

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA RV: RAD. 11001319900320220554101
SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A ACCION DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO DE JORGE ENRIQUE RUEDA OJEDA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 28/11/2023 9:05

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

📎 1 archivos adjuntos (332 KB)

APELACIÓN.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: gerencia@mososlozanoabogados.com <gerencia@mososlozanoabogados.com>

Enviado: martes, 28 de noviembre de 2023 8:15

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: gerencia@mososlozanoabogados.com <gerencia@mososlozanoabogados.com>;

ASISTENTEJURIDICO1@MOSOSLOZANOABOGADOS.COM <ASISTENTEJURIDICO1@MOSOSLOZANOABOGADOS.COM>;

asistentejuridico2@mososlozanoabogados.com <asistentejuridico2@mososlozanoabogados.com>; abgjurista@gmail.com

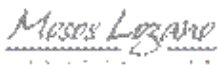
<abgjurista@gmail.com>;alconf250@outlook.com <alconf250@outlook.com>

Asunto: RAD. 11001319900320220554101 SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A ACCION DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO DE JORGE ENRIQUE RUEDA OJEDA

Buen día,

CLAUDIA MARCELA MOSOS LOZANO, en mi calidad de apoderada especial de BBVA SEGUROS DE VIDA S.A., me permito remitir sustentación al recurso de apelación.

Cordial saludo,



Claudia Marcela Mosos Lozano

Gerente

MOSOS LOZANO ABOGADOS S.A.S.

[3112576883](tel:3112576883) | [3214533052](tel:3214533052)

Gerencia@mososlozanoabogados.com

Calle 95 No. 13 - 55 oficina 405 Edificio Pavillon, Bogotá, Colombia.

Bogotá D.C., Noviembre de 2023

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

E.S.D.

**ACCION DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO DE JORGE ENRIQUE
RUEDA OJEDA contra BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. Y OTRO**

RAD. 11001319900320220554101

CLAUDIA MARCELA MOSOS LOZANO, actuando en mi calidad de apoderada especial de **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, por medio del presente escrito respetuosamente me permito sustentar en término el recurso de apelación interpuesto dentro del proceso de la referencia.

En la sentencia objeto de recurso, la Superintendencia Financiera de Colombia determinó que, **AUNQUE FUERA RETICENTE EL DEMANDANTE, DICHA RETICENCIA NO FUE PREPONDERANTE PARA BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. Y QUE NO SE PROBÓ EL ELEMENTO SUBJETIVO NECESARIO PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE SEGURO VINCULADOS A LOS CRÉDITOS NOS. 9617973159 Y 9617950843:**

I. INDEBIDA VALORACION DE LAS PRUEBAS:

Consideramos que las pruebas no fueron valoradas en su conjunto y aunque se estuviera en el ámbito de protección al consumidor financiero, se olvidó y dejó de lado por la Delegatura, lo ordenado en el artículo 164 y 167 del CGP toda vez que a lo largo del proceso se realizó por BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., el ejercicio probatorio

enriquecedor dentro del mismo tendiente a probar por diferentes medios que, mi poderdante tuvo viciado su consentimiento al momento de suscribir los seguros:

Como nos encontramos en el ámbito de la voluntad y del consentimiento de una persona jurídica (BBVA SEGUROS), no de una persona natural, se debió observar en conjunto, UN CUMULO DE FACTORES QUE HACEN VER AL OPERADOR JUDICIAL, QUE SI SE AFECTO SU VOLUNTAD (LA DE BBVA SEGUROS) Y QUE OTRO HUBIERA SIDO EL ACTUAR AL MOMENTO DE LA CONTRATACION DE LOS SEGUROS CON EL SEÑOR RUEDA OJEDA:

- Se debió observar por la delegatura que, conforme a la objeción, de fecha 29 de abril de 2022, este indica que las patologías sufridas por el accionante (hipertensión arterial medicada y diabetes) eran relevantes al momento de evaluar el riesgo y no fueron declaradas, motivando la objeción. A renglón seguido indicó mi poderdante que, como no se declaró, SE EXPIDIÓ COMO UN RIESGO NORMAL. Y por último concluye que el Sr Rueda Ojeda, omitió declarar dichas patologías, por lo que objeta.

Aclarando al despacho, que el señor RUEDA OJEDA, tenía muy presente y muy claro que padecía de hipertensión, tal como lo menciona en su interrogatorio a minuto 28, en el que recuerda que padece de hipertensión arterial desde los 45 años, habiendo negado dicho padecimiento en la declaración de asegurabilidad que diligencia a la edad de 61 años, y no es una patología que se le recuerde con ocasión del presente proceso al indagar en su historia clínica, es un antecedente que el señor recuerda de manera muy clara al mencionarle a la delegatura que tiene muy presente el momento en que fue diagnosticado debido a que le parecía que a la edad de 45 años era muy joven para padecer de problemas de tensión.

Por esto, se puede concluir que la objeción se encuentra fundada en antecedentes que el señor sí tenía en su conocimiento al momento de firmar la declaración de asegurabilidad y que dicha omisión, vició el consentimiento de mi representada.

- Así mismo se debió valorar en su integridad el manual de colocación arrimado al expediente, el cual se encontraba vigente al momento de la suscripción del seguro, donde se cumplieron con los requisitos establecidos, pues se diligencio completa y correctamente la solicitud del seguro, se evidencio tener un buen estado de salud pues no reporto ningún padecimiento, lo anterior conforme al numeral 4.4.
- Se cumplió con la calidad en venta del seguro ya que, Nunca se puso en duda que este documento, la declaración de asegurabilidad, hubiera sido firmado o diligenciado por otra persona.
- Se cumplió con la FORMALIZACIÓN AUTOMÁTICA DEL SEGURO DE VIDA, pues se tuvo en consideración que, conforme a la declaración de asegurabilidad, DEMOSTRABA BUENA SALUD.
- Se debió valorar correctamente por parte de la Delegatura el Dictamen médico pericial ya que, conforme a su objeto, esto es *la existencia de enfermedades previas a la suscripción del contrato de seguro, se hubiera permitido evaluar de una manera diferente el riesgo asegurado y condiciones técnicas que se hubiesen establecido para la suscripción del riesgo*, pues consideró de manera errada que éste se basó solo en su dicho sin observar que se apoyaba en manuales del reasegurador Swiss Re que aplica y en que se apoya mi poderdante al momento de suscribir contratos de seguro así como de la estadística de la compañía a casos similares para el año de suscripción de los seguros cuando los potenciales asegurados SI MANIFIESTAN SU VERDADERO ESTADO DE SALUD (HTA Y DIABETES), cosa que el aquí demandante no lo hizo.

Con respecto al intento por parte del apoderado del accionante de desacreditar el dictamen en relación al uso de una “técnica”, cabe aclarar que de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso, no es exigido o mencionado en ningún momento el uso de una técnica, sino el uso de

una metodología aplicado al conocimientos científico, técnico o artístico. En el caso que nos ocupa, el Doctor Gabriel Duque, precisó al despacho tanto el uso de la ciencia de la medicina como la aplicación propia y descripción de la metodología aplicada al dictamen pericial.

- Debíó valorar debidamente el Despacho, el listado **casos similares de mi poderdante, contenido dentro del dictamen mencionado**, donde se observa que para el año 2019, todo potencial asegurado que reportaba HTA Y DIABETES en créditos de libranza, se EXTRAPRIMABA en un porcentaje (50 o 100%) **y no se otorgaba el amparo de ITP.**

DIA	MES	AÑO	CC	LINEA	TOTAL VALOR	EXAMEN O DECLARACION	TIPO DE CASO	CALIFICACION	ITP	PATOLOGIA	PREFORMALIZADO SI/NO
12	3	2019	4564491	PENSIONADOS	\$ 5,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	50%	NO	HTA, sobrepeso	SI
12	7	2019	21737693	LIBRANZA	\$ 20,500,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, depression	NO
28	8	2019	9776501	LIBRANZA	\$ 38,800,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, sobrepeso	NO
6	9	2019	19210270	LIBRANZA	\$ 756,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	no	HTA, sobrepeso, hiperglicemia , hipert	SI

DIA	MES	AÑO	CC	LINEA	TOTAL VALOR	EXAMEN O DECLARACION	TIPO DE CASO	CALIFICACION	ITP	PATOLOGIA	PREFORMALIZADO SI/NO
25	1	2019	71182554	CONSUMO	\$ 7,400,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, DIABETES	SI
20	6	2018	34959850	CONSUMO	\$ 19,700,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	DIABETES	SI
20	6	2018	43652906	LIBRANZA	\$ 38,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	DIABETES, SOBREPESO	SI
6	9	2018	43652133	CONSUMO	\$ 35,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	DIABETES	SI
28	9	2018	27737478	LIBRANZA	\$ 39,470,453	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, diabetes, sobrepeso	NO
2	10	2018	24934642	LIBRANZA	\$ 16,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	DIABETES, SOBREPESO	SI
16	10	2018	17076553	LIBRANZA	\$ 26,800,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, DIABETES	SI
23	10	2018	12718981	LIBRANZA	\$ 17,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, DIABETES, SOBREPESO	SI
17	10	2018	42963876	LIBRANZA	\$ 12,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, DIABETES	SI
26	10	2019	19063297	LIBRANZA	\$ 65,087,549	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	Diabetes, HTA, sobrepeso	SI
29	10	2018	15896717	LIBRANZA	\$ 215,400,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, sobrepeso, diabetes	SI
8	11	2018	13822534	LIBRANZA	\$ 9,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	DIABETES, SOBREPESO	SI
3	12	2018	25765412	LIBRANZA	\$ 26,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, DIABETES	SI
5	12	2018	31247699	LIBRANZA	\$ 4,813,235	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	HTA, diabetes, sobrepeso	SI
3	2	2020	78695710	CONSUMO	\$ 60,000,000	DECLARACION	EXTRAPRIMA	100%	NO	Diabetes, sobrepeso HTA	SI

No son casos traídos de la imaginación, son estadísticas, historial de casos donde se ha contratado de manera diferente por BBVA SEGUROS, si hubiéramos conocido el verdadero estado del riesgo. Aquí es donde se demuestra que mi poderdante vicio su consentimiento, pues si hubiera sabido que la demandante tenía HTA y DIABETES otro hubiera sido la consecuencia comercial, es decir, otra hubiera sido la forma de contratar el seguro.

- No se valoró debidamente, el testimonio de la señora gerente de bancaseguros, YEIMI QUECANO, por considerar que como no estaba laborando en BBVA SEGUROS, para el año de suscripción de los seguros (2019) y que, por dicha

razón, no tenía conocimiento de las políticas donde labora, las cuales, dicho sea de paso, no habían cambiado de un año a otro.

Bajo el argumento de que no tenía conocimiento de las políticas aplicables para suscripción, por haberse incorporado a la entidad con posterioridad a la suscripción del seguro. Al respecto, si bien es cierto que la mencionada funcionaria se vinculó en octubre de 2021 a la compañía, no es menos cierto que en razón de su cargo se encuentra enterada de la forma en la que se han venido manejando las suscripciones, aspectos sobre los cuales pudo dar cuenta dentro de su intervención y permiten dar claridad de que de haberse informado que se contaba con padecimientos, estos hubieran sido evaluados por el equipo médico de la aseguradora para que se emitiera una calificación (estándar, extraprima, riesgo no asegurable o exclusión de ITP).

- Y adicionalmente no se tuvo en cuenta, el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la compañía BBVA SEGUROS, el cual indicó que No se hubiera contratado en las condiciones en las cuales se contrató, viciando su consentimiento.

En otras palabras, todas las pruebas arrimadas al expediente, dejan concluir de manera diáfana y transparente que viciaron el consentimiento de mi poderdante ya que incurrió en un error en la persona asegurada al considerarlo que se encontraba con un estado de salud diferente al declarado.

Con base en lo anterior, existió un error en el conocimiento de la persona con la que se suscribió el seguro y en sus cualidades esenciales, es decir, su estado de salud, al momento de suscribir el contrato de seguro.

II. INADECUADA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE FECHA 21 DE MARZO DE 2023 CITADA A MINUTO 24:38 COMO SUSTENTO DE ESTE FALLO:

De otra parte, es relevante pronunciarse frente a la sentencia del **Tribunal Superior de Bogotá del 21 de marzo de 2023** citada por la Delegatura como fundamento jurídico de esta decisión, la cual, es importante indicar, **NO RESULTA APLICABLE EN EL PRESENTE CASO**, ya que, en este proceso tanto en el dictamen como en la sustentación del mismo, el médico perito GABRIEL DUQUE explicó la utilidad y el significado de las tablas de las Swiss Re; además no empleó un único caso similar. Al contrario, aportó estadísticas de múltiples casos similares, que evidencian que, si el señor JORGE ENRIQUE RUEDA OJEDA, hubiera diligenciado con la verdad la declaración de asegurabilidad, las condiciones del contrato hubieran variado, tal y como había sido manifestado con anterioridad por el representante legal de la compañía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. en el interrogatorio de parte.

Igualmente, tampoco resulta aplicable, como quiera que dentro del presente proceso no logró demostrarse que hubiera sido un tercero quien hubiere diligenciado la declaración de asegurabilidad; toda vez que el señor RUEDA OJEDA, en el interrogatorio de parte aseguró que las firmas que se encontraban allí plasmadas eran suyas, dicha firma debe tomarse con el estricto rigor que tal documento merece toda vez que la información consignada allí es aceptada, pues de esto da prueba la mencionada firma del asegurado.

III. **CONSUMIDOR FINANCIERO CUALIFICADO:**

Y en otro supuesto, no se puede perder de vista la calidad del consumidor financiero, quien no es analfabeta, lo cual quiere decir que se encontraba en la plena capacidad de leer el formato que estaba firmando.

Lo anterior se afirma, por cuanto el señor RUEDA OJEDA, en su interrogatorio de parte afirma tener grado de instrucción universitario y adicionalmente haberse desempeñado como docente, por lo que se puede concluir que el asegurado obraba con plena capacidad y conciencia para diligenciar el formulario dispuesto, entendiendo lo que se le preguntaba y contestando de manera sincera lo que se le planteaba, pues en dicho grado de escolaridad es lógico y razonable contar con la habilidad de no sólo leer sino comprender un documento, que no constaba más sino de una página dónde se le preguntaba de manera clara y expresa el padecimiento de alguna enfermedad,

respondiendo, con conciencia y capacidad para hacerlo que NO padecía de ninguna de las enfermedades señaladas.

Ahora, frente al derecho a la información alegado por apoderado del accionante, en que hace mención que el señor RUEDA OJEDA, no obtuvo información comprensible, precisa, idónea y clara. Lo primero es mencionar que mi poderdante, al momento de suscribir la póliza, le informó al asegurado de los amparos, coberturas y todo lo referente al contrato de seguro y las consecuencias de no informar su verdadero estado de salud, no solo suministrándole directamente la información, sino consignándola en la página web www.bbvasseguros.com.co, por lo cual, era claro para el mismo la consecuencia jurídica de su reticencia.

Adicionalmente, como lo declara el señor RUEDA OJEDA, en su interrogatorio a minuto 41:57, él ya contaba con previa experiencia en el sector financiero, no es un neófito en el sector crediticio, sumado a ello declara igualmente en el minuto 43:06 que no tenía necesidad del dinero obtenido con el crédito solicitado, que se le hizo fácil, expresión utilizada por el asegurado. Entonces si ya tenía previa experiencia en el sector financiero y además no existía premura, presión o afán alguno para la obtención de dicho crédito, por qué razón no habría de tomarse el tiempo necesario para informarse de manera clara, veraz, comprensible, precisa e idónea acerca del producto financiero que estaba adquiriendo, existiendo canales dispuestos para que realizara dicha labor, pues no sólo era ya experimentado en el mundo financiero sino que además contaba con el nivel de educación suficiente para actuar con diligencia ante la adquisición del crédito y en conjunto del seguro que hoy es materia de litigio.

El ordenamiento legal colombiano no permite alegar la propia culpa como mecanismo de exoneración de la responsabilidad y mal hace la Superintendencia al no dar aplicación al artículo 1058 del Código de Comercio, aun cuando es evidente que el señor teniendo las enfermedades ya mencionadas se abstuvo de reportarlas.

IV. CUMPLIMIENTO A CABALIDAD DE TODOS LOS PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE LA C.S.J. SC2019/25 SOBRE LOS ELEMENTOS DE INTERPRETACION DEL 1058 DEL CO DE CO.

Muy respetuosamente consideramos que los elementos de interpretación del artículo 1058 del Co de Co, se cumplieron en el presente caso, de la siguiente manera:

- I) El precepto incorpora la obligación del tomador de declarar sinceramente el estado del riesgo.

Obligación que, si bien fue exigida por BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. al incorporar dentro del proceso de suscripción de la póliza cuestionario de declaración de asegurabilidad (con pregunta expresa sobre las enfermedades que omitió), esta obligación no fue cumplida por el asegurado, toda vez que aún en conocimiento claro de sus padecimientos omitió su verdadero estado de salud al momento de diligenciar la mencionada declaración de asegurabilidad.

- II) Dicha prestación es entendida como una aplicación práctica del principio de buena fe exenta de culpa aplicable en materia mercantil.

En el caso bajo análisis, es notorio como el asegurado no obró con buena fe exenta de culpa, pues tenía claro al momento de diligenciar la declaración de asegurabilidad cuáles eran sus padecimientos, omitiendo de mala fe información que hubiera cambiado las condiciones en las cuales se otorgó el seguro objeto de litigio.

- III) La buena fe es entendida como un postulado de doble vía, por un lado, implica la legítima creencia de la corrección del par negocial, por otro el deber de comportarse con lealtad, honestidad y probidad desde la formación del contrato hasta su ejecución.

Mi poderdante, al momento de suscribir la póliza, le informó al asegurado de los amparos, coberturas y todo lo referente al contrato de seguro y las consecuencias de no informar su verdadero estado de salud, no solo suministrándole directamente la información, sino consignándola en la página web www.bbvasseguros.com.co, por lo cual, era claro para el

mismo la consecuencia jurídica de su reticencia, actuando así con lealtad, honestidad y probidad. Además de indicárselo en la declaración.0de asegurabilidad.

Por otro lado, el asegurado carece de un actuar leal y honesto, pues es desde la suscripción del contrato que dicho nace viciado debido a la falta de información con la que obró mi poderdante, al no conocer el verdadero estado de salud del asegurado, pues éste omitió los padecimientos que al momento de la suscripción ya conocía, negando así cualquier enfermedad sufrida, razón por la cual mi poderdante otorga el seguro como un riesgo normal, sin realizar exámenes adicionales o solicitando información demás.

- IV) La declaración sincera del estado del riesgo busca garantizar la formación del consentimiento de la aseguradora, quien, en línea de principio, es ignorante del riesgo que proyecta asegurar, cuyo conocimiento proviene de primera mano del tomar – asegurado.

Es claro, como bajo el precepto anterior, es carga de asegurado darle a conocer a la aseguradora cuál es el riesgo que se pretende asegurar y si éste no da a conocer la verdad del riesgo, dicho al materializarse no podrá ser indemnizado por la aseguradora, toda vez que el contrato de seguro habrá nacido viciado.

- V) La manifestación reticente o inexacta del tomador conduce a la nulidad relativa del contrato de seguro, siempre que la información omitida sea trascendente, es decir, que de ser conocida por la aseguradora conducirá a la abstención de celebrar el contrato o ajustarlo en condiciones más onerosas para el tomador.

La trascendencia de la información omitida fue debidamente demostrada, primero al introducir en el acervo probatorio dictamen médico pericial por medio del cual se concluye que desde la experiencia de la compañía junto con la herramienta reaseguradora Swiss Re, de haberse conocido los padecimientos del asegurado el seguro hubiera sido otorgado con una extraprima del 100% para el amparo de Vida y no se hubiera otorgado el amparo por ITP, conclusión que es soportada por la testigo del área de suscripción la señora Yeimi Alexandra Quecano, manifestando que para el caso presente no habría

cobertura por ITP y la extraprima superaría el 50%. En otras palabras, era preponderante a tal punto que se hubiera contratado diferente.

- VI) La carga de la prueba de acreditar la reticencia, o inexactitud, y la trascendencia recae en cabeza de la aseguradora.

Fue ya declarado en fallo de primera instancia, la reticencia e inexactitud, al poner de presente las respuestas consignadas por el asegurado en la declaración de asegurabilidad, contrastado con su historia clínica y con su propia declaración al manifestarle a la delegatura en audiencia que tenía claro conocimiento de diagnóstico de Hipertensión Arterial, desde antes de suscribir el contrato de seguro hoy objeto de litigio.

- VII) De mediar cuestionario, la mendacidad del declarante hará prueba tanto de la reticencia como de la trascendencia de la información omitida para el aseguramiento.

Dicho cuestionario obra como prueba dentro del expediente siendo aportada la declaración de asegurabilidad cuya firma corresponde a la del asegurado. La hipertensión era preponderante pues se preguntó expresamente.

- VIII) Si la declaración no está precedida de cuestionario, la anulación del vínculo estará sujeta a que el tomador (asegurado) haya encubierto con culpa circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

El presente caso tiene de presente el diligenciamiento de la declaración de asegurabilidad, quedando claro que las circunstancias de agravación del estado del riesgo se omitieron por la omisión con culpa del asegurado.

- IX) Si el asegurador se abstiene de recoger la declaración de asegurabilidad, de inspeccionar el estado del riesgo, se entiende que asume el riesgo cuya cobertura se le encomendó.

No es de recibo para el presente caso la sanción antes mencionada, pues de manera diligente mi poderdante solicitó y recolecto la declaración de asegurabilidad diligenciada por el asegurado, en el que no declara ningún padecimiento razón por la cual, y de

acuerdo con los parámetros de suscripción de la entidad, el seguro fue otorgado como un riesgo normal. Además, al momento de la colocación del seguro, se le informo sobre las consecuencias de no informar su verdadero estado de salud.

- X) Si la inexactitud o reticencia provienen de error inculpable del tomador, no se impondrá la nulidad, pero se reducirá la prestación hasta el porcentaje que represente la prima estipulada respecto de la que debió pactarse de conocerse el estado del riesgo.

La reticencia alegada por mi poderdante no proviene de error inculpable del asegurado, la omisión en declarar el verdadero estado de salud es consciente y como consecuencia lógica es la declaración de la nulidad relativa del contrato de seguro.

- XI) Las sanciones, entre ellas la nulidad relativa, no se impondrán, si el asegurador antes de celebrar el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos sobre los cuales versan los vicios de la declaración, o si ya celebrado, se allana a subsanarlos o los acepta expresamente.

Mi poderdante suministró y puso a disposición del asegurado todos los mecanismos para que de manera sincera plasmara su estado de salud (capacitaciones, lectura y diligenciamiento personal de la declaración de asegurabilidad, pregunta expresa y clara y advertencia de las consecuencias de no indicar su verdadero estado de salud) y así evitar una reticencia de este, pero lamentablemente el asegurado no actuó con sinceridad.

Conforme a las anteriores consideraciones solicitamos al Despacho que se imponga la sanción de nulidad del contrato.

V. SOLICITUD APLICACIÓN LINEA JURISPRUDENCIAL HORIZONTAL:

De manera respetuosa me permito indicar al Despacho que teniendo en cuenta que la jurisprudencia es cambiante y que de manera reciente fueron emitidas diferentes providencias por parte del Tribunal Superior de Bogotá en casos similares, quisiera

pedirle al Tribunal sean tenidas en cuenta a la hora de proferir sentencia las que a continuación relaciono:

- 1. Sentencia del 21 de septiembre de 2023 M.P. Adriana Ayala Pulgarín Rad. 11001-31-99-003-2021-886-01**, mediante la cual se destacan las subreglas que se derivan del artículo 1058 del Código de Comercio, destacando la importancia de diligenciar de manera sincera la declaración de asegurabilidad atendiendo a los deberes de información y transparencia en cabeza del consumidor financiero, pues de ello depende el asegurador para saber si deben emprender otras investigaciones y con ello, determinar el riesgo a cubrir, así como las condiciones económicas en caso de aceptar la suscripción del seguro.
- 2. Sentencia del 25 de octubre de 2023 M.P. Iván Darío Zuluaga Cardona Rad. 11001-31-99-003-2021-04079-01**, en la cual el Tribunal reconoce el valor de la firma como señal de aceptación de lo diligenciado dentro de la declaración de asegurabilidad y toma en consideración la calidad del asegurado como alfabeto para obrar con el cuidado propio que debe procurarse en los asuntos personales y con la capacidad para comprender el alcance de lo que se le cuestionaba o de entender que avalaba lo que ya se encontraba diligenciado. Implicando lo anterior, que no sea posible alegar la propia culpa.

Con todo lo ya referido, es evidente que nos encontramos en el ámbito de la voluntad y del consentimiento de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., quien de buena fe emitió un seguro en unas condiciones distintas a las que lo hubiera hecho de conocer el verdadero estado de la salud del señor JORGE ENRIQUE RUEDA OJEDA. La Delegatura debió observar en conjunto, UN CUMULO DE FACTORES QUE HACEN VER AL OPERADOR JUDICIAL, QUE SÍ SE AFECTÓ LA VOLUNTAD DE BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. Y QUE OTRO HUBIERA SIDO EL ACTUAR AL MOMENTO DE LA CONTRATACION DE LOS SEGUROS CON EL SEÑOR RUEDA OJEDA.

En otras palabras, todas las pruebas arrimadas al expediente, dejan concluir de manera diáfana y transparente que viciaron el consentimiento de mi poderdante ya que incurrió en un error en la persona asegurada al considerarlo que se encontraba con un estado de salud diferente al declarado.

Con base en lo expuesto, resulta claro que dada la omisión injustificada de unos padecimientos no informados por el accionante, la no valoración integral de las pruebas y la aplicación indebida de una jurisprudencia que no se encuadraba al presente caso, la Superintendencia Financiera de Colombia de manera equivocada emitió una sentencia que desconoció la existencia de un error en el conocimiento de la persona con la que se suscribió el seguro y en sus cualidades esenciales, es decir, su estado de salud, al momento de suscribir el contrato de seguro; pese a que se contaba con los suficientes elementos probatorios y jurídicos para declarar la nulidad del contrato. Es por esto que me permito hacer la siguiente:

SOLICITUD ESPECIAL

Conforme a las anteriores consideraciones solicito revocar la sentencia proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia Delegatura para Asuntos Judiciales, en primera instancia, la cual declaró no probada la Excepción denominada NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, declarando probada dicha excepción.

Atentamente,



CLAUDIA MARCELA MOSOS LOZANO

C.C. No. 52.024.002 de Bogotá D.C.

T.P. No. 79.504 del C.S.J

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA RV: Sustentación Recurso de apelación contra Sentencia de primera instancia. 11001310300520210032201.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 22/11/2023 16:57

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

📎 1 archivos adjuntos (392 KB)

10. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA

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: Despacho 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des02sctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 22 de noviembre de 2023 15:04

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: Sustentación Recurso de apelación contra Sentencia de primera instancia. 11001310300520210032201.

Hola Oscar, me permito remitir el memorial que me acabo de llegar directamente al correo del despacho, creo que es un proceso de la Dra Sandra.

Gracias

María Paula Barrero

Auxiliar Judicial

Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá

Despacho Dra HENEY VELASQUEZ ORTIZ

De: Iván Alfredo Alfaro Gómez <ialfarogomez@yahoo.com>

Enviado: miércoles, 22 de noviembre de 2023 3:02 p. m.

Para: secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.co <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.co>;

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.co <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.co>; Despacho Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des00sctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des02sctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Sustentación Recurso de apelación contra Sentencia de primera instancia. 11001310300520210032201.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente Doctora SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

REFERENCIA:	11001310300520210032201.
DEMANDANT:	Elsa Graciela Infante De Segura.
DEMANDADO:	Roberto Jairo Lorenzo Infante Villareal.
ASUNTO:	Sustentación Recurso de apelación contra Sentencia de primera instancia.

IVÁN ALFREDO ALFARO GÓMEZ, identificado personalmente con la cédula de ciudadanía No.: 3.747.932 de Puerto Colombia (Atlántico), portador de la tarjeta profesional No.: 126.276 del C.S de la J., actuando como apoderado de la parte actora dentro de la presente causa procesal, por medio del presente escrito, acudo ante su despacho con el objeto de **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la Sentencia de primera instancia proferida por su Despacho el pasado 22 de septiembre de 2023, notificada por estado el día 25 de septiembre del mismo año, a través de la cual el juzgado despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Para un mejor entendimiento del recurso se formula el siguiente esquema:

Se adjunta documento en formato PDF.

Cordialmente,

IVÁN ALFREDO ALFARO GÓMEZ

Abogado Derecho Penal, Disciplinario y Contratos
Corporate & Criminal Compliance

 Carrera 13 N° 75 - 20 oficina 307 Bogotá D.C.

 57 + 601 4796067 - 3008040133.



Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente Doctora SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

E. S. D.

REFERENCIA:	11001310300520210032201.
DEMANDANT:	Elsa Graciela Infante De Segura.
DEMANDADO:	Roberto Jairo Lorenzo Infante Villareal.
ASUNTO:	Sustentación Recurso de apelación contra Sentencia de primera instancia.

IVÁN ALFREDO ALFARO GÓMEZ, identificado personalmente con la cédula de ciudadanía No.: 3.747.932 de Puerto Colombia (Atlántico), portador de la tarjeta profesional No.: 126.276 del C.S de la J., actuando como apoderado de la parte actora dentro de la presente causa procesal, por medio del presente escrito, acudo ante su despacho con el objeto de **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la Sentencia de primera instancia proferida por su Despacho el pasado 22 de septiembre de 2023, notificada por estado el día 25 de septiembre del mismo año, a través de la cual el juzgado despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Para un mejor entendimiento del recurso se formula el siguiente esquema:

I. OPORTUNIDAD.

Teniendo en cuenta que la notificación del auto del 15 de noviembre que admite el recurso, se realizó mediante estado el día 16 de noviembre del mismo año, la presente sustentación del recurso de apelación se presenta dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación, razón por la cual, el término fenece antes de finalizar el horario judicial del día 23 de noviembre del año 2023, de conformidad con lo anterior, el pronunciamiento del suscrito ocurre de forma oportuna.

II. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

- 2.1. **NO ES CIERTO, COMO CONCLUYÓ EL A QUO QUE *no quedó probado que el procedimiento de oferta y traspaso de las cuotas sociales de Elsa Graciela Infante de Segura siguiera los lineamientos***



del canon 363 del Código de Comercio y, por ello, fuera aplicable también el artículo 364 del mismo código.

Señaló el a quo que al haberse negado por el apoderado del convocado la realización de la reunión que menciona la accionante donde realizó la oferta de la cesión de sus cuotas, con base en el artículo 363 de la legislación comercial, tenía esta la carga de probarla y, como no lo hizo, ni en la demanda ni en el descorrer de las excepciones, ese dicho quedó huérfano de prueba.

El suscrito se aparta de estas consideraciones por lo que pasa a exponerse.

- 2.1.1. El artículo 167 del Código General del Proceso prevé que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, postulado en virtud del cual, correspondía al apoderado judicial de la demandada, aportar o solicitar los medios de prueba que dieran certeza al juzgador respecto de la supuesta inexistencia de los requisitos legales exigidos por el artículo 363 de la legislación comercial y siguientes.
- 2.1.2. Aunado a lo anterior, debe recordarse que la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, ha señalado que las partes no pueden limitarse, si quieren sacar adelante sus pretensiones, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio, que por demás no pueden ser valoradas como si se tratara de hechos notorios o presumibles y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal le corresponde a aquél.
- 2.1.3. En este asunto particular, la parte demandante, en aras de acreditar que en efecto mi representada ofreció a su socio y además hermano sus cuotas sociales, aportó al plenario todas las pruebas que fueron puestas a su disposición para demostrar tal ofrecimiento, documental que no fue considerada ni valorada por el Despacho tal y como si lo hizo con las pruebas aportadas por la parte demandada y quien en todo caso no demostró que no se hubiera agotado el procedimiento para el ofrecimiento de las cuotas sociales de la empresa.
- 2.1.4. Debe decirse que el a quo, se contradice así mismo con sus manifestaciones, y desconoce los preceptos del artículo 363 del código de Comercio, pues dentro de la sentencia de primera instancia manifiesta que:

“Al respecto, dijo Elsa Graciela Infante de Segura⁸ que ella decidió ceder sus cuotas sociales y, según el canon 363 aludido, se las ofreció



a su socio, siendo que “[l]a oferta se realizó en reunión extraordinaria de junta de socios adelantada el día 9 de agosto del 2019”; sin embargo, no aportó siquiera el acta de dicha reunión y, aunque el convocado manifestó que “[l]a decisión de cesión de la demandante es el hecho que se acepta”; es decir, no hay discusión sobre la voluntad de ceder las cuotas sociales por parte de la señora Infante de Segura, el demandado también expresó que “no es cierto” la realización de la reunión evocada, al punto de que resaltó que la convocante “no adjunta a esta demanda acta de junta de socios a la que se refiere en el hecho cuatro (4) de la demanda”.

2.1.5. Al respecto, el juez a quo, está limitando la comprobación de este hecho por la supuesta ausencia del acta que presuntamente no se aportó y donde se dijo se habían ofrecido las cuotas sociales de la empresa siendo que el artículo 363 del código de comercio no tiene tal exigencia para que un socio pueda ofrecer sus cuotas, es decir, la forma en como el socio ofrece sus cuotas no está ligada a la presentación de un acta o cualquier otro documento.

Ahora bien, conforme lo anterior, para demostrar y probar el ofrecimiento realizado por mi representada basta con remitirnos a los apartes de la sentencia emitida por el juez a quo en el que dijo:

(...)

“aunque el convocado manifestó que “[l]a decisión de cesión de la demandante es el hecho que se acepta”; es decir, no hay discusión sobre la voluntad de ceder las cuotas sociales por parte de la señora Infante de Segura”.

(...)

Al respecto, dijo Elsa Graciela Infante de Segura⁸ que ella decidió ceder sus cuotas sociales y, según el canon 363 aludido, se las ofreció a su socio, siendo que “[l]a oferta se realizó en reunión extraordinaria de junta de socios adelantada el día 9 de agosto del 2019”; sin embargo, no aportó siquiera el acta de dicha reunión y, aunque el convocado manifestó que “[l]a decisión de cesión de la demandante es el hecho que se acepta”; es decir, no hay discusión sobre la voluntad de ceder las cuotas sociales por parte de la señora Infante de Segura, el demandado también expresó que “no es cierto” la realización de la reunión evocada, al punto de que resaltó que la convocante “no adjunta a esta demanda acta de junta de socios a la que se refiere en el hecho cuatro (4) de la demanda”.



Claramente se equivoca el señor juez de primera instancia porque, aunque es cierto que la demandante tenía la carga de probar que en efecto ofreció sus cuotas situación que sí se probó, pero se equivoca al indicar

“y, como no lo hizo, ni en la demanda ni en el descorre de las excepciones, ese dicho quedó huérfano de prueba”

De este modo, al haberse negado por el apoderado del convocado la realización de la reunión que menciona la accionante donde supuestamente realizó la oferta de la cesión de sus cuotas, con base en el artículo 363 de la legislación comercial, tenía esta la carga de probarla y, como no lo hizo, ni en la demanda ni en el descorre de las excepciones, ese dicho quedó huérfano de prueba.

2.1.6. Y porque se equivoca, nótese señores Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que dentro de la misma argumentación emanada del juez a quo, se dijo que el apoderado de la demandada:

“manifestó que “[l]a decisión de cesión de la demandante es el hecho que se acepta”; es decir, no hay discusión sobre la voluntad de ceder las cuotas sociales por parte de la señora Infante de Segura”. Significa lo anterior, que el dicho de la demandante que se pretendía probar y que se probó es el de la decisión de ceder las cuotas sociales y su oferta, tal y como fue aceptado por el apoderado de la parte demandada, mas no la realización de la reunión donde fueron ofrecidas las cuotas.

Todo lo anterior demuestra, que el juez a quo se equivocó en la interpretación que le da al artículo 363 del Código de Comercio, además que no hizo valoración alguna del artículo 167 del Código General del Proceso para declarar probado el hecho que aquí alegó, estaba esperando se arrimara al proceso un acta o la prueba de la reunión donde la demandante ofreció sus cuotas, pero no tuvo en cuenta que el apoderado de la parte demandante reconoció conocer la decisión de la cesión de las cuotas.

2.2. SE EQUIVOCA EL A QUO AL INTERPRETAR LAS NORMAS ALUDIDAS DEL ARTÍCULO 365.



- 2.2.1. Si bien le asiste razón en punto de los postulados del referido artículo, la interpretación que hace el juez de primera instancia no concuerda con la realidad y actuaciones procesales de las partes.
- 2.2.2. Nótese, que la norma estipula un plazo para adelantar una serie trámites cuando en efecto se ofrece la cesión de las cuotas sociales de la empresa, pero, la norma no especifica que quede sin efecto alguno el ofrecimiento si dentro de ese término estipulado no se adelantan todos los componentes del contenido del artículo, es decir, si el socio a quien se ofreció las cuotas no acepto dentro de los 15 días siguientes, o si no presentaron una o más personas interesadas en adquirirlas dentro de los 60 días siguientes o si no se definió si la sociedad se liquidaba o se excluía al socio, la norma no establece que dicho ofrecimiento quede sin efecto alguno o que la intención de ceder las cuotas pierda validez o que el socio no pueda volverlo hacer, ni mucho menos que para volverlo a hacer deba seguir el procedimiento del artículo referido.
- 2.2.3. Lo anterior, parece que el juez de primera instancia trata de entenderlo, pues indica que no se puede pretender o considerar que un año después de la oferta se seguía dentro del proceso que crea el artículo 363, pero no dijo nada sobre la ejecución de las demás estipulaciones del aludido artículo.
- 2.2.4. Teniendo en cuenta esto, debe decirse que, aunque tarde, el demandado y socio SI mostró interés en adquirir las cuotas sociales de la empresa, tal y como quedó demostrado y es reconocido por el Juez de primera instancia cuando dijo:

(...)

“Luego entonces, como no se puede interpretar de las normas acá aludidas que la oferta que tuvo que haber hecho la señora Infante de Segura para la cesión de sus cuotas quedó vigente más allá de los 15 días que expone el canon 363 del Código de Comercio, **AL PUNTO DE CONSIDERAR QUE, CASI UN AÑO DESPUÉS, CUANDO EL SEÑOR INFANTE VILLAREAL SE INTERESÓ POR LAS CUOTAS SOCIALES se seguía en el proceso que crea ese artículo; tampoco es viable concluir que, en caso de discrepancias, corresponde acudir a la regla del 364 ib., y ordenar un dictamen pericial que resultase obligatorio. que quedaría sin efecto alguno de los postulados del artículo”**



(...)

2.2.5. Demostrado esta, que es en virtud del ofrecimiento de las cuotas sociales que realizó la demandante Elsa Infante De Segura, el socio Roberto Jairo Lorenzo Infante Villareal mostró interés en las cuotas sociales, haya sido a los 15, 20 días, 1, 6 meses o 1 año. Pero es en virtud de la decisión de cesión y oferta de la demandante que el demandado muestra interés en adquirir las cuotas sociales, es importante resaltar que la decisión de la cesión de las cuotas sociales por parte de la demandante únicamente se ha dado en una oportunidad, misma que el apoderado de la parte demandada reconoció, razón por la cual, el interés del demandado es en virtud de este ofrecimiento.

