prestaciones dejadas de percibir por el contrato frustrado.

Ha dicho la Corte:

"Ahora bien, cuando esa ruptura brusca del procedimiento, adoptada en forma unilateral y sin "causa justificada por el anunciante, se sucede antes de culminar aquél en el perfeccionamiento del contrato, mediante la adjudicación al concursante mejor calificado, es decir mientras subsiste aún el período preparatorio, los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo -exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente realizados-, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama "... interés negativo o de confianza... ", ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquéllos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría. En consecuencia, dicha indemnización tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas; la fuente del derecho al resarcimiento del que ella es objeto, no es contractual sino que emerge, al tenor del ordenamiento positivo nacional (art. 863 del C. de Co.), del principio general de la buena fe que, como tantas veces se ha reiterado, no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas; y en fin, la comentada indemnización debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y del lucro cesante provocados por la ineficacia de las negociaciones, es decir reunidos por una relación causal adecuada al hecho definido como generador de responsabilidad, entendiéndose que por el primero de aquellos conceptos -daño emergente- el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada -pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecta- sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento

³⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 12 de agosto de 2022. M.P. Jose Fernando Ramirez Gómez. En el mismo sentido, véase la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de junio de 2011, Sentencia Corte Suprema de Justicia 5 de agosto de 2014

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

del evento dañoso -v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinta- que le habría reportado ventaja.”³⁸

En sentencia de 27 de junio de 1990 también concluyó:

“Puesto que en el evento en que una de ellas obre de mala fe en la actuación prenegocial o que, obrando de buena fe, lo haga con culpa en el comportamiento negocial debido, creando así dolosa y culposamente expectativas o ventajas que conducen o sostienen la fase negocial, incurre en responsabilidad por los perjuicios ocasionados (daño in contrahendo) que deben limitarse, de un lado, al daño emergente, entendido, como lo hace la doctrina, como perjuicio sufrido con los gastos, costos e inversiones efectuadas en la etapa prenegocial que le ha sido perjudicial (interés negativo contractual, es decir, por la no conclusión injustificada del contrato), incluyendo, con fundamento en la equidad reparadora como lo ha dicho esta Corporación en otros eventos, la corrección monetaria por la notoria devaluación sobre dicho monto; y, del otro, el lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectiva y realmente dejadas de obtener por habersele impedido la especial, explotación y rendimiento (incluso financiero) de la suma nominal del gasto o inversión, o por el excepcional rechazo de otras reales contrataciones ordinarias hechas con fundamento en la perspectiva de aquel contrato proyectado, que injustificadamente se frustrara (arts. 822 C. Co. y 1614 C.C.), todo lo cual debe aparecer debidamente acreditado”^{39. 40}

³⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de noviembre de 1989. M.P. Jose Alejandro Bonivento Fernandez

³⁹ Sentencia 27 junio de 1990, G. J. 2439, pag. 297-310).

⁴⁰ El Consejo de Estado también se ha pronunciado en tratándose de concursos adelantados por entidades públicas que se desarrollan bajo el régimen del derecho privado, - como el concurso que aquí nos ocupa, convocado por la Empresa de Renovación Urbana -, afirmando:

“Con esta perspectiva, la Sala ha subrayado que las decisiones adoptadas durante la etapa de formación del contrato adoptadas por las entidades sometidas a los “regímenes exceptuados”, son expresiones de la autonomía privada como las que adoptan los particulares durante la fase de negociación y, por lo mismo, no son actos administrativos, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario⁴⁰.

(...)

“A su vez, si el contrato no se formó, pero las negociaciones estaban lo suficientemente avanzadas para que el demandante considerara que ello iba a producirse o porque las reglas del proceso de negociación suponían que con él debía celebrarse el contrato, el demandante tendrá derecho al “interés negativo o de confianza”⁴⁰ y en consecuencia, el medio de control procedente será el de reparación directa.

(...)

“En relación con los contratos consensuales, su perfeccionamiento requiere que la oferta o propuesta, debidamente comunicada al destinatario, sea aceptada por éste, expresa o tácitamente (art. 864 C. Co.). Si se trata de contratos en los que se exige una formalidad constitutiva para su perfeccionamiento o nacimiento, solemne o real, se debe cumplir y observar adicionalmente la formalidad ad substantiam actus o haberse verificado la entrega de los bienes, según el caso (arts. 1500 C.C. y 824 C. Co.)⁴⁰”.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se viene de señalar que constituye precedente judicial de forzosa observancia, aún en el evento que pudiera predicarse una conducta antijurídica de Marval por no suscribir el contrato de compraventa de derechos fiduciarios, la responsabilidad a aplicar debe corresponder a la responsabilidad precontractual o si se quiere a la prevista por el artículo 863 del Código de Comercio, aplicable para los eventos de ruptura de las negociaciones en la etapa de formación del contrato. Esta responsabilidad solo da lugar a la indemnización interés negativo, siempre que se acredite la causación de un perjuicio, esto es, los gastos y costos en que se haya incurrido durante la etapa de negociación o la pérdida de oportunidades de otros negocios, pero nunca da lugar al reconocimiento del interés positivo correspondiente al precio o la utilidad dejada de percibir como si el contrato hubiese sido celebrado y posteriormente incumplido.