2.3. CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.3.1. Contradictorio resulta, que el a quo indique, que no se probó la existencia del acta donde se dijo se ofrecieron las cuotas sociales, pero tiene como base la fecha que se indicó de esa acta para contabilizar el término descrito en el artículo 363 del Código de Comercio, es decir, porque tomó como base la fecha del acta y a la vez dijo que no se probó la existencia de la misma.

2.3.2. Ahora bien, también resulta contradictorio que el juez de primera instancia indique que el apoderado judicial de la parte demandada reconoce y da como cierto la decisión de la cesión de las cuotas sociales y niegue la oferta de las mismas, y más adelante indique que el demandado mostró interés en adquirir las cuotas sociales, eso sí es importante aclarar que se fundamenta en los términos previstos en el artículo 363 del código de Comercio pero tomando como base un acta de la que en la sentencia indicó no se probó existiera.

2.3.3. El juez de primera instancia, al igual que el apoderado de la parte demandada, reconocen de manera expresa, la existencia de la aceptación e interés de la oferta, pues como bien se dijo en apartados de la sentencia, el mismo apoderado de la parte demandada se mostró de acuerdo con la designación del perito y ante la controversia aceptó la posibilidad que el referido peritaje lo usara para vender ante tercera persona y reconoce que se agotó el Derecho de preferencia.

“Así, aunque el letrado se mostró de acuerdo con la designación del perito, se advierte que los tiempos no concuerdan con los establecidos en el canon 363 del Código de Comercio, y tampoco la obligatoriedad que impone el artículo 364 ejusdem, amén de que, en ese documento,



resulta claro que el abogado acepta la posibilidad de que luego la cedente use esa experticia para vender ante terceros, porque da por sentado que se agotó el derecho de preferencia”.

2.3.4. Ahora bien, se ha dicho por parte del suscrito que el socio Roberto Jairo Lorenzo Infante Villareal mostró interés en las cuotas sociales, haya sido a los 15, 20 días, 1, 6 meses o 1 año, este término según las mismas determinaciones del a quo no es posible saberlo, pues recordemos el mismo indicó que no se probó el acta donde se ofrecieron las cuotas, lo cierto es que el demandado lo realizó en vigencia de la decisión de la cesión de las cuotas por parte de la demandante y la oferta que él mismo ya aceptó porque mostró interés en ella, la norma y el juez de primera instancia esbozaron las condiciones o los trámites que continuaban de no interesar, aceptar o existir discrepancias sobre las condiciones de la cesión, circunstancias que quedaron congeladas en el tiempo toda vez que ni el representante legal de la sociedad, ni los socios ni absolutamente nadie se pronunció al respecto dentro del término señalado en la ley.

2.3.5. Pero es en virtud de la decisión de cesión y oferta de la demandante que el demandado muestra interés en adquirir las cuotas sociales, no es por acuerdo u ofrecimiento posterior, es en vigencia de la oferta y decisión de la cesión que el Demandado muestra su interés en adquirir estas cuotas sociales, razón por la cual, y como ya se demostró por las pruebas documentales allegadas al Despacho, y reconocidas por el a quo, el demandado realizó una contrapropuesta para adquirir las cuotas sociales que mi representada ofertó, y en virtud que hubo discrepancias en este asunto, el mismo apoderado de la parte demandada reconoció estar de acuerdo con el peritaje y ante la controversia aceptó la posibilidad que el referido peritaje lo usara para vender ante tercera persona y reconoce que se agotó el Derecho de preferencia, razón por la cual, se encontraba dentro del ejercicio t el procedimiento del artículo 363 y siguientes del Código de Comercio.

2.3.6. Es desacertada y contradictoria la manifestación del Despacho cuando indica no poder acceder a las pretensiones de la demanda porque supuestamente “no quedó probado que el procedimiento de oferta y traspaso de las cuotas sociales de Elsa Graciela Infante de Segura siguiera los lineamientos del canon 363 del Código de Comercio y, por ello, fuera aplicable también el artículo 364 del mismo código”, aun cuando en la parte motiva de la sentencia, indicó, conocimiento por parte del demandado de la cesión de las cuotas, indicó interés del demandado en adquirir las cuotas sociales, indicó discrepancias en la negociación, indicó aceptación del demandado en la realización del peritaje, indicó la



posibilidad de aceptación que el referido peritaje lo usara para vender ante tercera persona, y también indicó reconocimiento por parte del demandado sobre el agotamiento del Derecho de preferencia, es decir, el a quo probó la existencia del trámite estipulado en los 363 y subsiguientes del Código Comercial y además aceptación del mismo por la parte demandada.

- 2.3.7. En adelante y por consiguiente, es equivocada la manifestación del Despacho al indicar que negará las demás pretensiones, pues centró su decisión en los argumentos que ya fueron controvertidos y se fundaron los motivos de inconformidad por parte del suscrito, por lo cual al haber probado la existencia de la cesión, de la oferta, del interés de la oferta, de las discrepancias, de la aceptación del peritaje, de la posibilidad de aceptación de utilizar el peritaje frente a terceros y del reconocimiento del agotamiento del Derecho de preferencia si se debe declarar el reconocimiento de todos los perjuicios alegados en la demanda y solicitados en las pretensiones.

III. DE LA CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL.

- 3.1. Del análisis realizado a la Sentencia proferida, es importante resaltar la inexistencia de la valoración que se tenía que realizar conforme lo dispone el artículo 167 del CGP donde entre cosas, demuestra, la inexistencia de la valoración de todas las pruebas arrimadas al proceso, pues el juez de primera instancia al interpretar que no se había probado el ofrecimiento de las cuotas sociales de la empresa, desestimó y no le dio valor probatorio a ninguna de las pruebas allegadas para su valoración.
- 3.2. Ahora bien, del mismo análisis realizado a la contestación de la demanda, debe decirse que operó lo descrito en el artículo 193 del CGP, toda vez que, dentro de la misma y confirmada por el Juez de primera instancia, el apoderado de la demandada reconoció y dio por cierto la decisión de cesión de las cuotas de la demandante, reconoció haberse interesado en la propuesta, reconoció sobre las discrepancias dentro del proceso de oferta, reconoció la aceptación del peritaje, reconoció la posibilidad de aceptación de utilizar el peritaje frente a terceros y del reconocimiento del agotamiento del Derecho de preferencia, es decir el apoderado de la demandada reconoce la existencia del trámite a la luz del artículo 363 y siguientes del Código de Comercio.
- 3.3. Con relación a lo anterior, nada dijo el Despacho aun cuando reconoce dentro de toda la sentencia, que el mismo apoderado de la demanda



aceptó conocer de la cesión, del interés de la oferta, de las discrepancias, del peritaje, de la aceptación a utilizarlo con terceros y del reconocimiento del agotamiento del Derecho de Defensa, por lo que debió hacer manifestación sobre este aspecto descrito en el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. CONCEPTOS NORMATIVOS.

- *El artículo 362 del Código de Comercio, el cual señala que los socios de una sociedad de Responsabilidad Limitada tendrán derecho a ceder sus cuotas y acto seguido menciona que cualquier estipulación en el contrato de sociedad que impida ese derecho, se tendrá por no escrita. Finalmente, la norma en mención establece que la cesión de cuotas sociales implica una reforma estatutaria.*

Esta disposición normativa resulta aplicable al asunto particular, habida cuenta que la demandante, señora **ELSA GRACIELA INFANTE DE SEGURA** en ejercicio de su derecho, decidió ceder sus cuotas sociales en la sociedad comercial **AGRICENSE LTDA**, de este hecho el demandado a través de su apoderado judicial aceptó conocer.

- *El artículo 363 del Código de Comercio que reza: “Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes manifiesten si tienen interés en adquirirlas. Transcurrido este lapso los socios que acepten la oferta tendrán derecho a tomarla a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.”*

Esta norma resulta aplicable al caso puesto en su conocimiento bajo el entendido que la señora **ELSA GRACIELA INFANTE DE SEGURA** ofreció al demandado las cuotas sociales que desea ceder, precisamente en observancia del derecho de preferencia que le asiste al señor **ROBERTO INFANTE VILLAREAL**. Cabe mencionar que las cuotas sociales se ofrecieron exclusivamente al demandado, pues este y la demandante, son los únicos socios de la mencionada empresa, este hecho fue demostrado y probado conforme el interés que le asistió al demandado de adquirir las cuotas y por ello realizó oferta de las mismas.

- *El artículo 364 del Código de Comercio que señala: “Si los socios interesados en adquirir las cuotas discreparen respecto del precio o del plazo, se designarán peritos para que fijen uno u otro. El justiprecio y el plazo*



determinados serán obligatorios para las partes. Sin embargo, éstas podrán convenir en que las condiciones de la oferta sean definitivas, si fueren más favorables a los presuntos cesionarios que las fijadas por los peritos (...) En los estatutos podrán establecerse otros procedimientos para fijar las condiciones de la cesión.”

Esta norma es aplicable al caso *sub judice* toda vez que la demandante y el demandado por intermedio de sus apoderados, tal y como se acredita con la documental que se aportó al plenario, acordaron desde el día 12 de agosto del 2020, designar a un perito para determinar el justiprecio de las cuotas sociales ofrecidas. La parte demandada requirió que el dictamen fuera sufragado por la demandante, como en efecto sucedió.

El referido dictamen fue elaborado el día 1 de septiembre del 2020, por la señora **GLORIA BEATRÍZ SÁNCHEZ RICO**, de profesión contadora pública, arrojando que las cuotas objeto de la cesión están estimadas en la suma de **OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS (\$862'461.000)** y no en **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200'000.000)** como inicialmente lo propuso la parte demandada. En ese orden de ideas, como las partes decidieron de manera conjunta designar a un perito, el dictamen resultaba **obligatorio** para ambos extremos, a la luz de la norma en comento.

- El artículo 234 de la ley 222 de 1995, que dispone: “Los documentos de oferta de colocación, adquisición o venta de aportes de capital, los de su aceptación o rechazo y los dictámenes de los peritos prestarán mérito ejecutivo para el ejercicio de los derechos u obligaciones que en ellos consten. Tales documentos se presumen auténticos.”
- El artículo 863 del Código de Comercio que indica: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Disposición en virtud de la cual las partes deben actuar de buena fe durante la etapa de las tratativas del contrato o etapa precontractual, lo que implica, entre otras cosas, que no pueden abandonar de manera injustificada la negociación, lo que soporta más la tesis que aunque la oferta que haya realizado el demandado presuntamente haya sido posterior a las disposiciones del artículo 363 del CCO, no implica desaparición de la misma.

Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“...el legislador ha recurrido a una cláusula general, con el fin de ofrecer al intérprete un criterio elástico de evaluación, (...) descargando en cada uno



de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de 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.”

Es responsabilidad de la parte demandada no mostrar su interés en la adquisición de las cotas sociales conforme se establece en la norma, pues la demandante actuó de buena fe y ni los demás socios ni tampoco el Representante Legal de la Sociedad continuaron con el trámite respectivo y como lo indica el Código, únicamente toma determinación alguna cuando el aquí demandado muestra su interés en adquirir las cuotas y se continuo con todo el trámite previsto en el artículo 363 y subsiguientes del Código de Comercio sin que existiera impedimento alguno por parte de algún socio, representante legal o tercer interesado, el trámite se continuo y fue aceptado directamente por las partes tal y como está demostrado en las pruebas documentales que se arrimaron al proceso.

V. SOLICITUD.

De conformidad con lo expuesto, se solicita lo siguiente:

- 5.1. Solicito al despacho REVOCAR en su totalidad la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá; y en su lugar acceder a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,

IVAN ALFREDO ALFARO GÓMEZ
C.C. No.: 3.747.932 de Puerto Colombia (Atlántico)
T.P. No.: 126.276 del C.S de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO RV: Sustenta apelación sentencia 22-09-2023_11001310303120200015703

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 20/11/2023 8:43

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

📎 1 archivos adjuntos (611 KB)

Sustenta apelacion sentencia 22-09-2023_11001310303120200015703.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR <abogadolams@gmail.com>

Enviado: viernes, 17 de noviembre de 2023 14:11

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; pedro.alvarez@phrlegal.com <pedro.alvarez@phrlegal.com>; Laura Yazmin Lopez Garcia <laura.lopez@accion.com.co>; notijudicial@accion.com.co <notijudicial@accion.com.co>; daniel.posse@phrlegal.com <daniel.posse@phrlegal.com>

Asunto: Sustenta apelación sentencia 22-09-2023_11001310303120200015703

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Magistrada Ponente: Doctora AÍDA VICTORIA LOZANO RICO

E. S. D.

Correo electrónico: <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

PROCESO: No. 11001310303120200015700

DEMANDANTES:

CECILIA MARTINEZ MAYORGA Y OTROS

DEMANDADOS:

ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y OTROS

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR, mayor de edad, identificado con C.C. 74.242.450 y T.P. 85.393 del C.S.J., actuando en calidad de apoderado judicial de los demandantes, de manera respetuosa, me permito sustentar el recurso de apelación presentado contra los siguientes numerales “**CUARTO**” y “**SÉPTIMO**”, dictada por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, D.C., por escrito, el 22 de septiembre de 2023, lo anterior, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal, mediante providencia de **quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)**.

Cordialmente,

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR

C.C. 74242450 de Monquirá

T.P. 85.393 del C.S.J.

Carrera 14 # 94 A 24 Oficina 305 Edificio Acocentro 94 P.H., Bogotá, D.C.

Correo electrónico: <abogadolams@gmail.com>

Teléfonos: 3164453056

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Magistrada Ponente: Doctora AÍDA VICTORIA LOZANO RICO

E. S. D.

Correo electrónico: <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

PROCESO: No. 11001310303120200015703

DEMANDANTES:

CECILIA MARTINEZ MAYORGA Y OTROS

DEMANDADOS:

ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y OTROS

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR, mayor de edad, identificado con C.C. 74.242.450 y T.P. 85.393 del C.S.J., actuando en calidad de apoderado judicial de los demandantes, de manera respetuosa, me permito sustentar el recurso de apelación presentado contra los siguientes numerales “**CUARTO**” y “**SÉPTIMO**”, dictada por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, D.C., por escrito, el 22 de septiembre de 2023, lo anterior, para dar cumplimiento a los dispuesto por el Tribunal, mediante providencia de **quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)**. La apelación y la sustentación está dirigida contra los siguientes numerales, así:

1. Contra el numeral “**CUARTO. SE NIEGAN las pretensiones de la demanda dirigidas en contra de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en su doble calidad, por las razones explicadas en la parte motiva.**”.

2. Contra el numeral “**SÉPTIMO. SE CONDENAN EN COSTAS a los demandantes en favor de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Por concepto de agencias en derecho téngase en cuenta la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15'000.000)**”.

Conforme al artículo 322 del Código General del Proceso, contra los numerales de la sentencia apelada se presentaron nueve reparos concretos, sobre los cuales se desarrolla la sustentación, en los siguientes términos:

1. **Primer reparo.** En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto “**De la transferencia de los inmuebles**”, no se tuvo en cuenta que, para el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que es al cual se vincularon las personas demandantes, mediante la celebración de los negocios jurídicos “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que son objeto de la presente demanda, no se llevó a cabo por la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, “**la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria**”, esto era, a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, “**de uno o más bienes determinados**” como requisito previo y necesario para “**la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso**” y que a pesar de dicha falencia, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**,

celebró los contratos de vinculación al “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y algo más grave aún, procedió a recibir los recursos correspondientes a las sumas de dinero que aportaron “**LOS PARTICIPES**” con quienes dicha fiducia celebró los mencionados contratos de vinculación. Así, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desconociendo abiertamente las normas legales que regulan su profesión, intervino en “**la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso**”, el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que no cuenta con el denominado “**activo subyacente**” (mencionado en los numerales 5.5.2.7., 6.1.4.2.13.6.6., 8.6., de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96).

La sustentación del primer reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

Por lo anterior, la sentencia recurrida desconoce lo consagrado en los artículos 1226, 1227, 1233, 1234 y 1243 del Código de Comercio, en concordancia con lo consagrado en el numeral “**5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias**”, en el numeral “**5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria**” del CAPÍTULO I: DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS del TÍTULO II INSTRUCCIONES GENERALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS de la PARTE II MERCADO INTERMEDIADO de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96) expedida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, normativa esta, a la cual está sometida la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en su calidad de entidad fiduciaria, conforme al artículo 29 del Decreto 663 de 1993 (Abril 02) “**Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración**”, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 y conforme al artículo 335 de la Constitución Política de 1991.

El punto de partida para el análisis que debió hacer el Despacho es el numeral 1.3., de los “**ANTECEDENTES**” de cada uno de los negocios jurídicos “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que son objeto de la presente demanda, en los cuales se estipuló lo siguiente:

*“El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO, hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina **FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA**, en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**, constituido por EL FIDEICOMITENTE en **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** A través de dicho patrimonio autónomo podrá llevarse a cabo la ETAPA DE OPERACIÓN del ÁREA COMERCIAL, sin perjuicio de que por decisión del FIDEICOMITENTE se decida trasladar el **ACTIVO SUBYACENTE** a otro patrimonio autónomo que para el efecto constituya en **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en los términos establecidos en el FIDEICOMISO LOTE y lo estipulado en el **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL** mediante el cual se constituyó el **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH**”.*

Como se puede apreciar en la cláusula del contrato de vinculación antes mencionada, no se identifica o no se especifica como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, al decir, “**uno o más bienes especificados**”, cuál es el inmueble o cuáles son los inmuebles “**en que se desarrollará el PROYECTO**”. Conforme al artículo 8 de la Ley 1579 de 2012, para todos los efectos legales referentes a un bien raíz, entre ellos, la identificación, existe la matrícula inmobiliaria. En todo caso, cualquiera que fueran los inmuebles, la cláusula no menciona que

hayan sido objeto de *“transferencia”* para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, como así tendría que ser, debido a que es dicho fideicomiso el que utilizaron las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para *“la comercialización de participaciones fiduciarias”*, con varias personas, entre ellas, las personas demandantes.

Como si no fuera suficiente con la falta de claridad y de precisión de la cláusula antes referida, de los negocios jurídicos **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que son objeto de la presente demanda, en el punto de *“El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO”*, se menciona que *“hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA, en adelante el FIDEICOMISO LOTE, constituido por EL FIDEICOMITENTE en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”*.

Sucede que con la denominación de **“FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA”** o **“FIDEICOMISO LOTE”**, existe no únicamente uno, sino dos fideicomisos, así:

Patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, identificado con NIT. **805.012.921-0**, constituido mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, celebrado entre **BD CARTAGENA S.A.S.**, como **EL FIDEICOMITENTE** y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como **LA FIDUCIARIA**, mediante el documento privado de *“veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014”*.

Patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, identificado con NIT. **805.012.921-0**, constituido mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, celebrado entre **JOSE FONT BARCELO**, como **EL FIDEICOMITENTE** y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como **LA FIDUCIARIA**, mediante el documento privado de 21 de mayo de 2014.

De todos modos, el fideicomiso que utilizaron las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para *“la comercialización de participaciones fiduciarias”*, no fue el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y no fue el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, porque el fideicomiso utilizado para esos propósitos fue el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. En tales circunstancias, si bien es cierto como se explicará más adelante que, de aquellos dos primeros fideicomisos, forman parte unos bienes inmuebles (**060-112873** y **060-113064**, forman parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**; **060-28660** forma parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**), de dichos inmuebles, no se ha llevado a cabo *“la transferencia de la propiedad”* para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y en ese sentido este fideicomiso no cuenta o no tiene *“activo subyacente”* que, se hacía necesario para *“la comercialización de participaciones fiduciarias”*.

En el numeral **1** de las **“CONSIDERACIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se estipuló lo siguiente:

“Los inmuebles en que se desarrollará el PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL, se encuentran en el patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y eventualmente podrán desarrollarse algunas fases o etapas del Hotel en los predios que en la actualidad se encuentran en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA. A través del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA se llevará a cabo la ETAPA DE OPERACIÓN, o se podrán trasladar las HABITACIONES HOTELERAS resultantes del PROYECTO a otro patrimonio autónomo con las mismas reglas de administración establecidas en el presente contrato para efectos de llevar a cabo a través de dicho FIDEICOMISO el desarrollo de la ETAPA DE OPERACIÓN. Las menciones que se hacen en el presente contrato relacionadas con el(los) bien(es) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO se entenderá(n) realizadas con respecto al FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”.

Como se puede apreciar en el numeral 1 de las **“CONSIDERACIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no se identifica o no se especifica como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, al decir, **“uno o más bienes especificados”**, cuál es el inmueble o cuáles son **“los inmuebles en que se desarrollará el PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL”**. Pero además en esta cláusula se menciona que, **“se encuentran en el patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y eventualmente podrán desarrollarse algunas fases o etapas del Hotel en los predios que en la actualidad se encuentran en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, mientras que en el numeral 1.3., de los **“ANTECEDENTES”** de cada uno de los negocios jurídicos **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que son objeto de la presente demanda, se menciona que, **“El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO, hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA, en adelante el FIDEICOMISO LOTE, constituido por EL FIDEICOMITENTE en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”.**

Ante tanta disparidad de información, es necesario formular la siguiente pregunta: de cuál patrimonio autónomo forman parte **“los inmuebles en que se desarrollará el PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL”**, del **“patrimonio autónomo que se denomina FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA, en adelante el FIDEICOMISO LOTE”**, del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** o del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**. Además de que no existe certeza acerca de la identificación plena de los inmuebles, no hay certeza de cuál es el patrimonio autónomo del cual forman parte, siendo en todo caso claro que cualquiera que sean los inmuebles, de estos, no se ha llevado a cabo **“la transferencia de la propiedad”** para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y en ese sentido este fideicomiso no cuenta o no tiene **“activo subyacente”** que, se hacía necesario para **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**.

En el numeral 4 de las **“CONSIDERACIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se estipuló lo siguiente:

“En los inmuebles contenidos en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, además del proyecto inmobiliario PROYECTO BD CARTAGENA

BEACH CLUB – HOTEL, EL FIDEICOMITENTE desarrollará por su cuenta y riesgo algunas etapas del **COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA**, áreas que **EL FIDEICOMITENTE** se reservará para sí mismo, por lo tanto no harán parte de los activos del presente **FIDEICOMISO**, proyecto que **EL FIDEICOMITENTE** comercializará a través de un sistema de **Tiempo Compartido Turístico** conforme al Artículo 6 del Decreto 1076 de 1997. La determinación de las áreas será regulada a través de la constitución de un reglamento de propiedad horizontal, que regulará las distribuciones de los inmuebles y activos y uso de las áreas comunes entre los proyectos **BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL** y **COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA**, delimitando las áreas destinadas al sistema de tiempo compartido turístico de las áreas destinadas a la explotación económica a través de la prestación de servicios de hotelería. Las unidades destinadas a la explotación económica a través de la prestación de servicios de hotelería serán de propiedad del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, las áreas que **EL FIDEICOMITENTE** se reserva serán transferidas al **FIDEICOMISO** que se destine para este fin”.

Según la cláusula mencionada inmediatamente, además de que no existe certeza acerca de cuál es la identificación plena de los inmuebles y de que no hay certeza de cuál es el patrimonio autónomo del cual forman parte “los inmuebles en que se desarrollará el **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**”, se adiciona un ingrediente más de confusión, cuando se afirma que, “**EL FIDEICOMITENTE** desarrollará por su cuenta y riesgo algunas etapas del **COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA**, áreas que **EL FIDEICOMITENTE** se reservará para sí mismo, por lo tanto no harán parte de los activos del presente **FIDEICOMISO**”, esto es, del “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, con lo cual, se desconoce el artículo 1226 del Código de Comercio, que exige para la constitución de la fiducia mercantil que, el “*fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario*”.

Igualmente, con la cláusula del numeral 4 de las “**CONSIDERACIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, se desconoce lo consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio, según el cual “*Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*”.

En tales circunstancias el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, debía contar con unos “*bienes fideicomitados*”, que “*deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios*”, esto es, sin estar mezclados o confundidos con aquellos bienes inmuebles que formen parte del “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, del “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, o de aquellos que el “**FIDEICOMITENTE** se reservará para sí mismo”, y que según la cláusula mencionada, estarían destinados para el “**COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA (...)**, proyecto que **EL FIDEICOMITENTE** comercializará a través de un sistema de **Tiempo Compartido Turístico**”. La exigencia legal aquí mencionada no se cumplió y a pesar de ello las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCIÓN SOCIEDAD**

FIDUCIARIA S.A., utilizaron el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, para “**la comercialización de participaciones fiduciarias**”.

En el numeral **1.5.**, de la “**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, se estipuló lo siguiente:

“PROYECTOS o BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL: *Consiste en el desarrollo por Etapas denominado Proyecto BD Cartagena las cuales se definen en forma detallada en el documento denominado Anexo 3. El Proyecto será construido por EL FIDEICOMITENTE o por quien este designe, de conformidad con el proyecto arquitectónico cuya descripción detallada del mismo se dará a conocer a LOS PARTICIPES mediante anexo al contrato de vinculación. El PROYECTO se desarrollará sobre los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria números 060-112873 y 060-113064 ubicados en la ciudad de **Cartagena** ubicado en el caserío de la **Punta Canoa Corregimiento de la Boquilla**. El/los inmuebles en que se desarrollará el Proyecto, será(n) propiedad del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, (en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**) o aquél que se constituya para el efecto; inmuebles que serán sujetos a un **REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL**, para efectos de determinar las áreas que estarán destinadas al **Sistema de Tiempo Compartido** que no hacen parte de los activos del presente fideicomiso. Previo acuerdo con la Fiduciaria, se podrán adelantar etapas del Hotel en el predio de propiedad del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**, las cuales serán adjudicadas y/o transferidas al **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** a través del cual se llevará a cabo la explotación de dichas unidades a través de la prestación de servicios de hotelería en los términos del presente contrato. En cualquier caso, el Patrimonio Autónomo que se constituye mediante el presente contrato, tendrá la calidad de Beneficiario del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, antes de la culminación de la Fase Previa de la Primera Etapa del Proyecto”.*

Según el certificado de tradición y libertad de la Matrícula: **060-112873** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, se trata del “**Predio: RURAL**” “**LOTE DE TERRENO DENOMINADO "VIVIANO"EN EL CASERIO DE PUNTA CANOA CORREGIMIENTO DE LA BOQUILLA**”.

Como se puede observar en la “ANOTACION: Nro 017 Fecha: 31-07-2014 Radicación: 2014-060-6-164462, mediante la ESCRITURA 842 DEL 21-05-2014 NOTARIATREINTAY SEIS DE BOGOTA D.C., se llevó a cabo la TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL, DE: FONT BARCELO JOSE CE# 355831 A: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A COMO VOCERA DEL **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** NIT:8050129210.

Sin mayor esfuerzo se puede evidenciar que el predio de la Matrícula: **060-112873**, no fue transferido, como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, por el fiduciante o fideicomitente del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, esto es, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por una tercera persona y completamente ajena al contrato de fiducia mercantil aquí mencionado; y en todo caso, no fue transferido a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, sino para otro patrimonio autónomo, el **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** que, no es el fideicomiso

mediante el cual se llevó a cabo ***“la comercialización de participaciones fiduciarias”***.

Según el certificado de tradición y libertad de la Matrícula: **060-113064** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, se trata de ***“Tipo Predio: RURAL” “LOTE QUE SE DESPRENDE DE UN GLOBO DENOMINADO “VIVIANO” PUNTA CANOA .../LA BOQUILLA”***.

Como se puede observar en la “ANOTACION: Nro 022 Fecha: 31-07-2014 Radicación: 2014-060-6-16446, mediante la ESCRITURA 842 DEL 21-05-2014 NOTARIATREINTAY SEIS DE BOGOTA D.C., se llevó a cabo la TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL, DE: FONT BARCELO JOSE CE# 355831 A: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A COMO VOCERA DEL **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** NIT:8050129210.

Sin mayor esfuerzo se puede evidenciar que el predio de la Matrícula: **060-113064**, no fue transferido, como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, por el fiduciante o fideicomitente del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por una tercera persona y completamente ajena al contrato de fiducia mercantil aquí mencionado; y en todo caso, no fue transferido a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, sino para otro patrimonio autónomo, el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** que, no es el fideicomiso mediante el cual se llevó a cabo ***“la comercialización de participaciones fiduciarias”***.

Según el numeral **“5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias. Son aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto el proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales”**. (Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96).

Como se ha dicho, las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, utilizaron el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para ***“la comercialización de participaciones fiduciarias”***, esto es que, no se llevó a cabo mediante el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**.

En el numeral **1.18.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se estipuló lo siguiente:

“ACTIVO SUBYACENTE: Se entenderá por tal el(los) inmueble(s) y la edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s) que forma parte del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, los cuales serán entregados al OPERADOR para su operación y explotación económica. Eventualmente podrán ser también las unidades que se construyan sobre el predio del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA y que le son adjudicadas y/o asignadas al

FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, en virtud del sometimiento de dichos predios a un reglamento de propiedad horizontal, siempre y cuando no estén destinadas a la prestación del servicio de tiempo compartido, las cuales serán adjudicadas, asignadas y/o transferidas al **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**".

El denominado "**activo subyacente**" (mencionado en los numerales 5.5.2.7., 6.1.4.2.13.6.6., 8.6., de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), de conformidad con lo consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio, corresponde a los "**bienes fideicomitidos**" que "**forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo**". En tales circunstancias, la mención que del "**ACTIVO SUBYACENTE**" se hace en el numeral 1.18., de la "**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**" del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", desconoce lo consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio, porque mientras con base en dicha norma se debe predicar que los "**bienes fideicomitidos**" tienen que formar parte el patrimonio autónomo "**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", la cláusula aquí referida, estipula todo lo contrario al decir que por el "**ACTIVO SUBYACENTE**", "*se entenderá por tal el(los) inmueble(s) y la edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s) que forma parte del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA*".

Por disposición legal, no puede existir mezcla, combinación o confusión de los "**bienes fideicomitidos**" de un patrimonio autónomo con los bienes de otro, esto es, entre los patrimonios autónomos "**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", "**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**" y "**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**", porque tal situación desconoce lo consagrado en el numeral 2 del artículo 1234 del Código de Comercio, según el cual, uno de los deberes indelegables del fiduciario es "*mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios*", en concordancia con el deber consagrado en el numeral 4 del mismo artículo, "*llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente*".

El numeral 1.18., de la "**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**" del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", no identifica cuál es "*el predio del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA*". Dicho inmueble está identificado en los numerales 1.3., 1.5., de la "**CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES**" del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**", celebrado entre **JOSE FONT BARCELO**, como **EL FIDEICOMITENTE** y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como **LA FIDUCIARIA**, mediante el documento privado de 21 de mayo de 2014, y corresponde a la Matrícula: **060-28660** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.

Según el certificado de tradición y libertad de la Matrícula: **060-28660** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, se trata de "**Tipo Predio: URBANO**" "**LOTE PUNTA CANOA 110.800 M2.**"

Como se puede observar en la "ANOTACION: Nro 025 Fecha: 31-07-2014 Radicación: 2014-060-6-16445, mediante la ESCRITURA 841 DEL 21-05-2014 NOTARIATREINTAY SEIS DE BOGOTA D.C., se llevó a cabo la TRANSFERENCIA

DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL FALSA TRADICION, DE: FONT BARCELO JOSE CE# 355831 A: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A QUIEN ACTUA COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA.

Sin mayor esfuerzo se puede evidenciar que el predio de la Matrícula: **060-28660**, no fue transferido, como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, por el fiduciante o fideicomitente del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, esto es, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por una tercera persona y completamente ajena al contrato de fiducia mercantil aquí mencionado; y en todo caso, no fue transferido a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, sino para otro patrimonio autónomo el **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"** que, no es el fideicomiso mediante el cual se llevó a cabo **"la comercialización de participaciones fiduciarias"**.

Con base en lo anterior se debe afirmar que los predios identificados con Matrícula: **060-112873** y con Matrícula **060-113064**, figuran como propiedad del **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, mientras que el predio identificado con Matrícula **060-28660**, figura como propiedad del **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**, pero ninguno de ellos, forma parte del **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** siendo este el que utilizaron las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para **"la comercialización de participaciones fiduciarias"**.

En la sentencia apelada se afirma lo siguiente:

"Se aduce en la demanda que ACCIÓN FIDUCIARIA: (i) debió descubrir que los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias 060-112873 y 060-28660, presentaban "problemas que afectan su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición", (ii) que se comenzó la construcción sobre inmuebles frente a los cuales no se tenía la propiedad lo que desconoce el artículo 5.5.1., del "Capítulo. I – Disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios" del "Título II. Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros" de la "Parte II - Mercado intermediado" de la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14), (iii) que no ha realizado acción alguna para solucionar los problemas presentados en la tradición de los inmuebles aquí identificados."

Efectivamente para la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, es un hecho conocido que los inmuebles identificados con Matrícula: **060-112873**, Matrícula **060-113064** y Matrícula **060-28660**, no fueron transferidos por el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, para el **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, como así lo exigen las normas de la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14), cuando se trata de **"Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias"**, en concordancia con lo consagrado en el artículo 1226 del Código de Comercio. Igualmente, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, conoce el hecho que **"la comercialización de participaciones fiduciarias"**, se llevó a cabo mediante el **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, pero no mediante el **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, o mediante el **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**.

En consecuencia, el hecho que los inmuebles antes identificados presentan **“problemas que afectan su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición”**, está plenamente demostrado, en la medida en que no fueron transferidos al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y en ese sentido, dicho patrimonio autónomo no puede ejercer **“su plena disposición”**, por la sencilla razón que los bienes no son propiedad de dicho fideicomiso.

La circunstancia que el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no tiene relación con el predio identificado con la Matrícula **060-28660** que, figura como propiedad del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, es puesta de presente en la sentencia apelada, cuando afirma lo siguiente:

*“Para resolver este asunto lo primero que ha de tenerse en cuenta es que en el LOTE PUNTA CANOA identificado con la matrícula inmobiliaria No. **060-28660** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, que se menciona en la demanda, los **PARTÍCIPIES** no tienen ningún derecho, ni directamente ni como beneficiarios del FIDEICOMISO BD CARTAGENA.*

Dicho inmueble pertenece al FIDEICOMISO LOTE 2 cuyo beneficiario es JOSÉ FONT BARCELO de acuerdo con el contrato de fiducia respectivo (fl 137). Importa mencionar que se desconoce si aquel transfirió o no sus derechos fiduciarios a BD CARTAGENA S.A.S.”.

Con todo, lo cierto es que en el CONTRATO DE FIDUCIA BD CARTAGENA, nunca se pactó que dichos derechos fiduciarios del LOTE 2 se transferirían al FIDEICOMISO BD CARTAGENA, su única mención en el contrato es para indicar que en ese inmueble se podrían llegar a construir algunas etapas del PROYECTO que luego serían adjudicadas al FIDEICOMISO LOTE 1. Empero, no se mencionó ni demostró que, sobre ese predio, con recursos del fideicomiso BD CARTAGENA se hubiese construido algo”.

Con lo anteriormente expuesto en la sentencia apelada, se confirma la hipótesis propuesta en la demanda, relacionada con el hecho que para el predio identificado con la Matrícula **060-28660** se presentan **“problemas que afectan su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición”**, al estar plenamente demostrado que, el predio no fue transferido al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y en ese sentido, dicho patrimonio autónomo no puede ejercer **“su plena disposición”**, por la sencilla razón que el bien no es propiedad de dicho fideicomiso.

Sin embargo, en la sentencia apelada, se le resta importancia al hecho que el predio identificado con la Matrícula **060-28660**, no hubiera sido transferido al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, cuando se afirma lo siguiente: **“Empero, no se mencionó ni demostró que, sobre ese predio, con recursos del fideicomiso BD CARTAGENA se hubiese construido algo”**. Dicha manifestación no está en armonía con los hechos y con las pruebas de la demanda, como se pasa a demostrar, así:

En la demanda se destinó un acápite para narrar los **“Hechos relacionados con la licencia de construcción de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 060-112873, 060-113064, 060-28660”**

“HECHO 1. Mediante la Resolución No. 0166 de 27 de agosto de 2010, **EL CURADOR URBANO DISTRITAL No. 2** de Cartagena, aprobó la modificación de

la licencia de parcelación y construcción, sobre los predios ubicados en Punta Canoa Corregimiento de la Boquilla denominados Viviano y la Punta, cuyas cabidas, medidas, y linderos están señalados en la escritura pública No. 3578 y 3579 de 16 de octubre de 2008, suscritas en la Notaria Segunda del Círculo de Cartagena y No. 805 de 13 de marzo de 2013, suscrita en la Notaria Segunda del Círculo Notarial de Cartagena, identificados con las referencias catastrales No. 00-01-0002-0375-000 y 00-01-0002-0358-000 y matriculas inmobiliarias No. **060-112873, 060-113064, 060-28660**.

HECHO 2. La Resolución No. 0166 de 27 de agosto de 2010, fue objeto de modificación mediante, la RESOLUCIÓN No. 0302 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013, la RESOLUCIÓN No. 0349 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2015, la RESOLUCIÓN No. 0295 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2018, expedidas por **EL CURADOR URBANO DISTRITAL No. 2** de Cartagena. La licencia de construcción aquí identificada fue expedida para el desarrollo y la construcción del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que está definido en los numerales 1.5., de la **“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES”**, del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

Los documentos que contiene las licencias de parcelación y de construcción antes mencionadas fueron aportados por la parte demandante en el acápite de pruebas, así:

“III. PRUEBAS

A. DOCUMENTOS APORTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

1. Copia de la Resolución No. 0302 de 17 de diciembre de 2013, expedida por **EL CURADOR URBANO DISTRITAL No. 2** de Cartagena, “Por medio de la cual se concede la modificación de la licencia de parcelación y construcción aprobada mediante la Resolución N° 0166 de 27 de agosto de 2010 y licencia de construcción en la modalidad de modificación y ampliación sobre los predios ubicados en Punta Canoa Corregimiento de la Boquilla denominados Viviano y la Punta. Identificados con las referencias catastrales No. 00-01-0002-0375-000 y 00-01-0002-0358-000 y matriculas inmobiliarias No. **060-112873, 060-113064, 060-28660**. (Archivo en PDF **Resolucion_0302_17-12-2013, páginas 9**).

2. Copia de la Resolución No. 0349 de 17 de diciembre de 2015, expedida por **EL CURADOR URBANO DISTRITAL No. 2** de Cartagena, “Por medio de la cual se concede la modificación de la licencia de parcelación y construcción aprobada mediante las resoluciones N° 0166 de 27 de agosto de 2010, 0302 de 17 de diciembre de 2013 y licencia de construcción en la modalidad de modificación sobre los predios ubicados en Punta Canoa Corregimiento de la Boquilla denominados Viviano y la Punta”. Identificados con las referencias catastrales No. 00-01-0002-0375-000 y 00-01-0002-0358-000 y matriculas inmobiliarias No. **060-112873, 060-113064, 060-28660**. (Archivo en PDF **Resolucion_0349_17-12-2015, páginas 9**).

Igualmente, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la contestación de la demanda anexo en carpeta de **“Pruebas”** la **“Prueba No. 14. LICENCIAS”** y la **“Prueba No. 15. MODF LICENCIA”**. En consecuencia, a pesar de que el predio de la Matrícula **060-28660**, no hubiera sido transferido al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, sí está involucrado con

las licencias de construcción antes mencionadas, contrariamente a la apreciación que se hace en la sentencia apelada.

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en el escrito de contestación de la demanda se refiere al predio de la Matrícula **060-28660**, responder el hecho 3 de la demanda, así: *“El inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria número 060-28660 de la oficina de instrumentos públicos de Cartagena hace parte del Fideicomiso Parqueo Lote Dos Cartagena”*. En el acápite de pruebas, afirma lo siguiente: *“Certificado de tradición y libertad expedido por la Oficina de Registro de instrumentos Públicos de Cartagena con ocasión al folio de matrícula inmobiliaria No. 060-28660”*. Igualmente, la demandada allega *“Estado jurídico del inmueble de la Ventana Única de Registro de la Superintendencia de Notariado y Registro con ocasión del inmueble con folio de matrícula No. 060-28660”*. En consecuencia, si el inmueble aquí mencionado, hubiera estado ajeno al **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL”**, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, tendría que haber hecho la correspondiente manifestación en ese sentido, esto es que **“sobre ese predio, con recursos del fideicomiso BD CARTAGENA [no] se hubiese construido algo”**.

Otra prueba mediante la cual se puede desvirtuar la afirmación que se hace en la sentencia apelada sobre el predio de la matrícula **060-28660** (**“Empero, no se mencionó ni demostró que, sobre ese predio, con recursos del fideicomiso BD CARTAGENA se hubiese construido algo”**), la constituye el **“AVALÚO COMERCIAL DE UN PREDIO URBANO MA 202102066”**, presentado por cuenta de la propia demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que incluye las matrículas inmobiliarias N°. 060-113064, N°. **060-28660**, N°. 060-112873. En dicho avalúo se informa, entre otros aspectos, los siguientes:

“Los linderos se encuentran registrados en el Certificado de Tradición y Libertad con matrícula N° 060-113064 con fecha del 6 de noviembre de 2018, Certificado de Tradición y Libertad con matrícula N° 060-28660 con fecha del 14 de junio de 2019, Certificado de Tradición y Libertad con matrícula N° 060-112873 con fecha del 6 de noviembre de 2018”.

“ÁREA Y FUENTE

DETALLE	ÁREA PRIVADA CONSTRUIDA A M2
<i>Lote 1</i>	<i>10.000 M2</i>
Lote 2	110.800 M2
<i>Lote 3</i>	<i>15.000 M2</i>
TOTAL M2	135.800 M2
TOTAL	13,58 HA”

Como se puede apreciar está incluido el inmueble de la matrícula **060-28660** que corresponde precisamente al **“LOTE PUNTA CANOA 110.800 M2”**, en el **“DETALLE”** el **“Lote 2”**.

Según la tabla del **“RESULTADO DEL AVALUO No. MA 202102066”**, en el área total de **135.800,00 M2** que, se reitera incluye el predio **060-28660**, hay una

“Construcción” ejecutada del **42%**, frente a la cual está la cifra de **“\$43.901.388.386”**.

Finalmente, se debe decir que, la manifestación de la sentencia apelada (**“Empero, no se mencionó ni demostró que, sobre ese predio, con recursos del fideicomiso BD CARTAGENA se hubiese construido algo”**), también resulta desvirtuada con las manifestaciones de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en el escrito de contestación, así:

“Como se demostrará en el proceso, las sumas recibidas por el Fideicomiso BD Cartagena corresponden a la suma de ochenta y siete mil veinte millones ochocientos treinta y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$87.020.839.875).

Suma cercana al valor del inmueble y las construcciones (mejoras) que se realizaron en los predios aportados al Fideicomiso BD Cartagena”.

Sobra decir que, los predios, entendiéndolos por ellos, los de las matrículas N°. 060-113064, N°. **060-28660**, N°. 060-112873, no fueron **“aportados al Fideicomiso BD Cartagena”**, como así lo afirma la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, pero de lo que no hay duda es que, de los recursos del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, entre ellos, las sumas de dinero aportadas por las personas demandantes, se hizo construcciones, en los predios aquí mencionados, lo que incluye el predio de la matrícula **060-28660**, circunstancia esta que configura el fenómeno consagrado en el artículo **739** del Código Civil, como construcción en suelo ajeno, figura esta que a la luz de las normas que regulan la fiducia mercantil no está permitida, porque eso implicaría el desconocimiento de lo consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio, según el cual, *“para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”*. Así, con dineros del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se construyó en suelo ajeno, esto es, en el predio **060-28660**, que forma parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**.

Con relación a los otros dos predios, los identificados con matrícula **060-112973** y matrícula **060-113064**, en la sentencia apelada se afirma lo siguiente:

*“Aclarado lo anterior, se destaca que, de acuerdo con los términos del CONTRATO DE FIDUCIA, el PROYECTO se debía construir sobre los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias **060-112973** y **060-113064** ubicados en la ciudad de Cartagena en el caserío de Punta Canoa, corregimiento de la Boquilla, de propiedad del FIDEICOMISO LOTE 1, predios que como se observa a continuación, contrario a lo expuesto en la demanda, no presentan problemas de tradición, pues el 31 de julio de 2014 se transfirieron de forma plena y sin dificultad alguna al FIDEICOMISO LOTE 1.”.*

Como ya se mencionó y así se reconoce en la sentencia apelada, los predios identificados con matrícula **060-112973** y matrícula **060-113064**, forman parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**. Sin embargo, los aspectos señalados en la demanda, según los cuales, los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias **060-112873** y **060-28660**, presentaban **“problemas que afectan su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición”**, (ii) **que se comenzó la construcción sobre inmuebles frente a los cuales no se**

tenía la propiedad lo que desconoce el artículo 5.5.1., del “Capítulo. I – Disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios” del “Título II. Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros” de la “Parte II - Mercado intermediado” de la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14), (iii) que no ha realizado acción alguna para solucionar los problemas presentados en la tradición de los inmuebles aquí identificados”, no quedan resueltos como así se da a entender en la sentencia apelada, con la simple verificación de que tales predios “se transfirieron de forma plena y sin dificultad alguna al FIDEICOMISO LOTE 1”. El problema radica en que los predios no fueron transferidos al “FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, razón por la cual, no se cumplen los “requisitos legales para su plena disposición” por parte de este fideicomiso que, se reitera fue el que utilizaron las demandadas BD CARTAGENA S.A.S., y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., para “la comercialización de participaciones fiduciarias”.

En consecuencia, la manifestación que se hace en la sentencia apelada, según la cual, **“De este modo, todas las aseveraciones efectuadas en la demanda sobre este punto resultan infundadas, en tanto, las trasferencias al patrimonio autónomo LOTE 1 se hicieron en legal forma”**, no se puede aceptar, porque los fundamentos en que se apoya la parte demandante son los artículos 1226, 1227, 1233, 1234 y 1243 del Código de Comercio, en concordancia con lo consagrado en el numeral **“5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”**, en el numeral **“5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria”** del CAPÍTULO I: DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS del TÍTULO II INSTRUCCIONES GENERALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS de la PARTE II MERCADO INTERMEDIADO de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96) expedida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Con base en dichas normas, la transferencia de los inmuebles identificados con **060-112973** y matrícula **060-113064**, no se debía hacer al **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, como así lo asume la sentencia apelada, porque mediante este fideicomiso no se llevó a **“la comercialización de participaciones fiduciarias”** que, se hizo mediante el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** al cual, se vincularon las personas demandantes.

La circunstancia expuesta en la sentencia apelada, según la cual, **“A lo que se agrega que los registros de las compraventas se efectuaron el 31 de julio de 2014, fecha anterior al inicio de la construcción y a la constitución misma del FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL. Se recuerda que el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL se suscribió el 23 de diciembre de 2014.”**, no resuelve el asunto porque cualquiera sea lo que se quiera predicar de las transferencias de los inmuebles identificados con **060-112973** y matrícula **060-113064**, lo único que cuenta es que no fueron transferidos al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que utilizaron las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**.

Sobre el punto aquí analizado **“De la transferencia de los inmuebles”**, la sentencia apelada finalmente afirma lo siguiente: **“Expuesto lo anterior, no hay incumplimiento alguno en este punto. Tampoco resulta de recibo lo expuesto por el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, esto es que el problema no es la tradición de los predios sino el hecho de que se haya construido en bienes que no se transfirieron al FIDEICOMISO BD**

CARTAGENA, en tanto, en los CONTRATOS DE FIDUCIA y VINCULACIÓN de forma clara, expresa y reiterada se precisó que la construcción se haría en bienes que pertenecían a otro patrimonio autónomo, el FIDEICOMISO LOTE 1, cuyos derechos fiduciarios le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA, y así lo aceptaron los PARTÍCIPEs demandantes, por lo que ahora no pueden alegar incumplimiento de quien ha actuado de conformidad con los términos del contrato.”.

En el punto **“De la transferencia de los inmuebles”**, de manera contraria a lo expuesto en la sentencia apelada, sí **hay incumplimiento** imputable a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, por esta celebró el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, sin consideración alguna al hecho que en virtud de dicho negocio fiduciario, el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, no llevó a cabo **“la transferencia de la propiedad (...) de uno o más bienes determinados”**, para que formaran parte del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que es el negocio fiduciario utilizado para **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**, entre otras, con las personas demandantes.

En la demanda se mencionan los hechos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones legales consagradas en la CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA (C.E. 029/14) a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, entre las cuales está la relacionada con la celebración de los **“Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”**, normas que no fueron aplicadas en la celebración del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, circunstancia esta que debió ser analizada en la sentencia apelada pero que no se llevó a cabo y por esa razón llegó a esa conclusión equivocada.

Señala la sentencia apelada que, **“Tampoco resulta de recibo lo expuesto por el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, esto es que el problema no es la tradición de los predios sino el hecho de que se haya construido en bienes que no se transfirieron al FIDEICOMISO BD CARTAGENA”**, frente a lo cual se debe afirmar lo siguiente: Los alegatos de conclusión presentados por el apoderado judicial de la parte demandante, recoge y hace referencia a los incumplimientos que en los hechos de la demanda, se atribuyen a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en el sentido que en la celebración del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se presentó incumplimiento de las obligaciones legales consagradas en la CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA (C.E. 029/14), porque no hubo transferencia de bienes en virtud de dicho negocio fiduciario y porque frente al **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**, no se cumplen los **“demás requisitos legales para su plena disposición”**, sobre los inmuebles **060-112873** y **060-113064**, que forman parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**; y sobre el **060-28660** que forma parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**. En tales circunstancias, a la sentencia apelada, le resultó de ninguna importancia que el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que fue el utilizado por las demandadas **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**, para **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**, no contara con **“ACTIVO SUBYACENTE”**, siendo este uno de los elementos esenciales de esa clase de negocios fiduciarios.

Para el caso del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no es cierto como así se afirma en la sentencia apelada que, **en los CONTRATOS DE**

FIDUCIA y VINCULACIÓN de forma clara, expresa y reiterada se precisó que la construcción se haría en bienes que pertenecían a otro patrimonio autónomo, el FIDEICOMISO LOTE 1, cuyos derechos fiduciarios le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA, y así lo aceptaron los PARTICIPES demandantes, por lo que ahora no pueden alegar incumplimiento de quien ha actuado de conformidad con los términos del contrato". Se pasa a desvirtuar cada una de las anteriores afirmaciones de la siguiente manera:

La sentencia apelada hace mención de "**los CONTRATOS DE FIDUCIA**" sin detenerse a distinguir a cuál contrato de fiducia mercantil se refiere, de los tres que están involucrados en el asunto litigioso, a saber: el "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", el "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**" y el "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**".

Si tomamos el "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", en este no hay una estipulación en la cual de "**forma clara, expresa y reiterada se precisó que la construcción se haría en bienes que pertenecían a otro patrimonio autónomo, el FIDEICOMISO LOTE 1**", como así lo afirma la sentencia apelada.

En el numeral **1.5.**, de la "**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**" del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", se estipuló lo siguiente:

"PROYECTOS o BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL: Consiste en el desarrollo por Etapas denominado **Proyecto BD Cartagena** las cuales se definen en forma detallada en el documento denominado Anexo 3. El Proyecto será construido por EL FIDEICOMITENTE o por quien este designe, de conformidad con el proyecto arquitectónico cuya descripción detallada del mismo se dará a conocer a LOS PARTICIPES mediante anexo al contrato de vinculación. El PROYECTO se desarrollará sobre los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria números **060-112873** y **060-113064** ubicados en la ciudad de **Cartagena** ubicado en el caserío de la **Punta Canoa Corregimiento de la Boquilla**. El/los inmuebles en que se desarrollará el Proyecto, será(n) propiedad del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, (en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**) o aquél que se constituya para el efecto; inmuebles que serán sujetos a un **REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL**, para efectos de determinar las áreas que estarán destinadas al **Sistema de Tiempo Compartido** que no hacen parte de los activos del presente fideicomiso. Previo acuerdo con la Fiduciaria, se podrán adelantar etapas del Hotel en el predio de propiedad del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**, las cuales serán adjudicadas y/o transferidas al **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** a través del cual se llevará a cabo la explotación de dichas unidades a través de la prestación de servicios de hotelería en los términos del presente contrato. En cualquier caso, el Patrimonio Autónomo que se constituye mediante el presente contrato, tendrá la calidad de Beneficiario del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, antes de la culminación de la Fase Previa de la Primera Etapa del Proyecto".

Como bien se puede observar la cláusula antes citada no es tan clara porque además de la mención que se hace al "**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, (en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**)", también se menciona que,

“Previo acuerdo con la Fiduciaria, se podrán adelantar etapas del Hotel en el predio de propiedad del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA, las cuales serán adjudicadas y/o transferidas al FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA a través del cual se llevará a cabo la explotación de dichas unidades a través de la prestación de servicios de hotelería en los términos del presente contrato”.

Si tomamos el "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", en este no hay una estipulación en la cual de *“forma clara, expresa y reiterada se precisó que la construcción se haría en bienes que pertenecían a otro patrimonio autónomo, el FIDEICOMISO LOTE 1”*, como así lo afirma la sentencia apelada.

En el numeral 1.9., de la “CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES” del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", se estipuló lo siguiente:

“BIEN INMUEBLE: Son los predios que se identifican con el folio de matrícula inmobiliaria 060-113064, 060-112873 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de CARTAGENA o aquellos inmuebles que sean aportados por EL FIDEICOMITENTE o por terceros por cuenta de este”.

Como se puede observar en la cláusula antes referida, se mencionan los inmuebles 060-113064, 060-112873 que forman parte del “FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”, pero no se predica de ellos, que estén destinados para la construcción del proyecto que se desarrollaría a instancias del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENABEACH CLUB-HOTEL” o del “FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.

Según el numeral 2.1., de la “CLÁUSULA SEGUNDA.-OBJETO” del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", *“El objeto de este contrato consiste en que la FIDUCIARIA: Permita a EL FIDEICOMITENTE por su cuenta y riesgo, desarrollar el PROYECTO en el INMUEBLE que sea transferido al “FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”, bajo la exclusiva responsabilidad técnica, financiera y administrativa de EL FIDEICOMITENTE, de acuerdo con lo previsto en este contrato”.*

Como ya se ha dicho, para el “FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”, fueron transferidos los inmuebles identificados con la matrícula 060-113064 y con la matrícula 060-112873, de tal manera que con base en el artículo 1233 del Código de Comercio, *“para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos”,* valga decir, los inmuebles con la matrícula 060-113064 y la matrícula 060-112873, *“deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario [ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.] y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios [“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, “FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”] y forman un patrimonio autónomo [“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”] afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo [“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”].*

En consecuencia como los inmuebles con identificados con la matrícula 060-113064 y con la matrícula 060-112873, al formar parte del patrimonio autónomo

“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA” y al estar afectos a la finalidad contemplada en el acto constitutivo que es el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, no se ve de dónde resulte la **“forma clara, expresa y reiterada”**, según la sentencia apelada, que tales bienes estén destinados para **“la construcción”** del proyecto que se desarrollaría a instancias del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENABEACH CLUB-HOTEL”** o del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

Es importante señalar que, con base en lo estipulado en el numeral **1.8.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, se contempló la vinculación de **“PARTICIPES: [que] Serán quienes suscriban un CONTRATO DE VINCULACIÓN con ACCIÓN a la fase y desarrollo específico que se determine, con el fin de obtener los derechos fiduciarios que se establezcan en él”**.

Con base en lo anterior, se debe sostener sin lugar a dudas que, los inmuebles con la matrícula **060-113064** y la matrícula **060-112873**, al estar comprometidos, o afectos a la finalidad contemplada en el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, no puede estar igualmente comprometidos, o afectos a la finalidad contemplada en otro contrato de fiducia mercantil como lo es el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENABEACH CLUB-HOTEL”** o del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

En tales circunstancias, al aceptar la tesis propuesta en la sentencia apelada según la cual, **“en los CONTRATOS DE FIDUCIA y VINCULACIÓN de forma clara, expresa y reiterada se precisó que la construcción se haría en bienes que pertenecían a otro patrimonio autónomo, el FIDEICOMISO LOTE 1”**, se tendría que aceptar que el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, estaría incurso en la causal consagrada en el numeral 2 del artículo **1230** del Código de Comercio, según la cual, **“Quedan prohibidos: (...) Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente”**. Esto es que, los inmuebles con la matrícula **060-113064** y la matrícula **060-112873**, estarían siendo el soporte de derechos de beneficio fiduciario para los partícipes tanto del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, como para los partícipes del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, circunstancia esta que no es legalmente permitida, porque, por el contrario, está prohibida por ley.

Cuando en la demanda se dice que, **“no es posible afirmar que se haya llevado a cabo un acto de transferencia de dichos inmuebles, de conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, problemas de tradición que, hasta la fecha de la presentación de esta demanda, BD CARTAGENA S.A.S., no ha resuelto, como corresponde legalmente y contractualmente”**, se hace referencia al hecho que para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no se ha llevado a cabo **“la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados”**, en particular los inmuebles con la matrícula **060-113064** y la matrícula **060-112873** y que pesar de esa irregularidad, las demandadas **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**, utilizaron el negocio fiduciario del **“CONTRATO DE FIDUCIA**

MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", para comercializar "**participaciones fiduciarias**", entre otras, con las persona demandantes quienes aportaron sumas de dinero, las que fueron recibidas por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

En la sentencia apelada se predica del "**FIDEICOMISO LOTE 1**" que "**cuyos derechos fiduciarios le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA**". Sin embargo en la sentencia apelada no se identifica en cuál cláusula del negocio jurídico "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", en cuál cláusula del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", en cuál cláusula del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**", o en cuál cláusula del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**", todos ellos que son objeto de la demanda, está estipulado que los "**derechos fiduciarios**" del "**FIDEICOMISO LOTE 1**" "**le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA**".

Entre las veintidós cláusulas del negocio jurídico "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", no existe una cláusula, que, en primer lugar, se mencione al "**FIDEICOMISO LOTE 1**" y, en segundo lugar, que se predique de dicho "**FIDEICOMISO LOTE 1**" que, "**cuyos derechos fiduciarios le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA**". Si se observa el numeral **1.3.**, de los "**ANTECEDENTES**" de cada uno de los negocios jurídicos "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", que son objeto de la demanda, se menciona lo siguiente:

*"El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO, hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina **FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA**, en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**, constituido por EL FIDEICOMITENTE en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. A través de dicho patrimonio autónomo podrá llevarse a cabo la ETAPA DE OPERACIÓN del ÁREA COMERCIAL, sin perjuicio de que por decisión del FIDEICOMITENTE se decida trasladar el ACTIVO SUBYACENTE a otro patrimonio autónomo que para el efecto constituya en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en los términos establecidos en el FIDEICOMISO LOTE y lo estipulado en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL mediante el cual se constituyó el **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH**".*

En la cláusula antes referida, se menciona a un "**FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA**, en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**", pero no se aclara si es el "**FIDEICOMISO LOTE 1**" o el "**FIDEICOMISO LOTE 2**", esto, porque como se ha reiterado, existe el "**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**" y el "**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**", los cuales son patrimonios autónomos diferentes.

En el "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", se hace mención del "**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**", en las siguientes cláusulas: numerales **2** y **4** de las **CONSIDERACIONES**; numerales **1.5.**, **1.18.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y en la **CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- ANEXOS**, pero en esas cláusulas no está estipulado que los "**derechos fiduciarios**" del "**FIDEICOMISO LOTE 1**" "**le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA**".

El "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", tiene treinta y ocho (38) cláusulas, pero en esas cláusulas no se menciona al "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" o al "FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", para ninguna clase de propósito, efecto legal o contractual, en particular no se menciona nada para estipular que, los "*derechos fiduciarios*" del "*FIDEICOMISO LOTE 1*" "*le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA*".

En el numeral 1.7., de la **CLÁUSULA PRIMERA.-DEFINICIONES** del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", se estipuló lo siguiente: "*BENEFICIARIO: Son EL FIDEICOMITENTE quien podrán ceder la totalidad o parte de su beneficio, de acuerdo con lo que se establece adelante, los FIDEICOMISOS en que se administren recursos de cada desarrollo específico tendrán la calidad de Beneficiarios del presente Fideicomiso en lo estrictamente relacionado con el referido desarrollo.*

En el numeral 1.10., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", , se estipuló lo siguiente: "*DERECHOS FIDUCIARIOS: Corresponde a la unidad de medida que permite determinar el porcentaje de derechos y obligaciones que le corresponderán a EL(LOS) PARTICIPE(S) en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, durante la ETAPA DE OPERACIÓN durante la ETAPA DE OPERACIÓN -según corresponda- con ocasión de su vinculación, es decir permiten determinar su participación en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA o en aquél al que se transfiera el inmueble resultante del desarrollo específico al que se hubiere vinculado. Lo anterior sin perjuicio de los derechos que se establezcan en los correspondientes contratos de vinculación para cada ETAPA*".

Conforme con la cláusula antes referida los "*DERECHOS FIDUCIARIOS*" del "FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", no "*le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA*", como se afirma erróneamente en la sentencia apelada, porque tales derechos fiduciarios, les corresponde a "*EL(LOS) PARTICIPE(S) en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA*".

Finalmente, en la **CLÁUSULA DECIMA: BENEFICIARIOS** del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", se estipuló lo siguiente: "*Son BENEFICIARIOS de los derechos de beneficio del Patrimonio Autónomo que mediante este contrato se constituye, LOS FIDEICOMISOS constituidos o que se constituyan para el desarrollo de cada Fase del PROYECTO*". Como se puede apreciar en la cláusula aquí mencionada no se menciona al "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" o al "FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", para decir que, los "*derechos fiduciarios le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA*".

Por lo anterior, no es posible sostener como así lo hace la sentencia apelada, según la cual "*así lo aceptaron los PARTICIPES demandantes, por lo que ahora no pueden alegar incumplimiento de quien ha actuado de conformidad con los términos del contrato*". Independientemente de las manifestaciones atribuibles a "*los PARTICIPES demandantes*", relacionadas con la aceptación de las cláusulas puestas en el "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA

BEACH CLUB-HOTEL” y en el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, a los cuales simplemente se adhirieron porque no tuvieron la posibilidad de discutir o de modificar las cláusulas de los referidos contratos, no pueden tener ningún efecto vinculante, porque para la celebración de dichos negocios fiduciarios, no se cumplieron las normas consagradas en los artículos 1226, 1227, 1233, 1234 y 1243 del Código de Comercio, en concordancia con lo consagrado en el numeral “5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”, en el numeral “5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria” del CAPÍTULO I: DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS del TÍTULO II INSTRUCCIONES GENERALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS de la PARTE II MERCADO INTERMEDIADO de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96) expedida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Por esa razón, las personas demandantes sí pueden alegar el incumplimiento de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que no prestó observancia a las normas referidas.

El fenómeno presentado en este asunto que consiste en que el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que fue el utilizado por las demandadas, para comercializar **“participaciones fiduciarias”**, a pesar de no tener el denominado **“activo subyacente”** (mencionado en los numerales 5.5.2.7., 6.1.4.2.13.6.6., 8.6., de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), ha sido objeto de estudio por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, en la sentencia de siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), Magistrado Ponente, Doctor OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, SC5430-2021, Radicación n° 05001 31 03 010 -2014 01068 01, se catalogó como **“la deficiencia jurídica por la falta de conformación del patrimonio autónomo”**. Dijo la Corte Suprema lo siguiente:

“(…)

El Tribunal minimizó la trascendencia procesal del incumplimiento de los demandados por la indebida constitución del patrimonio autónomo, al aseverar que la falta de integración del quinto lote “en nada afectaba a los demandantes por cuanto se les hubiera podido escriturar sus unidades inmobiliarias con la terminación de la primera etapa del proyecto, sin la necesidad del desarrollo urbanístico de las demás etapas”, desconociendo que no era posible exigir el pago de las cuotas si el fideicomiso no estaba conformado en su totalidad.

(…)”.

Aplicado al caso presente, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no debió celebrar los negocios jurídicos objeto de la demanda, **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y más aún, no debió proceder con la captación, la recepción o la recibida de las sumas de dinero pagadas por las personas demandantes, por concepto de aportes, a sabiendas y en todo caso, debiendo saber y conocer que, el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no tenía **“activo subyacente”**, esto es que, el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**, no se había constituido con los inmuebles **060-112873, 060-113064 y 060-28660**, porque dichos bienes, estaban constituyendo otros patrimonios autónomos diferentes **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, respectivamente, no siendo estos dos últimos patrimonios autónomos a los que se vincularon las personas demandantes, debido a que la vinculación, como se reitera fue al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

Posteriormente la Corte Suprema agregó en la misma sentencia SC5430-2021, ya referida, lo siguiente:

(...)

*La tesis referente a que la conformación incompleta del patrimonio autónomo en nada afectaba a los demandantes, se cae por su propio peso, puesto que «**si nos ubicáramos en el momento del cumplimiento de las obligaciones de las partes de los diferentes contratos acá mencionados, se debió concluir sin ambages, que la parte incumplida desde el inicio del proyecto y durante toda su ejecución, fue la parte demandada**» (...)*”.

Ante el escenario que el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que fue el utilizado por las demandadas, para comercializar “**participaciones fiduciarias**”, a pesar de no tener el denominado “**activo subyacente**” (mencionado en los numerales 5.5.2.7., 6.1.4.2.13.6.6., 8.6., de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no podía legal y contractualmente, recibir la sumas de dinero aportadas, por las personas vinculadas a dicho negocio fiduciario, entre ellas, las personas demandantes, siendo esta la razón, por la cual, la mencionada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debe ser condenada por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones como fiduciaria, relacionadas con los “**CONTRATOS DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que son objeto de la demanda y con el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

2. Segundo reparo. En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto “**Del punto de equilibrio y el Interventor**”, no se tuvo en cuenta que, para el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró el cumplimiento del **PUNTO DE EQUILIBRIO**, en los precisos términos y las condiciones estipulados en el numeral **1.8.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. Igualmente, en la sentencia apelada no se tuvo en cuenta que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró que se hubiera cumplido las obligaciones a cargo del “**INTERVENTOR**”, de conformidad con lo estipulado en el numeral **1.16.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y de la **CLÁUSULA NOVENA.- INTERVENTOR** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

La sustentación del segundo reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

Sobre la figura del “**INTERVENTOR**”, el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, contiene las siguientes estipulaciones:

El numeral **1.16.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**, donde se estipuló que: el “**INTERVENTOR: Es quien estará encargado de realizar el control y la vigilancia administrativa, técnica y financiera del PROYECTO como un mecanismo de protección de los intereses de LOS PARTICIPES, el INTERVENTOR será elegido por la FIDUCIARIA de una terna enviada por EL FIDEICOMITENTE y podrá ser removido por la FIDUCIARIA en cualquier momento.**”.

Conforme a la cláusula mencionada inmediatamente, la facultad para elegir al **"INTERVENTOR"** quedó en cabeza de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de una terna de candidatos enviada por el fideicomitente, esto era, por **BD CARTAGENAS.A.S.** Y como se puede apreciar, **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, también se reservó la facultad para remover al **"INTERVENTOR"** **"en cualquier momento"**.

En la **CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR**, se estipuló lo siguiente: **"EL PROYECTO tendrá un INTERVENTOR. El contrato de interventoría será suscrito por EL FIDEICOMITENTE por su cuenta. El INTERVENTOR tendrá las siguientes obligaciones: (...)"**. Obsérvese que la cláusula aquí mencionada, confirma el punto de que el proyecto debe tener un **"INTERVENTOR"**, pero no cambia o no modifica el procedimiento para la elección, en los términos como fue estipulada en el numeral **1.16.**, de la **CLAUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**. La cláusula novena precisa que debe existir **"El contrato de interventoría será suscrito por EL FIDEICOMITENTE por su cuenta"**, lo que permite deducir sin lugar dudas que el contrato de interventoría debía constar por escrito, de tal manera que en dicho contrato quedarán estipuladas las obligaciones a cargo del **"INTERVENTOR"**, que son las siguientes:

9.1. Aprobar las cuentas de obra presentadas por EL FIDEICOMITENTE, a fin que puedan ser pagadas por ACCION.

9.2. Velar porque los trámites ante las autoridades se realicen de acuerdo con las normas legales y las necesidades del PROYECTO, y con la debida oportunidad.

9.3. Llevar el control sobre la ejecución de la obra y vigilar el avance de la misma.

9.4. Llevar el debido control presupuestal y de programación de la obra.

9.5. Ejercer funciones de auditoria sobre los aspectos que incidan sobre la construcción.

9.6. Enviar un informe por escrito a EL FIDEICOMITENTE, cuando a su juicio exista amenaza de la estabilidad física o financiera de la obra.

9.7. Enviar un informe por escrito a LA FIDUCIARIA cuando a su juicio exista incumplimiento de las obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE.

9.8. Elaborar informes mensuales sobre el estado de la obra.

9.9. Cumplir con las funciones señaladas en la ley, en el presente contrato, o en reglamentos sobre el desarrollo de esta actividad."

Sobre el punto del **"INTERVENTOR"** en la sentencia apelada se afirma lo siguiente:

"Contrato que en efecto se suscribió, prueba de ello es la comunicación del 27 de abril de 2015 (prueba 13 contestación de la demanda) en la que BD CARTAGENA informó a ACCIÓN FIDUCIARIA que el INTERVENTOR sería la sociedad P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.S: (...)".

Existe la comunicación de **27 de abril de 2015** enviada a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, por **EMILIO BORRELLA ORTEGA** quien se anuncia como Representante Legal de **BD CARTAGENAS.A.S.**, pero de dicha comunicación no

se puede deducir, como así lo hizo la sentencia apelada, al afirmar, "**Contrato que en efecto se suscribió, prueba de ello es la comunicación del 27 de abril de 2015**". La carta mencionada no prueba la suscripción y no prueba la existencia del contrato de interventoría. No alcanza a probar siquiera que se trate "**de una terna enviada por EL FIDEICOMITENTE**" a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para que esta "**eligiera**" al "**INTERVENTOR**", como así está estipulado en el numeral **1.16.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**, ya mencionada.

En consecuencia, si se aceptara en gracia de discusión que la mencionada en la comunicación de **27 de abril de 2015**, sociedad **P&CA Promotores S.A.S.**, "**fue designada para llevar a cabo las labores de Interventoría del Proyecto**", se tendría que aceptar igual y necesariamente, el incumplimiento imputable a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de lo estipulado en el **1.16.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**, según lo cual el "**INTERVENTOR: Es quien estará encargado de realizar el control y la vigilancia administrativa, técnica y financiera del PROYECTO como un mecanismo de protección de los intereses de LOS PARTICIPES**, el **INTERVENTOR** será elegido por la **FIDUCIARIA** de una terna enviada por **EL FIDEICOMITENTE** y podrá ser removido por la **FIDUCIARIA** en cualquier momento."

La sentencia apelada, se afirma lo siguiente:

"A lo que se agrega que el Despacho escuchó el testimonio de ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR, quien era el abogado de la sociedad P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.S., quien dio fe no solo de la celebración sino de la ejecución del contrato de interventoría.

Refirió que cumplieron con las obligaciones a su cargo hasta el año 2018 cuando se agotó el dinero que la FIDUCIARIA tenía a su cargo como vocera del FIDEICOMISO BD CARTAGENA, pues sin giros que autorizar ya no tenían labor alguna por cumplir.

Precisó que ellos verificaban la viabilidad de los pagos y eran quienes autorizaban o no a la FIDUCIARIA realizar el pago respectivo. Que el dinero se agotó porque los PARTICIPES no cumplieron con todos los pagos programados y no se siguieron vendiendo FIDIS.

De acuerdo con lo expuesto, se derriba una de las premisas del incumplimiento enrostrado a la FIDUCIARIA, pues contrario a lo enunciado, esto es, que el PROYECTO nunca tuvo INTERVENTOR, se demostró, que si lo hubo y aquel fue quien autorizó la entrega de los dineros de los PARTICIPES a BD CARTAGENA S.A.S."

Todo lo anteriormente, resulta desvirtuado como se pasa a demostrar, así:

Con la contestación de la demanda no se aporta medio probatorio alguno, mediante el cual la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, demuestre haber cumplido con la tarea de elegir al "**INTERVENTOR**" "**de una terna enviada por EL FIDEICOMITENTE**", esto es, de una terna de posibles personas aptas para actuar como "**INTERVENTOR**", enviada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para tales propósitos. (**1.16.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**").

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, al responder el hecho **106** de la demanda, afirma: ***“No es cierto como se presenta. La sociedad P&CA Promotores Constructores Asociados S.A.S., es interventor desde, por lo menos, el 27 de abril de 2015”***; lo mismo antes dicho, se menciona por la demandada al contestar el hecho **108** de la demanda. Sin embargo, entre los documentos aportados con la contestación de la demanda, dicha demandada no aporta el documento idóneo para acreditar la existencia de la sociedad referida, como lo es el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio.

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, intenta fallidamente demostrar que hubo **“INTERVENTOR”**, con el testimonio de **“ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR, representante legal o funcionario de P&CA Promotores S.A.S.”**. Sin embargo, el testimonio de dicha persona no resulta ser suficiente para esclarecer los hechos materia de prueba relacionados con la existencia del **“INTERVENTOR”** y relacionados con el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éste, estipuladas en la **“CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

De conformidad con el numeral **6** del artículo **221** del Código General del Proceso, ***“el testigo podrá aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración”***. En ese sentido el testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, no aportó o no reconoció ***“documentos relacionados con su declaración”***, como son el ***“contrato de interventoría”***, suscrito por él o por la sociedad **“P&CA Promotores S.A.S.”**, con **BD CARTAGENA S.A.S.**, que lo acreditara como el **“INTERVENTOR”** del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. Así mismo, el testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, no aportó o no reconoció ***“documentos relacionados con su declaración”***, como es su calidad de ***“representante legal o funcionario de P&CA Promotores S.A.S.”***, que es la invocada por la demandada, al solicitar la declaración del testigo referido.

El testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, en respuesta al interrogatorio formulado por el Despacho, expresa no acordarse del nombre correcto del fideicomitente, esto es, de la persona encargada de celebrar el ***“contrato de interventoría”*** que, sería **BD CARTAGENA S.A.S.**, respuesta que reitera en otro aparte del interrogatorio, cuando es preguntado por el apoderado judicial de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (minuto **1:49:54 / 3:13:30** audiencia **11 de julio de 2023**).

A una pregunta formulada por el apoderado judicial de la parte demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, acerca de si ***“ustedes tuvieron la oportunidad de hacer revisión en campo cómo se estaba desarrollando si efectivamente el cemento que contrataba en la factura se tuviera el lote con cemento”***, el testigo respondió que ***“no, no estábamos en ese proceso nosotros directamente, después de un tiempo, ya no me acuerdo si desde el principio o con posterioridad se nombró un interventor de tipo técnico que era el ingeniero Soler de apellido Soler el sí hacía visitas cada 15 días en campo y verificaba las actas de obra que hubiera el avance de la obra”***. De dicha respuesta se deduce que la obligación estipulada en el numeral **9.3.**, de la **“CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** que consiste en ***“llevar el control sobre la ejecución de la obra y vigilar el avance de la misma”***, no fue cumplida por el supuesto interventor **P&CA Promotores Constructores**

Asociados S.A.S., sino por el **“ingeniero Soler de apellido Soler”**, de quien no existe prueba alguna de haber celebrado **“contrato de interventoría”** con **BD CARTAGENA S.A.S.**

La prueba de la inexistencia del **“contrato de interventoría”**, que debió celebrar **BD CARTAGENA S.A.S.**, con el **“INTERVENTOR”**, se deduce de la respuesta que da el testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR** a una pregunta formulada por el apoderado judicial de la parte demandante, así: **“Indíquele al despacho si la sociedad P&CA Promotores Constructores Asociados S.A.S., celebró algún contrato o con la Fiduciaria o con la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., para algún efecto relacionado con proyecto BD CARTAGENA”**. Contestó: **“Existe una oferta una propuesta enviada por nosotros a BD CARTAGENA y aceptada por ellos para nosotros se confirmó o se constituyó en un contrato de interventoría administrativa”** (minuto 1:52:23 / 3:13:30 audiencia 11 de julio de 2023).

Obsérvese que el testigo habla de **“nosotros”**, sin aclarar qué personas componen ese **“nosotros”**. En todo caso, con la contestación de la demanda la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no anexa algún medio de prueba que acredite la propuesta referida por el testigo, quién es el autor de la oferta o de la propuesta mencionada, quién es el destinatario, los términos y las condiciones de la misma, como para poder deducir de esos documentos, la configuración del llamado **“contrato de interventoría”**. Por su lado, el testigo no aportó o no reconoció **“documentos relacionados con su declaración”**.

De la respuesta mencionada inmediatamente, rendida por el testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, no es posible establecer con la claridad necesaria que el contrato de **“interventoría administrativa”** que considera se confirmó o constituyó, tuviera por objeto las obligaciones estipuladas en la **“CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. De hecho, el testigo, no precisa la fecha de iniciación de la referida **“interventoría administrativa”**.

En todo caso, al margen de la presencia o de la ausencia del documento constitutivo del contrato de interventoría, estipulado en la **“CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** que al decir **“será suscrito”** por **BD CARTAGENA S.A.S.**, y el **INTERVENTOR**, tuvo que recogerse mediante documento escrito, lo cierto es que de la declaración del testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, no es posible demostrar que se hayan cumplido efectivamente las obligaciones a cargo del **INTERVENTOR**, estipuladas en la cláusula aquí mencionada. Lo aquí expuesto se confirma con las propias manifestaciones de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, presentadas en el documento **“INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIES”**, correspondiente al periodo comprendido entre **01/01/2019** y el **30/06/2019** y en el documento **“INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIES”**, correspondiente al periodo comprendido entre **01/07/2019** y el **31/12/2019**, en los siguientes términos respectivamente: **“La firma P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.S., sociedad que lleva a cabo la Interventoría Administrativa del proyecto BD Cartagena, a la fecha de emisión de la presente rendición de cuentas del Fideicomiso, no ha suministrado información respecto al avance de las obras constructivas del proyecto”**.

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, confiesa que las sumas de dinero recibidas por ella, **“corresponden a la suma de \$87.020.839.875”**. De conformidad con el numeral **2.4.**, de la **“CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, **“obtenidas las condiciones para el inicio del PROYECTO, le correspondía a la demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., entregar a EL FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S., previa autorización del INTERVENTOR, los recursos que se le soliciten”**.