En el presente asunto sin embargo, la parte actora no acreditó haber sufrido afectación económica alguna por la decisión de Marval de no suscribirse el contrato y por el contrario, se acreditó que no padeció ninguno.

En efecto, debe tenerse presente que el proceso de selección adelantado llegó a feliz término, siendo adjudicado el contrato al oferente que había presentado la mejor propuesta económica. Obra en el proceso que el 15 de diciembre de 2011 se adjudicó el contrato a Consorcio Las Aguas (el acta de adjudicación se acompañó en la exhibición de documentos) y el día 21 de diciembre de 2011, se suscribió el Contrato de Cesión de derechos fiduciarios del Fideicomiso Proyecto de Renovación urbana Manzana 5 – Las Aguas Área Útil del lote 2 entre Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo y el Consorcio las Aguas por valor de \$31.500.000.000 (también acompañado en la exhibición de documentos). La adjudicataria pagó ese mismo día la suma de \$2.000.000.000 y el saldo restante debía pagarse a más tardar, en septiembre de 2013.

De manera que el impacto real estaría representado en la recepción del primer pago con 15 días de retraso (7 de diciembre de 2011 – según proyección con Marval - a 21 de diciembre de 2011, fecha real de recibo del primer pago con el Consorcio Las Aguas) y los eventuales los mayores costos que

(...)

10. Aunque no se perfeccione el contrato, en la etapa preparatoria se originan deberes precontractuales cuya observancia resulta relevante de acuerdo con los principios que rigen el ejercicio de los derechos y en particular el de buena fe. Por ello, el artículo 863 del Código de Comercio establece que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Los tratos preliminares no son indiferentes o intrascendentes para el derecho, no solo porque formado el contrato lo integran y orientan su interpretación (1618 y siguientes del CC), sino porque quienes se encuentran en su fase de formación deben observar las reglas de conducta inspiradas en los deberes de lealtad y corrección en el tráfico jurídico. Durante el desarrollo de esos actos, tratos o conversaciones las partes están obligadas por unas reglas jurídicas que tiene como fin asegurar protección contra la mala fe, la ligereza de su contraparte o el abuso de su libertad para concluir o no el contrato⁴⁰. Esa reglas suponen que una interrupción intempestiva o una ruptura abrupta y sin justificación alguna de las negociaciones previas al contrato pueden generar una responsabilidad extracontractual por culpa in contrahendo, que da derecho a una indemnización por el daño consecuencia de la frustración del negocio jurídico por la violación del “principio y deber” de actuar de buena fe.” Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 28 de febrero de 2020.

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

se hubieren podido generar durante el mismo lapso (7 de diciembre y 21 de diciembre de 2011), por concepto de: (i) costo comisión fiduciaria, (ii) costo dirección de proyecto; (iii) costo apoyo a gerencia, (iv) vigilancia; (v) apoyo legal. No obstante, ninguna actividad probatoria fue desarrollada por la parte demandante, para acreditar el padecimiento de un real perjuicio.

Téngase presente que en el interrogatorio de parte absuelto por la Representante Legal de la parte actora le fue preguntado:

“PREGUNTADO. Diga cómo es cierto sí o no y yo afirmo que lo es, que la no suscripción del contrato con Marval no le ocasionó ningún tipo de perjuicio al fideicomiso.”

La Representante Legal fue renuente a responder la pregunta, pese a que la Juez de Instancia le ordenó responderla, indicio en su contra que no fue valorado por el A -quo.

La Juez entonces le preguntó:

“De dónde salieron un poco más de los diez mil millones de pesos que ustedes reclaman en este proceso.”

CONTESTO: Del cálculo de la diferencia de la oferta que se recibió, que aparece en la oferta inicial de Marval que era del 155% de lo que era el precio base y que se dejó recibir por parte del patrimonio autónomo ...

PREGUNTADO. De esa operación matemática (...) hay algún soporte o alguna investigación o alguna gestión adicional que dé como fuerza a esa operación matemática que la Fiduciaria hizo que usted me acaba de explicar?

CONTESTADO. No que yo conozca.”

Lo anterior constituye prueba de que la suma reclamada por Alianza Fiduciaria en este proceso solo corresponde a una operación matemática carente de soporte fáctico y material que demuestre la efectiva causación de un perjuicio.

La misma demandante consideró que el incumplimiento en la suscripción del contrato, daba lugar a hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta y por eso solicitó en la demanda, hacer efectiva la citada póliza. Esa fue además, la instrucción que la Fiduciaria recibió por parte de la Junta del Fideicomiso, como consta en el acta de la reunión llevada a cabo el 13 de noviembre de 2011 (aportada en la exhibición de documentos), en la que consta:

“Luego de verificar que existe quórum decisorio y deliberatorio, la Junta del Fideicomiso, de conformidad con la notificación surtida por el representante legal de Marval S.A., Dr Cesar Augusto Gómez Rodríguez en las instalaciones de Alianza Fiduciaria el día 12 de diciembre de 2011 en la que entre otros manifestó:

“... que por las razones expuestas en la comunicación radicada el día de hoy por el señor Rafael Augusto Marin Valencia, Representante Legal de MARVAL S.A., no procederán a suscribir el citado contrato.”