Con la contestación de la demanda, **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no allegó medio de prueba alguno, en particular, los documentos mediante los cuales demuestre que recibió **“previa autorización del INTERVENTOR”**, como requisito contractual necesario para entregar a **BD CARTAGENA S.A.S.**, la suma de **\$87.020.839.875**, que dicha fiduciaria acepta haber recibido. El testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, manifestó **“que la sociedad”**, sin identificar cuál sociedad es la cual se refiere, intervino en la aprobación por órdenes de giro que cubrieran las sumas de dinero recibidas por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, pero se refiere a una suma superior que es de **95 o 90 mil millones de pesos**. En todo caso, ya fuera por la suma de **\$95.000.000.000** o por la suma de **\$87.020.839.875**, con la contestación de la demanda, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no aportó las ordenes giro por **“escrito [...] con la autorización del INTERVENTOR”**, solicitadas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, mediante las cuales ésta sociedad, le haya solicitado a la fiduciaria, la entrega de las sumas de dinero mencionadas, de conformidad con lo estipulado en el **7.2.1.**, de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, según el cual, dicha fiduciaria **“atenderá las órdenes de giro que solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR, para cuyos efectos procederá a registrar las firmas de estos y de las personas naturales a quienes autorizarán para realizar las órdenes de giro. La orden deberá contener el nombre y apellidos completos del (los) beneficiario(s) del giro, o su razón social, documento de identificación personal y tributaria, la suma neta a pagar, cuenta del fideicomiso que se afectará, el número de cuenta donde se consigna, entidad financiera respectiva y la fecha en que deberá realizarse el giro. Las órdenes deberán impartirse con mínimo cinco (5) días de antelación a la fecha del giro, salvo casos de urgencia manifiesta debidamente comprobados”**.

Con la contestación de la demanda, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la carpeta de **“Pruebas”** aporta la **“Prueba No. 23. Ordenes de giro”**, que consta de un documento PDF, compuesto de seis páginas, la primera de ellas, con Radicación No. **20150604-400-407442-2**, con el título **“ACCIÓN FIDUCIARIA Formato Giro o Transferencia”**, con **“FECHA: Junio 3 de 2015”** **“ORDEN No. 23”**; el **“BENEFICIARIO DEL GIRO: USB INGENIERIA SAS Identificación No. 900434178-1”**, **“FORMA DE PAGO VALOR NETO A GIRAR \$109,175,000.00”**. La orden tiene anexa la **FACTURA DE VENTA No. 1210 de 30 de mayo de 2015**, expedida por **USB INGENIERIA S.A.S.**, por la suma de **\$115.130.000**.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 1210 de 30 de mayo de 2015**, el espacio **“ACEPTADO”** aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, **“la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley”**. En consecuencia, si la factura no fue aceptada

por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Se puede apreciar que la "**ORDEN No. 23**" de "**FECHA: Junio 3 de 2015**", no cuenta "**con la autorización del INTERVENTOR**", como así lo exige el numeral **7.2.1.**, de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**".

En la página tres de la "**Prueba No. 23. Ordenes de giro**", con Radicación No. **20150604-400-407442-2**, con "**FECHA: Junio 3 de 2015**", está la "**ORDEN No. 26**", a favor de "**PROMOTORES & CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.**", Nit. **900.220.041**, por la suma de **\$73.448.100**. La orden tiene anexas la **FACTURA DE VENTA No. 95 de 27 de mayo de 2015**, por concepto de "**HONORARIOS POR INTERVENTORIA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO BD CARTAGENA POR LOS MESES DE ABRIL Y MAYO DE 2015, A RAZON DE \$22.257.000 CADAMES**" para un total de **\$51.636.240**"; y la **FACTURA DE VENTA No. 96 de 2 de junio de 2015**, por concepto de "**HONORARIOS POR INTERVENTORIA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO BD CARTAGENA POR LOS MESES DE JUNIO DE 2015**" por total de **\$25.818.120**.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 95 de 27 de mayo de 2015**, el espacio "**Recibido por**__", aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, "**la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley**". En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Pero además llama la atención que la **FACTURA DE VENTA No. 95 de 27 de mayo de 2015**, tiene un sello de recibido de **26 de mayo de 2015** por **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S., NIT. 900.236.747-1**, esto es que, la factura referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 96 de 2 de junio de 2015**, el espacio "**Recibido por**__", aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, "**la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley**". En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Se puede apreciar que la "**ORDEN No. 26**" de "**FECHA: Junio 3 de 2015**", no cuenta "**con la autorización del INTERVENTOR**", como así lo exige el numeral **7.2.1.**, de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**".

De conformidad con el artículo **167** del Código General del Proceso, "**incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto**

jurídico que ellas persiguen". De conformidad con el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, uno de los deberes indelegables del fiduciario es "**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**".

En consecuencia, le correspondía a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para demostrar el cumplimiento de "**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**", entre ellos, el estipulado en el numeral 2.4. de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO**, en concordancia con el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", que consistía en atender "**las órdenes de giro que solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**", para la construcción y la dotación del proyecto inmobiliario denominado "**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", probar que efectivamente giró conforme a la ley y a las cláusulas del contrato de fiducia mercantil aquí mencionado, la suma de **\$87.020.839.875**, circunstancia que no logró demostrar en el trámite de la demanda, porque como se explicó en detalle, de la "**ORDEN No. 23**" de "**FECHA: Junio 3 de 2015**" y de la "**ORDEN No. 26**" de "**FECHA: Junio 3 de 2015**", que fueron las únicas allegadas como prueba, las facturas anexas a dichas órdenes no cumplen con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, las facturas no fueron aceptadas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, y además dichas órdenes no cuentan "**con la autorización del INTERVENTOR**", como así lo exige el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**".

Esto significa que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró haber girado a **BD CARTAGENA S.A.S.**, conforme al "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", la suma de **\$87.020.839.875**, que dicha fiduciaria recibió de las personas que se vincularon al "**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", entre ellas, las personas demandantes.

Con base en lo anteriormente expuesto se debe sostener que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no logró demostrar ninguna clase de "**fundamento fáctico**" para la excepción de mérito denominada "**EL INTERVENTOR, SU EXISTENCIA Y ROL**".

Lo anterior significa que, incluso si se aceptara en gracia de discusión que el **INTERVENTOR**, hubiera sido elegido conforme a lo estipulado en el 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y contratado conforme a lo estipulado en la **CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", en todo caso, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no logró demostrar que para el proyecto inmobiliario denominado "**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", fueron cumplidas las obligaciones a cargo del **INTERVENTOR**, estipuladas en la cláusula novena aquí mencionada. Veamos cada una de las obligaciones:

"9.1. Aprobar las cuentas de obra presentadas por EL FIDEICOMITENTE, a fin que puedan ser pagadas por ACCION". En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor aprobó las cuentas

de obra del proyecto inmobiliario denominado “BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.

“9.2. Velar porque los trámites ante las autoridades se realicen de acuerdo con las normas legales y las necesidades del PROYECTO, y con la debida oportunidad”. Uno de los trámites que se debieron realizar ante las autoridades, para el proyecto inmobiliario denominado “BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, era la instalación y puesta en funcionamiento de los servicios públicos, como energía, acueducto alcantarillado y aseo y gas natural. El proyecto no cuenta con ningún servicio público esencial como así quedó consignado en el “**AVALÚO COMERCIAL DE UN PREDIO URBANO MA 202102066 de FECHA 11 DE FEBRERO DE 2021**”, así: **“OBSERVACIONES: No posee servicios de electricidad exterior (postes de alumbrado eléctrico), no posee servicios de alcantarillado, acueducto, drenajes, todo el proyecto se encuentra abandonado hace más de tres años”**.

“9.3. Llevar el control sobre la ejecución de la obra y vigilar el avance de la misma”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor llevó a cabo el control sobre la ejecución de la obra y vigilar el avance de la misma del proyecto inmobiliario denominado “BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”. La falta del control aquí mencionado, se puede evidenciar igualmente con el “**AVALÚO COMERCIAL DE UN PREDIO URBANO MA 202102066 de FECHA 11 DE FEBRERO DE 2021**”, así: **“OBSERVACIONES: (ver anexo fotográfico) toda la obra está en estado “OBRA GRIS”, no tiene ningún tipo de acabados interiores y exteriores, como enchapes, pisos, puertas, cielorrasos, muebles, y closets en madera, aparatos sanitarios, cocina, iluminación, pintura, divisiones de ducha, accesorios, aparatos eléctricos de cocina, estufa, horno, lavaplatos, barandas, escaleras ni enchapes.**

URBANISMO Y AREAS COMUNES: No tiene ningún tipo de acceso definido, como vías de acceso principales y secundarias, andenes, sardineles, vías en concreto reforzado, desagües, canales de desagües, vías peatonales, parqueaderos, escaleras, restaurantes, gimnasios, el acceso está en muy mal estado.

BLOQUES DE VIVIENDA EXISTENTES 1 A 7: No tiene ningún tipo de acceso definido, como vías de acceso principales y secundarias, andenes, sardineles, vías en concreto reforzado, desagües, canales de desagües, vías peatonales, parqueaderos, escaleras, restaurantes, gimnasios, el acceso está en muy mal estado.

El estado actual del proyecto (bloque mixto, hotel tipo 1, hotel tipo 2 y apartamentos), se encuentran en su totalidad en obra gris”.

“9.4. Llevar el debido control presupuestal y de programación de la obra”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor llevó a cabo el debido control presupuestal y de programación de la obra del proyecto inmobiliario denominado “BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.

“9.5. Ejercer funciones de auditoría sobre los aspectos que incidan sobre la construcción”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor llevó a cabo la funciones de auditoría sobre

los aspectos que incidan sobre la construcción del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

“**9.6. Enviar un informe por escrito a EL FIDEICOMITENTE, cuando a su juicio exista amenaza de la estabilidad física o financiera de la obra**”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor enviaba informes por escrito al fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.** Así por ejemplo la existencia de una amenaza financiera de la obra, consistía en el incumplimiento del pago de los honorarios a la sociedad encargada de la construcción del proyecto.

Según el el documento de **junio 30 de 2019**, “**INFORME DE GESTIÓN – PARTICIPES**” “**Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, informa entre otros aspectos el siguiente: “**v. Incertidumbre frente al estado actual para de la culminación de las obras constructivas del proyecto y la falta de ingreso para el desarrollo del mismo. vi. La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos**”. Si hubiera existido interventor para el proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, este debió descubrir que a la sociedad **PRABYC INGENIEROS**, no estaba recibiendo el pago de sus honorarios por la construcción de la obra, lo cual le correspondía hacer a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de conformidad con lo estipulado en el numeral **7.2.1.**, de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

“**9.7. Enviar un informe por escrito a LA FIDUCIARIA cuando a su juicio exista incumplimiento de las obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE**”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor envió informe escrito a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, relacionado con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de **BD CARTAGENA S.A.S.**, como la estipulada en el numeral **8.1.**, de la **CLAUSULA OCTAVA.- OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” que consistía en “**Responder por el desarrollo, culminación de la construcción y dotación de cada Etapa del PROYECTO, y suscribir los contratos necesarios para el desarrollo y culminación del mismo**”.

“**9.8. Elaborar informes mensuales sobre el estado de la obra**”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor cumplió con la función de **Elaborar** informes mensuales sobre el estado de la obra del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. Por el contrario, lo que informa la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en el documento “**INFORME DE GESTIÓN – PARTICIPES**”, correspondiente al periodo comprendido entre **01/01/2019 y el 30/06/2019** y en el “**INFORME DE GESTIÓN – PARTICIPES**”, correspondiente al periodo comprendido entre **01/07/2019 y el 31/12/2019**, es que: “**La firma P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.S., sociedad que lleva a cabo la Interventoría Administrativa del proyecto BD Cartagena, a la fecha de emisión de la presente rendición de cuentas del Fideicomiso, no ha suministrado información respecto al avance de las obras constructivas del proyecto**”.

Lo anterior demuestra sin lugar a dudas, la falta de diligencia imputable a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de todo lo relacionado con la

escogencia y el reemplazo del interventor que, está bajo sus facultades, de conformidad con lo estipulado en el numeral 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y de la **CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**.

"9.9. Cumplir con las funciones señaladas en la ley, en el presente contrato, o en reglamentos sobre el desarrollo de esta actividad". Se debe finalizar afirmando que para el proyecto inmobiliario denominado **"BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, no se contó con un interventor, escogido por la fiduciaria de terna enviada por el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, y que hubiera sido contratado por dicho fideicomitente mediante documento suscrito, del cual se pueda predicar que cumplió con las obligaciones tanto contractuales como legales, propias de la actividad de interventoría.

Pasa la sentencia apelada a analizar el tema relacionado con el **PUNTO DE EQUILIBRIO**, estipulado en el numeral 1.8., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, del cual una vez, transcrita la cláusula aquí referida, afirma lo siguiente:

"De lo que se extrae que la obligación de acreditar el punto de equilibrio recaía de forma conjunta en el FIDEICOMITENTE y el INTERVENTOR, no en la FIDUCIARIA. Punto que se alcanzaba con la suscripción de contratos de vinculación equivalentes a la obtención de aportes por la suma de \$40.917.622.000. para la primera etapa".

No existe discusión frente a lo señalado por la sentencia apelada en el sentido que las obligaciones sobre el punto de equilibrio estaban a cargo de la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, lo cual está narrado en hechos de la demanda **relacionados con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., relacionadas con el "PUNTO DE EQUILIBRIO" estipulado en el numeral 1.8. de la "CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES" en concordancia con lo estipulado en el numeral 6.1.1.2. de la "CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO" del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" (hechos 78 a 81 de la demanda).**

Conforme al artículo 97 del Código General del Proceso, se deben presumir ciertos los hechos **78 a 81** de la demanda, porque son susceptibles de confesión, como consecuencia de la falta de contestación de la demanda por la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.** Sobre este aspecto la sentencia apelada se pronunció en los siguientes términos:

"Bajo este escenario, aunado a la falta de contestación de la demanda e inasistencia injustificada a la audiencia por parte de BD CARTAGENA S.A.S., omisiones que de acuerdo con los artículos 95 y 372 del Código General del Proceso permiten presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en los que se funden la demanda, el Despacho concluye, sin necesidad de más elucubraciones, que BD CARTAGENA S.A.S. faltó a sus compromisos y obligaciones contractuales". Esto significa que, aunque no estén mencionados expresamente en la manifestación que se hace en la sentencia, los hechos **78 a 81** de la demanda están probados por la confesión de la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, a la luz del artículo 97 del Código General del Proceso.

En consecuencia, se presenta una contradicción insalvable, entre el reconocimiento que se hace en la sentencia apelada, al decir que ***“el Despacho concluye, sin necesidad de más elucubraciones, que BD CARTAGENA S.A.S. faltó a sus compromisos y obligaciones contractuales”*** y la manifestación que posteriormente se hace en la sentencia apelada, después de hacer la transcripción de lo estipulado en numeral 6.1.1., de la **CLAUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, cuando se afirma lo siguiente: ***“Presupuestos cuyo cumplimiento se certificó a la FIDUCIARIA por parte de BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S en comunicación del 27 de abril de 2015, así: (...)”***.

La contradicción en la que se incurre en la sentencia apelada radica en que inicialmente se afirma que ***“el Despacho concluye, sin necesidad de más elucubraciones, que BD CARTAGENA S.A.S. faltó a sus compromisos y obligaciones contractuales”*** y posteriormente se afirma lo siguiente: ***“Presupuestos cuyo cumplimiento se certificó a la FIDUCIARIA por parte de BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S en comunicación del 27 de abril de 2015, así: (...)”***.

Como se puede apreciar, en la sentencia apelada, para fundamentar la afirmación del supuesto ***“cumplimiento”***, se cita la comunicación de **27 de abril de 2015**. Dicha comunicación tiene como asunto **“Ref. FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL”** y **“FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO BD CARTAGENA TIEMPO COMPARTIDO”**, en la sentencia apelada se incurrió en un error al valorar la comunicación aquí referida porque se le atribuye la autoría a **BD CARTAGENA S.A.S.**, hecho este que no concuerda con el contenido material del documento en el que se puede evidenciar en la parte destinada para la firma de **“EL FIDEICOMITENTE”** que está suscrita por **EMILIO BORRELLA ORTEGA**, quien se anuncia como Representante Legal de **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, esto es, de una sociedad totalmente diferente a **BD CARTAGENA S.A.S.** En tales circunstancias, la comunicación de **27 de abril de 2015**, no se puede considerar como así lo aceptó la sentencia apelada, como el medio para demostrar que **BD CARTAGENA S.A.S.**, certificó ante **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, el cumplimiento de los requisitos o presupuestos consagrados en el numeral 6.1.1., de la **CLAUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. Lo expuesto inmediatamente, sería suficiente para desvirtuar la manifestación que se hace en la sentencia apelada (***“Presupuestos cuyo cumplimiento se certificó a la FIDUCIARIA por parte de BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S en comunicación del 27 de abril de 2015, así: (...)”***).

Sin embargo, conviene hacer referencia a los siguientes detalles de la comunicación de **27 de abril de 2015**.

La comunicación tiene sello de recibido ****ACCIÓN FIDUCIARIA** Rad No: 20150430-400-401192-2 Fecha: 30/04/2015 15:16:45 240 Para JUAN COBO De: BD PROMOTORES COLOMBIA**. Este detalle confirma que el remitente de la comunicación del **27 de abril de 2015**, no fue como se afirma en la sentencia apelada, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino otra sociedad, **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**

Hay otra comunicación de **27 de abril de 2015** ya mencionada que, en la sentencia apelada, se valora como la prueba para el tema del INTERVENTOR del proyecto inmobiliario denominado "**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", al decir: "**Contrato que en efecto se suscribió, prueba de ello es la comunicación del 27 de abril de 2015 (prueba 13 contestación de la demanda) en la que BD CARTAGENA informó a ACCIÓN FIDUCIARIA que el INTERVENTOR sería la sociedad P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.S: (...)**", aspecto este sobre el cual ya se hizo referencia. Dicha comunicación tiene idéntico sello de recibido así: ****ACCIÓN FIDUCIARIA** Rad No: 20150430-400-401192-2 Fecha: 30/04/2015 15:16:45 240 Para JUAN COBO De: BD PROMOTORES COLOMBIA.**

Adicionalmente al hecho que la comunicación de **27 de abril de 2015**, estimada por la sentencia apelada como prueba de los ("**Presupuestos cuyo cumplimiento se certificó a la FIDUCIARIA por parte de BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S en comunicación del 27 de abril de 2015, así: (...)**", no tiene como autor a **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino a **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, se debe sostener que no resulta creíble el cumplimiento de los aspectos plasmados en ella, vista en conjunto con la otra comunicación del **27 de abril de 2015**, estimada en la sentencia para probar que el ("**Contrato que en efecto se suscribió, prueba de ello es la comunicación del 27 de abril de 2015**").

Aceptando en gracia de discusión que la sociedad P&CA Promotores S.A.S., hubiera sido designada para llevar a cabo las labores de interventoría del Proyecto, de esta circunstancia fue informada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, el **30 de abril de 2015**, esto es, el mismo día y a la misma hora en que fue radicada la comunicación de autoría de **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, para el cumplimiento de los requisitos o presupuestos consagrados en el numeral **6.1.1.**, de la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**". Siendo así las circunstancias, las funciones del supuesto **INTERVENTOR**, se entenderían realizables hacia el futuro, esto es, después del **30 de abril de 2015**, por esta razón, se hace necesario formular los siguientes interrogantes:

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que existiera la "**licencia de construcción de la primera fase del Proyecto**" para verificar que cumpliera con las exigencias legales para esa clase de actos (numeral **6.1.1.1.**).

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que existiera el "**Presupuesto de la Obra correspondiente a la Fase 1 del Proyecto**" para verificar que cumpliera con las exigencias legales para esa clase de actos (numeral **6.1.1.2.**), en particular algunos aspectos, como "**La información del proyecto: sus etapas, los riesgos y los diferentes escenarios de factibilidad**" (Numeral **3.4.7.3.1.**, de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96).

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que "**En la FIDUCIARIA se encuentran los contratos de vinculación celebrados con Partícipes cuyos recursos sumados superan la suma de CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIECISITE MILLONES SIESCIENTOS VEINTIDOS MIL PESOS M/CTE (\$40.917.622.000), que de acuerdo con el numeral 1.8. de la cláusula Primera del contrato de fiducia, constituye el valor del punto de equilibrio de la primera etapa del Proyecto**" (numeral **6.1.1.2.**), para verificar la existencia cierta de los contratos de vinculación referidos y si estos se encontraban correctamente diligenciados por sus celebrantes, los partícipes, la fiduciaria y el promotor del proyecto. Si se hace el

ejercicio de establecer un promedio de \$100.000.000, de las sumas de dinero comprometidas por concepto de los aportes, los contratos necesarios para acumular la suma de \$40.917.622.000, sería de por lo menos 409 contratos de vinculación. En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, verificó que dichos contratos existieran y que estuvieran correctamente diligenciados.

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que al **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA le fue transferido el lote sobre el cual se ha de llevar a cabo el desarrollo de la primera etapa del proyecto"** que valga decir, no se menciona la identificación del lote referido (numeral 6.1.1.2.).

Según la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, **"El INTERVENTOR deberá certificar a LA FIDUCIARIA el cumplimiento de los requisitos antes descritos"**.

Suponer que el supuesto **INTERVENTOR**, el mismo día en que fue designado para una labor tan importante que por demás en el numeral 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** quedó estipulada **"como un mecanismo de protección de los intereses de LOS PARTICIPES"**, lograra llevar a cabo todas las gestiones necesarias para cumplir con su deber de **"certificar a LA FIDUCIARIA el cumplimiento de los requisitos"** o presupuestos consagrados en el numeral 6.1.1., de la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, es muy poco probable.

Con todo lo anteriormente expuesto, se debe afirmar que no es posible aceptar, sin desconocer la normas que regulan el tema probatorio, como así se hace en la sentencia apelada, la comunicación del **27 de abril de 2015** que tiene sello de recibido ****ACCIÓN FIDUCIARIA** Rad No: 20150430-400-401192-2 Fecha: 30/04/2015 15:16:45 240 Para JUAN COBO De: BD PROMOTORES COLOMBIA.**, que no es de **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino de otra sociedad **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, como prueba de los **"Presupuestos cuyo cumplimiento se certificó a la FIDUCIARIA por parte de BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S en comunicación del 27 de abril de 2015"**, esto es, para demostrar el cumplimiento de los requisitos o presupuestos consagrados en el numeral 6.1.1., de la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, entre los cuales, figura el **"PUNTO DE EQUILIBRIO"**, estipulado en el numeral 1.8., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del contrato de fiducia mercantil aquí mencionado.

Se configura entonces, el incumplimiento narrado en los hechos de la demanda, así:

"HECHO 92. ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., incumplió la obligación estipulada en los numerales 7.1.2., 7.1.4., de la "CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES" del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", y la obligación estipulada en el numeral 7.2., de la "CLÁUSULA SEPTIMA, INSTRUCCIONES" del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", porque a pesar de que BD CARTAGENA S.A.S., no cumplió con la obligación de obtener el "PUNTO DE EQUILIBRIO", dicha fiduciaria,

no mantuvo invertidas cada una de las sumas de dinero o los recursos pagados o entregados a ella directamente, por cada una de las personas en su calidad de **"EL(LOS) PARTICIPE(S)"**, que son demandantes, para los efectos de que dicha **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, cumpliera la obligación de reintegrarlos, a favor de dichos partícipes, como consecuencia de que el **PUNTO DE EQUILIBRIO**, no se cumplió u obtuvo, y por el contrario, la fiduciaria mencionada entregó tales recursos al **FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S.**, a pesar de que esta sociedad no cumplió con dicho **PUNTO DE EQUILIBRIO**.

HECHO 93. ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., incumplió con la obligación estipulada en el numeral 7.2.1., de la **"CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES"** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, porque ordenó el giro de las sumas de dinero entregados a ella directamente, por cada una de las personas en su calidad de **"EL(LOS) PARTICIPE(S)"**, que son demandantes, a favor del **FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S.**, sin con contar para ello, **"con la autorización del INTERVENTOR"**, del proyecto inmobiliario denominado **"BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, que no contaba con dicho interventor".

La sentencia apelada, afirma lo siguiente:

"Momento a partir del cual, los recursos de los PARTICIPES, que hasta el momento la FIDUCIARIA debía mantener invertidos en el "FONDO ACCIÓN UNO" de acuerdo con las instrucciones del encargo fiduciario, pasarían a convertirse en aportes del FIDEICOMISO BD CARTAGENA, para que una vez allí, la FIDUCIARIA pudiera dar cumplimiento a las órdenes de giro emitidas por el FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR (cláusula 7.2.1.)."

La demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, incumplió sus obligaciones, como así se reconoce en la sentencia apelada, según la cual, **"el Despacho concluye, sin necesidad de más elucubraciones, que BD CARTAGENA S.A.S. faltó a sus compromisos y obligaciones contractuales"**. Entre las obligaciones contractuales incumplidas está del **"PUNTO DE EQUILIBRIO"**. Ante esta realidad, no le era viable o posible a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, **"dar cumplimiento a las órdenes de giro emitidas por el FIDEICOMITENTE"**, las que, además, no era posible que atendiera por la razón de no existir **INTERVENTOR**, que diera las autorizaciones para las órdenes de giro mencionadas.

Ante el escenario del incumplimiento de **BD CARTAGENA S.A.S.**, se presentaba un hecho que le impedía a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, girar los recursos aportados por los partícipes, entre ellos, las personas demandantes.

En la sentencia apelada se mencionan otras comunicaciones, sobre las cuales se hace necesario pronunciarnos, así:

"Las certificaciones emitidas por BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S, de fechas 8 de febrero de 2016" (pruebas 18 de la contestación de la demanda).

Se trata de la comunicación dirigida a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, el 8 de febrero de 2016 (**"Prueba No. 18. INSTRUCCION DEL INTERVENTOR ETAPA 2 Y 3"**), con Radicación No. 20160212-400-455932-2,

hace referencia a que “*en la FIDUCIARIA se encuentran los contratos de vinculación celebrados con Partícipes cuyos recursos sumados superan los costos totales de estas fases, esto es la suma de \$46.259.984.693 (CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS M/CTE)*”. Sin embargo, dicha comunicación no se puede tener como prueba de nada, porque como se puede evidenciar en la parte destinada para la firma de “**EL FIDEICOMITENTE**” que está suscrita por **EMILIO BORRELLA ORTEGA**, quien se anuncia como Representante Legal de **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, esto es, de una sociedad totalmente diferente a **BD CARTAGENA S.A.S.**

En todo caso, con la contestación de la demanda la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró que efectivamente existieran los mencionados “*contratos de vinculación celebrados con Partícipes cuyos recursos sumados superan los costos totales de estas fases, esto es la suma de \$46.259.984.693*”, porque no fueron allegadas las copias de los mencionados contratos de vinculación.

Adicionalmente, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no aportó las ordenes giro por “*escrito [...] con la autorización del INTERVENTOR*”, solicitadas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, mediante las cuales se demuestre cuál fue la destinación que se dio a la suma de **\$46.259.984.693**, de conformidad con lo estipulado en el **7.2.1.**, de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL.**”

“*Las certificaciones emitidas por BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S, de fechas (..), 26 de agosto de 2016*” (pruebas 19 de la contestación de la demanda)

Se trata de la comunicación dirigida a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, el **23 de agosto de 2016** (“*Prueba No. 19. INSTRUCCION DEL INTERVENTOR ETAPA 4*”), con Radicación No. **20160909-400-506510-2**, hace referencia a que “*El valor total de los costos proyectados asciende en consecuencia la suma de Ciento Treinta y Tres Mil Quinientos Veinte Millones Ochocientos Setenta y Nueve Mil Pesos Mcte (\$133.520.789.000). Incluido el valor del lote en el cual se desarrollan las fases I a IV*”. Sin embargo, dicha comunicación no se puede tener como prueba de nada, porque como se puede evidenciar no tiene autor conocido.

En todo caso, aceptando en gracia de discusión que “*el valor total de los costos proyectados*” fuera la suma de **\$133.520.789.000**, se tendría que afirmar que dicha suma no fue recibida en su totalidad por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, la que acepta haber recibido únicamente la suma de **\$87.020.839.875**. Así las cosas, entre las dos sumas queda una diferencia de **\$46.499.949.125** que tendría que haber sido aportada para pagar “*el valor total de los costos proyectados*”.

Con respecto a la suma de **\$46.499.949.125**, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, incumplió la obligación estipulada en el numeral **7.2.5.**, de la “**CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” que consistía en “*requerir a EL FIDEICOMITENTE el aporte de recursos a efectos de atender los gastos y costos del FIDEICOMISO cuando los recursos del mismo*”

no sean suficientes para su atención". Con la contestación de la demanda, no se allegó ningún medio de prueba por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante el cual se demuestre que requirió o le solicitó a **BD CARTAGENA S.A.S.**, el aporte por la suma de **\$46.499.949.125** para pagar "***el valor total de los costos proyectados***".

"Las certificaciones emitidas por BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S, de fechas (...) 10 de noviembre de 2016" (pruebas 20 de la contestación de la demanda).

Conforme a la comunicación dirigida a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, el **10 de noviembre de 2016** ("***Prueba No. 20. INSTRUCCION INTERVENTOR ETAPA 5***"), con Radicación No. **20161115-400-519653-2**, para dicha época "***el valor de los costos proyectados asciende en consecuencia a la suma de Ciento Treinta y Nueve Mil Seiscientos Noventa y Nueve Millones Quinientos Catorce Mil Pesos Mcte (\$139.699.514.000)***". Con la contestación de la demanda, no se allegó ningún medio de prueba por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante el cual se demuestre que requirió o le solicitó a **BD CARTAGENA S.A.S.**, el aporte por la suma de **\$52.678.674.125** para pagar "***el valor de los costos proyectados***".

En todo caso, ya fuera la suma de **\$46.499.949.125** o la suma de **\$52.678.674.125**, para el caso de la construcción y la dotación del "***denominado Proyecto BD Cartagena***", no existe ningún medio de convicción que permitiera predicar que **BD CARTAGENA S.A.S.**, tuviera la solvencia económica y la capacidad financiera para aportar alguna de las sumas mencionadas, precisamente porque la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, incumplió con su deber de "***evaluar, valorar y verificar***" "***que el constructor y promotor cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto***". La **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no allegó como prueba el "***documento que contenga la evaluación de riesgos del proyecto***".

Sobre la misma comunicación de **10 de noviembre de 2016**, en la sentencia apelada, se afirma lo siguiente:

"Es de resorte mencionar que, en la última de dichas comunicaciones, la del 10 de noviembre de 2016, se afirmó por el INTERVENTOR que el valor de costos proyectados era de \$139.699.514.000 y que en la FIDUCIARIA se encontraban los contratos de vinculación suscritos por los PARTICIPES por la suma de \$90.662.436.986. lo que, aunado a los recursos de los contratos de hospedaje futuro, "eran suficientes para cubrir el setenta por ciento (70%) del valor de los costos totales del Proyecto", por lo que se empezaron a emitir las órdenes de pago respectivas, entre estas, las visibles en la prueba No. 23 de la contestación de la demanda".

Con la contestación de la demanda, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la carpeta de "***Pruebas***" aporta la "***Prueba No. 23. Ordenes de giro***", que consta de un documento PDF, compuesto de seis páginas, la primera de ellas, con Radicación No. **20150604-400-407442-2**, con el título "***ACCION FIDUCIARIA Formato Giro o Transferencia***", con "***FECHA: Junio 3 de 2015***" "***ORDEN No. 23***"; el "***BENEFICIARIO DEL GIRO: USB INGENIERIA SAS Identificación No. 900434178-1***", "***FORMA DE PAGO VALOR NETO A GIRAR \$109,175,000.00***". La orden tiene anexa la **FACTURA DE VENTA No. 1210 de 30 de mayo de 2015**, expedida por **USB INGENIERIA S.A.S.**, por la suma de **\$115.130.000**.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 1210 de 30 de mayo de 2015**, el espacio "**ACEPTADO**" aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, "**la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley**". En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Se puede apreciar que la "**ORDEN No. 23**" de "**FECHA: Junio 3 de 2015**", no cuenta "**con la autorización del INTERVENTOR**", como así lo exige el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**".

En la página tres de la "**Prueba No. 23. Ordenes de giro**", con Radicación No. **20150604-400-407442-2**, con "**FECHA: Junio 3 de 2015**", está la "**ORDEN No. 26**", a favor de "**PROMOTORES & CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.**", Nit. **900.220.041**, por la suma de **\$73.448.100**. La orden tiene anexas la **FACTURA DE VENTA No. 95 de 27 de mayo de 2015**, por concepto de "**HONORARIOS POR INTERVENTORIA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO BD CARTAGENA POR LOS MESES DE ABRIL Y MAYO DE 2015, A RAZON DE \$22.257.000 CADA MES**" para un total de **\$51.636.240**"; y la **FACTURA DE VENTA No. 96 de 2 de junio de 2015**, por concepto de "**HONORARIOS POR INTERVENTORIA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO BD CARTAGENA POR LOS MESES DE JUNIO DE 2015**" por total de **\$25.818.120**.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 95 de 27 de mayo de 2015**, el espacio "**Recibido por__**", aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, "**la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley**". En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Pero además llama la atención que la **FACTURA DE VENTA No. 95 de 27 de mayo de 2015**, tiene un sello de recibido de **26 de mayo de 2015** por **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S., NIT. 900.236.747-1**, esto es que, la factura referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 96 de 2 de junio de 2015**, el espacio "**Recibido por__**", aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, "**la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley**". En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Se puede apreciar que la “**ORDEN No. 26**” de “**FECHA: Junio 3 de 2015**”, no cuenta “**con la autorización del INTERVENTOR**”, como así lo exige el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

De conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, “**incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**”. De conformidad con el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, uno de los deberes indelegables del fiduciario es “**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**”.

En consecuencia, le correspondía a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para demostrar el cumplimiento de “**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**”, entre ellos, el estipulado en el numeral 2.4. de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO**, en concordancia con el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que consistía en atender “**las órdenes de giro que solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**”, para la construcción y la dotación del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, probar que efectivamente giró conforme a la ley y a las cláusulas del contrato de fiducia mercantil aquí mencionado, la suma de **\$87.020.839.875**, circunstancia que no logró demostrar en el trámite de la demanda, porque como se explicó en detalle, de la “**ORDEN No. 23**” de “**FECHA: Junio 3 de 2015**” y de la “**ORDEN No. 26**” de “**FECHA: Junio 3 de 2015**”, que fueron las únicas allegadas como prueba, las facturas anexas a dichas órdenes no cumplen con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, las facturas no fueron aceptadas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, y además dichas órdenes no cuentan “**con la autorización del INTERVENTOR**”, como así lo exige el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

Esto significa que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró haber girado a **BD CARTAGENA S.A.S.**, conforme al contrato de fiducia mercantil antes mencionado, la suma de **\$87.020.839.875**, que dicha fiduciaria recibió de las personas que se vincularon al “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, entre ellas, las personas demandantes.

Con base en lo anteriormente expuesto se debe sostener que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no logró demostrar ninguna clase de “**fundamento fáctico**” para la excepción de mérito denominada “**EL INTERVENTOR, SU EXISTENCIA Y ROL**”.

En la sentencia apelada se afirma lo siguiente:

“**Resulta importante destacar que de acuerdo con el contrato “Las órdenes de pago son de obligatorio cumplimiento para LA FIDUCIARIA, liberándola de toda responsabilidad por la observancia de las mismas, y sin que sea función de la FIDUCIARIA constatar el destino final de las sumas así entregadas por no ser objeto del presente contrato de fiducia” (cláusula 7.2.1.) (negrilla intencional).**”

El aspecto de las órdenes de giro quedó estipula en el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, así:

“Atenderá las órdenes de giro que solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR, para cuyos efectos procederá a registrar las firmas de estos y de las personas naturales a quienes autorizarán para realizar las órdenes de giro. La orden deberá contener el nombre y apellidos completos del (los) beneficiario(s) del giro, o su razón social, documento de identificación personal y tributaria, la suma neta a pagar, cuenta del fideicomiso que se afectará, el número de cuenta donde se consigna, entidad financiera respectiva y la fecha en que deberá realizarse el giro. Las órdenes deberán impartirse con mínimo cinco (5) días de antelación a la fecha del giro, salvo casos de urgencia manifiesta debidamente comprobados. Los aspectos tributarios de los giros realizados son ajenos al FIDEICOMISO, y por tal motivo corresponderá al FIDEICOMITENTE llevar a cabo la Retención por impuesto de Renta, IVA e ICA que se genere con los giros realizados y en general cumplir con las obligaciones y declaraciones fiscales. Las órdenes de pago son de obligatorio cumplimiento para LA FIDUCIARIA, liberándola de toda responsabilidad por la observancia de las mismas y sin que sea función de la FIDUCIARIA constatar el destino final de las sumas así entregadas por no ser objeto del presente contrato de fiducia.”.

Con base en la norma citada inmediatamente, las órdenes de giro debían cumplir con los requisitos que se **“solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR”**.

La sentencia apelada considera que *“de acuerdo con el dictamen pericial (carpeta 65) que analizó los estados financieros del FIDEICOMISO, la FIDUCIARIA recibió la suma de \$94.363.854.667. por concepto de aportes de los PARTICIPES, de los cuales entregó \$94.355.969.678. al FIDEICOMITENTE como se aprecia a continuación:*

Información relevante Estados Financieros

Fecha de corte 31/12/2020 valor

1. Aportes inversionistas 94.363.854.667

2- Recursos entregados al Fideicomitente

Costos Legalizados 72.710.789.498

Anticipo de contratos 17.645.179.180

CVC Fideicomiso de parueo (Lote) 4.000.000.000

2- Total de recursos entregados 94.355.968.678

Recursos no entregados vs aportes 7.885.989”.

Mediante el dictamen pericial referido, no se puede demostrar que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera dado cumplimiento a lo estipulado en el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es que, las ordenes de giro cumplieran con la exigencia de haber sido solicitadas **“por escrito [por] EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR”**. Para que el dictamen pudiera ser concluyente en el sentido que la suma de **\$94.355.968.678**, fuera girada por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, bajo los parámetros de la cláusula aquí mencionada, el perito debió contar si no con todas por lo menos con una muestra significativa de las ordenes de giro **“por escrito [por] EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR”**.

El dictamen menciona la siguiente “**Información entregada por parte de Acción Sociedad Fiduciaria.**”

- 1.1. *Certificación de recursos y punto de Equilibrio Etapa 1*
- 1.2. *Certificación de recursos y punto de Equilibrio todas las etapas.*
- 1.3. *Estados Financieros certificados 2020 del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club – Hotel, con sus notas*
- 1.4. *Estados Financieros certificados 2017, 2018 y 2019 del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club – Hotel*
- 1.5. *Rendición de cuentas semestral e informe de gestión, semestres 1 y 2, años 2015, 2016, 2017. 2018, 2019 y 2020”.*

Como se puede apreciar, el perito no recibió para el dictamen información o documentos relacionados con las órdenes de giro que hubiera solicitado “**por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**”.

Según el artículo 226 del Código General del Proceso, “*todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones*”.

En la orientación de la norma mencionada, el dictamen tendría que “**ser claro, preciso, exhaustivo y detallado**” en el aspecto relacionado con las órdenes de giro que hubiera solicitado “**por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**”, que el perito debió examinar para la identificación del destino de la suma de **\$94.355.968.678**. Ante la ausencia del requisito legal mencionado, el dictamen no es demostrativo del hecho que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera entregado efectivamente a la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, la suma de **\$94.355.968.678**. De todas maneras, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no debió girar ninguna suma de dinero para **BD CARTAGENA S.A.S.**, porque como se reitera, el proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no contó con **INTERVENTOR**.

Por lo anterior, desde ningún punto de vista, ya sea contractual, legal o probatorio, no es posible llegar a la conclusión que se presenta en la sentencia apelada, según la cual, “**Bajo este escenario, se concluye que ACCIÓN FIDUCIARIA entregó los recursos de los PARTICIPES al fideicomitente BD CARTAGENA S.A.S., de acuerdo con los términos del contrato, esto es, una vez se acreditó ante esta el punto de equilibrio de cada etapa por el INTERVENTOR del contrato y la sociedad BD CARTAGENA S.A.S.**”. Se trata de una conclusión que choca contra el material probatorio que demuestra todo lo contrario.

Sobre el punto aquí analizado, la sentencia apelada, finalmente afirma lo siguiente:

“*Aunado a esto, si bien no se aportaron todas las órdenes de pago emitidas por P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS, S.A.S. en su calidad de INTERVENTOR, de las pruebas recaudadas, en donde se destaca el testimonio de ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR (quien dijo que se emitieron órdenes de pago por alrededor de la suma de \$95.000.000.000)., no hay razón alguna que conlleve siquiera a considerar que la FIDUCIARIA giró recursos sin orden previa. De haber sido así, la carga de la prueba recaía en la parte demandante y no acreditó nada en ese sentido, por lo que el incumplimiento que se imputa no se encuentra demostrado.*”.

La expresión que en la sentencia apelada se le atribuye al testigo, según la cual, **“quien dijo que se emitieron órdenes de pago por alrededor de la suma de \$95.000.000.000”**, no puede demostrar que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, haya cumplido con lo consagrado en el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, porque no pasa de ser una simple expresión desprevénida carente de soporte en la realidad material.

En efecto, el testigo no pudo haber presenciado la emisión de las órdenes de pago por el referidas, porque las **“órdenes de giro”** debían provenir de la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, esto es que, el testigo se está adjudicando la autoría de la emisión de las órdenes de giro que no les correspondía. Según las cláusulas del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, relacionadas con las funciones del interventor, estaba la de **“Aprobar las cuentas de obra presentadas por EL FIDEICOMITENTE, a fin que puedan ser pagadas por ACCION”**. Sobre este punto, en ninguna de las manifestaciones del testigo se le escucha afirmar que él, directamente hubiera aprobado o que hubiera presenciado la aprobación de **“las cuentas de obra presentadas por EL FIDEICOMITENTE, a fin que puedan ser pagadas por ACCION, por alrededor de la suma de \$95.000.000.000”**.

Según el artículo 167 del Código General del Proceso, **“los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”**. La sentencia apelada desconoció la regla probatoria referida cuando afirma que, **“no hay razón alguna que conlleve siquiera a considerar que la FIDUCIARIA giró recursos sin orden previa. De haber sido así, la carga de la prueba recaía en la parte demandante y no acreditó nada en ese sentido, por lo que el incumplimiento que se imputa no se encuentra demostrado”**.

La parte demandante le atribuyó a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, haber realizado el giro de sumas de dinero a la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, sin **“la autorización del INTERVENTOR”**. Esa atribución corresponde a la categoría de las **“afirmaciones indefinidas que no requieren prueba”**. En ese sentido la carga de la prueba se invierte y es a dicha demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a quien le corresponde demostrar que el giro de las sumas de dinero por los aportes recibidos de los partícipes, entre ellos, las personas demandantes, fueron atendidos conforme al **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es, probando con los documentos correspondientes en donde consten **“las órdenes de giro que solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR”**, documentos que además, están en poder de la demanda **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** El análisis aquí propuesto, además está conforme con lo estipulado en el numeral 8 del artículo 1234 del Código de Comercio, según el cual, uno de los deberes indelegables del fiduciario es, **“Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”**. En consecuencia, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debió probar porque tenía la carga de la prueba y contaba con los medios para ello, qué hizo con la suma de **\$94.355.968.678**, recibida de los partícipes, por concepto de aportes y de manera particular, qué hizo con la suma de **\$331.750.000**, que corresponde a los aportes pagados por las personas demandantes.

3. Tercer reparo. En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto ***“De la solicitud de créditos”***, no se tuvo en cuenta que, conforme al numeral 7.12., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, desde la misma fecha de la celebración de dicho contrato el **23 de diciembre de 2014**, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, recibió del fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, la instrucción, expresa, clara y precisa para ***“Solicitar créditos para el desarrollo del Proyecto, solidariamente con EL FIDEICOMITENTE, en el mismo sentido se podrán hipotecar EL INMUEBLE como garantía de dichos créditos”***. Por esta razón, la demandante no tiene la carga de demostrar o de acreditar, mediante una prueba diferente al mismo contrato de fiducia mercantil aquí mencionado, ***“que el FIDEICOMITENTE hubiera requerido o emitido una instrucción específica a la FIDUCIARIA para que obtuviera recursos a través de un crédito constructor o similar”***, como así se sugiere en la sentencia apelada.

De otro lado, se debe afirmar que carece por completo de fundamento contractual, la conclusión que se hace en la sentencia apelada, para exonerar de responsabilidad a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, por el incumplimiento de la instrucción estipulada en numeral 7.12., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, al afirmar que, ***“el PROYECTO no contemplaba su financiación a través de esta modalidad, pues los recursos proyectados de los inversionistas serían suficientes para ello”***.

La sustentación del tercer reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

Según el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, uno de los deberes indelegables del fiduciario, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, consiste en ***“realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”***. Dicho deber indelegable, está recogido en la **CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, así: ***“Además de las establecidas en el artículo 1234 del Código de Comercio tendrá las siguientes: (...)”***.

Según el numeral 2.2., de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, la finalidad de la fiducia consistía en ***“desarrollar el PROYECTO en el(los) inmueble(s) por cuenta y riesgo de EL FIDEICOMITENTE, bajo la exclusiva responsabilidad técnica, financiera y administrativa de EL FIDEICOMITENTE, de acuerdo con lo previsto en este Contrato”***, que consistía en ***“la construcción y dotación de cada Etapa del PROYECTO inmobiliario denominado “BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”***. En consecuencia, si ***“para la consecución de la finalidad de la fiducia”***, se necesitaba ***“Solicitar créditos para el desarrollo del Proyecto, solidariamente con EL FIDEICOMITENTE, en el mismo sentido se podrán hipotecar EL INMUEBLE como garantía de dichos créditos”***, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, tenía el deber indelegable de ***“realizar diligentemente todos los actos necesarios”***, entre ellos, solicitar créditos para el desarrollo del proyecto.

De esa manera, con lo consagrado en el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio y con lo estipulado en la **CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.-**

OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, era suficiente para que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, procediera a solicitar los créditos necesarios para el desarrollo del proyecto. Sin embargo, para que no llegara a existir duda sobre ese aspecto, en la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, se pactó lo siguiente: “*Para cumplir con el objeto del presente contrato, LA FIDUCIARIA, deberá atender las siguientes instrucciones: (...) “7.12. Solicitar créditos para el desarrollo del Proyecto, solidariamente con EL FIDEICOMITENTE, en el mismo sentido se podrán hipotecar EL INMUEBLE como garantía de dichos créditos”*”. Conviene señalar que, la expresión “*deberá*” denota una orden imperativa, diferente a la expresión “*podrá*” que denota una discrecionalidad para quien recibe el mensaje.

Por lo anterior, la prueba que en la sentencia apelada se considera que no existe, al decir “*y en este caso no hay prueba alguna de que el FIDEICOMITENTE hubiera requerido o emitido una instrucción específica a la FIDUCIARIA para que obtuviera recursos a través de un crédito constructor o similar*”, la constituye, el numeral 7.12., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”. En tales circunstancias, la prueba que en la sentencia se reclama, es mismo contrato de fiducia mercantil aquí mencionado.

Carece por completo de fundamentación contractual lo expuesto en la sentencia apelada, según la cual “*el PROYECTO no contemplaba su financiación a través de esta modalidad, pues los recursos proyectados de los inversionistas serían suficientes para ello*”. Entre las cláusulas del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**” y del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, no existe una cláusula en “*que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto*”, lo que constituye un incumplimiento atribuible a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de lo consagrado en el numeral 5.5.1.6., PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96). Sin embargo, de esa circunstancia no se puede deducir, como así lo hace la sentencia apelada, según la cual “*los recursos proyectados de los inversionistas serían suficientes para ello*”. En todo caso, conforme al numeral 7.12., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, no existe la menor duda que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sí recibió la instrucción de “*solicitar créditos para el desarrollo del Proyecto, solidariamente con EL FIDEICOMITENTE, en el mismo sentido se podrán hipotecar EL INMUEBLE como garantía de dichos créditos*”, pero que no la cumplió.

4. Cuarto reparo. En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto “*Del reporte de las mejoras*”, no se tuvo en cuenta que, conforme al numeral de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, tiene el deber de “*contabilizar el valor de las*

mejoras que EL FIDEICOMITENTE le reporte por escrito” y que para el cumplimiento de dicha obligación contaba con todas las facultades propias de su calidad de fiduciario de tal manera que la inobservancia de ese deber no se puede justificar por lo expuesto en la sentencia así: ***“No obstante, no se acreditó cuáles fueron las mejoras que BD CARTAGENA SAS reportó a la FIDUCIARIA por escrito y aquella no contabilizó. Por lo que la imputación adolece de prueba que la respalde”***.

La sustentación del cuarto reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

La parte demandante no tiene la carga de la prueba como lo sugiere la sentencia, de acreditar o demostrar ***“cuáles fueron las mejoras que BD CARTAGENA SAS reportó a la FIDUCIARIA por escrito y aquella no contabilizó”***, porque el control sobre la ejecución de las obligaciones a cargo de **BD CARTAGENA SAS.**, como fideicomitente, es una tarea que debió realizar la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de tal manera que si aquella, no le reportó a la fiduciaria las mejoras, le correspondía a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, tomar las medidas y las acciones necesarias para lograr ese propósito.

Efectivamente, como así se consideró en la sentencia, según la cual, ***“BD CARTAGENA S.A.S., en su calidad de FIDEICOMITENTE incumplió con la obligación de reportar las mejoras efectuadas”***. Sin embargo, ese incumplimiento no constituye causal para justificar el incumplimiento de la demanda **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, porque según el ***“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”***, la fiduciaria contaba con otros medios y formas de conocer sobre el desarrollo del proyecto inmobiliario denominado ***“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”***, mediante las actuaciones del **INTERVENTOR** el que tenía entre otras obligaciones, como ya se demostró, la de ***“llevar el control presupuestal y de programación de la obra”*** y ***“elaborar informes mensuales sobre el estado de la obra”***. Otra circunstancia es que, como ya se mencionó, dicho proyecto inmobiliario no contara ciertamente con **INTERVENTOR** que cumpliera con las funciones correspondientes.

No se pueden tener en cuenta como prueba la mencionada en la sentencia, como ***“comunicaciones remitidas por la FIDUCIARIA a BD CARTAGENA S.A.S. con el fin de que reportara las mejoras, entre estas la comunicación del 9 de mayo de 2019 (carpeta 19, prueba No. 10)”***, por las siguientes razones:

La comunicación de **09 de mayo de 2019**, Radicado No. **201905092000203731**, dirigida a **BD CARTAGENA S.A.S.**, bajo ***“REFERENCIA: REITERACIÓN COMUNICACIÓN 26 DE ABRIL DE 2019. SOLICITUD INFORME DE MEJORAS - FA-2941 FIDEICOMISOS BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL – FA2940 FIDEICOMISO BD CARTAGENA TIEMPO COMPARTIDO”***, como se puede observar, tiene sello de recibido por ***“BD Promotores Colombia S.A.S.”***, el **10 de mayo de 2019**, esto es que, la comunicación referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente. En consecuencia, no es cierto como así lo considera la sentencia que, la comunicación fue remitida por la ***por la FIDUCIARIA a BD CARTAGENA S.A.S.***, porque lo que se evidencia de la comunicación referida es que fue enviada ***“BD Promotores Colombia S.A.S.”***, esto es, a otra sociedad diferente.

La comunicación anterior lo que sí permite predicar es que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, entregaba o giraba a **BD CARTAGENA S.A.S.**, sumas de dinero,

bajo el concepto "**anticipos entregados por los giros de obra**", sin el cumplimiento de los requisitos estipulados en numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", según el cual, la entrega de las sumas por la fiduciaria a **BD CARTAGENA S.A.S.**, debía contar con la autorización del **INTERVENTOR**.

5. Quinto reparo. En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto "**De la sustitución de los Partícipes**", no se tuvo en cuenta que conforme a lo estipulado en el numeral 7.2.3., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", la dicha obligación, no "**encuentra condicionada a lo estipulado en el CONTRATO DE VINCULACIÓN**", por la sencilla razón que las obligaciones a cargo de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no se encuentran estipuladas en el "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", ya que están estipuladas en el "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**".

La sustentación del quinto reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

La fuente de las obligaciones a cargo de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, están en la ley y en el "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", en el que para el punto aquí analizado se estipuló en el numeral 7.2.3., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES**, lo siguiente: "**Proceder a la sustitución de los PARTICIPES incumplidos en los términos y condiciones establecidas en el respectivo CONTRATO DE VINCULACIÓN**". Si se observa, el cumplimiento de la obligación aquí mencionada no está sometida a una condición, que según el artículo 1530 del Código Civil, "**es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no**".

La cláusula antes referida hace una remisión al **CONTRATO DE VINCULACIÓN**, pero en dicho contrato, no están estipuladas condiciones para que la demanda **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, cumpliera la obligación mencionada de "**Proceder a la sustitución de los PARTICIPES incumplidos en los términos y condiciones establecidas en el respectivo CONTRATO DE VINCULACIÓN**".

En la sentencia apelada, del **CONTRATO DE VINCULACIÓN** se menciona la cláusula "**DECIMA: SANCIÓN**". Dicha cláusula lo que regula son las sanciones para los partícipes que "**incurran en mora por más de sesenta (60)**": una es "**la posibilidad del cobro de los intereses moratorios**" y la otra es que, "**se entenderá que el(los) partícipe(s) desisten del presente contrato de vinculación**". En tales circunstancias, el **FIDEICOMITENTE**, puede "**solicitar a acción la restitución de los aportes entregados (...) menos**" los conceptos señalados en dicha cláusula. Igualmente, la cláusula señala que, ante el evento de la mora, el **FIDEICOMITENTE**, queda en "**libertad**" de "**vincular**" "**otros terceros**". Y la cláusula termina señalando que, "**en el evento que a la fecha del desistimiento ya se hubieren liberado los recursos de conformidad con el presente contrato, el(los) partícipe(s) deberá(n) esperar a que se vincule un tercero (...) que aporte los recursos suficientes para efectos de proceder a la devolución correspondiente**".

Vista la cláusula anterior, esta no consagra los aspectos señalados en la sentencia apelada, según los cuales, ***“para que la FIDUCIARIA pudiera sustituir un PARTICIPE se requería de un acto anterior del FIDEICOMITENTE. Si el proyecto se encontraba en fase previa, bastaba una comunicación a la FIDUCIARIA en la que autorizara la devolución de los recursos al PARTICIPE incumplido, y si ya se encontraba en fase de construcción, debía conseguir un tercero para que ocupara y proporcionara los recursos, antes de ordenar la devolución”***.

Es decir que, la cláusula ***“DECIMA: SANCIÓN”*** mencionada en la sentencia apelada, no consagra el procedimiento que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debiera seguir para ***“proceder a la sustitución de los PARTICIPES incumplidos”***, porque se reitera el contenido de la cláusula, son las consecuencias para los partícipes incumplidos.

Según la sentencia apelada, ***“visto desde este punto, la función de la FIDUCIARIA era meramente operativa de recibir y devolver dinero, por lo que para demostrar su incumplimiento no bastaba con señalar que había una cartera en mora por la suma de \$14.931.844.482., pues ello no la facultaba de forma automática para sustituir a los PARTICIPES incumplidos”***. Dicha apreciación de la sentencia sobre el papel y la función de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desconoce lo consagrado en el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, según el cual, uno de los deberes indelegables del fiduciario es ***“realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”***, en concordancia con lo consagrado en el artículo 1243 del Código de Comercio, según el cual, ***“el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”***, por lo cual, no es acertado considerar como así se hace en la sentencia apelada que, ***“la función de la FIDUCIARIA era meramente operativa de recibir y devolver dinero”***.

A la parte demandante no le corresponde la carga de la prueba solicitada en la sentencia apelada, según la cual, ***“para acreditar el incumplimiento que se afirma correspondía demostrar que BD CARTAGENA S.A.S. aplicó el desistimiento a uno o varios PARTICIPES y comunicó la situación a la FIDUCIARIA para que vinculara los terceros en sustitución y devolviera los dineros, y que pese a todo esto, aquella no acató las instrucciones impartidas. Empero, nada de esto se probó, por lo que la pretensión por este asunto no puede prosperar”***.

Según el documento que contiene el ***“INFORME DE GESTIÓN–PARTÍCIPES”*** del ***“Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL”***, ***“correspondiente al periodo comprendido entre 01 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2018”***, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, informó que la ***“cartera por recaudar”***, asciende a la suma de **\$14.931.844.482,74**. Con esto se demuestra sin lugar a dudas que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sabía y conocía de la situación de incumplimiento de algunos partícipes que no aportaron los recursos por concepto de aportes, hecho suficiente para que dicha fiduciaria activara los procedimientos necesarios para ***“proceder a la sustitución de los PARTICIPES incumplidos”***. Cualquiera que fueran las actividades y las gestiones que debiera adelantar la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para cumplir con la obligación referida, es un asunto que nada tiene que ver con las personas demandantes.

Por lo anterior, las personas demandantes, no tienen la carga de la prueba para demostrar que hubo incumplimientos de los partícipes, porque ese hecho está

demostrado por la misma demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y a la parte demandante no les correspondía demostrar que **BD CARTAGENA S.A.S.**, hubiera o no aplicado el desistimiento contra los partícipes incumplidos, ni cual fue en general su reacción o su conducta frente a ese fenómeno, porque se reitera, ese era un asunto entre la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, que, no involucraba para ningún efecto a las personas demandantes, cuyo único compromiso fue pagar los aportes, como así lo hicieron.

No se puede tener como medio probatorio para justificar el incumplimiento de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, lo expuesto en la sentencia apelada, según la cual, ***“contrario a esto, se aprecia que en comunicación del 10 de mayo de 2019 (carpeta 19, prueba No. 10) ACCIÓN FIDUCIARIA solicitó a BD CARTAGENA S.A.S. que le informara el proceso a seguir frente a algunos PARTICIPES incumplidos, dice la misiva: (...)”***. Lo anterior porque la comunicación de 09 de mayo de 2019, Radicado No. 201905092000203701, dirigida a **BD CARTAGENA S.A.S.**, bajo ***“REFERENCIA: TERMINACIÓN DE CONTRATO DE VINCULACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE NO PAGO POR PARTE DE BENEFICIARIOS/PARTICIPES FIDEICOMISOS PROYECTO BD CARTAGENA”***, tiene sello de recibido por ***“BD Promotores Colombia S.A.S.”***, el 10 de mayo de 2019, esto es que, la comunicación referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente.

Señala la sentencia apelada que, ***“solicitud que al parecer no tuvo respuesta, puesto que el 16 de septiembre de 2019 la FIDUCIARIA reiteró la solicitud (carpeta 19, prueba No. 10)”***. Se trata de la comunicación de 16 de septiembre de 2019, Radicado No. 201909162700592401, dirigida a **BD CARTAGENA S.A.S.**, bajo ***“REFERENCIA: REITERACIÓN COMUNICACIÓN DE FECHA 09 DE MAYO DE 2019 - TERMINACIÓN DE CONTRATO DE VINCULACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE NO PAGO POR PARTE DE BENEFICIARIOS/PARTICIPES FIDEICOMISOS PROYECTO BD CARTAGENA”***, que tiene sello de recibido por ***“BD Promotores Colombia S.A.S.”***, el 17 de septiembre de 2019, esto es que, la comunicación referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente.

Teniendo en cuenta que, ninguna de las comunicaciones antes referidas (***10 de mayo de 2019 y 16 de septiembre de 2019***) no fueron recibidas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad ***“BD Promotores Colombia S.A.S.”***, eso explicaría que no haya tenido respuesta, pero en todo caso esas circunstancias no justifican el incumplimiento en el que incurrió la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

Con todo, si se observa lo manifestado por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en las comunicaciones antes referidas, esta dice lo siguiente: ***“se solicita a la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., en su rol de Fideicomitente Desarrollador el proyecto Bd Cartagena, su pronunciamiento y gestión, sobre el proceso a seguir frente al incumplimiento por parte de los Beneficiarios/Partícipes de cada uno de los diferentes etapas que no hayan realizado ningún aporte frente a las cuotas pactadas en relación a su plan de pagos, a continuación nos permitimos relacionar cada uno de los casos a la fecha por Fideicomiso: (...). Es decir que, la comunicación no se refiera a los partícipes en mora, sino a los “que no hayan realizado ningún aporte frente a las cuotas pactadas en relación a su plan de pagos”***.

De todos modos, resulta por completo sin sentido alguno que, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, le solicitara a **BD CARTAGENA S.A.S.**, **“su pronunciamiento y gestión, sobre el proceso a seguir frente al incumplimiento por parte de los Beneficiarios/Participes”**, porque la fiduciaria sabe y conoce que entre sus deberes indelegables está el de **“realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”**, siendo uno de ellos, el que está expresamente estipulado en el numeral 7.2.3., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, así: **“Proceder a la sustitución de los PARTICIPES incumplidos en los términos y condiciones establecidas en el respectivo CONTRATO DE VINCULACIÓN”**.

6. Sexto reparo. En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto **“Requerir al FIDEICOMITENTE”**, no se tuvo en cuenta que las comunicaciones de **24 de octubre de 2018**, de **16 de abril de 2019**, de **19 de junio de 2020** y de **10 de julio de 2020**, no se pueden tener como medio de prueba para acreditar o demostrar que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera dado cumplimiento a la obligación estipulada en el numeral 7.2.5., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, porque **BD CARTAGENA S.A.S.**, no se enteró de las comunicaciones referidas ya que unas no fueron envidas y otras fueron radicadas en un destinatario diferente a esta sociedad.

La sustentación del sexto reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

La comunicación de **24 de octubre de 2018**, Radicado No. **20181025-400-450582-1**, dirigida a **BD CARTAGENA S.A.S.**, bajo **“ASUNTO: Requerimiento de aporte de recursos, en cumplimiento de las obligaciones ejecución y reactivación de las obras de construcción - PATRIMONIOS AUTONOMOS PROYECTO BD CARTAGENA”**. Esta comunicación no tiene constancia de haber sido recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.** Tampoco existe constancia del envío por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, ya fuera por correo electrónico o por correo físico.

La comunicación da cuenta de una solicitud de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a **BD CARTAGENA S.A.S.**, para que esta última depositara la suma de **\$20.112.684.593**, **“con el fin de proceder con la reactivación inmediata de las obras de construcción del Proyecto BD Cartagena”**. De todos modos, lo único que la comunicación permite demostrar, no es precisamente el actuar diligente de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sino la más completa ingenuidad de la fiduciaria al suponer o dar por hecho que recibiría de **BD CARTAGENA S.A.S.**, la suma de **\$20.112.684.593**, sabiendo y conociendo dicha fiduciaria que **BD CARTAGENA S.A.S.**, no contaba con la suma referida.

Peor aún es que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debido a su falta de diligencia profesional, para la celebración del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no le exigió a **BD CARTAGENA S.A.S.**, la constitución y el otorgamiento de alguna clase de garantía para el cumplimiento de la obligación de aportar la suma de dinero solicitada **\$20.112.684.593**, como lo sería por ejemplo la suscripción de un pagaré en blanco con carta instrucción. Lo antes afirmado, se prueba con la comunicación (**201902282000054841**) que, válgase decir, no fue tenida en cuenta por la sentencia apelada.

Se trata de la comunicación de **28 de febrero de 2019**, Radicado No. **201902282000054841**, dirigida a **BD CARTAGENA S.A.S.**, bajo "**REFERENCIA: REITERACIÓN COMUNICACIÓN 03 DE ENERO DE 2019 REMISIÓN DOCUMENTACIÓN - FORMATOS DE PAGARÉS CORRESPONDIENTES A LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS QUE CONFORMAN EL PROYECTO BD CARTAGENA**", tiene sello de recibido por "**BD Promotores Colombia S.A.S.**", el **05 de marzo de 2019**, esto es que, la comunicación referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente.

La comunicación no demuestra precisamente el actuar diligente de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** Efectivamente la fiduciaria, celebró los contratos de fiducia mercantil para el **PROYECTO BD CARTAGENA**, sin exigir a **BD CARTAGENA S.A.S.**, las mínimas garantías para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de dicha sociedad, como lo eran la aceptación de los pagarés con las cartas de instrucciones que le permitieran a la fiduciaria exigir por la vía ejecutiva el pago de las sumas de dinero que **BD CARTAGENA S.A.S.**, tenía la obligación de entregar para la construcción y la dotación del **PROYECTO BD CARTAGENA**.

La comunicación de **15 de abril de 2019**, Radicado No. **201904152400161621**, dirigida a **BD CARTAGENA S.A.S.**, bajo "**ASUNTO: Estado de desarrollo y situación financiera – Proyecto BD Cartagena Beach Club – PATRIMONIOS AUTONOMOS PROYECTO BD CARTAGENA**", tiene sello de recibido por "**BD Promotores Colombia S.A.S.**", el **16 de abril de 2019**, esto es que, la comunicación referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente.

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a pesar de que no recibió respuesta de **BD CARTAGENA S.A.S.**, que en todo caso no podría haber recibido porque la comunicación no fue recibida por dicha sociedad, no actuó conforme con la advertencia, de proceder "**con las gestiones a lugar y de que trata el numeral segundo (2º) del artículo 1240 el Estatuto Mercantil, respecto de las causas de extinción de los negocios fiduciarios, ante la imposibilidad absoluta de realizarlos**".

La comunicación de **19 de junio de 2020**, Radicado No. **202006192400363811**, dirigida a **BD CARTAGENA S.A.S.**, bajo "**ASUNTO: Requerimiento de aportes de recursos para la atención de gastos del Proyecto Bd Cartagena PATRIMONIOS AUTONOMOS FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL (sic)**". Esta comunicación no tiene constancia de haber sido recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.** Tampoco existe constancia del envío por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, ya fuera por correo electrónico o por correo físico.

El Correo electrónico enviado por Diana Cedeño el viernes **10 de julio de 2020** a las **11:14 a.m.**, los correos electrónicos [<financiera@bdbacata.com>](mailto:financiera@bdbacata.com) [<vlamelas@bdbacata.com>](mailto:vlamelas@bdbacata.com), no tiene relación con el "**PROYECTO BD CARTAGENA**", porque el asunto es el siguiente: "**Solicitud de información de los Fideicomisos: Bacatá Vivienda Fase 1, Fideicomiso Bacatá Parqueaderos Fase 1, Fideicomiso Bacatá Parqueaderos Depósitos; Fideicomiso Bacatá Oficinas Fase 1**".

El común denominador es que las comunicaciones obrantes en las carpetas de los años **2018, 2019 y 2020**, allegadas con la contestación de la demanda por la

demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y entre las cuales se encuentran las comunicaciones mencionadas en la sentencia apelada (de **24 de octubre de 2018**, de **16 de abril de 2019**, de **19 de junio de 2020** y de **10 de julio de 2020**), unas, carecen de constancia de haber sido recibidas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, y otras, fueron radicadas por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en otra sociedad, **BD Promotores Colombia S.A.S.**, la cual es completamente diferente de **BD CARTAGENA S.A.S.**

Las comunicaciones de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en las que pide a **BD CARTAGENA S.A.S.**, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, como era **“depositar la suma de \$20.112.684.593, “con el fin de proceder con la reactivación inmediata de las obras de construcción del Proyecto BD Cartagena” (20181025-400-450582-1); y “el aporte de los recursos necesarios para la atención de los costos y gastos que se generen con ocasión del Proyecto” (202006192400363811)**, nunca fueron recibidas por **BD CARTAGENA S.A.S.** De todas maneras, aceptando en gracia de discusión que **BD CARTAGENA S.A.S.**, hubiera recibido las comunicaciones referidas, lo cierto es que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debiendo hacerlo, no adelantó acciones efectivas como lo serían las acciones judiciales necesarias que condujeran a lograr el aporte por **BD CARTAGENA S.A.S.**, de las sumas de dinero requeridas para la terminación de la construcción y la dotación del **PROYECTO BD CARTAGENA**.

Igualmente, cualquiera que hayan sido las comunicaciones enviadas por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a **BD CARTAGENA S.A.S.**, **“poco o nada aporta este actuar”** de la fiduciaria, teniendo en cuenta que, como ella misma lo acepta, la construcción del proyecto estaba paralizada desde comienzos del año **2018**, circunstancia que colocó al Fideicomiso, en una imposibilidad absoluta de realizar los fines para los cuales fue constituido.

En tales circunstancias, la falta de verificación por parte de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, del hecho que las comunicaciones dirigidas a **BD CARTAGENA S.A.S.**, no fueron recibidas por ella sino por otra sociedad diferente, **BD Promotores Colombia S.A.S.**, demuestra una absoluta falta de cumplimiento del deber indelegable a cargo de la fiduciaria consagrado en el numeral **1** del artículo **1234** del Código de Comercio, que consiste en **“realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”**.

Sobre el **“tema de la responsabilidad civil de las compañías fiduciarias”**, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado, entre otras, en la sentencia de siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), Magistrado Ponente, Doctor **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**, SC5430-2021, Radicación n° 05001 31 03 010 -2014 01068 01, así:

“(…)

De acuerdo con el principio de normatividad del negocio jurídico, las obligaciones de la sociedad fiduciaria emergen, en primer lugar, de las cláusulas contenidas en el acto constitutivo celebrado en virtud del principio de autonomía privada que es ley para las partes (art. 1602 C.C. y 1234 C. de Co.), y en complemento, de las normas que regulan esa tipología negocial, y de la buena fe que también es «fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles entre las partes contratantes, de acuerdo con el tipo de contrato y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes»¹⁰, como expresión de la función integradora que le confieren los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Desde el punto de vista legal, el artículo 1234 del estatuto mercantil dispone que son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: (...).

De dicha norma se desprende que la fuente primigenia de las obligaciones a cargo de la fiduciaria se halla en los acuerdos plasmados en el negocio jurídico, y desde el punto de vista legal se nutre, además, con unos deberes indelegables encaminados al cumplimiento de su buena gestión bajo un alto estándar de diligencia, lealtad, profesionalismo y transparencia.

La fiduciaria debe actuar en las diferentes fases del contrato bajo los lineamientos de la buena fe, pues conforme al artículo 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de ese modo, y por consiguiente «obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella», y conforme al canon 871 del Código de Comercio, que igualmente refiere la función integradora de la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, éstos «obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural».

Así, teniendo en cuenta que en las distintas fases de formación, celebración, desarrollo, y terminación de esta clase de negocios, la fiduciaria funge como una verdadera depositaria de la confianza otorgada por el constituyente y por los beneficiarios, respecto a que cumplirá correctamente el objeto del contrato atendiendo su capacidad administrativa y técnica en la gestión de intereses ajenos, la defraudación de esa confianza derivada de no honrar sus obligaciones o de acatarlas de manera defectuosa, va en contra también del principio de buena fe contractual por alejarse de la norma de conducta que de ella se esperaba.

(...).

En cuanto a su naturaleza, las obligaciones que contrae el fiduciario mercantil no son de resultado sino de medios, salvo disposición legal en contrario, pues a manera de prohibición general, el artículo 29.3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993- dispone que «[l]os encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley».

Que tales obligaciones sean de medios significa, en principio, que la fiduciaria solo se compromete a proporcionar aquellos adecuados para la consecución del fin del contrato, en esas condiciones, en cualquier controversia derivada de no haberse obtenido el resultado deseado y que ese fracaso se atribuya a su incumplimiento total, parcial o defectuoso, ésta podrá exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado.

No obstante, como más adelante se explicará, en estos eventos la acreditación de la diligencia supone que ésta haya sido de un grado máximo, que no es el que se espera de un hombre común, sino de un experto en negocios fiduciarios que como actividad de interés público está vigilada y controlada por el Estado, al punto que solo pueden ejercerla los profesionales acreditados y autorizados por la Superintendencia Financiera.

(...)

Ahora bien, la responsabilidad profesional no se inscribe en ninguna categoría especial, sino que se rige por los postulados generales, de ahí que pueda sostenerse que se estructura por el incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales o legales asumidos por el experto. Sin embargo, cuando está de por medio una relación jurídica convencional, la nota característica atañe al grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que se exige a quien ostenta esa connotación en un determinado campo del saber o de la técnica, de quien se espera prudencia, pericia y diligencia en la ejecución.

(...)

En ese orden, el grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), sino el de un «buen hombre de negocios», comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante.

Lo dicho, porque si es precisamente por la confianza que ese profesionalismo despierta que el constituyente acuda a la intervención de la fiduciaria para transferirle sus bienes destinados a una específica finalidad, y esa misma confianza en gran medida motiva a otros sujetos a celebrar contratos asociados que los vinculan al fideicomiso, es apenas de esperar que la sociedad especializada honre las cargas que emanan no solo del contrato sino de la ley y del principio de buena fe en cada una de las fases del convenio, desplegando una diligencia extrema encaminada a no defraudar la credibilidad que despertó en los demás contratantes.

(...)

En otros términos, la responsabilidad de la fiduciaria está ligada a su calidad de especialista en la gestión de negocios de esa naturaleza y como sus obligaciones emanan tanto de los dictados legales y contractuales pactados como de la buena fe en su función integradora del contrato, el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de su labor es el de un profesional y puesto que su gestión involucra la obligación de administrar, el de un «buen hombre de negocios».

(...).”

7. Séptimo reparo. En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto “**De la contabilidad y la obligación de rendir informes periódicos**”, no tuvo en cuenta que esos elementos corresponden a las obligaciones a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, estipuladas en el numeral 17.4., de la **CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, esto es, **Llevar la contabilidad del Fideicomiso y rendir informes periódicos de su gestión**”, en concordancia con el numeral 8 del artículo del Código de Comercio, sobre “**Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses**”.

La sustentación del séptimo reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

Sobre el punto relacionado en la sentencia apelada, que tiene que ver con “**la norma que presuntamente se desatendió**” en la contabilidad del “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no era obligación de la parte demandante, hacer referencia expresa a dichas normas porque estas debían ser de conocimiento de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en su calidad de entidad fiduciaria.

Sobre el tema, en el título “**6. RENDICIÓN DE CUENTAS E INFORMES PERIÓDICOS**” de la **PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I** de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), se consagra lo siguiente:

“6.1. Rendición de cuentas

Para los efectos previstos en el numeral 8 del art. 1234, y numeral 4 del art. 1236, ambos del C.Cio y con el propósito de mantener informados a los beneficiarios, incluidos los llamados cesionarios de beneficio, acreedores garantizados, a los fideicomitentes y/o prometientes compradores, de la suerte de los respectivos negocios fiduciarios, así como del desarrollo de la gestión que está desempeñando el fiduciario, las sociedades deben presentar rendiciones de cuentas, que deben contener:

6.1.1. Concepto

El fiduciario tiene como deber indelegable presentar al beneficiario y/o acreedor garantizado así como al fideicomitente (sin perjuicio de que contractualmente puedan ampliarse los destinatarios) un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, justificando, argumentando y demostrando el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley.

Por lo tanto, la rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los soportes que documenten la información presentada.

6.1.2. Carácter indelegable

La rendición de cuentas es un deber indelegable en terceras personas u órganos del fideicomiso, pues el fideicomitente ha depositado su confianza en el profesionalismo del fiduciario para la realización de la gestión, por lo cual le corresponde rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones personalmente, entre otras razones, como administrador de los bienes fideicomitados. En tal virtud, es a la sociedad fiduciaria a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el acto constitutivo y en la ley.

6.1.3. Periodicidad de las rendiciones de cuentas

Corresponde a las sociedades fiduciarias rendir cuentas tanto a los beneficiarios, acreedores garantizados, a los fideicomitentes y/o prometientes compradores, dependiendo del subtipo de negocio y el destinatario de la misma con una periodicidad mínima de 6 meses contados a partir de la celebración del negocio

fiduciario, sin perjuicio de que contractualmente pueda establecerse una periodicidad menor.

La rendición de cuentas debe ser remitida al (los) beneficiario(s) a más tardar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de corte que se está informando. En todo caso, las sociedades fiduciarias deben dejar constancia de envío y recibo de las rendiciones de cuentas emitidas en desarrollo de sus obligaciones. (...)

La sentencia apelada señala lo siguiente: “*Con todo, se destaca que, pese a esa ambigüedad, la FIDUCIARIA presentó un **dictamen pericial financiero** (carpeta 65), en el que el experto tras revisar los estados financieros de los años 2017 a 2020 del FIDEICOMISO, no mencionó haber encontrado falla contable alguna.*”.

El “**dictamen pericial financiero**”, referido en la sentencia apelada corresponde al “**INFORME FINANCIERO FIDEICOMISO FA 2941 BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL SOLICITANTE ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA**”, sin embargo, dicho dictamen no se puede tener como la prueba del cumplimiento de la obligación a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, porque conforme al artículo 1234 del Código de Comercio, el deber de “**Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses**”, es indelegable, circunstancia que está confirmada con lo consagrado en la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), así:

“6.1.2. Carácter indelegable

La rendición de cuentas es un deber indelegable en terceras personas u órganos del fideicomiso, pues el fideicomitente ha depositado su confianza en el profesionalismo del fiduciario para la realización de la gestión, por lo cual le corresponde rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones personalmente, entre otras razones, como administrador de los bienes fideicomitidos. En tal virtud, es a la sociedad fiduciaria a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el acto constitutivo y en la ley.

Pero si de algo sirve el “**INFORME FINANCIERO FIDEICOMISO FA 2941 BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL SOLICITANTE ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA**”, es precisamente para demostrar el incumplimiento de la demandada de la obligación de “**Llevar la contabilidad del Fideicomiso**”, porque según el informe se encontró que a la “**Fecha de corte 31/12/2020**” de los “**Aportes inversionistas**” calculado en la suma de \$94.363.854.667, los “**Costos Legalizados**” ascendieron únicamente a la suma de \$72.710.789.498, mientras que los costos no legalizados que se llama “**Anticipo de contratos**”, asciende a la suma de \$17.645.179.180. Esto significa en términos sencillos que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, tiene por legalizar la suma de \$17.645.179.180, esto es, sin saber o sin conocer cuál es el paradero o el destino de esa suma de dinero que, valga decir, jamás podrá ser legalizada por la simple razón que la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, fue sometida a liquidación judicial (**Auto No. 15611 del 20 de octubre de 2022**, de la **Superintendencia de Sociedades**, inscrita en la **Cámara de Comercio** el **23 de diciembre de 2022** con el **No. 02913790 del Libro IX**).

La presencia de la suma de \$17.645.179.180 de “**Anticipo de contratos**”, esto es, por legalizar, permite confirmar la hipótesis de otro de los incumplimientos

imputables a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que consiste en haber girado dicha suma de dinero sin la autorización del **INTERVENTOR**.

Efectivamente si la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, entregó la suma de **\$17.645.179.180** de "**Anticipo de contratos**", no se puede considerar válidamente que haya cumplido con su obligación de "**Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses**", porque no existe comprobación de cuál fue el destino de la suma referida.

Ya se mencionó que, "*Por lo tanto, la rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los soportes que documenten la información presentada*".

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, con la contestación de la demanda, no acompañó "**los soportes que documenten la información presentada**" esto es, para acreditar cuál fue el destino final de los "**Aportes inversionistas**" calculado en la suma de **\$94.363.854.667**, en la cual está incluida la suma de **\$17.645.179.180** de "**Anticipo de contratos**", esto es, sin legalizar.