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

De lo anterior esta Junta decide por unanimidad solicitar a Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo del asunto que procesa a efectuar la respectiva siniestralidad de la póliza y de conformidad con lo establecido en el numeral 12 de los términos de referencia y que entre otros establecen (...)

No obstante debe precisarse que la sentencia incurrió en otro error al considerar que el valor asegurado en dicha póliza podía considerarse como valor del perjuicio, como si se tratara de una estimación anticipada de perjuicios. En efecto, lo único previsto en los términos de referencia es que debía prestarse una póliza por dicho valor y que en caso de falta de suscripción del contrato proyectado, dicha garantía debía ser ejecutada y su producto se imputaría o retendría a título de pago de perjuicios. Pero no puede concluirse de ello que haya un pacto de tasación anticipada de perjuicios, una verdadera cláusula penal entre las partes, equivalente al valor de la suma asegurada, como erróneamente lo entendió el A-quo-

Por otra parte, la garantía otorgada sólo podía hacerse efectiva por el valor de los perjuicios causados y hasta concurrencia del valor asegurado y no como lo pretendía la demandante, por el valor total de la garantía, sin haber acreditado perjuicio alguno.

Ello es así por cuanto en el derecho privado, el seguro de cumplimiento, entre ellos la póliza de seriedad de la oferta, es una modalidad del seguro de daños, que busca indemnizar al asegurado por los perjuicios realmente padecidos y no puede convertirse en una fuente de enriquecimiento injusto.

Aun en tratándose de hacer efectiva una garantía como la que había sido otorgada por Seguros Condor, ello tampoco significaba que pudiera solicitarse el valor total de la suma asegurada, sin que se demostrara un perjuicio real y efectivamente padecido y sobre la base de su efectiva demostración dentro del trámite judicial. Al respecto, valga citar aquí una decisión del Consejo de Estado que se ocupó de un tema similar:

“ En contraste, en el derecho privado la garantía de seriedad de la oferta, esta incluida en los llamados seguro de daños, caracterizado por ser meramente indemnizatorios, por cuanto tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario de los perjuicios efectivamente recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato de riesgo asegurado. Que en el de seriedad de la oferta, hace referencia a la no suscripción y legalización del contrato.

(...)

Es precisamente por efecto de ese carácter indemnizatorio que, acorde con el artículo 1077 ejusdem, le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como “la cuantía de la pérdida”; es decir, que al demandar el pago de la indemnización [ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial] debe probar no solamente los hechos a cuyo amparo estima se configuró el siniestro sino también la naturaleza de los daños padecidos y la extensión de los perjuicios sufridos a raíz de la realización del riesgo asegurado.”⁴¹

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 2005. Exp 11001-31-03-024-1993-7143-0.

MAYORGA & MAYORGA ABOGADOS

En consonancia con lo anterior, para la Sala es claro que en los procesos de contratación que se adelanten bajo el régimen privado la garantía de seriedad de la oferta tiene las siguientes características: i) se otorga por un valor fijo y en favor de la entidad licitante que constituirá el monto máximo a reconocer; ii) su naturaleza es indemnizatoria; iii) se puede hacer efectiva cuando se demuestre el incumplimiento del oferente y se cuantifique la pérdida real que tal acontecer causó en el patrimonio de la asegurada; iv) es admisible la derivación de consecuencias de estas, a través de un acto jurídico, pero no mediante un acto administrativo, v) procede su ejecución mediante reclamo extrajudicial o por vía judicial.

(...)

Como se dejó acreditado en un capítulo anterior, los supuestos que llevaron a declarar el incumplimiento pactado y, en efecto, a poder hacer efectivo el siniestro, en efecto, ocurrieron, no obstante, la cuantificación del daño efectivamente causado no se probó por parte de EPM. Por esta razón es imperante determinar que la demostración del incumplimiento por parte del obligado, per se, no alcanza a configurar el siniestro contemplado en el artículo 1072 del CCO, pues como consecuencia de tal desatención, no se produjo un perjuicio real para el asegurado, vale decir, aquel que se materializaría en un auténtico desmedro patrimonial para este.

Resulta palmario, entonces, establecer que por la naturaleza del seguro de que se trata, la demostración de la extensión del daño padecido por EPM no podría encontrarse en el simple incumplimiento en que hubiera incurrido el afianzado, pues haber dejado de suscribir el contrato no evidencia, por sí solos, el acaecimiento de un perjuicio y menos su cuantía.

(...)