En la sentencia apelada se intenta dar por demostrado que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, cumplió con la obligación de "**Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses**", con lo siguiente:

*"Informes que se rindieron con la periodicidad anotada, los cuales constan en la carpeta "**Prueba No. 12. INFORMES DE GESTIÓN FIDEICOMISO**" de las pruebas de contestación de la demanda. Inclusive, muchos de ellos se aportaron como anexo de la misma demanda folios 299 y siguientes del expediente*".

Con la demanda se allegaron los siguientes documentos:

Copia del documento de **diciembre 31 de 2019**, titulado "**INFORME DE GESTIÓN-PARTÍCIPIES**" del "**Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", del periodo comprendido entre **01/07/2019** y el **31/12/2019**, expedido por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Archivo en PDF: Rendición de Cuentas J2019 julio 1 a Dic 31, páginas 9) (Clave: 70105413).

Copia del documento de **junio 30 de 2019**, titulado "**INFORME DE GESTIÓN-PARTÍCIPIES**" del "**Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", del periodo comprendido entre el **01/01/2019** y el **30/06/2019**, expedido por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Archivo en PDF: Rendición de Cuentas 2019 enero 1 a Jun 30, páginas 9) (Clave: 70105413).

Copia del documento de **2 de enero 2019**, titulado "**INFORME DE GESTIÓN-PARTÍCIPIES**" del "**Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", del periodo comprendido entre el **01 de julio de 2018** y el **31 de diciembre de 2018**, expedido por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Archivo en PDF: Rendición de Cuentas 2018 Julio 1 a Dic 31, páginas 9).

Copia del documento, titulado "**INFORME DE GESTIÓN-PARTÍCIPIES**" del "**Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-**

HOTEL", del periodo comprendido entre el **01 de enero de 2018** y el **30 de junio de 2018**, expedido por **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Archivo en PDF: **Rendición de Cuentas 2018 enero 1 a Jun 31, páginas 9**).

Copia del documento, titulado **"INFORME DE GESTIÓN-PARTÍCIPES"** del **"Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, del periodo comprendido entre el **01 de julio 2017** y **31 de diciembre 2017**, expedido por **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Archivo en PDF: **Rendición de Cuentas 2017 Julio 1 a Dic 31, páginas 8**).

Copia del documento, titulado **"INFORME DE GESTIÓN-PARTÍCIPES"** del **"Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, del periodo comprendido entre el **01 de enero 2017** y **30 de junio 2017**, expedido por **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Archivo en PDF: **Rendición de Cuentas 2017 enero 1 a Jun 30, páginas 9**).

Sin embargo, ninguno de dichos informes, cumple con el deber de **"reflejar plenamente el estado económico"** **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, así por ejemplo en ellos, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no informó que de los **"Aportes inversionistas"** calculado en la suma de **\$94.363.854.667**, existía la suma de **\$17.645.179.180** de **"Anticipo de contratos"**, esto es, sin legalizar; la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no informó que el proyecto tuviera una falta de recursos por la suma de **\$20.112.684.593**, **"con el fin de proceder con la reactivación inmediata de las obras de construcción del Proyecto BD Cartagena"**; y de manera particular la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no informó cuál fue el destino de la suma de **\$331.750.000**, aportada por las personas demandantes.

Sin lugar a dudas la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, tenía conocimiento de la ocurrencia de hechos graves que incidían negativamente a en el desarrollo normal del **"Proyecto BD Cartagena"**, pero en los informes nunca señaló las medidas correctivas adoptadas, que debía tomar en cumplimiento de sus funciones como fiduciaria. Por esta razón, no le asiste la razón en la sentencia apelada cuando afirma que, **"Bajo este escenario, no se advierte el incumplimiento que se aclama, pues la FIDUCIARIA siempre tuvo a los PARTICIPES al tanto de la información que le incumbía suministrar"**.

Por el contrario, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, les hizo creer a los inversionistas del PROYECTO inmobiliario denominado **"BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, entre ellos, a las personas demandantes, que todo estaba marchando bien, así:

"14 HECHOS RELEVANTES QUE AFECTEN EL PROYECTO Y LAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO FRENTE A LOS MISMOS.

Entre el periodo del 01 de Julio a 31 de Diciembre de 2017 no se han evidenciado situaciones que presenten riesgo en el proyecto". (INFORME DE GESTIÓN - PARTICIPES FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB - HOTEL Para el periodo comprendido entre el 01/07/2017 y el 31/12/2017) (Contestación de la demanda Prueba No. 12. **INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO**).

Posteriormente y en el siguiente informe, la demanda **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, les hizo creer a los inversionistas del PROYECTO inmobiliario denominado **"BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, entre ellos, a las

personas demandantes, que el manejo de las sumas de dinero aportadas por los inversionistas estaban siendo bien destinadas, esto es que, **BD CARTAGENA S.A.S.**, no manejaba los recursos del proyecto, lo que se debe entender que el manejo directo de ellos lo hacía la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, así:

“En ese contexto, el proyecto BD Cartagena actualmente se encuentra en fase de desarrollo y ejecución de su construcción, la cual está a cargo de la constructora PRABYC INGENIEROS S.A.S., con un contrato integral. La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto.

En los términos de los Contrato de Fiducia Mercantil a través de los cuales se estructura el proyecto, los recursos aportados por los Partícipes / Beneficiarios son girados a la constructora, con una destinación específica la cual es el desarrollo y ejecución de la construcción del proyecto BD Cartagena, previa autorización expresa de una Interventoría Técnica”. (INFORME DE GESTIÓN – PARTICIPESFA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL, Para el período comprendido entre el 01/01/2018 y el 30/06/2018) (Contestación de la demanda Prueba No. 12. INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO).

En otro informe la demanda **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, se expresa lo siguiente:

“Con esa finalidad, Acción Fiduciaria ha requerido a las partes involucradas en el desarrollo del Proyecto BD Cartagena Beach Club, esto es PRABYC INGENIEROS S.A.S., en su rol de constructor responsable de las obras del proyecto, y BD CARTAGENA S.A.S., como promotor y desarrollador del mismo; buscando planes de acción que garanticen la continuidad y terminación de la obra, salvaguardando los recursos depositados por los Partícipes y Beneficiarios, el cumplimiento de los objetos de los contratos fiduciarios y la protección de los bienes fideicomitidos”. (INFORME DE GESTIÓN – PARTICIPES Bogotá D.C., 22 de enero 2019. FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL Para el período comprendido entre el 01/07/2018 y el 31/12/2018). (Contestación de la demanda Prueba No. 12. INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO).

En el **INFORME DE GESTIÓN – PARTICÍPES FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL** Para el período comprendido entre el 01/01/2019 y el 30/06/2019 (Contestación de la demanda **Prueba No. 12. INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO**), la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, dice lo siguiente:

“(..)

11 HECHOS RELEVANTES QUE AFECTEN EL PROYECTO Y LAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO FRENTE A LOS MISMOS

ACCIÓN FIDUCIARIA como vocera y administradora del Fideicomiso, ha venido presentando diversos requerimientos a la sociedad BD CARTAGENA S.A.S, a efectos de que formulen propuestas serias para la solución integral y mitigación de los riesgos y situación actual del Proyecto BD Cartagena Beach Club, que permitan el cumplimiento del objeto de los negocios fiduciarios, y la culminación exitosa del mismo.

Frente a las propuestas presentadas, es necesario referir que las mismas no establecen mecanismos reales y soportados que permitan dar soluciones definitivas a escenarios como (i) Los retrasos en las fechas de entrega del proyecto, (ii) Retrasos en la culminación de la construcción y dotación del proyecto, (iii) La falta de control, estudio, y adecuada gestión de la cartera del proyecto, (iv) El no aporte de los recursos necesarios para la culminación del proyecto,

Luego, al corte de la presente rendición, a pesar de los diferentes requerimientos presentados por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera y administradora de los Fideicomisos que conforman el Proyecto BD Cartagena Beach Club, a la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., como Fideicomitente Promotor y Desarrollador del proyecto, es importante señalar que el proyecto aún presenta problemáticas respecto de:

- i. Los retrasos en las fechas de entrega del proyecto,*
- ii. Retrasos en la culminación de la construcción y dotación del proyecto,*
- iii. Falta de control, estudio, y adecuada gestión de la cartera del proyecto,*
- iv. El no aporte de los recursos necesarios para la culminación del proyecto,*
- v. Incertidumbre frente al estado actual para de la culminación de las obras constructivas del proyecto y la falta de ingreso para el desarrollo del mismo.*
- vi. La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos.***

*De las problemáticas aquí referidas, y ante la imposibilidad de generación de planes de acción y reactivación del proyecto por parte de BD Cartagena S.A.S., como Promotor y Desarrollador del mismo; derivan en la imposibilidad de dar cumplimiento al objeto y finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel, todo lo cual ha sido puesto en conocimiento de la sociedad Fideicomitente.
(...)"*

En el informe anterior, tiene especial relevancia el aspecto relacionado con "***La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos***". Parece muy extraño, que se produzca "***La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos***", cuando apenas unos meses anteriores, la fiduciaria había informado lo siguiente: "***En ese contexto, el proyecto BD Cartagena actualmente se encuentra en fase de desarrollo y ejecución de su construcción, la cual está a cargo de la constructora PRABYC INGENIEROS S.A.S., con un contrato integral. La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto***".

Según lo dicho por la demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., acerca de que "***La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto***", se debe señalar que entonces el manejo de los recursos del ***proyecto BD Cartagena*** los hacía directamente la fiduciaria y siendo así las cosas, por qué se produce "***La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos***", si los pagos los debió hacer directamente la demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a la referida sociedad ***PRABYC INGENIEROS***.

Todo lo anteriormente expuesto lleva necesariamente a sostener que la demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., no cumplió con la obligación de "***Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses***" y que no

cumplió con la obligación de **Llevar la contabilidad del Fideicomiso y rendir informes periódicos de su gestión**.

8. Octavo reparo. En la sentencia recurrida al desarrollar el aspecto ***“Del pago de los impuestos de los inmuebles”***, no tuvo en cuenta que efectivamente le correspondía a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, pagar los impuestos, porque según la propia versión de la fiduciaria, ***“La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto”***.

La sustentación del octavo reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

Efectivamente, como lo sostiene la sentencia apelada, ***“De acuerdo con la respuesta de la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena (doc. 52) se observa que, en efecto, los inmuebles que pertenecen a los fideicomisos LOTE 1 y LOTE 2, representados por ACCIÓN FIDUCIARIA, tienen deudas por concepto de impuesto predial desde el año 2017”***. Sin embargo, no se pueden aceptar las razones expuestas en la sentencia apelada, para exonerar a la demandada fiduciaria, del cumplimiento de la obligación estipulada en el **17.5., de la CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que consiste en **“Cancelar con los recursos del FIDEICOMISO los impuestos que recaigan sobre los bienes del FIDEICOMISO presentando las declaraciones de auto avalúo por los valores que al efecto le indique el COMITÉ DE BENEFICIARIOS”**.

Según la sentencia apelada, ***“De este modo, comoquiera que no se acreditó que los FIDEICOMISOS tuvieran los fondos económicos para pagar los impuestos generados por los inmuebles de su propiedad, lo que de cara a la falta de liquidez a la que se aludió en curso de todo el proceso es poco probable, es indefectible concluir que quien incumplió la obligación fue el FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S. y no la FIDUCIARIA en nombre de los FIDEICOMISOS”***.

La parte demandante, no tenía la carga de la prueba de acreditar ***“que los FIDEICOMISOS tuvieran los fondos económicos para pagar los impuestos generados por los inmuebles de su propiedad, lo que de cara a la falta de liquidez a la que se aludió en curso de todo el proceso es poco probable”***.

Igualmente, no corresponde con la realidad contractual que fuera el **FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S.**, quien incumplió la obligación de pagar los impuestos, porque conforme al numeral **17.5., de la CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, es obligación de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** De todas maneras, según la fiduciaria ***“La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto”***, de tal forma que no podría exigir de dicho sujeto que pagara los impuestos ***“con los recursos del FIDEICOMISO***, porque dicha fiduciaria, tenía el manejo y el acceso a dichos recursos. Y si se aceptara la hipótesis que el fideicomiso no tuviera recursos para pagar los impuestos, le correspondía a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, conseguir por conducto de **BD CARTAGENA S.A.S.**, las sumas de dinero para ese propósito, y en la contestación de la demanda, no existe medio de prueba por el cual se demuestre el actuar diligente de la fiduciaria en ese punto.

9. Noveno reparo. La sentencia apelada, desconoce la regulación legal sobre los efectos de la resolución de los contratos bilaterales, consagrada en el artículo **1546** del Código Civil, en concordancia con lo consagrado para las restituciones mutuas, consagradas en el artículo **1746** del Código de Civil, normas estas que son aplicables para el caso de la resolución de los contratos de vinculación que son objeto de la demanda.

La sustentación del noveno reparo para que se tenga en cuenta y se tramite ante el superior, es la siguiente:

Según el **1546 del Código Civil**, *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

El **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, celebrado por los demandantes, está cobijado para el concepto de la **“bilateralidad”**, con la particular circunstancia que son los extremos contractuales, en lo que tiene que ver con las demandadas, tres sujetos, a saber: **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que actuó en calidad de **FIDUCIARIA** del **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y como la vinculación fue a un negocio fiduciario, fue convocada al proceso además como fiduciaria del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA” “FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**. En la sentencia apelada, se expresó que no era procedente la pretensión de inexistencia del contrato de vinculación, por la circunstancia que entre los contratos aquí mencionados, se produce el **“fenómeno conocido como la coligación negocial o contratos coligados”**. Pero además a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, se convocó al proceso, a título personal, directo o por sus propios actos y para que responda por ellos y con su propio patrimonio. El otro sujeto contractual demandado es **BD CARTAGENA S.A.S.**

Las circunstancias antes mencionadas, tienen connotaciones jurídicas como consecuencia de la resolución del contrato de vinculación, derivadas de los efectos que generó dicho contrato de vinculación, mientras estuvo vigente, connotaciones que no están especialmente consagradas en normas especiales o del Código Civil o del Código de Comercio y que requieren de lo que se puede denominar como una solución creativa para resolver el asunto litigioso.

La celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, produjo un primer efecto que fue la entrega de los aportes por las personas demandantes que, en total ascendió a la suma de **\$331.750.000 (FRANCISCO JAVIER RAMIREZ ZAPATA y GLORIA MARIA ORTEGA BERRIO, la suma de \$236.000.000; CECILIA MARTINEZ MAYORGA y JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ, la suma de \$33.750.000; JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ y OSCAR RICARDO SEPULVEDA MARTINEZ, la suma de \$62.000.000.**

El segundo efecto que produjo la celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, con base en el numeral **2.3.**, de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, fue habilitar a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para que **“Reciba**

y administre para el FIDEICOMISO los recursos que aporten LOS PARTICIPES". Lo que efectivamente sucedió porque la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, recibió de las personas demandantes por concepto de aportes la suma total de **\$331.750.000**.

El tercer efecto que produjo la celebración del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, con base en el numeral **2.4.**, de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, es que las sumas de dinero aportadas por las personas demandantes, se debía destinar para el desarrollo del PROYECTO inmobiliario denominado **"BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, el cual, conforme a lo probado en el proceso, se desarrollaría en tres inmuebles a saber: la Matrícula: **060-112873** y la Matrícula **060-113064**, que figuran como propiedad del **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**; la Matrícula **060-28660**, que figura como propiedad del **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**, pero que, como se demostró también en el proceso, ninguna de los tres inmuebles antes identificados, forma parte del **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, frente al cual se llevó a cabo la vinculación de las personas demandantes, como consecuencia de la celebración del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**.

Lo anterior nos lleva a plantear el cuarto efecto que produjo la celebración del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** que consiste en la afectación desde el punto de vista económico positivo, que se produjo en los tres patrimonios autónomos referidos (**"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**), porque de las sumas de dinero aportadas por los partícipes destinadas al primer patrimonio (**"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**) se predica que fueron levantadas construcciones en los inmuebles del segundo y tercer patrimonios autónomos (**"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**).

Lo anterior implica qué, incluso en el escenario como fue resuelto el asunto litigioso en la sentencia apelada, esto es, declarando el incumplimiento del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** únicamente contra la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, y quedando a salvo la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en su nombre propio, como así se resolvió, la condena al pago a favor de los demandantes de las sumas de dinero **"a título de restitución de los dineros recibidos en virtud de los CONTRATOS DE VINCULACIÓN resueltos"**, la sentencia debió hacerla extensiva, además de contra la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, contra la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera y administradora de los patrimonios autónomos, **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**, porque al margen que la fiduciaria no hubiera sido declarada culpable por el incumplimiento de sus obligaciones, de todas maneras fue **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, quien recibió y administró **"para el FIDEICOMISO [BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL] los recursos que aportaron LOS PARTICIPES"**, recursos que, si se permite la expresión, fueron a parar, afectando así económica y positivamente a los tres patrimonios autónomos ya referidos (**"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, **"FIDEICOMISO**

PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”), con la construcción aunque fallida e incompleta que se alcanzó a levantar. Por lo tanto, esos tres patrimonios autónomos, como consecuencia de que recibieron un efecto económico derivado de la celebración del contrato de vinculación, como consecuencia de la resolución del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, deben ser sometidos por vía de la sentencia judicial, a **“las restituciones mutuas”** de que trata el artículo 1746 del Código Civil, esto es **“para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato”** que se declaró resuelto.

Las personas demandantes, como consecuencia de la celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, y por el pago de las sumas de dinero aportadas para el fallido proyecto inmobiliario, no recibieron absolutamente nada, en contraprestación, de ninguno de los tres patrimonios autónomos (**“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**), razón por la cual, aquellas personas demandantes, nada están obligadas a restituir a favor de los patrimonios autónomos mencionados, como consecuencia de la resolución del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. Y valga decir, para todos los efectos a que haya lugar que, las personas demandantes, no recibieron absolutamente nada de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en su condición de demandada directa, como no recibieron nada de la ya condenada demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**

Por lo anteriormente expuesto, en el hipotético caso en que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en forma directa como entidad fiduciaria, no fuera declarada que incumplió las obligaciones a su cargo, la condena a la restitución de las sumas de dinero pagadas por las personas demandantes que, ya está decretada contra la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, se deberá hacer extensiva contra los tres patrimonios autónomos demandados, esto es, contra el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, cuya vocera y administradora es **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, porque las sumas de dinero aportadas por las personas demandantes quedaron puestas en las construcciones, aunque incompletas, que se alcanzaron a levantar sobre los tres inmuebles ya mencionados (**060-112873, 060-113064 y 060-28660**) que forman parte de los patrimonios autónomos ya mencionados. La solución aquí reclamada se fundamenta en que la fiducia mercantil, no está instituida legalmente para defraudar los derechos económicos de quienes intervienen en ella, como fideicomitente o beneficiarios, sino como así lo consagra el artículo 1226 del Código de Comercio, **“para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”**.

SOLICITUDES

Con base en todo lo anteriormente expuesto, se solicita lo siguiente:

Primera. Recovar el numeral **“CUARTO”** de la sentencia apelada de **22 de septiembre de 2023**, mediante el cual se dispuso que **“SE NIEGAN las pretensiones de la demanda dirigidas en contra de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en su doble calidad, por las razones explicadas en la parte motiva”**, para que en su reemplazo se declare que **ACCION SOCIEDAD**

FIDUCIARIA S.A., en su calidad de fiduciario, incumplió las obligaciones estipuladas a su cargo, en los siguientes contratos:

A. CONTRATOS DE VINCULACIÓN

1. El "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" (FIDI SMART-FDS1378 + FDS1379 + FDS1380 + FDS1381 REFERENCIA No. 1650003100), suscrito el 1 de septiembre de 2016, con FRANCISCO JAVIER RAMIREZ ZAPATA y con GLORIA MARIA ORTEGA BERRIO.

2. El "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" (FIDI BEACH-FDB2167 REFERENCIA No. 1200054571), suscrito el 10 de mayo de 2016, con CECILIA MARTINEZ MAYORGA y con JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ.

3. El "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" (FIDI SMART-FDS1108 REFERENCIA No. 1200055772), suscrito el 3 de marzo de 2016, con JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ y con OSCAR RICARDO SEPULVEDA MARTINEZ.

B. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL

"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", celebrado entre BD CARTAGENA S.A.S., como EL FIDEICOMITENTE y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como LA FIDUCIARIA, mediante el documento privado de "veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014".

"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", celebrado entre BD CARTAGENA S.A.S., como EL FIDEICOMITENTE y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como LA FIDUCIARIA, mediante el documento privado de "veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014".

"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA", celebrado entre JOSE FONT BARCELO, como EL FIDEICOMITENTE y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como LA FIDUCIARIA, mediante el documento privado de 21 de mayo de 2014.

Segunda. Condenar a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a título personal, directo o por sus propios actos y para que responda por ellos y con su propio patrimonio, a que, en el término de cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, pague a los demandantes las siguientes sumas a título de restitución de los dineros recibidos en virtud de los CONTRATOS DE VINCULACIÓN resueltos, así:

1. Por la suma de **\$236.000.000**, a favor de **FRANCISCO JAVIER RAMIREZ ZAPATA** y de **GLORIA MARIA ORTEGA BERRIO**, con relación al negocio jurídico, "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" (FIDI SMART-FDS1378 + FDS1379 + FDS1380 + FDS1381 REFERENCIA No. 1650003100).

1.1. Por la suma de dinero que resulte, por concepto de la indexación o actualización con base en el índice de precios al consumidor certificado por el **DANE**, aplicada sobre cada una de las sumas de dinero correspondientes a las cuotas mensuales que, **FRANCISCO JAVIER RAMIREZ ZAPATA** y **GLORIA MARIA ORTEGA BERRIO**, pagaron o entregaron, directamente, a favor de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desde cada una de las fechas identificadas en el cuadro "**Anexo Uno**" "**Cronograma de entrega de recursos**", de la cláusula "**SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS**", del documento titulado "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**" (**FIDI SMART-FDS1378 + FDS1379 + FDS1380 + FDS1381 REFERENCIA No. 1650003100**) y hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución, el reembolso o el reintegro, de las sumas de dinero mencionadas, a favor de las personas demandantes.

2. Por la suma de **\$33.750.000**, que estimo razonadamente bajo juramento, a favor de **CECILIA MARTINEZ MAYORGA** y de **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ**, con relación al negocio jurídico, "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**" (**FIDI BEACH-FDB2167 REFERENCIA No. 1200054571**).

2.1. Por la suma de dinero que resulte, por concepto de la indexación o actualización con base en el índice de precios al consumidor certificado por el **DANE**, aplicada sobre cada una de las sumas de dinero correspondientes a las cuotas mensuales que, **CECILIA MARTINEZ MAYORGA** y **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ**, pagaron o entregaron, directamente, a favor de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desde cada una de las fechas identificadas en el cuadro "**Anexo Uno**" "**Cronograma de entrega de recursos**", de la cláusula "**SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS**", del documento titulado "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**" (**FIDI BEACH-FDB2167 REFERENCIA No. 1200054571**) y hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución, el reembolso o el reintegro, de las sumas de dinero mencionadas, a favor de las personas demandantes.

3. Por la suma de **\$62.000.000**, que estimo razonadamente bajo juramento, a favor de **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ** y de **OSCAR RICARDO SEPULVEDA MARTINEZ**, con relación al negocio jurídico, "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**" (**FIDI SMART-FDS1108 REFERENCIA No. 1200055772**).

3.1. Por la suma de dinero que resulte, por concepto de la indexación o actualización con base en el índice de precios al consumidor certificado por el **DANE**, aplicada sobre cada una de las sumas de dinero correspondientes a las cuotas mensuales que, **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ** y **OSCAR RICARDO SEPULVEDA MARTINEZ**, pagaron o entregaron, directamente, a favor de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desde cada una de las fechas identificadas en el cuadro "**Anexo Uno**" "**Cronograma de entrega de recursos**", de la cláusula "**SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS**", del documento titulado "**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**" (**FIDI SMART-FDS1108 REFERENCIA No. 1200055772**) y hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución, el reembolso o el reintegro, de las sumas de dinero mencionadas, a favor de las personas demandantes.

Tercera. Recovar el numeral "**SÉPTIMO**" de la sentencia apelada de **22 de septiembre de 2023**, mediante el cual se dispuso que "**SE CONDENA EN COSTAS**

a los demandantes en favor de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** Por concepto de agencias en derecho téngase en cuenta la suma de **QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15'000.000)**, para que en su reemplazo se condene a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a título personal, directo o por sus propios actos y para que responda por ellos y con su propio patrimonio, a pagar las costas a favor de las personas demandantes.

Cuarta. En el evento en que fuera confirmado el numeral CUARTO de la sentencia apelada de 22 de septiembre de 2023, se solicita modificar la sentencia para que se incluya las siguientes condenas.

1. Condenar a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en calidad de vocera y administradora de los siguientes patrimonios autónomos **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, a que, en el término de cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, pague a los demandantes las siguientes sumas a título de restitución de los dineros recibidos en virtud de los **CONTRATOS DE VINCULACIÓN** resueltos, así:

1.1. Por la suma de **\$236.000.000**, a favor de **FRANCISCO JAVIER RAMIREZ ZAPATA** y de **GLORIA MARIA ORTEGA BERRIO**, con relación al negocio jurídico, **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** (FIDI SMART-FDS1378 + FDS1379 + FDS1380 + FDS1381 REFERENCIA No. 1650003100).

1.1.1. Por la suma de dinero que resulte, por concepto de la indexación o actualización con base en el índice de precios al consumidor certificado por el **DANE**, aplicada sobre cada una de las sumas de dinero correspondientes a las cuotas mensuales que, **FRANCISCO JAVIER RAMIREZ ZAPATA** y **GLORIA MARIA ORTEGA BERRIO**, pagaron o entregaron, directamente, a favor de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desde cada una de las fechas identificadas en el cuadro **“Anexo Uno” “Cronograma de entrega de recursos”**, de la cláusula **“SEGUNDA.- ENTREGA DE RECURSOS”**, del documento titulado **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** (FIDI SMART-FDS1378 + FDS1379 + FDS1380 + FDS1381 REFERENCIA No. 1650003100) y hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución, el reembolso o el reintegro, de las sumas de dinero mencionadas, a favor de las personas demandantes.

1.2. Por la suma de **\$33.750.000**, que estimo razonadamente bajo juramento, a favor de **CECILIA MARTINEZ MAYORGA** y de **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ**, con relación al negocio jurídico, **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** (FIDI BEACH-FDB2167 REFERENCIA No. 1200054571).

1.2.1. Por la suma de dinero que resulte, por concepto de la indexación o actualización con base en el índice de precios al consumidor certificado por el **DANE**, aplicada sobre cada una de las sumas de dinero correspondientes a las cuotas mensuales que, **CECILIA MARTINEZ MAYORGA** y **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ**, pagaron o entregaron, directamente, a favor de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desde cada una de las fechas identificadas en el cuadro **“Anexo Uno” “Cronograma de entrega de recursos”**, de la cláusula **“SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS”**, del documento titulado **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** (FIDI

BEACH-FDB2167 REFERENCIA No. 1200054571) y hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución, el reembolso o el reintegro, de las sumas de dinero mencionadas, a favor de las personas demandantes.

1.3. Por la suma de **\$62.000.000**, que estimo razonadamente bajo juramento, a favor de **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ** y de **OSCAR RICARDO SEPULVEDA MARTINEZ**, con relación al negocio jurídico, **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** (FIDI SMART-FDS1108 REFERENCIA No. 1200055772).

1.3.1. Por la suma de dinero que resulte, por concepto de la indexación o actualización con base en el índice de precios al consumidor certificado por el **DANE**, aplicada sobre cada una de las sumas de dinero correspondientes a las cuotas mensuales que, **JUAN CARLOS SEPULVEDA MARTINEZ** y **OSCAR RICARDO SEPULVEDA MARTINEZ**, pagaron o entregaron, directamente, a favor de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, desde cada una de las fechas identificadas en el cuadro **"Anexo Uno"** **"Cronograma de entrega de recursos"**, de la cláusula **"SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS"**, del documento titulado **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** (FIDI SMART-FDS1108 REFERENCIA No. 1200055772) y hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución, el reembolso o el reintegro, de las sumas de dinero mencionadas, a favor de las personas demandantes.

2. Condenar a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en calidad de vocera y administradora de los siguientes patrimonios autónomos **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**, a pagar las costas a favor de las personas demandantes.

Cordialmente,

Luis Angel Mendoza Salazar

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR

C.C. 74242450 de Moniquirá

T.P. 85.393 del C.S.J.

Carrera 14 # 94 A 24 Oficina 305 Edificio Acocentro 94 P.H., Bogotá, D.C.

Correo electrónico: <abogadolams@gmail.com>

Teléfonos: 3164453056

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO RV: Proceso 11001310304020210048301.
Sustentación recurso de apelación.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 28/11/2023 13:08

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

 1 archivos adjuntos (203 KB)

231121P1212. Alegato de conclusión. TSB.docx.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO

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: Henry Alberto Dueñas Barreto <abogadohadb@gmail.com>

Enviado: martes, 28 de noviembre de 2023 13:00

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; mbajurista@gmail.com <mbajurista@gmail.com>

Asunto: Proceso 11001310304020210048301. Sustentación recurso de apelación.

Honorables Magistrada
AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá

Por este medio allego escrito contentivo de la sustentación del recurso de apelación en el proceso de la referencia. En tiempo.

--

Cordial saludo,

Henry Alberto Dueñas Barreto
Correo para notificaciones: abogadohadb@gmail.com
Móvil: 3225143722



Remitente notificado con

[Mailtrack](#)



Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

HONORABLE AÍDA VICTORIA LOZANO RICO

Magistrada Ponente

E. S. D.

Proceso: **ORDINARIO. RESPONSABILIDAD MÉDICA**
N.º de radicación: **11001 3103 040 2021 00483 01**
Demandante(s): **SARA LUCÍA CUELLAR TORRES**
Demandados(as): **JORGE ALBERTO PERALTA ARANGO**
Asunto: **SUSTENTACIÓN. RECURSO DE APELACIÓN.**

HENRY ALBERTO DUEÑAS BARRETO, identificado con C. de C. # 6.761.374, portador de la T. P. # 75.873 del C. S. de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial del demandado **JORGE ALBERTO PERALTA ARANGO**, por medio de este escrito proceso a sustentar ante Su Señoría el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2023, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, concedida por ese Despacho Judicial y admitida por esta Superioridad. Lo hago en los siguientes términos.

I. OPORTUNIDAD

Me encuentro en término para sustentar el recurso, dado que el auto admisorio del mismo, de fecha 15 de noviembre de 2023, se notificó por estado el pasado 16 de noviembre y quedó ejecutoriado el 21 de noviembre siguiente en los términos del artículo 302 del Código General del Proceso, Luego estoy en el rango previsto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

II. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA

Los reparos a la sentencia de primera instancia, formulados al interponer el recurso de apelación, fueron los que a continuación se transcriben.

- 1.- El juzgado basó su decisión básicamente, en un marco teórico, dándole valor de certeza a las manifestaciones de la demandante y restándole a lo dicho por el demandado.*
- 2.- El Juzgado apreció indebidamente la prueba documental presentada por la parte actora, sobre el valor de los perjuicios, por tratarse de documentos que no guardan relación con los perjuicios reclamados, como gastos sin causa definida, pasajes de avión por viales personales a Colombia para actividades ajenas al proceder y tratamiento que le dispensaba el demandado y documentos que no enseñan quien los suscribe, ni muestran la función del gasto. Es decir, le dio valor probatorio a documentos que no lo tienen, además de no conocerse el origen de los mismos en algunos casos.*
- 3.- El Juzgado apreció indebidamente el dictamen pericial y las explicaciones del auxiliar de la justicia en audiencia, lo que lo llevó a conclusiones erradas sobre la real situación de la relación médico paciente.*
- 4.- El juzgado tergiversó el papel probatorio que deben asumir las partes, por una indebida concepción de la carga dinámica de la prueba y sí dio primordial importancia a las manifestaciones de la demandante, como sus dolencias de salud y afectación moral, sin desechar la intención de la demandante, de derivar de un tratamiento odontológico, enfermedades que no guardan relación con el mismo.*
- 5.- El Juzgado desconoció la importancia y necesidad imperativa del nexo causal entre la culpa y el daño, al no tener en cuenta que la demandante se hacía tratar indistintamente por varios profesionales, en lugares diferentes al territorio nacional y/o en instituciones extranjeras y nacionales diferentes al consultorio del demandado. En síntesis, no determinó de manera objetiva la relación causal del daño reclamado.*

6.- En ese orden, el Juzgado derivó las consecuencias del daño a la salud oral de la demandante, de manera automática, con respecto al tratamiento hecho por profesionales en el extranjero, sin conocimiento del odontólogo demandado.

7.- El juzgado interpretó indebidamente la sentencia proferida el 17 de marzo de 2019 por el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA ODONTOLÓGICA porque en ese trámite se absolvió clínicamente a mi defendido y se lo condenó administrativamente por la falta del consentimiento informado, signado por la demandada. En ese orden, asignó a ese fallo disciplinario, una condición de cosa juzgada sobre aspectos que no tienen que ver con lo discutido en el proceso ordinario civil, ni tal decisión es prueba de culpa alguna del proceder profesional del disciplinado. Es prueba de una negligencia administrativa sin incidencia ni relación causal con los problemas de salud de la demandante.

8.- El mencionado no mencionó, no tuvo en cuenta, no estudió y menos resolvió sobre las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada. Simplemente las declaró no probadas sin fórmula de juicio.

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, procedo a sustentar la alzada, desarrollando tales reproches como sigue.

El propósito es demostrar que el Juzgado se equivocó en el análisis del presente caso y por ende su decisión debe ser revocada en lo que tiene que ver con las declaraciones y condenas proferidas en contra del demandado JORGE ALBERTO PERALTA ARANGO.

1.- Como se mencionó en el primero de los reparos formulados a la sentencia apelada, el juzgado **aceptó como prueba de la culpa del demandado**, en principio, las manifestaciones de la demandante SARA LUCÍA CUELLAR TORRES en su libelo y en el interrogatorio de parte, así mismo el dicho del perito basado en su opinión profesional sobre la historia clínica de la paciente actora y, la aceptación del Dr. PERALTA ARANGO de haberle realizado tratamiento odontológico a la citada señora CUELLAR TORRES. Para ello, elaboró un resumen parcial de lo dicho tanto por las partes como por el perito, pero desechó en unos casos y restó análisis en otros, de las explicaciones del profesional demandado y de la prueba invocada. Así, anticipadamente señaló que «[...] con las pruebas resumidas y analizadas en conjunto como lo manda el artículo 176 del C.G.P., confrontados los alegatos de las partes, el despacho encuentra que las pretensiones se abrirán paso en forma parcial, según se procede a explicar», pero en realidad, como se verá, no hubo un estudio en conjunto ni integral del acervo probatorio, sino una descripción secuencial pero independiente de la historia clínica aportada, los interrogatorios absueltos por demandante y demandado y la sentencia proferida por el Tribunal de Ética Odontológica el 17 de marzo de 2019, contra el Dr. PERALTA ARANGO. En efecto:

1.1.- Al tratar el tema del «**Hecho dañoso**», la falladora de primer grado refirió que con la historia clínica de la actora se verificó el tratamiento realizado por el demandado a partir del 15 de septiembre de 2015 en varias oportunidades, señalando como tales los días 18, 22 y 23 de septiembre; 6, 10, 15 y 22 de octubre; 26 de noviembre, 5 y 13 de diciembre de 2014; 16, 18, 23 de febrero de 2015, 1, 3, 12, 17 de julio, 9 de noviembre de 2015; 21 de enero y 22 de junio de 2016 así como los tratamientos realizados en esas fechas; que en la última de ellas, la demandante informó que en Panamá le extrajeron dos de las piezas comprometidas por presentar perforación y culminó el Juzgado que: «[...] **la paciente se encuentra insatisfecha y por esa razón desiste continuar en el tratamiento o asistir a valoración con otros especialistas para colocación de posibles implantes dentales. Lo anterior guarda congruencia con el dictamen pericial arrojado al expediente el cual fue sustentado en la audiencia [...]**» (se destaca por el suscrito).

Esta afirmación del juzgado es de mucha gravedad Honorables Magistrados, porque ese hecho no está descrito en la historia clínica de la señora CUELLAR TORRES como lo expone el Juzgado.



La información consignada en esa última asistencia a tratamiento, el 26 de junio de 2026, es del siguiente tenor:

22 06 16. 1 pm. Paciente que asiste a consulta informa que en Panamá le hicieron exodoncia de los dientes por estar perforados muestra un juego periapical e indica que debo cubrir sus gastos que aproximadamente suman 3500 dólares, yo le indico que esa suma de dinero no la tengo; La paciente no se deja valorar sin embargo yo le indico que la voy a enviar a donde 2 o 3 cirujanos para que valoren y si es necesario restituyan la salud oral con implantes. Se le solicitó un Tac de las zonas del 23 a 27 pagado por el profesional y se remite a donde el Dr. Dagoberto Lozano cirujano oral y al Dr. Luis Amórtegui cirujano maxilofacial.

Como puede verse, la manifestación del juzgado de que «[...] **la paciente se encuentra insatisfecha y por esa razón desiste continuar en el tratamiento o asistir a valoración con otros especialistas para colocación de posibles implantes dentales**» no está consignada en la historia clínica, pero si guardó silencio sobre lo anotado allí mismo en el sentido de que lo que reclamó la demandante fue que le pagaran gastos por US\$3.500 desechando el ofrecimiento del Dr PERALTA ARANGO de tratarla a través de dos cirujanos diferentes incluyendo eventuales implantes, a expensas suyas, lo que indica que la paciente estaba más interesada en que le pagaran unos gastos no justificados, que en la recuperación de su salud.

Además, el Despacho dijo que lo anterior guarda congruencia con el dictamen pericial, conclusión a la cual llegó porque lo anotado por la juez *a quo* es una transcripción de lo dicho por el perito como se observa en ese dictamen, pero que no está en la historia clínica, como juez y auxiliar de la justicia quisieron hacerlo ver. Allí se dice:

*El 22-junio-2023 (sic) la paciente asiste de nuevo a consulta en Bogotá y refiere que en Panamá le realizaron exodoncia de los dientes (24 y 27) por estar perforados, **la paciente se encuentra insatisfecha y por esa razón desiste continuar en el tratamiento o asistir a valoración con otros especialistas para colocación de posibles implantes dentales** (destaco).*

La anterior, es una apreciación del perito que no está soportada y que la titular del despacho hizo suya sin verificarla, por lo que, en ese sentido la consideración del Juzgado guarda congruencia con el dictamen pericial porque solo lo transcribió, **pero no con la historia clínica que es la que analiza en este punto y a la que se refiere**. Es una afirmación del perito desprovista de soporte y de información sobre la fuente de su dicho. Además este específico punto no aparece sustentado como asegura el Juzgado.

Para culminar este acápite, el Juzgado se refirió a la sentencia proferida por el Tribunal de Ética Odontológica el 17 de marzo de 2019 y señaló que a través de ella se corroboró la existencia de la atención dada por el demandado JORGE PERALTA, el procedimiento y tratamiento efectuados y sus consecuencias. Con ello encontró acreditada la «*prestación del servicio odontológico realizado a la paciente entre septiembre de 2014 a junio de 2016*» y que, «*el daño acaecido se enmarca en el retiro de 4 dientes funcionales a través de exodoncia lo cual afecta la función de masticar y estabilidad en la mordida acorde con lo concluido en el dictamen pericial, e igualmente que la prótesis fija se realizó y repitió sin tener éxito conllevando a su desalojo acorde con la conclusión arribada por el Tribunal de Ética Odontológica*».