En definitiva, la Sala comprende que es verdad irrefutable que EPM no sólo omitió ponderar todo lo relacionado con la naturaleza de los perjuicios que pudo sufrir ante la ocurrencia del siniestro, sino que supuso la prueba de la extensión del daño, al confundir la cuantía de la verdadera pérdida con el monto del valor asegurado y los términos del capítulo “de garantía de seriedad de la oferta” del pliego de condiciones. Por consiguiente, la decisión de hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta amparada por Liberty Seguros S.A. y cobrar el riesgo subsecuente no encuentra validez.”⁴²

Así las cosas es claro que el valor por el cual se otorgó la garantía de seriedad de la oferta no puede constituir la prueba de los perjuicios causados, pues dicho valor si bien constituye un monto máximo, su pago está supeditado a que se acredite un daño y un perjuicio realmente padecidos por el convocante del concurso, lo que no ocurrió en este asunto.

Por lo anterior, solicito al H. Tribunal se sirva revocar la sentencia y en su lugar declarar probada la excepción de mérito que se acaba de detallar.

4.7. LA OMISIÓN DEL A-QUO EN PRONUNCIARSE RESPECTO DEL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Dispone el artículo 206 del Código General del Proceso:

⁴² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 2 de julio de 2021.

MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. *Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”

La parte demandada en la contestación de la demanda presentó objeción al juramento estimatorio, por lo que la cuantía de los perjuicios estimada en la demanda no constituyó prueba de su monto.

Ahora bien, la demanda estimó que los perjuicios ascendieron a la suma de \$1.650.000.000 más los intereses causados, correspondiente a la suma asegurada en la póliza que fue entregada como garantía de la seriedad de la oferta, respecto de la cual la parte actora dejó prescribir su acción, más la suma de \$10.725.000.000 correspondiente a la diferencia existente entre la oferta que según el actor fue presentada por Marval y el valor por el cual fue finalmente adjudicado el contrato al Consorcio Las Aguas.

De la suma total de perjuicios jurada (\$12.375.000.000), el Despacho sólo consideró acreditado un perjuicio por la suma de \$1.650.000.000, encontrándose entonces configurada la hipótesis consagrada por el inciso 4º del artículo 206, esto es, que la suma estimada excedió el 50% de la que resultó probada.

Por lo anterior, era deber del Despacho condenar a la parte actora a pagar al Consejo Superior de la Judicatura o a quien haga sus veces una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la cantidad estimada y probada, esto es, la suma de \$1.072.500.000.

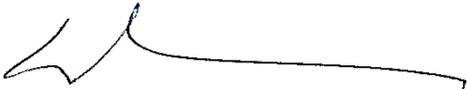
Por lo anterior, en el evento que se confirme la sentencia impugnada, solicito al H. Tribunal se sirva adicionar la parte resolutive a fin de imponer la condena de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso a la parte actora, por la suma de \$1.072.500.000.

**MAYORGA & MAYORGA
ABOGADOS**

V. PETICIONES.-

De conformidad con las consideraciones que se vienen de exponer, me permito solicitar al H. Tribunal se sirva revocar el fallo de primera instancia, para en lugar, denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Respetuosamente,



CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO.
C.C. No. 80.414.092 de Usaquén
T.P. No. 59.781 del C.S. J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA RV: SUSTENTACION APELACION. VERBAL. FABIO GIRALDO C/ ROBERTO POVEDA. RAD. 110013103051 2021 00167 01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 13/04/2023 16:00

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (537 KB)

IMG_20230413_0003.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA

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: C Legal Abogados <abogadosclegal2@gmail.com>

Enviado: jueves, 13 de abril de 2023 3:44 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: SUSTENTACION APELACION. VERBAL. FABIO GIRALDO C/ ROBERTO POVEDA. RAD. 110013103051 2021 00167 01

--

Atte.

HUGO RODRIGUEZ GARCIA

Tel. 8097645. Cel. 310 8193255

abogadosclegal2@gmail.com

Cll. 19 N°3-10, Of. 1301, Edif. Barichara, Bogotá.



Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Atn. Mag. Ponente: Dra. Clara Inés Márquez Bulla
E. S. D.

**REF: VERBAL. FABIO GIRALDO HERRERA C/ ROBERTO
POVEDA. RAD. 11001310305120210016701**

En mi calidad de mandatario judicial del demandante, respetuosamente me dirijo a la honorable magistrada con el fin de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en este proceso, en los siguientes términos.

En primer lugar, llama la atención y cabe resaltar el hecho de haberse tenido en cuenta como prueba basilar la mención que en la Nota No. 1 de las “advertencias notariales” (pag. 5) se hizo en la escritura pública No. 339 del 31 de marzo de 2.017, de la notaría 12 de Bogotá, en donde se plasmó que “Para efectos de Derechos Notariales y Fiscales en cuanto a la presente venta se toma como base de liquidación el valor equivalente al 4% del **avalúo catastral del año 2017 ...**” (las negritas son mías), para que se produjera el fallo en la forma como se produjo.