Estas conclusiones fueron apresuradas, pues las consideraciones que tuvo ese fallador para decidir, por vía disciplinaria, que no por estudio de la culpa médica u odontológica, por no corresponderle, no generan la relación de causalidad ni tienen la fuerza de estructurar la culpa endilgada al demandado, como se verá en los siguientes acápites.

1.2.- El Juzgado señaló, sobre la **culpa del profesional de la salud**, que en este ámbito se aborda el tema desde la **culpa comprobada** y en esa medida corresponde al juez verificar a través de las pruebas si se dieron los presupuestos de negligencia, impericia, imprudencia o violación de la *lex artis*; que según la demandante, la culpa del demandado se dio por ausencia de consentimiento informado de la paciente, carencia de historia clínica y realización de procedimientos para los cuales no estaba adecuadamente capacitado.

Desarrolló estos tres elementos a la luz de la Ley 35 de 1989 o «Código de Ética del Odontólogo», apoyado probatoriamente en la sentencia proferida por el Tribunal de Ética Odontológica el 17 de marzo de 2019, el dictamen pericial, la historia clínica y la declaración de parte del demandado, con lo cual arribó a las siguientes conclusiones:

En cuanto a la **ausencia de consentimiento informado**, expuso que no figura en la historia clínica que se hubiera diligenciado en forma escrita, como lo destacó en la sentencia el Tribunal de Ética Odontológica, pero que, en aplicación a la libertad probatoria la demostración del consentimiento informado no se encuentra supeditado exclusivamente a la esfera escrita sino también puede ser probada a través de otras herramientas; que sin embargo, otros medios de convencimiento tampoco demuestran *«que se hubiera brindado información necesaria y suficiente de las consecuencias, riesgos o efectos del procedimiento efectuado»*, razón por la cual, la omisión del consentimiento informado repercutió directamente en el daño y este se pudo evitar demostrando *«que explicó mediante información veraz y comprensible a la paciente los riesgos previstos e inherentes al tratamiento agotado, lo cual sin duda desemboca en la violación de su deber de cuidado y diligencia»*. Sin embargo, no es cierto que el daño se hubiera evitado si se hubiera hecho el consentimiento informado de manera escrita y firmada por la paciente o, lo que es lo mismo, **la falta del consentimiento informado no fue lo que generó el daño**.

En lo que atañe a la ausencia de historia clínica, el Juzgado expresó que al valorar en forma conjunta las pruebas, se demostró el incumplimiento de este requisito por parte del demandado, teniendo en cuenta que el Tribunal de Ética Odontológica adujo falta de análisis adecuado del estado inicial de la paciente y el perito mencionó que la historia clínica adolecía de información importante para conocer las acciones ejecutadas.

Sin embargo, la lectura de la mencionada historia clínica nos muestra que el odontólogo demandado fue consignando juiciosamente los procedimientos efectuados, el estado de la salud oral de la paciente, los controles periódicos programados y las conversaciones tenidas vía mensajes o llamadas telefónicas con la señora CUELLAR TORRES, quien siempre fue rebelde, en especial frente a esa periodicidad de los tratamientos, aduciendo dificultad geográfica y de tiempo para asistir a las citas que PERALTA ARANGO le programaba, por lo que elegía tratarse en el país de su residencia. **Entonces, tampoco la sedicente ausencia de la historia clínica fue causante del deterioro de la salud oral de la demandante**, sino su posición desafiante, consistente en no seguir los procedimientos, citas y tiempos programados, para preferir, a cambio, tratamientos externos generando ambivalencia en el cuidado de su salud oral.

Por tanto, sí hubo una historia clínica, al punto que sobre ella se han pronunciado todos los intervinientes y juzgadores disciplinario y judicial. Además, sí fue desarrollada profesionalmente y no es cierto que fuera incompleta, ya que la sola lectura así lo corrobora.

1.3.- Finalmente, en lo que atañe a la realización de procedimientos para los que no estaba adecuadamente capacitado el demandado JORGE ALBERTO PERALTA ARANGO, según el dicho de la



demandante, el Juzgado solo tuvo en cuenta el análisis efectuado por el Tribunal de Ética Odontológica, quien a su juicio concluyó que su disciplinado «*no contaba con las capacidades para realizar a la paciente el tratamiento endodóntico de los dientes 23, 27 y 36*», por deficiencia en los protocolos establecidos. Pero el Despacho no tuvo en cuenta la experiencia profesional y académica del demandado, enriquecida a lo largo de muchos años de ejercicio como odontólogo y como docente universitario, que claramente describió en su interrogatorio de parte, sino que se limitó a señalar que no basta con esa experiencia, sino que, como dijo el perito, las endodoncias solo puede hacerlas endodoncistas sin especificar si para ello requiere título especializado.

De este aspecto, esto es, de la culpa odontológica enrostrada, no puede negarse que hubo imprudencia y negligencia en la formalidad del consentimiento informado, y por esa razón se le impuso a mi mandante una sanción administrativa, no medica como está demostrado. Pero no fue esa imprudencia ni la negligencia de esa formalidad las que generaron el daño, sino la actitud de la paciente, que rompió el nexo causal entre esa culpa y ese daño, como se viene alegando desde la contestación de la demanda y que se trata en el siguiente punto.

2.- Surge aquí como se dijo, la necesidad de revisar el tema de la **causalidad**, que ha sido tratado con ligereza por el primer fallador, por las siguientes razones:

El mismo juzgador inicial ha reconocido, por ser decantado pacífica y uniformemente, que no basta demostrar solamente la culpa y el daño «*dado que la responsabilidad endilgada requiere el cumplimiento de los **elementos tripartidos siendo el nexo de causalidad figura preponderante para delimitar que las acciones desplegadas por el demandado tuvieron implicación en los daños causados a la paciente***» (se destaca). Solo que asumió como nexo causal, sin serlo, el dictamen pericial, la sentencia proferida por el Tribunal de Ética Odontológica el 17 de marzo de 2019 en la cual no se dice que la falta de consentimiento informado, la supuesta precariedad de la historia clínica o la realización de procedimientos para lo cual no estaba suficientemente capacitado el demandado, haya sido esa causa o ese vinculo generador del daño, pues como se repite y se observa en dicho fallo, la sanción fue administrativa y no se impuso por defectos médicos del Dr. PERALTA ARANGO.

El fundamento esencial para que el Juzgado asumiera la existencia del nexo causal entre la culpa enrostrada al demandado y el daño sufrido por la demandante fue el dictamen pericial practicado por Jovan Andrés Sánchez López, pero de su lectura no puede establecerse ese nexo, ya que no invocó razones serias y concretas que lo llevaran concluir que el tratamiento dado por JORGE ALBERTO PERALTA ARANGO a SARA LUCÍA CUELLAR TORRES fue le que ocasionó el daño a la salud oral de ésta. En ese dictamen como se ha demostrado desde un principio, el perito asume como ciertas las manifestaciones de la demandante, sin señalar cómo los diferentes tratamientos a lo largo de casi tres años interrumpidos por consultas y tratamientos en el extranjero y otros lugares, ocasionaron la pérdida de piezas dentales de la demandante.

Honorables Magistrados, la lectura del dictamen pericial, nos muestra que no es imparcial, sino que asume como ciertas las manifestaciones de la demandante en lo que a ella perjudica. Pero nada dice del tratamiento realizado con otros profesionales en Colombia y en Panamá, lugar este ultimo donde le fueron extraídas las piezas que dice haber perdido.

No le generó al Juzgado ninguna inquietud ni pronunciamiento, el hecho de que, precisamente cuando la demandante decidió tratarse por fuera del país, por razones netamente económicas, fue

cuando se deterioró su estado de salud oral y fue en esa ocasión y en ese lugar en el que se le extrajeron tales piezas dentales. El fallador basó su decisión en manifestaciones abstractas del perito que asoman como meras conjeturas, según paso a citarlas así:

Al contestar el cuestionario sobre los riesgos y beneficios del tratamiento debido al estado de salud de la demandante, contestó: «*La paciente presento sintomatología en el diente 27 por esa razón asiste a consulta, pero en el examen inicial no se evidencia un cuadro clínico claro de lo encontrado en el examen intraoral para así lograr un diagnóstico correcto, lo que quizás esta relacionado con la falta de éxito del caso*», lo que constituye una conjetura (se destaca).

En la pregunta sobre si reconoce alguna afectación posterior al procedimiento contestó:

a. Se reconoce posible perforación en los dientes 24 y 27 lo que llevo al fracaso de estos dientes como pilares de la prótesis fija. (se destaca)

b. El diente 27 no tuvo un diagnóstico adecuado, prueba de ello es que nunca tuvo una mejoría completa, aunque se le realizaron diferentes intervenciones, al final en (sic) diente y la prótesis fracasaron.

También se conjetura por el perito los resultados del tratamiento. Pero sobre todo ni este ni el Juzgado tuvieron en cuenta que la demandante recibió tratamientos diferentes al del demandado, sin su conocimiento previo, lo que rompió el nexo causal necesario, porque nada garantiza que no hayan sido esos tratamientos externos los que le generaron los inconvenientes dentales.

También afirma el perito **que no tuvo un diagnóstico adecuado pero no explica la razón de la ciencia de su dicho** como por ejemplo en qué consistió ese error, cómo se llegó por ese diagnóstico al fracaso de los dientes y las prótesis, etc. Además, al preguntársele por el alcance de la afectación solo dijo que era la pérdida de 4 dientes, también sin explicación y sin ser ese el número de piezas malogradas.

Finalmente, ante la pregunta por el procedimiento que debía realizarse para solventar las afectaciones expuso: «*Idealmente debería tratarse con implantes dentales y coronas sobre implantes, pero dado (sic) las condiciones óseas residuales posterior a la exodoncia de los dientes posiblemente perforados este tratamiento NO estaría indicado, la única opción viable para recuperar los dientes sería una prótesis removible con dientes acrílicos y estructura metálica*». Y precisamente el Dr PERALTA ARANGO eso le propuso a la demandante, inclusive a su cargo, como consta en la historia clínica, solo que la demandante se rehusó, por lo cual asumió la responsabilidad que ahora le endilga al demandado.

Deriva de lo dicho en este punto, que tanto el perito como el Juzgado hicieron suyos el dicho y los alegatos de la demandante, sin fórmula de juicio. Recuérdese que en el principio de este escrito hemos demostrado que el perito consignó como contenido de la historia clínica unas frases que no estaban en ese documento y el Juzgado en la sentencia lo repitió también como consideración propia, solo que dijo que ello era concordante con lo dicho por el perito.

Fue abstracto y conjetural el dictamen pericial sobre el trabajo del demandado y el Juzgado prohibió esa incuria, luego la decisión soportada en pruebas tan débiles en unos casos e inexistentes en otros, pierde por completo su consistencia jurídica y debe ser revocado. Así lo pido respetuosamente.

No existe, como puede establecerse, ningún nexo de causa – efecto entre la culpa endilgada al demandado y el daño sufrido por la demandante. Las actuaciones de ésta rompieron cualquier



relación al respecto, porque acudió a otros profesionales, razón por la cual, el cuidado a la salud y seguimiento de los procedimientos se salieron del control del demandado.

4.- Finalmente, los perjuicios indemnizables deben ser ciertos y demostrados claramente como pacíficamente lo ha decantado la jurisprudencia. No basta con presentar un listado de gastos con origen desconocido, un listado de viajes y tiquetes aéreos sin soporte y unos extractos que no se sabe de que entidad provienen, para conceder una cuantiosa indemnización y amparar a la demandante que una imprudencia del odontólogo inicialmente tratante, sea génesis de aprovechamiento económico para cuestiones familiares. Esto lo digo respetuosamente, porque la misma señora SARA LUCÍA CUELLAR TORRES le dijo al demandante en varias ocasiones que solo asistía a sus consultas cuando coincidieran con las visitas que le hacía a su señora madre en Colombia.

Nótese cómo, el Juzgado tuvo como prueba y liquidó los perjuicios a que condenó al Dr. PERALTA ARANGO con fundamento en el dicho de la demandante en su interrogatorio de parte; en recibos dados por otros profesionales sin conocerse la causa de los mismos, lo cual corrobora que recibió tratamientos por aparte rompiendo el nexo causal con el demandado; también en recibos o facturas de otros profesionales que si bien describen tratamiento odontológico no señalan cuales fueron ni qué piezas dentales involucraron, Basta observar todo ese listado para corroborarlo.

Como se dijo por último en el recurso de apelación, el Juzgado no resolvió ni sustentó esa abstención, sobre las excepciones propuestas, simplemente asumió como cierto el dicho de la demandante y le dio automaticidad para decidir.

III. CONCLUSIONES Y PETICIÓN

De todo lo dicho, se deriva:

- 1.- La demandante no demostró eficazmente las razones de su demanda, porque las pruebas no dan certeza de su dicho, como se explicó
- 2.- La demandante rompió el nexo de causalidad entre la culpa que le endilgó al demandado y el año sufrido, debido a que se hacía tratar esporádicamente del demandado, pero también de otros profesionales en Colombia y en Panamá
- 3.- El Juzgado asumió como prueba de los perjuicios a que condenó al demandado, el solo dicho de la demandante porque los documentos aportados son pruebas precarias que no muestran su origen y por ende resultan ineficaces para ello.
- 4.- El Juzgado asumió como prueba de la culpa del demandado y el daño a la demandante, un dictamen pericial basado en suposiciones y en una mala lectura de la historia clínica de la demandante, elaborada por el demandado.
- 5.- El Juzgado dio carácter automático de la culpa del demandado a la sentencia proferida por el Tribunal de Ética Odontológica el 17 de marzo de 2019 de estricto carácter administrativo y disciplinario, pero sin objeciones médicas.

Con fundamento en todo lo previo solicito don mi acostumbrado respeto a la Sala de Decisión *ad quem*:


1.- REVOCAR la sentencia apelada, por las razones expuestas, en cuanto a las condenas proferidas contra mi mandante el odontólogo JORGE ALBERTO PERALTA ARANGO.

2.- ESTUDIAR y DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada, que no le merecieron mayores consideraciones al fallador de primer grado.

3.- CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada incluyendo las correspondientes agencias en derecho.

Queda así sustentado el recurso interpuesto.

Cordialmente,


HENRY ALBERTO DUENAS BARRÉTO
C. de C. n.º 6.761.374
T. P. n.º 75.873 del C. S. de la J.

RECURSO DE APELACION SENTENCIA VERBAL 2016 - 797

RAMIRO ALBERTO PINILLA GALEANO <ramiopinilla@gmail.com>

Vie 30/09/2022 2:20 PM

Para: Juzgado 40 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.

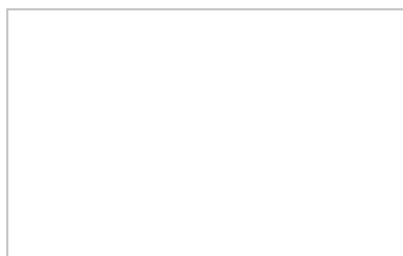
<ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>;marthaluciaespinosa1999@gmail.com

<marthaluciaespinosa1999@gmail.com>;Arnoldo collazos <arco.g@hotmail.com>

Cordial Saludo: RAMIRO A. PINILLA actuando como Apoderado judicial de la demandante MARTHA LUCIA ESPINOSA NOCUA en el proceso verbal de pertenencia de la referencia, adjunto el escrito de apelación contra la sentencia de fecha 26 de Septiembre / 2022 para que surta el trámite de segunda instancia.

Adjunto archivo con el memorial

--



Ramiro Alberto Pinilla Galeano
Especialista Derecho Comercial U - Javeriana
Especialista Derecho Público U - Autónoma

Señor
JUEZ 40 CIVIL DEL CIRCUITO
E. S. D.

**REF : PROCESO VERBAL PERTENECIA de MARTA LUCIA ESPINOSA NOCUA
contra JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA Y OTROS 2016 - 797**

RAMIRO ALBERTO PINILLA GALEANO, actuando como Apoderado Judicial de la **DEMANDANTE**, dentro de la oportunidad de ley interpongo el **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia de fecha 26 de Septiembre / 2022. Las razones de inconformidad con el fallo las expreso a continuación:

**I. FALTA DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA Y VALORACIÓN
PROBATARIA CONTRADICTORIA.**

El juzgado arribó a la conclusión según la cual, la demandante no acreditó el componente que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, de manera inveterada a denominado “ANIMUS”, que junto con el elemento material “CORPUS”, estructuran la posesión habilitante para que el prescribiente pueda triunfar cuando pretende la declaratoria de pertenencia.

Del análisis de los testimonios recaudados en el proceso, del interrogatorio a las partes, incluso del careo que en audiencia se practicó entre la demandante y el demandado JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA, la Juez dedujo que, la, posesión alegada por MARTHA LUCIA ESPINOSA NOCUA, no fue, según su convicción, ni exclusiva, ni independiente, por haber mediado reconocimiento de dominio ajeno por parte de la demandante con respecto a su madre Alejandrina Nocua y sus hermanos.

Para el Despacho, la pretensa usucapiante: *“alude que ingresó al fallecimiento de su padre con permiso, consentimiento y anuencia de su madre, con el fin de colaborarle en solidaridad y ayuda mejorando las condiciones del inmueble, siendo este predio en el que también residían algunos de sus hermanos, herederos de aquel, quienes, a pesar de no oponerse, por lo menos expresamente a sus actos, e incluso reconocer que fue ella quien lo edificó para ponerlo como está, tampoco aparece se les haya desconocido esa calidad para atribuirse una exclusiva por la demandante, no siendo los actos de tolerancia elementos persuasorios de posesión”*.

En apretada síntesis, según el análisis y valoración del Juzgado, la demandante al ingresar en el predio en noviembre de 1984, con posterioridad al fallecimiento de

su padre Abigail Espinosa, y convivir con su madre y dos de sus hermanos hoy fallecidos (Jesús Espinosa y Cecilia Sanchez), no se desmarcó con rebeldía de la calidad de coherederos, para trasmutar de coheredera a poseedora única, razón por la cual, los actos de señorío y dominio, como son haber levantado las construcciones que hoy conforman la totalidad del inmueble, haber gestionado las acometidas de servicios públicos domiciliarios, pagar los mismos e incluso costear las cargas fiscales (impuesto predial), se quedan en la esfera de la mera tenencia, y al igual que, los actos de tolerancia con la permanencia de su hermanos en el predio, no se traducen en el desconocimiento de los demás coherederos, por lo que detecta líneas de incertidumbre respecto de la posesión exclusiva e independiente, al punto que manifiesta que, la madre en vida, era quien mandaba y daba las órdenes.

Siguiendo esa línea de análisis, arribó a la conclusión que, el termino de prescripción extraordinaria fijado en 10 años, corre para la demandante, no desde la vigencia de la ley 791/2002, a la cual se acogió, sino desde el año 2016, con posterioridad al deceso de su madre Alejandrina Nocua, término que resulta ínfimo y absolutamente precario para configurar la prescripción.

En apariencia, el fallo pareciera estar ajustado a Derecho y la convicción del Juzgado anclada en sólidas bases que estructuran y orientan una sentencia justa, congruente y rigurosamente motivada en la ley, pero ello no es así como se pasa a explicar:

1. FLEXIBILIZACION DE LOS ESTANDARES DE PRUEBA DE POSESIÓN ENTRE COHEREDEROS CUANDO FAMILIARES HABITAN EL MISMO INMUEBLE.

Constituye una categoría hermenéutica derivada de la dinámica del derecho moderno, para abrir paso a una flexibilización moderada de invaluable utilidad en la resolución de conflictos, en los cuales se discute la posesión prescriptiva entre herederos cuando comparten la convivencia en el mismo inmueble, conflicto que al ser sometido al escrutinio del operador judicial, se entiende y asimila que, los jueces son verdaderos moduladores para conectar y sintonizar armónicamente el DERECHO con la REALIDAD, y no a la inversa, incrustar forzosamente el caso, para que pueda encajar en las categorías jurídicas.

El derecho y la aplicación de la ley, no constituyen una camisa de fuerza en la cual el operador judicial sea subordinado a los estrictos parámetros que conforman el marco jurídico, como si el derecho estuviese fundado en nociones inalterables, sino que, se le reconoce espacio de razonada movilidad para modular con ajustes que emanan de la cambiante realidad.

En efecto, ser menos estricto en la depuración probatoria, permite al Juzgador, realizar ajustes metodológicos en sus valoraciones, como garantía de la prevalencia del derecho sustancial, para que, aquellas circunstancias exógenas relevantes

sean verdaderamente apreciadas en su real dimensión y no se frustré el cometido de justicia inmerso en la decisión de fondo.

En lenguaje coloquial significa que, la sentencia debe estar en consonancia y congruencia razonable con escenarios reales y verdaderos en que se desenvuelve la conducta humana, así como el litigio entre las partes, para que el formal y acartonado análisis de escritorio, no se convierta en la aplicación automática o mecánica de las categorías jurídicas, porque, al operador judicial le compete el deber de examinar las circunstancias especiales y particulares, que en determinados casos tiene significativa incidencia, con la finalidad de escapar de pautas legales, jurisprudenciales o doctrinales que aportan más dudas que soluciones, en razón a que las nociones jurídicas no son inmutables ni pétreas.

En el caso presente, se identifica una circunstancia especial y particular que vierte su incidencia en todo el contexto del proceso, y que constituye uno de los pilares del fallo negativo. Me refiero al hecho probado que, la demandante en Noviembre de 1994, ingresó al predio materia de la demanda, compartiendo el techo, con todas las precariedades de esa época (rancho con material de segunda mano y tejas de retal, goteras y humedad), con su madre ALEJANDRINA NOCUA, que lo habitaba igualmente con sus hermanos JESUS ESPINOSA y CECILIA SANCHEZ, que allí nacieron y allí fallecieron.

En este escenario, es innegable que, las reglas de la experiencia orientadas por el contexto socialmente aceptado, enseñan que, la familia es el núcleo esencial y la célula primaria, al punto que se reconoce la protección constitucional especial que le ampara, lo que indica que, es censurable moral, socialmente, y punible penalmente, que un miembro de familia atropelle, abuse o ejerza violencia sobre otros miembros de su familia, máxime cuando se trata de la madre sobreviviente a la muerte de su cónyuge, y sus hermanos de sangre, en condiciones de inocultable pobreza.

Lo anterior significa, que la demandante MARTHA LUCIA ESPINOSA NOCUA, una vez ingresó al inmueble y se instaló allí, conviviendo con la madre ALEJANDRINA NOCUA, de reciente luto por el fallecimiento de su cónyuge ABIGAIL ESPINOSA, inicialmente condujo su comportamiento como lo dictan elementales normas de respeto y armonía familiar, es decir, solidaridad con su madre y hermanos para mejorar su calidad de vida.

Si bien, dicha voluntad inicial de la demandante, obedece a un patrón y modelo de conducta que, cualquier persona, colocada en las mismas circunstancias desplegaría sin evasivas o dudas en favor de su familia, para el Despacho, ese comportamiento de la dinámica social, es valorado, sin serlo, como un acto humanitario pero de debilidad jurídica, por afectar la postura de poseedora exclusiva, y por eso, con desacierto, lo interpretó como el reconocimiento de dominio ajeno, considerando equivocadamente a la demandante, y a su progenitora, en el estatus de coposeedoras, conjetura que le llevó a descartar de plano la exclusividad e independencia que la prescribiente adjudó en la demanda como atributo de su posesión.

Pero no es esta la única inconsistencia extremadamente inaceptable, en efecto, por esa misma línea de errada convicción emerge lo siguiente:

2. DESACIERTO EN LA SENTENCIA AL CONDICIONAR LA EXCLUSIVIDAD DE LA POSESION DE LA DEMANDANTE AL FALLECIMIENTO DE SU PROGENITORA y LOS HERMANOS QUE NACIERON Y FALLECIERON EN EL INMUEBLE.

En este orden de ideas, para efectos de la presente alzada, el Despacho deja consignada en la sentencia, una postura jurídica construida con base en una **INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA, no solo desconectada de la realidad**, sino **anclada en la exigencia de requisitos inaccesibles por fuera de las exigencias legales** que, a pesar de ser imposibles de cumplir, el Despacho con soporte en la exegética interpretación y aplicación de la jurisprudencia que cita en la Página 7 del Fallo, exige se encuentren satisfechos, llegando al extremo que, cualquier prescribiente en casos similares, tampoco estaría en posibilidad de cumplir.

En efecto, el Despacho se aferra a dicha interpretación restrictiva con tanto rigor y con excesiva exégesis, que no duda en afirmar en la sentencia que:

“(...) en el lapso deprecado en su posesión ha reconocido dominio ajeno en cabeza de su señora madre Alejandrina Nocua, así como la existencia de algún derecho en cabeza de sus hermanos Jesús Alfonso y María Cecilia, máxime cuando su intención inicial no tenía una condición encaminada a declararse dueña sino por el contrario pretendía otorgar una mejor calidad de vida a su madre y hermanos, desvirtuándose con ello el cumplimiento del requisito del animus inherente a la posesión endilgada”.

Emerge aquí, el camino equivocado de la sentencia, ya que, como consecuencia de asumir una interpretación excesivamente restrictiva en relación con el componente SUBJETIVO DE LA POSESION, con desacierto, tuvo por sentado, sin estarlo, que la solidaridad humana inmersa en las relaciones de familia, automáticamente excluye y aniquila la posesión exclusiva e independiente para quien quiera favorecerse de la interversión de título de heredero a poseedor prescribiente.

El razonamiento para aferrarse a esta conclusión casi que mecánicamente, pretende apoyarse en que, la convivencia en el mismo predio, entre MARTHA LUCIA ESPINOSA, su recién enviudada madre ALEJANDRINA NOCUA y sus hermanos JESUS ESPINOSA y CECILIA SANCHEZ, suscitada por haber llegado al predio la demandante en Noviembre de 1994, constituye ipso-facto el reconocimiento del dominio ajeno, y de derechos de sus coherederos, ocluyendo aspiraciones de prescribiente con posesión exclusiva, lo que significa que, con fundamento en tan restrictiva interpretación, para que la demandante pueda reclamar exitosamente sus pretensiones de poseedora única, o cualquier otra persona colocada en las mismas circunstancias, aspirara a las mismas pretensiones, tendría que romper los lazos familiares y en rebeldía expulsar del predio a sus consanguíneos, para que, la convivencia, armonía, socorro y solidaridad familiar, no excluya la transmutación de heredera a poseedora como lo argumenta el Despacho en el fallo atacado.

Es decir, que el comportamiento social, moralmente aceptado y esperado de la condición humana, que induce en un primer momento, a expresar la solidaridad familiar, para el Despacho, es una barrera jurídica para usucapir un inmueble, razonamiento que constituye un verdadero desafuero, en el entendido que, si bien, es una dificultad mayúscula, deslindar lo familiar de las connotaciones de un comportamiento orientado a la posesión exclusiva, en los casos de convivencia en el mismo inmueble, no por eso, cabe descartar dicha posesión para considerarla no habilitante para usucapir, pues ello, conduciría a forzar a los coherederos aspirantes a dicha pretensión, a tener que desplazar, sacar, o expulsar a sus parientes consanguíneos del predio, para que el hito temporal no pueda ser echado de menos cuando judicialmente se ventilen las pretensiones en proceso de pertenencia, lo cual constituye un extremo inaceptable.

Pero, más inaceptable es, que los tentáculos de una interpretación restrictiva de este calado, solo se puedan romper, automáticamente, con la **MUERTE** de los coherederos, en este caso, el fallecimiento de la madre ALEJANDRINA NOCUA (2016), y posteriormente de sus hermanos con quienes convivió.

Es un desacierto colosal, condicionar la existencia y aceptación plena del hito temporal de la interversión de heredero a poseedor, a la muerte de los parientes consanguíneos que convivían con el prescribiente, por constituir un componente adicional que la norma no consagra, como tampoco se deduce de la jurisprudencia.

3. EUQIVOCADA APRECIACIÓN AL CONFUNDIR EL RESPETO FAMILIAR CON LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE ACTOS DE DISPOSICIÓN DE DOMINIO.

Es sin duda, otro polo extremo de una interpretación restrictiva que, debe ser rectificadora y mal puede tener cabida ante el Tribunal Superior en la actuación que se promueve con la presente apelación.

Si bien las declaraciones de los testigos citados en la sentencia, van en dirección a destacar que, quien mandaba en la casa era la Sra. ALEJANDRINA NOCUA, no por ello, automáticamente el Despacho puede deducir de esas respuestas, la prueba de disposición del inmueble, para cerrar el paso a la posesión excluyente de la demandante, puesto que, el predicado “**MANDO**”, que en vida los testigos refirieron de la Sra. ALEJANDRINA NOCUA, es aquel, propio del respeto y dignidad que por norma se acepta en las personas mayores, acuñado por el paso de los años, las vivencias y la sabiduría para brindar consejos y guiar familiarmente el hogar, **más no, el mando con la caracterización jurídica de ejercer el dominio del inmueble, plantar mejoras, o explotar el mismo.**

El respeto debido como regla familiar entre hija y madre y viceversa, junto con el respeto a sus hermanos, no puede ser confundido simplistamente, con una declinación de la posición asumida como poseedora excluyente, como desafortunadamente lo concluye el Despacho. Surge una explicación, que consiste en que, el Despacho incurrió en la confusión de equiparar equivocadamente, el

mando en las actividades domésticas del hogar, propias de la convivencia y respeto familiar, con el ejercicio de la capacidad jurídica en la toma de decisiones patrimoniales sobre el inmueble.

Dicha confusión, aunque le facilitó al Despacho su tarea de juzgamiento, hace visible que, la misma confusión entre el mando doméstico en el hogar y el mando jurídico respecto del inmueble, le permitió atornillar la interpretación restrictiva que se ataca, es solo un movedizo argumento de rebote, deleznable al someterlo a la diferenciación que salta a la vista, que surge del contexto real en el cual se desarrollan las relaciones de familia, socavando una de las bases de la sentencia.

En esa misma línea de ataque, igual cabe predicar, ¿con soporte en qué prueba, o con apoyo en qué evidencia, el juzgado asegura que, la demandante solicitó y obtuvo, la aquiescencia o el permiso de su progenitora ALEJANDRINA NOCUA, para levantar las construcciones cuyas mejoras empezaron a realizarse desde el mes de noviembre del año 1994?.

Al analizar los testimonios, los declarantes en ningún aparte de sus versiones y relatos, hicieron tal afirmación. Las respuestas de los testigos son concordantes, en que, la demandante dio inicio a las construcciones, sin que ninguno de sus hermanos convivientes JESUS y CECILIA, como tampoco su progenitora, y menos aún, los restantes herederos, hicieran algún reclamo, manifestaran su voluntad de oponerse, o le hubiesen enrostrado derechos de herederos que impidieran llevar a cabo su proyecto de construcción y mejoras.

El silencio total y absoluto de la madre ALEJANDRINA NOCUA y de todos sus hermanos, en especial de JESUS ESPINOSA y CECILIA SANCHEZ, perduró a lo largo de los años, prolongándose incluso al interior del proceso, pues ninguno de ellos se opuso o excepcionó, contradiciendo las pretensiones de la demandante.

En consecuencia, la inferencia del Juzgado mediante la cual atribuye erradamente la existencia de autorización de la madre a la hija para levantar las mejoras, es absolutamente distante de la realidad y desprovista de prueba que le atribuya la condición de irrefutable.

En el universo jurídico rige el principio según el cual, **“EL QUE CALLA OTORGA”**, por lo que, el Despacho se desvió al afirmar que existió un CONSENTIMIENTO o PERMISO de madre a hija demandante, cuando lo cierto es que, la progenitora como los hermanos y coherederos, al persistir en el silencio absoluto, aceptaron que, la demandante con el inicio de la construcción en noviembre de 1994, enteró a todos los familiares de sus actos de poseedora excluyente, con el ánimo de señora y dueña, reputándose como única propietaria y desconociendo a los demás herederos.

Advierta el juez superior que, objetivamente, el común denominador en el proceso, es la total orfandad probatoria de los demandados, y en particular de JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA, persona proclive a mentir, quien postizamente declaró haber construido en el inmueble y haber hecho aportes económicos desde 38 años atrás, siendo desmentido por el propio Despacho, al advertir al testigo, la imposibilidad de

aportar económicamente desde hace 38 años, porque, hacia atrás, la fecha de partida de esa lapso, se sitúa en una data anterior a la adquisición del inmueble por el padre difunto.

En conclusión, el Despacho incurrió en una incorrecta valoración probatoria al considerar la existencia de un permiso entre madre e hija, cuando lo que operó fue el designio de la demandante de desconocer a su parientes consanguíneos como coherederos, dando inicio, por su propia cuenta y su iniciativa para levantar las mejoras que empezó a construir, obviamente con exclusión de su madre y sus hermanos a partir de Noviembre de 1994, que como hecho probado es contrario a la conclusión a la que, con desacierto y confusión arribó el Juzgado.

4. CRÍTICA TESTIMONIAL VALORADA PARCIALMENTE.

En este punto, cabe adicionar el hecho, que las menciones transcritas en los pasajes de la Jurisprudencia de la Corte Suprema citadas por el Despacho¹, son referencias genéricas, que por su misma indeterminación resultan insustanciales para aplicarse al presente caso, máxime si tenemos en cuenta que, la demandante demostró con suficiencia y plenitud sus actos de dominio y señorío como, levantar las mejoras y construcciones del inmueble tal y como se encuentra en la actualidad, sufragar los servicios públicos, pagar las cargas fiscales, ordenar y contratar labores para la conservación de la totalidad del inmueble, arrendar una habitación sin rendir cuentas con los demás, y llevar las riendas desde 1994, como obra en los testimonios, el Juzgado en un clara asimetría de valoración probatoria, considere dicho arsenal, como **simples y escuetas manifestaciones de mera tenencia**.

En efecto, no oculta el Despacho su marcado desequilibrio, al medir con una racero muy distinto, la carga probatoria de la posesión excluyente habilitante para prescribir, aportada por la demandante, que cumplió con su deber de acreditar, con prueba documental voluminosa, con las versiones de los declarantes, la peritación y la inspección judicial, su calidad de poseedora adquirida con la trasmutación de heredera a poseedora excluyente e independiente, por el término previsto en la ley, teniendo como hito temporal de la interversión del estatus de coheredera a poseedora, el mes de noviembre de 1994, todo ello, enfrentado y contrastado con el SILENCIO ABSOLUTO DE LOS DEMANDADOS, quienes al tener pleno conocimiento de las mejoras construidas por la demandante, desde noviembre de 1994, ninguno de los herederos reclamó, impidió, disputó o defendió jurídicamente los derechos herenciales para enfrentarlos a la posesión excluyente de la demandante.

Sin duda la NO OPOSICIÓN a las mejoras, construcciones y demás actos posesorios que con la convicción de señorío y dominio desplegó la demandante, durante el largo período referido en la demanda, es un silencio, UN COMPORTAMIENTO OMISIVO DE PLENA ACEPTACION, de significación decisiva en su favor, que no puede ser ignorado por el Despacho, debido a que, es injustificable e inadmisibles, que los herederos demandados, en el término perentorio

¹ Sentencia páginas 5 – 7

de traslado que concede al ley, decidieron mantener el SILENCIO ABSOLUTO con las implicaciones que devienen de la no contestación de la demanda previstas en el art. 97 del C.G.P., puedan ser considerados de manera abrupta en la sentencia, como herederos a los cuales la demandante nunca les desconoció su calidad de coherederos.

Es oportuno y pertinente detenerse en esta ilógica conclusión a la cual arriba el Juzgado, que su vez es otro de los pilares que soportan la sentencia negativa.

En efecto, en lógica de la realidad y en el ámbito jurídico, qué comportamiento es exigible a la demandante prescribiente, que signifique inequívocamente desconocer a sus coherederos, cuando ellos, deciden mantener absoluto silencio, no reclaman, omiten contradecir los actos posesorios de la demandante, no se oponen a las construcciones y mejoras, no le disputan ningún derecho, y esa conducta, perdura por los años de los años, y persiste aun con la demanda de pertenencia que les fue notificada, entonces cabe preguntarse ¿Cómo se desconoce a un heredero que guarda silencio, no reclama y no se opone?.

No existe respuesta racional, a no ser que, para satisfacer la caprichosa, atípica y controversial conclusión del Juzgado, la demandante vea obligada a romper los lazos familiares y en rebeldía expulsar del predio a sus consanguíneos.

El Despacho a no dudar, recrea un escenario impensable y aun así, lo convierte en una de las bases de su sentencia negativa, puesto que, cómo se desconoce la calidad jurídica de heredero, a quien acepta con su silencio absoluto los actos posesorios excluyentes, de señorío y dominio de la demandante, no reclama y tampoco se opone.

Sin duda la no oposición a las mejoras, construcciones y demás actos posesorios que con la convicción de señorío y dominio desplegó la demandante, es un silencio de significación decisiva en su favor, reforzando el hecho que, el hito temporal de intervención del título de heredera a poseedora inició en Noviembre de 1994, respaldado con la prueba documental aportada al proceso respecto de los recibos, facturas, y comprobantes de compra de materiales de construcción que datan desde aquella época.

Si a voces del Despacho, invocando la jurisprudencia citada en la sentencia, las cargas fiscales del inmueble, y el pago de los servicios públicos, los puede realizar cualquier persona, lo único cierto, es que NI LA PROGENITORA, como ninguno de los HERMANOS, tampoco los sobrinos, así procedieron. NO EXISTE PRUEBA o una pluralidad de indicios que permita sustentar que existió un acuerdo, un arreglo o un convenio entre coherederos, lo cual serviría para desmoronar las pruebas aportadas por la demandante acerca de su posesión exclusiva e independiente.

La crítica testimonial hecha por el Despacho en la sentencia, incorpora fisuras notables, por no haber sido valoradas de manera integral, sino que fueron citadas parcialmente en aquellos pasajes que el Juzgado se esmeró en destacar, pero que, ponderadas objetivamente en conjunto apuntan a corroborar, que ninguno de los

demandados aporto económicamente para el sostenimiento de la madre ALEJANDRINA NOCUA. La carga de la alimentación y manutención de la progenitora, fue asumida hasta su fallecimiento por la demandante, al igual que, de su propio bolsillo y patrimonio fueron costeadas las mejoras y construcciones y los adecuaciones del inmueble transformado de rancho con tejas y latas, a una casa de tres pisos con terraza al frente y dos plantas construidas en la parte trasera.

Las construcciones levantadas por mi poderdante, mejoras realizadas en tres épocas diferentes, como se corroboró con el peritaje, se estructuran como prueba contundente que el Despacho ignoró y paso por alto, en procura de sostener su interpretación restrictiva, sus confusiones y valoración probatoria ilógica.

Sea oportuno aclarar que, mi poderdante reclama el favor de la ley para que sean acogidas sus pretensiones por vía de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, por haberse consumado en demasía el término de prescripción superior a 10 años de posesión, exclusiva, quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, es decir, con fundamento en la ley 791 de Diciembre 27 del año 2002, que redujo el término de prescripción extraordinaria de 20 a 10 años.

Razón por la cuál, en el libelo de demanda se hizo la siguiente precisión en el numeral 17 del acápite de hechos de la demanda.