Y llama particularmente la atención por cuanto de por sí sola, la nota traída a colación no tiene mayor inconveniente en que se haya tomado para lo que se expresó en ella y, de hecho, así se utilizó (para liquidar derechos notariales y fiscales causados con la compraventa), pero sí no es viable que el señor juez la haya tomado como punto de referencia para que del valor catastral se haya calificado que este valor catastral sea el valor que tomaron las partes como precio y en definitiva para obtener el **justo precio**. De por sí, esta última posición traída por el señor juez en su fallo de extraer del valor catastral el precio justo conlleva a que las partes del contrato, en la interpretación que en el fallo le dio el señor juez, hubiera cerrado el camino para demandar la acción rescisoria por lesión enorme, lo que no afectó la calificación de la demanda que nos ocupa, pero ahora sí sirvió para que se expresara por el señor juez que el valor catastral es el que debe tenerse como precio, acudiendo a la renombrada nota No. 1 que trae la escritura de compraventa que nos ocupa. Está establecido por el Código Civil (art. 1950) que no valdrá la estipulación contractual que diga que “no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme ...” y, aunque no está dicho de esa forma en la escritura pública, la

interpretación que le dio el señor juez puede llevar a que en otras palabras se hubiere negado demandar por considerar qué no se ha violado el tema del justo precio. En últimas, y a sabiendas de que el precio que debe primar es el comercial, si de definir el justo precio del predio se trata, considero no podía dejarse de lado lo estipulado en el num. 4 del art. 444 del C.G.P. referido al valor del predial aumentado en un 50% (en la sentencia no se hizo alusión alguna a esta norma).

En segundo lugar, considero procedente considerar que en materia probatoria se rompió el equilibrio en cuanto a la oportunidad de sustentar cada dictamen pericial, ya que aunque el suscrito sí replicó el presentado por la contraparte, ésta no se manifestó sobre las inconformidades o contenido del dictamen presentado por la parte demandante, lo que pudiera dar a entender a los intervinientes en el presente litigio que dicho trabajo llenó y llena todos los requisitos para tenerlo como satisfactorio, al no haber sido objeto de reparo alguno (desechó el lapso que le brindó el inciso primero del artículo 228 del C.G.P.).

En tercer lugar, el documento que pretendió presentar el perito de la contraparte no como anexo a su dictamen sino como nueva prueba documental, y que el que mostró en la audiencia del 16 de enero de 2023 (pareciere se tratara de un documento proveniente de establecimiento público del orden municipal), documento éste respecto del cual el señor juez guardó silencio pero que en la audiencia del 16 de enero de 2023 sí utilizó el perito y que considero pudo haber afectado o contribuido a dar la credibilidad para que el fallo se hubiera proferido en la forma como se profirió.

Por último y como fundamento a otro de los reparos, reitero mi inconformidad advirtiendo que lo cierto es que fue dejado de observar por el fallador el avalúo presentado por la firma SALMER INGENIERIA S.A.S. (representada por el ing. Oscar Molano), y por ende brilla por su ausencia la crítica a esta prueba en cuanto a los fundamentos para desechar el método de valuación y por ende el valor que arrojó (en cambio, el dictamen traído a los autos por la parte demandada si recibió por el despacho acogida en tanto que para el despacho servía para respaldar el valor catastral).

En este orden de ideas, y adentrándonos en la objetividad que, sin perjuicio de la libertad probatoria, tales como el precio colocado en las otras escrituras que hubo respecto del otras partes del predio, se puede medir observando y/o

criticando ambos dictámenes y a primera vista se puede concluir que sólo tuvo en cuenta el aducido por la contraparte, y aunque ambos peritos contaron con la misma información para su trabajo, la diferencia entre los avalúos es significativa, lo cual amerita su revisión y justificación por parte de los profesionales que los elaboraron, crítica que solo se dio respecto del elaborado por el ing. Ortiz (avalúo de la contraparte) dado que éste sí fue citado al proceso por el suscrito para de esa forma observar las falencias en su dictamen (sin que el suscrito fuera la persona indicada para llamar a declarar a su propio perito, amén de estar el dictamen correctamente sustentado).

En el dictamen de la contraparte y con base en las respuestas a los preguntas que hube de realizarle al perito, se puede observar que no tiene razón de ser el que por el perito se haya utilizado el **método de mercado**, en tanto que para su trabajo valuatorio fueron utilizados predios que no son comparables con el que es objeto del dictamen; es así como utilizó construcciones sobre lotes con extensión por debajo de los 170 mts. cuadrados, siendo que el que es objeto de la pericia es de una extensión superior a los 20 mil metros cuadrados y se trata en gran parte de extensión de un lote en bruto, con gran potencial de desarrollo.

En sentido contrario a lo expuesto por el perito de la contraparte, como la afectación de los intereses es de carácter monetario se debe tomar en cuenta la **metodología residual** en la que se tiene en cuenta el potencial de desarrollo del predio de acuerdo a la situación del mercado con lotes similares que tengan el mismo potencial (busca establecer el valor comercial del bien, normalmente **para el terreno**, a partir de estimar el monto total de las ventas de **un proyecto de construcción**, de conformidad con el mercado del bien final vendible, en el terreno objeto de avalúo cuyo futuro se finca en este aspecto), con perspectiva de valorización positivas (de acuerdo con las características propias del predio y el sector de localización, además de su potencialidad derivadas de sus características normativas, su área y afectaciones ambientales, se considera que las perspectivas de valorización son positivas en el mediano y largo plazo; áreas verdes y zonas deportivas y recreativas, arborización alta, etc. .) y un tiempo estimado de comercialización mediano (por tratarse de un lote con potencialidad, además de su cabida superficial y ubicación, el tiempo estimado de comercialización esta entre 12 a 24 meses).

Así que el método residual se hace coherente para el caso que nos ocupa pero en la forma como fue analizado por SALMER INGENIERIA SAS. quien determinó que el precio justo del inmueble objeto del proceso, fuera de \$

\$11.956.293.390 y con retroactividad al año 2.017 de \$10.855.379.580 (valor que debe concretarse y traerse al 4%, que es el precio real). Y ello es así pues de su fundamentación (páginas 52 a 58 y 64 a 68, en particular) se desprende que el avalúo dado para el año 2022 como el dado para el año 2017 están fáctica, técnica y razonablemente cimentados y , por ende, no merecen haber sido dejados de analizar, y solo para simplemente hacer mención por el señor juez que los valores dados en ambos años corresponden a avalúos muy elevados, desbordando excesivamente el valor real o comercial del predio. Contrario a lo expuesto por el perito de la contraparte, nada más a manera de ejemplo, no es razonable que se diga que un estrato 2 puede tener para el constructor una utilidad del 24,75%, pag. 53 del dictamen del ing. Ortiz; en tanto que sí es razonable que se diga que para el constructor la utilidad es del orden del 12% para este estrato, pag. 68 del dictamen de Salmer SAS..

Huelga decir que para la determinación del valor comercial o razonable del inmueble en estudio se tuvo en cuenta por el perito de la parte demandante lo establecido en el decreto 1420 del 24 de julio de 1998, expedido por la Presidencia de la República, ministerio de Haciendas y Desarrollo, así como la resolución reglamentaria número 620 del 23 de septiembre del 2008 (Instituto A. Codazzi). .

Por su puesto, lo que el juez tuvo en cuenta al momento de fallar de la forma como lo hizo, fue la observancia, aparte del valor catastral para el año 2017 (haciendo el juzgado abstracción el num.4 del art. 444 del C.G.P.), las otras pruebas que adujo la contraparte, tales como las escrituras públicas que se dieron en el año 2016 2017, referidas a la transferencia de otras partes del inmueble objeto del presente proceso, relacionadas con el precio que se colocó en cada una de ellas, y el dictamen presentado por la contraparte (aparte del método de mercado o también tocó el residual, acomodado de tal a forma para hacer que el precio del lote se hiciera más barato (el inmueble objeto del dictamen, en su gran mayoría es un lote para construir). Curiosamente, como se dijo, el presentado por la parte actora no fue controvertido por la parte demandada, lo cual da a suponer que hubiera adquirido firmeza, amén de que tampoco recibió crítica en cuanto al contenido por parte del mismo fallador.

Reitero, el señor juez de la primera instancia hizo énfasis en que el precio que debía tenerse en cuenta es el del valor catastral, lo cual haría que sobraría cualquier lucubración que sobre el precio real del predio se produjera, lo que de contera riñe con los **postulados del justo precio** que debe y debió tener el inmueble objeto de esta demanda (valor comercial, obviamente).

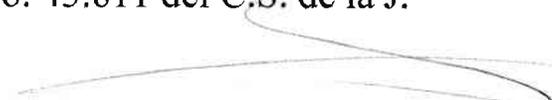
Consecuente con lo anterior, el valor a tener en cuenta DEBE SER EL VALOR COMERCIAL O RAZONABLE, ya que con base en éste es que se alega la afectación de los intereses que a mi mandante le CAUSARON LA LESIÓN ENORME.

Así las cosas, los puntos puestos en consideración para ser analizados por el H. Tribunal Superior de Bogotá, sala civil, considero son los pertinentes para que se produzca la revocatoria del fallo apelado.

Atentamente,



HUGO RODRIGUEZ GARCIA
C.C. No. 19.317.742 de Bogotá.
T.P. No. 43.811 del C.S. de la J.



MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA RV: SUSTENTACION APELACION. VERBAL. FABIO GIRALDO C/ ROBERTO POVEDA. RAD. 110013103051 2021 00167 01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 13/04/2023 16:00

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (537 KB)

IMG_20230413_0003.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA

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: C Legal Abogados <abogadosclegal2@gmail.com>

Enviado: jueves, 13 de abril de 2023 3:44 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: SUSTENTACION APELACION. VERBAL. FABIO GIRALDO C/ ROBERTO POVEDA. RAD. 110013103051 2021 00167 01

--

Atte.

HUGO RODRIGUEZ GARCIA

Tel. 8097645. Cel. 310 8193255

abogadosclegal2@gmail.com

Cll. 19 N°3-10, Of. 1301, Edif. Barichara, Bogotá.



Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Atn. Mag. Ponente: Dra. Clara Inés Márquez Bulla
E. S. D.

**REF: VERBAL. FABIO GIRALDO HERRERA C/ ROBERTO
POVEDA. RAD. 11001310305120210016701**

En mi calidad de mandatario judicial del demandante, respetuosamente me dirijo a la honorable magistrada con el fin de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en este proceso, en los siguientes términos.

En primer lugar, llama la atención y cabe resaltar el hecho de haberse tenido en cuenta como prueba basilar la mención que en la Nota No. 1 de las “advertencias notariales” (pag. 5) se hizo en la escritura pública No. 339 del 31 de marzo de 2.017, de la notaría 12 de Bogotá, en donde se plasmó que “Para efectos de Derechos Notariales y Fiscales en cuanto a la presente venta se toma como base de liquidación el valor equivalente al 4% del **avalúo catastral del año 2017 ...**” (las negritas son mías), para que se produjera el fallo en la forma como se produjo.

Y llama particularmente la atención por cuanto de por sí sola, la nota traída a colación no tiene mayor inconveniente en que se haya tomado para lo que se expresó en ella y, de hecho, así se utilizó (para liquidar derechos notariales y fiscales causados con la compraventa), pero sí no es viable que el señor juez la haya tomado como punto de referencia para que del valor catastral se haya calificado que este valor catastral sea el valor que tomaron las partes como precio y en definitiva para obtener el **justo precio**. De por sí, esta última posición traída por el señor juez en su fallo de extraer del valor catastral el precio justo conlleva a que las partes del contrato, en la interpretación que en el fallo le dio el señor juez, hubiera cerrado el camino para demandar la acción rescisoria por lesión enorme, lo que no afectó la calificación de la demanda que nos ocupa, pero ahora sí sirvió para que se expresara por el señor juez que el valor catastral es el que debe tenerse como precio, acudiendo a la renombrada nota No. 1 que trae la escritura de compraventa que nos ocupa. Está establecido por el Código Civil (art. 1950) que no valdrá la estipulación contractual que diga que “no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme ...” y, aunque no está dicho de esa forma en la escritura pública, la

interpretación que le dio el señor juez puede llevar a que en otras palabras se hubiere negado demandar por considerar qué no se ha violado el tema del justo precio. En últimas, y a sabiendas de que el precio que debe primar es el comercial, si de definir el justo precio del predio se trata, considero no podía dejarse de lado lo estipulado en el num. 4 del art. 444 del C.G.P. referido al valor del predial aumentado en un 50% (en la sentencia no se hizo alusión alguna a esta norma).

En segundo lugar, considero procedente considerar que en materia probatoria se rompió el equilibrio en cuanto a la oportunidad de sustentar cada dictamen pericial, ya que aunque el suscrito sí replicó el presentado por la contraparte, ésta no se manifestó sobre las inconformidades o contenido del dictamen presentado por la parte demandante, lo que pudiera dar a entender a los intervinientes en el presente litigio que dicho trabajo llenó y llena todos los requisitos para tenerlo como satisfactorio, al no haber sido objeto de reparo alguno (desechó el lapso que le brindó el inciso primero del artículo 228 del C.G.P.).

En tercer lugar, el documento que pretendió presentar el perito de la contraparte no como anexo a su dictamen sino como nueva prueba documental, y que el que mostró en la audiencia del 16 de enero de 2023 (pareciere se tratara de un documento proveniente de establecimiento público del orden municipal), documento éste respecto del cual el señor juez guardó silencio pero que en la audiencia del 16 de enero de 2023 sí utilizó el perito y que considero pudo haber afectado o contribuido a dar la credibilidad para que el fallo se hubiera proferido en la forma como se profirió.

Por último y como fundamento a otro de los reparos, reitero mi inconformidad advirtiendo que lo cierto es que fue dejado de observar por el fallador el avalúo presentado por la firma SALMER INGENIERIA S.A.S. (representada por el ing. Oscar Molano), y por ende brilla por su ausencia la crítica a esta prueba en cuanto a los fundamentos para desechar el método de valuación y por ende el valor que arrojó (en cambio, el dictamen traído a los autos por la parte demandada si recibió por el despacho acogida en tanto que para el despacho servía para respaldar el valor catastral).

En este orden de ideas, y adentrándonos en la objetividad que, sin perjuicio de la libertad probatoria, tales como el precio colocado en las otras escrituras que hubo respecto del otras partes del predio, se puede medir observando y/o

criticando ambos dictámenes y a primera vista se puede concluir que sólo tuvo en cuenta el aducido por la contraparte, y aunque ambos peritos contaron con la misma información para su trabajo, la diferencia entre los avalúos es significativa, lo cual amerita su revisión y justificación por parte de los profesionales que los elaboraron, crítica que solo se dio respecto del elaborado por el ing. Ortiz (avalúo de la contraparte) dado que éste sí fue citado al proceso por el suscrito para de esa forma observar las falencias en su dictamen (sin que el suscrito fuera la persona indicada para llamar a declarar a su propio perito, amén de estar el dictamen correctamente sustentado).

En el dictamen de la contraparte y con base en las respuestas a los preguntas que hube de realizarle al perito, se puede observar que no tiene razón de ser el que por el perito se haya utilizado el **método de mercado**, en tanto que para su trabajo valuatorio fueron utilizados predios que no son comparables con el que es objeto del dictamen; es así como utilizó construcciones sobre lotes con extensión por debajo de los 170 mts. cuadrados, siendo que el que es objeto de la pericia es de una extensión superior a los 20 mil metros cuadrados y se trata en gran parte de extensión de un lote en bruto, con gran potencial de desarrollo.

En sentido contrario a lo expuesto por el perito de la contraparte, como la afectación de los intereses es de carácter monetario se debe tomar en cuenta la **metodología residual** en la que se tiene en cuenta el potencial de desarrollo del predio de acuerdo a la situación del mercado con lotes similares que tengan el mismo potencial (busca establecer el valor comercial del bien, normalmente **para el terreno**, a partir de estimar el monto total de las ventas de **un proyecto de construcción**, de conformidad con el mercado del bien final vendible, en el terreno objeto de avalúo cuyo futuro se finca en este aspecto), con perspectiva de valorización positivas (de acuerdo con las características propias del predio y el sector de localización, además de su potencialidad derivadas de sus características normativas, su área y afectaciones ambientales, se considera que las perspectivas de valorización son positivas en el mediano y largo plazo; áreas verdes y zonas deportivas y recreativas, arborización alta, etc. .) y un tiempo estimado de comercialización mediano (por tratarse de un lote con potencialidad, además de su cabida superficial y ubicación, el tiempo estimado de comercialización esta entre 12 a 24 meses).

Así que el método residual se hace coherente para el caso que nos ocupa pero en la forma como fue analizado por SALMER INGENIERIA SAS. quien determinó que el precio justo del inmueble objeto del proceso, fuera de \$

\$11.956.293.390 y con retroactividad al año 2.017 de \$10.855.379.580 (valor que debe concretarse y traerse al 4%, que es el precio real). Y ello es así pues de su fundamentación (páginas 52 a 58 y 64 a 68, en particular) se desprende que el avalúo dado para el año 2022 como el dado para el año 2017 están fáctica, técnica y razonablemente cimentados y , por ende, no merecen haber sido dejados de analizar, y solo para simplemente hacer mención por el señor juez que los valores dados en ambos años corresponden a avalúos muy elevados, desbordando excesivamente el valor real o comercial del predio. Contrario a lo expuesto por el perito de la contraparte, nada más a manera de ejemplo, no es razonable que se diga que un estrato 2 puede tener para el constructor una utilidad del 24,75%, pag. 53 del dictamen del ing. Ortiz; en tanto que sí es razonable que se diga que para el constructor la utilidad es del orden del 12% para este estrato, pag. 68 del dictamen de Salmer SAS..

Huelga decir que para la determinación del valor comercial o razonable del inmueble en estudio se tuvo en cuenta por el perito de la parte demandante lo establecido en el decreto 1420 del 24 de julio de 1998, expedido por la Presidencia de la República, ministerio de Haciendas y Desarrollo, así como la resolución reglamentaria número 620 del 23 de septiembre del 2008 (Instituto A. Codazzi). .

Por su puesto, lo que el juez tuvo en cuenta al momento de fallar de la forma como lo hizo, fue la observancia, aparte del valor catastral para el año 2017 (haciendo el juzgado abstracción el num.4 del art. 444 del C.G.P.), las otras pruebas que adujo la contraparte, tales como las escrituras públicas que se dieron en el año 2016 2017, referidas a la transferencia de otras partes del inmueble objeto del presente proceso, relacionadas con el precio que se colocó en cada una de ellas, y el dictamen presentado por la contraparte (aparte del método de mercado o también tocó el residual, acomodado de tal a forma para hacer que el precio del lote se hiciera más barato (el inmueble objeto del dictamen, en su gran mayoría es un lote para construir). Curiosamente, como se dijo, el presentado por la parte actora no fue controvertido por la parte demandada, lo cual da a suponer que hubiera adquirido firmeza, amén de que tampoco recibió crítica en cuanto al contenido por parte del mismo fallador.

Reitero, el señor juez de la primera instancia hizo énfasis en que el precio que debía tenerse en cuenta es el del valor catastral, lo cual haría que sobraría cualquier lucubración que sobre el precio real del predio se produjera, lo que de contera riñe con los **postulados del justo precio** que debe y debió tener el inmueble objeto de esta demanda (valor comercial, obviamente).

Consecuente con lo anterior, el valor a tener en cuenta DEBE SER EL VALOR COMERCIAL O RAZONABLE, ya que con base en éste es que se alega la afectación de los intereses que a mi mandante le CAUSARON LA LESIÓN ENORME.

Así las cosas, los puntos puestos en consideración para ser analizados por el H. Tribunal Superior de Bogotá, sala civil, considero son los pertinentes para que se produzca la revocatoria del fallo apelado.

Atentamente,



HUGO RODRIGUEZ GARCIA
C.C. No. 19.317.742 de Bogotá.
T.P. No. 43.811 del C.S. de la J.