*“Aclaro que mi poderdante **aunque inició su posesión en el año 1994** se acoge a la prescripción extraordinaria contabilizando el término que quedo reducido de 20 años a 10 años, a partir de la entrada en vigencia de la ley 791 de Diciembre 27 de 2002”.*

En consecuencia, aunque la interversión del título de heredera a poseedora tiene como hito temporal el mes de noviembre de 1994, en virtud de haberse acogido a los efectos de la ley 791 de Diciembre 27 del año 2002, que redujo el término de prescripción extraordinaria de 20 a 10 años, dicho término comienza a correr de diciembre 27 de 2002, consumándose en el mes de diciembre de 2012, y la presente demanda fue radicada en octubre 31 del año 2016.

Conclusión que salta a la vista en manera totalmente contraria a la asumida en el fallo atacado.

Sea oportuno precisar, que por más esfuerzo que el Despacho haya realizado para afirmar que el hito temporal, para el conteo del término de prescripción brilla por su ausencia, las declaraciones de los testigos no arrojan dudas acerca de que, la certidumbre de la ocurrencia de la interversión del título de heredera a poseedora

exclusiva en cabeza de la demandante, se sitúa en noviembre de 1994, data a partir de la cual, la demandante se desmarcó de su estatus jurídico de heredera, para asumir plenamente la posesión exclusiva e independiente de su hermanos y de su madre. Esa convivencia entre consanguíneos en el predio, no significa coposición, puesto que, si así fuera, lo que destella es que, ninguno de los demandados manifestó oposición, formuló excepciones, lo que significa el allanamiento y aceptación de las pretensiones de la demanda.

Es descabellado, considerar, que las mejoras constituidas por las construcciones levantadas por la demandante, en lugar de haber sido realizadas por ella, como manifestación de su comportamiento como señora y dueña, ejercitando plenamente la posesión habilitante para prescribir individualmente, con sus componentes del corpus y el animus art. 762 y 981 del C. Civil, hayan sido el resultado del designio de ser adjudicadas junto con los demás herederos, hipótesis defendida por el Despacho sin la objetividad y valoración que realmente ameritan.

Refuerza lo anteriormente dicho, la postura jurídica esgrimida en la etapa de Alegatos por los Curadores Ad Litem designados en el proceso, exceptuando al Dr. Arnoldo Collazos Guevara, quienes sostuvieron, que la demandante acreditó los requisitos de ley para el triunfo de sus pretensiones por vía de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio estando acreditados los elementos esenciales constitutivos de la posesión a saber CORPUS y ANIMUS, dentro del lapso de tiempo que la ley señala para el prescribiente.

5. PRUEBA DE OFICIO TESTIMONIO JUAN QUIROGA

Es pertinente aclarar que, como prueba declarada de oficio el Juzgado ordenó recepcionar el testimonio del abogado Dr. JUAN QUIROGA, quien en desarrollo de la Inspección judicial, narró cómo en el año 2013 fue contactado por el fallecido JESUS ESPINOSA para adelantar la sucesión por la muerte del padre ABIGAIL BUSTACARA, el testigo explicó en detalle, como conoció al padre fallecido y a la viuda Doña Alejandrina y exigió los documentos pertinentes, es decir registros civiles de nacimiento, de matrimonio y de defunción, poderes para tramitar la sucesión por vía notarial. No obstante al ser preguntado del porqué no se llevó a cabo la sucesión respondió que, no volvió a saber nada y solo hasta el año 2015, el mismo JESUS ESPINOSA y su hermana MARTHA ESPINOSA reclamaron los documentos, para lo cual el Dr. QUIROGA elaboró un documento de fecha Agosto 22 / 2015, en el que hace constar la devolución de los documentos con la anotación que: "HABIDA CONSIDERACIÓN A QUE HEMOS DECIDIDO QUE DESISTIMOS PORQUE NO TENEMOS PLATA NI PARA EL TRÁMITE NOTARIAL NI PARA EL

TRÁMITE JUDICIAL Y NO TENEMOS ACUERDO ENTRE HERMANOS Y FAMILIA”.

En conclusión, lo que real y verdaderamente se constituyó en barrera u obstáculo, no fue la falta de dinero, puesto que el mismo testigo Dr. QUIROGA, espontáneamente y sin ser preguntado, manifestó, que él nunca se trasladó al inmueble, y que si se hubiera percatado de la construcción allí levantada, al punto de sorpresa que, solamente hasta el día de la diligencia de inspección judicial, se percató de las mejoras construidas, y expresó tajantemente: *”Claro que les hubiera cobrado honorarios, por que conociendo la precariedad del fallecido abigail, él no estaba cobrando honorarios.”*.

Esa manifestación espontánea y genuina del testigo Dr, QUIROGA, es bien reveladora, puesto que, por una parte, él estaba sorprendido de ver la construcción levantada por la demandante, que nunca imaginó, y por la otra, la falta de dinero no era causa del desinterés de los herederos, sino que el verdadero motivo fue, la reclamación de mi poderdante MARTHA LUCIA ESPINOSA, respecto de sus pretensiones como prescribiente poseedora.

Adicionalmente, ese lapso transcurrido entre el año 2013, época en que fue contactado el togado por el difunto JESUS ESPINOSA, hasta Agosto 22 de 2015 fecha de elaboración del recibo de devolución de documentos, se suscitó un hecho relevante, y es precisamente el otorgamiento de la escritura pública 320 de fecha Febrero 28 / 2014, Notaría 60 de Bogotá, mediante la cual, **ALEJANDRINA NOCUA DE ESPINOSA, vende a JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA LOS DERECHOS Y ACCIONES QUE LE PUDIEREN CORRESPONDER COMO CÓNYUGE SOBREVIVIENTE EN LA SUCESION DE SU DIFUNTO ESPOSO ABIGAIL BUSTACARA.**

Con lo anterior, se evidencia que, en realidad, ninguno de los herederos de la sucesión del difunto ABIGAIL BUSTACARA, tenía una seria y real voluntad de abrir la sucesión tal y como se explica:

- a) Si la real voluntad de la cónyuge sobreviviente Alejandrina Nocua, hubiese sido promover la sucesión de su esposo fallecido a través de la gestión del Dr, Quiroga, pues no habría firmado la escritura de venta que suscribió en favor de Jose miguel Espinosa Nocua, escritura que le permitió manifestar a Jose Miguel Espinosa, en forma intimidante que, él era dueño de la mitad de la casa como cesionario comprador de los derechos de su madre, más el porcentaje de la otra mitad restante por ser hijo.

- b) Mi poderdante Martha Lucia Espinosa, era quien menos interés tenía en abrir la sucesión, puesto que en el año 2012 consumó el término de los 10 años como poseedora prescribiente, que le habilitaron para demandar ser declarada dueña por haber poseído, y levantado toda la construcción con exclusión de los coherederos, como en efecto lo llevó a cabo al radicar la demanda en el año 2016.
- c) Jose Miguel Espinosa tampoco tenía ninguna voluntad cierta y real, para que se adelantará la sucesión a través del Dr. Quiroga, pues de lo contrario, no habría procedido, como lo hizo, a llevar de manera oculta a su progenitora a firmar la escritura 320 / 2014, que a la postre resultó ser un documento público que no produce ninguno efecto jurídico, por ser constitutivo de **FALSA TRADICIÓN**, como así lo decidió el juzgado con ocasión del incidente de nulidad promovido en el mismo proceso.
- d) Los herederos hoy fallecidos Jesus Espinosa y Cecilia Sanchez tampoco materializaron su supuesta intención de adelantar la sucesion, puesto que al fin y al cabo, toda la vida, exceptuando un lapso de dos años de ausencia de Cecilia Sanchez, vivieron en la casa, y sus hijos también habitan allí en el inmueble; de paso, es oportuno mencionar que ninguno se opuso a la demanda y solamente por vía de las excepciones del curador Dr, Arnoldo Collazos esgrimieron una argumentación jurídica débil e insostenible jurídicamente, aclarando que Cecilia Sanchez, ni siquiera otorgo poder al Dr. Quiroga.
- e) Los hijos de la heredera fallecida Maria del Carmen espinosa, Jeimy, Juan Pablo, Michael Leonardo y Cristian, constituyeron apoderado judicial, que ha venido actuando en el proceso pero no contestaron la demanda en el término preclusivo y perentorio que consagra la ley.
- f) En cuanto a la heredera leonor espinosa nocua, nunca mostro ningún interés ni en la sucesión ni en la demanda de pertenencia y tampoco otorgó poder al Dr. Quiroga.
- g) En este orden de ideas, la conclusión que se abre paso, es que, ni la cónyuge sobreviviente Alejandrina Nocua, como tampoco ninguno de los hijos herederos del de cuyos Abigal Bustacara, tuvieron una real y verdadera, voluntad o intención de abrir la sucesión, puesto que el escenario, como se percibió en la actuación del proceso, es de conflicto permanente entre los intereses particulares de cada uno.

Todo lo anteriormente explicado permite sostener de manera ponderada y razonable que, con fundamento en la prueba documental, documentación entregada al Dr. Juan Quiroga, con quien se conversó acerca de tramitar la sucesión de Abigail Bustacara, no tiene la virtualidad que desvertebrar, o desquiciar las pretensiones como prescribiente de mi poderdante, porqué, a más de entregar y devolver los documentos, no existió ningún acto jurídico y la demandante ya había consumado su termino de prescripción como poseedora del inmueble y promovió la actual demanda de pertenencia.

II. AMPLIACION DE LOS HORIZONTES DE ANALISIS Y RACIONALIDAD PROBATORIA

Como colofón y conclusión final, el Despacho realizó su tarea como juzgador, pero, en lugar de vertir sus esfuerzos, para ampliar los horizontes de análisis y racionalidad probatoria, en completa conexión con la realidad en que se desenvuelven las relaciones de familia, aun dentro del marco del conflicto que se ventila judicialmente, quedó atrapado en las categorías determinadas en la jurisprudencia, de tal forma que, al no resultar plenamente aplicables al presente caso, forzó inferencias que resultaron a la postre cuestionadas por revelarse contrarias al real y verdadero contenido objetivo de las pruebas, y no resistir por vía de apelación la crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que, respetuosamente se consideran desacertados, con indicación de la trascendencia de las inconsistencias en el sentido del fallo.

El Despacho, se quedó corto y dubitativo respecto a la reconstrucción de los antecedentes fácticos del conflicto de forma objetiva, y al volcar las categorías jurídicas que argumenta como pilares de su fallo, incurrió involuntariamente en distorsiones que, al incidir en forma determinante en la labor de valoración probatoria le llevaron a una decisión de fondo equivocada recreando en algunos pasajes del fallo, escenarios no existentes por contradecir la realidad de las conductas familiares social y moralmente aceptadas, por lo que se abre paso el recurso de apelación, para revocar el fallo atacado y acceder a las pretensiones de la prescribiente demandante.

Atentamente,



RAMIRO ALBERTO PINILLA GALEANO
C.C. 19494715
T.P. 43853C.S.J.
E-mail ramiopinilla@gmail.com
Cel: 3002091762

Fwd: RECURSO DE APELACION SENTENCIA VERBAL 2016 - 797

RAMIRO ALBERTO PINILLA GALEANO <ramiopinilla@gmail.com>

Vie 30/09/2022 3:24 PM

Para: Juzgado 40 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

----- Forwarded message -----

De: **RAMIRO ALBERTO PINILLA GALEANO** <ramiopinilla@gmail.com>

Date: vie, 30 sept 2022 a las 14:20

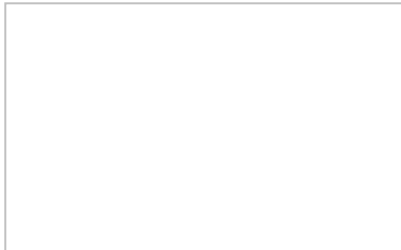
Subject: RECURSO DE APELACION SENTENCIA VERBAL 2016 - 797

To: <ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>, <marthaluciaespinosa1999@gmail.com>, <arco.g@hotmail.com>

Cordial Saludo: RAMIRO A. PINILLA actuando como Apoderado judicial de la demandante MARTHA LUCIA ESPINOSA NOCUA en el proceso verbal de pertenencia de la referencia, adjunto el escrito de apelación contra la sentencia de fecha 26 de Septiembre / 2022 para que surta el trámite de segunda instancia.

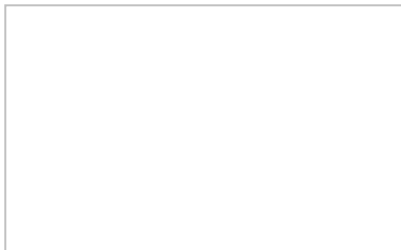
Adjunto archivo con el memorial

--



Ramiro Alberto Pinilla Galeano
Especialista Derecho Comercial U - Javeriana
Especialista Derecho Público U - Autónoma

--



Ramiro Alberto Pinilla Galeano
Especialista Derecho Comercial U - Javeriana

Especialista Derecho Público U - Autónoma

Señor
JUEZ 40 CIVIL DEL CIRCUITO
E. S. D.

**REF : PROCESO VERBAL PERTENECIA de MARTA LUCIA ESPINOSA NOCUA
contra JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA Y OTROS 2016 - 797**

RAMIRO ALBERTO PINILLA GALEANO, actuando como Apoderado Judicial de la **DEMANDANTE**, dentro de la oportunidad de ley interpongo el **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia de fecha 26 de Septiembre / 2022. Las razones de inconformidad con el fallo las expreso a continuación:

**I. FALTA DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA Y VALORACIÓN
PROBATARIA CONTRADICTORIA.**

El juzgado arribó a la conclusión según la cual, la demandante no acreditó el componente que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, de manera inveterada a denominado “ANIMUS”, que junto con el elemento material “CORPUS”, estructuran la posesión habilitante para que el prescribiente pueda triunfar cuando pretende la declaratoria de pertenencia.

Del análisis de los testimonios recaudados en el proceso, del interrogatorio a las partes, incluso del careo que en audiencia se practicó entre la demandante y el demandado JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA, la Juez dedujo que, la, posesión alegada por MARTHA LUCIA ESPINOSA NOCUA, no fue, según su convicción, ni exclusiva, ni independiente, por haber mediado reconocimiento de dominio ajeno por parte de la demandante con respecto a su madre Alejandrina Nocua y sus hermanos.

Para el Despacho, la pretensa usucapiante: *“alude que ingresó al fallecimiento de su padre con permiso, consentimiento y anuencia de su madre, con el fin de colaborarle en solidaridad y ayuda mejorando las condiciones del inmueble, siendo este predio en el que también residían algunos de sus hermanos, herederos de aquel, quienes, a pesar de no oponerse, por lo menos expresamente a sus actos, e incluso reconocer que fue ella quien lo edificó para ponerlo como está, tampoco aparece se les haya desconocido esa calidad para atribuirse una exclusiva por la demandante, no siendo los actos de tolerancia elementos persuasorios de posesión”*.

En apretada síntesis, según el análisis y valoración del Juzgado, la demandante al ingresar en el predio en noviembre de 1984, con posterioridad al fallecimiento de

su padre Abigail Espinosa, y convivir con su madre y dos de sus hermanos hoy fallecidos (Jesús Espinosa y Cecilia Sanchez), no se desmarcó con rebeldía de la calidad de coherederos, para trasmutar de coheredera a poseedora única, razón por la cual, los actos de señorío y dominio, como son haber levantado las construcciones que hoy conforman la totalidad del inmueble, haber gestionado las acometidas de servicios públicos domiciliarios, pagar los mismos e incluso costear las cargas fiscales (impuesto predial), se quedan en la esfera de la mera tenencia, y al igual que, los actos de tolerancia con la permanencia de su hermanos en el predio, no se traducen en el desconocimiento de los demás coherederos, por lo que detecta líneas de incertidumbre respecto de la posesión exclusiva e independiente, al punto que manifiesta que, la madre en vida, era quien mandaba y daba las órdenes.

Siguiendo esa línea de análisis, arribó a la conclusión que, el termino de prescripción extraordinaria fijado en 10 años, corre para la demandante, no desde la vigencia de la ley 791/2002, a la cual se acogió, sino desde el año 2016, con posterioridad al deceso de su madre Alejandrina Nocua, término que resulta ínfimo y absolutamente precario para configurar la prescripción.

En apariencia, el fallo pareciera estar ajustado a Derecho y la convicción del Juzgado anclada en sólidas bases que estructuran y orientan una sentencia justa, congruente y rigurosamente motivada en la ley, pero ello no es así como se pasa a explicar:

1. FLEXIBILIZACION DE LOS ESTANDARES DE PRUEBA DE POSESIÓN ENTRE COHEREDEROS CUANDO FAMILIARES HABITAN EL MISMO INMUEBLE.

Constituye una categoría hermenéutica derivada de la dinámica del derecho moderno, para abrir paso a una flexibilización moderada de invaluable utilidad en la resolución de conflictos, en los cuales se discute la posesión prescriptiva entre herederos cuando comparten la convivencia en el mismo inmueble, conflicto que al ser sometido al escrutinio del operador judicial, se entiende y asimila que, los jueces son verdaderos moduladores para conectar y sintonizar armónicamente el DERECHO con la REALIDAD, y no a la inversa, incrustar forzosamente el caso, para que pueda encajar en las categorías jurídicas.

El derecho y la aplicación de la ley, no constituyen una camisa de fuerza en la cual el operador judicial sea subordinado a los estrictos parámetros que conforman el marco jurídico, como si el derecho estuviese fundado en nociones inalterables, sino que, se le reconoce espacio de razonada movilidad para modular con ajustes que emanan de la cambiante realidad.

En efecto, ser menos estricto en la depuración probatoria, permite al Juzgador, realizar ajustes metodológicos en sus valoraciones, como garantía de la prevalencia del derecho sustancial, para que, aquellas circunstancias exógenas relevantes

sean verdaderamente apreciadas en su real dimensión y no se frustré el cometido de justicia inmerso en la decisión de fondo.

En lenguaje coloquial significa que, la sentencia debe estar en consonancia y congruencia razonable con escenarios reales y verdaderos en que se desenvuelve la conducta humana, así como el litigio entre las partes, para que el formal y acartonado análisis de escritorio, no se convierta en la aplicación automática o mecánica de las categorías jurídicas, porque, al operador judicial le compete el deber de examinar las circunstancias especiales y particulares, que en determinados casos tiene significativa incidencia, con la finalidad de escapar de pautas legales, jurisprudenciales o doctrinales que aportan más dudas que soluciones, en razón a que las nociones jurídicas no son inmutables ni pétreas.

En el caso presente, se identifica una circunstancia especial y particular que vierte su incidencia en todo el contexto del proceso, y que constituye uno de los pilares del fallo negativo. Me refiero al hecho probado que, la demandante en Noviembre de 1994, ingresó al predio materia de la demanda, compartiendo el techo, con todas las precariedades de esa época (rancho con material de segunda mano y tejas de retal, goteras y humedad), con su madre ALEJANDRINA NOCUA, que lo habitaba igualmente con sus hermanos JESUS ESPINOSA y CECILIA SANCHEZ, que allí nacieron y allí fallecieron.

En este escenario, es innegable que, las reglas de la experiencia orientadas por el contexto socialmente aceptado, enseñan que, la familia es el núcleo esencial y la célula primaria, al punto que se reconoce la protección constitucional especial que le ampara, lo que indica que, es censurable moral, socialmente, y punible penalmente, que un miembro de familia atropelle, abuse o ejerza violencia sobre otros miembros de su familia, máxime cuando se trata de la madre sobreviviente a la muerte de su cónyuge, y sus hermanos de sangre, en condiciones de inocultable pobreza.

Lo anterior significa, que la demandante MARTHA LUCIA ESPINOSA NOCUA, una vez ingresó al inmueble y se instaló allí, conviviendo con la madre ALEJANDRINA NOCUA, de reciente luto por el fallecimiento de su cónyuge ABIGAIL ESPINOSA, inicialmente condujo su comportamiento como lo dictan elementales normas de respeto y armonía familiar, es decir, solidaridad con su madre y hermanos para mejorar su calidad de vida.

Si bien, dicha voluntad inicial de la demandante, obedece a un patrón y modelo de conducta que, cualquier persona, colocada en las mismas circunstancias desplegaría sin evasivas o dudas en favor de su familia, para el Despacho, ese comportamiento de la dinámica social, es valorado, sin serlo, como un acto humanitario pero de debilidad jurídica, por afectar la postura de poseedora exclusiva, y por eso, con desacierto, lo interpretó como el reconocimiento de dominio ajeno, considerando equivocadamente a la demandante, y a su progenitora, en el estatus de coposeedoras, conjetura que le llevó a descartar de plano la exclusividad e independencia que la prescribiente adujo en la demanda como atributo de su posesión.

Pero no es esta la única inconsistencia extremadamente inaceptable, en efecto, por esa misma línea de errada convicción emerge lo siguiente:

2. DESACIERTO EN LA SENTENCIA AL CONDICIONAR LA EXCLUSIVIDAD DE LA POSESION DE LA DEMANDANTE AL FALLECIMIENTO DE SU PROGENITORA y LOS HERMANOS QUE NACIERON Y FALLECIERON EN EL INMUEBLE.

En este orden de ideas, para efectos de la presente alzada, el Despacho deja consignada en la sentencia, una postura jurídica construida con base en una **INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA, no solo desconectada de la realidad**, sino **anclada en la exigencia de requisitos inaccesibles por fuera de las exigencias legales** que, a pesar de ser imposibles de cumplir, el Despacho con soporte en la exegética interpretación y aplicación de la jurisprudencia que cita en la Página 7 del Fallo, exige se encuentren satisfechos, llegando al extremo que, cualquier prescribiente en casos similares, tampoco estaría en posibilidad de cumplir.

En efecto, el Despacho se aferra a dicha interpretación restrictiva con tanto rigor y con excesiva exégesis, que no duda en afirmar en la sentencia que:

“(...) en el lapso deprecado en su posesión ha reconocido dominio ajeno en cabeza de su señora madre Alejandrina Nocua, así como la existencia de algún derecho en cabeza de sus hermanos Jesús Alfonso y María Cecilia, máxime cuando su intención inicial no tenía una condición encaminada a declararse dueña sino por el contrario pretendía otorgar una mejor calidad de vida a su madre y hermanos, desvirtuándose con ello el cumplimiento del requisito del animus inherente a la posesión endilgada”.

Emerge aquí, el camino equivocado de la sentencia, ya que, como consecuencia de asumir una interpretación excesivamente restrictiva en relación con el componente SUBJETIVO DE LA POSESION, con desacierto, tuvo por sentado, sin estarlo, que la solidaridad humana inmersa en las relaciones de familia, automáticamente excluye y aniquila la posesión exclusiva e independiente para quien quiera favorecerse de la interversión de título de heredero a poseedor prescribiente.

El razonamiento para aferrarse a esta conclusión casi que mecánicamente, pretende apoyarse en que, la convivencia en el mismo predio, entre MARTHA LUCIA ESPINOSA, su recién enviudada madre ALEJANDRINA NOCUA y sus hermanos JESUS ESPINOSA y CECILIA SANCHEZ, suscitada por haber llegado al predio la demandante en Noviembre de 1994, constituye ipso-facto el reconocimiento del dominio ajeno, y de derechos de sus coherederos, ocluyendo aspiraciones de prescribiente con posesión exclusiva, lo que significa que, con fundamento en tan restrictiva interpretación, para que la demandante pueda reclamar exitosamente sus pretensiones de poseedora única, o cualquier otra persona colocada en las mismas circunstancias, aspirara a las mismas pretensiones, tendría que romper los lazos familiares y en rebeldía expulsar del predio a sus consanguíneos, para que, la convivencia, armonía, socorro y solidaridad familiar, no excluya la transmutación de heredera a poseedora como lo argumenta el Despacho en el fallo atacado.

Es decir, que el comportamiento social, moralmente aceptado y esperado de la condición humana, que induce en un primer momento, a expresar la solidaridad familiar, para el Despacho, es una barrera jurídica para usucapir un inmueble, razonamiento que constituye un verdadero desafuero, en el entendido que, si bien, es una dificultad mayúscula, deslindar lo familiar de las connotaciones de un comportamiento orientado a la posesión exclusiva, en los casos de convivencia en el mismo inmueble, no por eso, cabe descartar dicha posesión para considerarla no habilitante para usucapir, pues ello, conduciría a forzar a los coherederos aspirantes a dicha pretensión, a tener que desplazar, sacar, o expulsar a sus parientes consanguíneos del predio, para que el hito temporal no pueda ser echado de menos cuando judicialmente se ventilen las pretensiones en proceso de pertenencia, lo cual constituye un extremo inaceptable.

Pero, más inaceptable es, que los tentáculos de una interpretación restrictiva de este calado, solo se puedan romper, automáticamente, con la **MUERTE** de los coherederos, en este caso, el fallecimiento de la madre ALEJANDRINA NOCUA (2016), y posteriormente de sus hermanos con quienes convivió.

Es un desacierto colosal, condicionar la existencia y aceptación plena del hito temporal de la interversión de heredero a poseedor, a la muerte de los parientes consanguíneos que convivían con el prescribiente, por constituir un componente adicional que la norma no consagra, como tampoco se deduce de la jurisprudencia.

3. EUQIVOCADA APRECIACIÓN AL CONFUNDIR EL RESPETO FAMILIAR CON LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE ACTOS DE DISPOSICIÓN DE DOMINIO.

Es sin duda, otro polo extremo de una interpretación restrictiva que, debe ser rectificada y mal puede tener cabida ante el Tribunal Superior en la actuación que se promueve con la presente apelación.

Si bien las declaraciones de los testigos citados en la sentencia, van en dirección a destacar que, quien mandaba en la casa era la Sra. ALEJANDRINA NOCUA, no por ello, automáticamente el Despacho puede deducir de esas respuestas, la prueba de disposición del inmueble, para cerrar el paso a la posesión excluyente de la demandante, puesto que, el predicado “**MANDO**”, que en vida los testigos refirieron de la Sra. ALEJANDRINA NOCUA, es aquel, propio del respeto y dignidad que por norma se acepta en las personas mayores, acuñado por el paso de los años, las vivencias y la sabiduría para brindar consejos y guiar familiarmente el hogar, **más no, el mando con la caracterización jurídica de ejercer el dominio del inmueble, plantar mejoras, o explotar el mismo.**

El respeto debido como regla familiar entre hija y madre y viceversa, junto con el respeto a sus hermanos, no puede ser confundido simplistamente, con una declinación de la posición asumida como poseedora excluyente, como desacertadamente lo concluye el Despacho. Surge una explicación, que consiste en que, el Despacho incurrió en la confusión de equiparar equivocadamente, el

mando en las actividades domésticas del hogar, propias de la convivencia y respeto familiar, con el ejercicio de la capacidad jurídica en la toma de decisiones patrimoniales sobre el inmueble.

Dicha confusión, aunque le facilitó al Despacho su tarea de juzgamiento, hace visible que, la misma confusión entre el mando doméstico en el hogar y el mando jurídico respecto del inmueble, le permitió atornillar la interpretación restrictiva que se ataca, es solo un movedizo argumento de rebote, deleznable al someterlo a la diferenciación que salta a la vista, que surge del contexto real en el cual se desarrollan las relaciones de familia, socavando una de las bases de la sentencia.

En esa misma línea de ataque, igual cabe predicar, ¿con soporte en qué prueba, o con apoyo en qué evidencia, el juzgado asegura que, la demandante solicitó y obtuvo, la aquiescencia o el permiso de su progenitora ALEJANDRINA NOCUA, para levantar las construcciones cuyas mejoras empezaron a realizarse desde el mes de noviembre del año 1994?.

Al analizar los testimonios, los declarantes en ningún aparte de sus versiones y relatos, hicieron tal afirmación. Las respuestas de los testigos son concordantes, en que, la demandante dio inicio a las construcciones, sin que ninguno de sus hermanos convivientes JESUS y CECILIA, como tampoco su progenitora, y menos aún, los restantes herederos, hicieran algún reclamo, manifestaran su voluntad de oponerse, o le hubiesen enrostrado derechos de herederos que impidieran llevar a cabo su proyecto de construcción y mejoras.

El silencio total y absoluto de la madre ALEJANDRINA NOCUA y de todos sus hermanos, en especial de JESUS ESPINOSA y CECILIA SANCHEZ, perduró a lo largo de los años, prolongándose incluso al interior del proceso, pues ninguno de ellos se opuso o excepcionó, contradiciendo las pretensiones de la demandante.

En consecuencia, la inferencia del Juzgado mediante la cual atribuye erradamente la existencia de autorización de la madre a la hija para levantar las mejoras, es absolutamente distante de la realidad y desprovista de prueba que le atribuya la condición de irrefutable.

En el universo jurídico rige el principio según el cual, **“EL QUE CALLA OTORGA”**, por lo que, el Despacho se desvió al afirmar que existió un CONSENTIMIENTO o PERMISO de madre a hija demandante, cuando lo cierto es que, la progenitora como los hermanos y coherederos, al persistir en el silencio absoluto, aceptaron que, la demandante con el inicio de la construcción en noviembre de 1994, enteró a todos los familiares de sus actos de poseedora excluyente, con el ánimo de señora y dueña, reputándose como única propietaria y desconociendo a los demás herederos.

Advierta el juez superior que, objetivamente, el común denominador en el proceso, es la total orfandad probatoria de los demandados, y en particular de JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA, persona proclive a mentir, quien postizamente declaró haber construido en el inmueble y haber hecho aportes económicos desde 38 años atrás, siendo desmentido por el propio Despacho, al advertir al testigo, la imposibilidad de

aportar económicamente desde hace 38 años, porque, hacia atrás, la fecha de partida de esa lapso, se sitúa en una data anterior a la adquisición del inmueble por el padre difunto.

En conclusión, el Despacho incurrió en una incorrecta valoración probatoria al considerar la existencia de un permiso entre madre e hija, cuando lo que operó fue el designio de la demandante de desconocer a su parientes consanguíneos como coherederos, dando inicio, por su propia cuenta y su iniciativa para levantar las mejoras que empezó a construir, obviamente con exclusión de su madre y sus hermanos a partir de Noviembre de 1994, que como hecho probado es contrario a la conclusión a la que, con desacierto y confusión arribó el Juzgado.

4. CRÍTICA TESTIMONIAL VALORADA PARCIALMENTE.

En este punto, cabe adicionar el hecho, que las menciones transcritas en los pasajes de la Jurisprudencia de la Corte Suprema citadas por el Despacho¹, son referencias genéricas, que por su misma indeterminación resultan insustanciales para aplicarse al presente caso, máxime si tenemos en cuenta que, la demandante demostró con suficiencia y plenitud sus actos de dominio y señorío como, levantar las mejoras y construcciones del inmueble tal y como se encuentra en la actualidad, sufragar los servicios públicos, pagar las cargas fiscales, ordenar y contratar labores para la conservación de la totalidad del inmueble, arrendar una habitación sin rendir cuentas con los demás, y llevar las riendas desde 1994, como obra en los testimonios, el Juzgado en un clara asimetría de valoración probatoria, considere dicho arsenal, como **simples y escuetas manifestaciones de mera tenencia**.

En efecto, no oculta el Despacho su marcado desequilibrio, al medir con una racero muy distinto, la carga probatoria de la posesión excluyente habilitante para prescribir, aportada por la demandante, que cumplió con su deber de acreditar, con prueba documental voluminosa, con las versiones de los declarantes, la peritación y la inspección judicial, su calidad de poseedora adquirida con la trasmutación de heredera a poseedora excluyente e independiente, por el término previsto en la ley, teniendo como hito temporal de la interversión del estatus de coheredera a poseedora, el mes de noviembre de 1994, todo ello, enfrentado y contrastado con el SILENCIO ABSOLUTO DE LOS DEMANDADOS, quienes al tener pleno conocimiento de las mejoras construidas por la demandante, desde noviembre de 1994, ninguno de los herederos reclamó, impidió, disputó o defendió jurídicamente los derechos herenciales para enfrentarlos a la posesión excluyente de la demandante.

Sin duda la NO OPOSICIÓN a las mejoras, construcciones y demás actos posesorios que con la convicción de señorío y dominio desplegó la demandante, durante el largo período referido en la demanda, es un silencio, UN COMPORTAMIENTO OMISIVO DE PLENA ACEPTACION, de significación decisiva en su favor, que no puede ser ignorado por el Despacho, debido a que, es injustificable e inadmisibles, que los herederos demandados, en el término perentorio

¹ Sentencia páginas 5 – 7

de traslado que concede al ley, decidieron mantener el SILENCIO ABSOLUTO con las implicaciones que devienen de la no contestación de la demanda previstas en el art. 97 del C.G.P., puedan ser considerados de manera abrupta en la sentencia, como herederos a los cuales la demandante nunca les desconoció su calidad de coherederos.

Es oportuno y pertinente detenerse en esta ilógica conclusión a la cual arriba el Juzgado, que su vez es otro de los pilares que soportan la sentencia negativa.

En efecto, en lógica de la realidad y en el ámbito jurídico, qué comportamiento es exigible a la demandante prescribiente, que signifique inequívocamente desconocer a sus coherederos, cuando ellos, deciden mantener absoluto silencio, no reclaman, omiten contradecir los actos posesorios de la demandante, no se oponen a las construcciones y mejoras, no le disputan ningún derecho, y esa conducta, perdura por los años de los años, y persiste aun con la demanda de pertenencia que les fue notificada, entonces cabe preguntarse ¿Cómo se desconoce a un heredero que guarda silencio, no reclama y no se opone?.

No existe respuesta racional, a no ser que, para satisfacer la caprichosa, atípica y controversial conclusión del Juzgado, la demandante vea obligada a romper los lazos familiares y en rebeldía expulsar del predio a sus consanguíneos.

El Despacho a no dudar lo, recrea un escenario impensable y aun así, lo convierte en una de las bases de su sentencia negativa, puesto que, cómo se desconoce la calidad jurídica de heredero, a quien acepta con su silencio absoluto los actos posesorios excluyentes, de señorío y dominio de la demandante, no reclama y tampoco se opone.

Sin duda la no oposición a las mejoras, construcciones y demás actos posesorios que con la convicción de señorío y dominio desplegó la demandante, es un silencio de significación decisiva en su favor, reforzando el hecho que, el hito temporal de intervención del título de heredera a poseedora inició en Noviembre de 1994, respaldado con la prueba documental aportada al proceso respecto de los recibos, facturas, y comprobantes de compra de materiales de construcción que datan desde aquella época.

Si a voces del Despacho, invocando la jurisprudencia citada en la sentencia, las cargas fiscales del inmueble, y el pago de los servicios públicos, los puede realizar cualquier persona, lo único cierto, es que NI LA PROGENITORA, como ninguno de los HERMANOS, tampoco los sobrinos, así procedieron. NO EXISTE PRUEBA o una pluralidad de indicios que permita sustentar que existió un acuerdo, un arreglo o un convenio entre coherederos, lo cual serviría para desmoronar las pruebas aportadas por la demandante acerca de su posesión exclusiva e independiente.

La crítica testimonial hecha por el Despacho en la sentencia, incorpora fisuras notables, por no haber sido valoradas de manera integral, sino que fueron citadas parcialmente en aquellos pasajes que el Juzgado se esmeró en destacar, pero que, ponderadas objetivamente en conjunto apuntan a corroborar, que ninguno de los

demandados apporto económicamente para el sostenimiento de la madre ALEJANDRINA NOCUA. La carga de la alimentación y manutención de la progenitora, fue asumida hasta su fallecimiento por la demandante, al igual que, de su propio bolsillo y patrimonio fueron costeadas las mejoras y construcciones y los adecuaciones del inmueble transformado de rancho con tejas y latas, a una casa de tres pisos con terraza al frente y dos plantas construidas en la parte trasera.

Las construcciones levantadas por mi poderdante, mejoras realizadas en tres épocas diferentes, como se corroboró con el peritaje, se estructuran como prueba contundente que el Despacho ignoró y paso por alto, en procura de sostener su interpretación restrictiva, sus confusiones y valoración probatoria ilógica.

Sea oportuno aclarar que, mi poderdante reclama el favor de la ley para que sean acogidas sus pretensiones por vía de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, por haberse consumado en demasía el término de prescripción superior a 10 años de posesión, exclusiva, quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, es decir, con fundamento en la ley 791 de Diciembre 27 del año 2002, que redujo el término de prescripción extraordinaria de 20 a 10 años.

Razón por la cuál, en el libelo de demanda se hizo la siguiente precisión en el numeral 17 del acápite de hechos de la demanda.

*“Aclaro que mi poderdante **aunque inició su posesión en el año 1994** se acoge a la prescripción extraordinaria contabilizando el término que quedo reducido de 20 años a 10 años, a partir de la entrada en vigencia de la ley 791 de Diciembre 27 de 2002”.*

En consecuencia, aunque la interversión del título de heredera a poseedora tiene como hito temporal el mes de noviembre de 1994, en virtud de haberse acogido a los efectos de la ley 791 de Diciembre 27 del año 2002, que redujo el término de prescripción extraordinaria de 20 a 10 años, dicho término comienza a correr de diciembre 27 de 2002, consumándose en el mes de diciembre de 2012, y la presente demanda fue radicada en octubre 31 del año 2016.

Conclusión que salta a la vista en manera totalmente contraria a la asumida en el fallo atacado.

Sea oportuno precisar, que por más esfuerzo que el Despacho haya realizado para afirmar que el hito temporal, para el conteo del término de prescripción brilla por su ausencia, las declaraciones de los testigos no arrojan dudas acerca de que, la certidumbre de la ocurrencia de la interversión del título de heredera a poseedora

exclusiva en cabeza de la demandante, se sitúa en noviembre de 1994, data a partir de la cual, la demandante se desmarcó de su estatus jurídico de heredera, para asumir plenamente la posesión exclusiva e independiente de su hermanos y de su madre. Esa convivencia entre consanguíneos en el predio, no significa coposición, puesto que, si así fuera, lo que destella es que, ninguno de los demandados manifestó oposición, formuló excepciones, lo que significa el allanamiento y aceptación de las pretensiones de la demanda.

Es descabellado, considerar, que las mejoras constituidas por las construcciones levantadas por la demandante, en lugar de haber sido realizadas por ella, como manifestación de su comportamiento como señora y dueña, ejercitando plenamente la posesión habilitante para prescribir individualmente, con sus componentes del corpus y el animus art. 762 y 981 del C. Civil, hayan sido el resultado del designio de ser adjudicadas junto con los demás herederos, hipótesis defendida por el Despacho sin la objetividad y valoración que realmente ameritan.

Refuerza lo anteriormente dicho, la postura jurídica esgrimida en la etapa de Alegatos por los Curadores Ad Litem designados en el proceso, exceptuando al Dr. Arnoldo Collazos Guevara, quienes sostuvieron, que la demandante acreditó los requisitos de ley para el triunfo de sus pretensiones por vía de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio estando acreditados los elementos esenciales constitutivos de la posesión a saber CORPUS y ANIMUS, dentro del lapso de tiempo que la ley señala para el prescribiente.

5. PRUEBA DE OFICIO TESTIMONIO JUAN QUIROGA

Es pertinente aclarar que, como prueba declarada de oficio el Juzgado ordenó recepcionar el testimonio del abogado Dr. JUAN QUIROGA, quien en desarrollo de la Inspección judicial, narró cómo en el año 2013 fue contactado por el fallecido JESUS ESPINOSA para adelantar la sucesión por la muerte del padre ABIGAIL BUSTACARA, el testigo explicó en detalle, como conoció al padre fallecido y a la viuda Doña Alejandrina y exigió los documentos pertinentes, es decir registros civiles de nacimiento, de matrimonio y de defunción, poderes para tramitar la sucesión por vía notarial. No obstante al ser preguntado del porqué no se llevó a cabo la sucesión respondió que, no volvió a saber nada y solo hasta el año 2015, el mismo JESUS ESPINOSA y su hermana MARTHA ESPINOSA reclamaron los documentos, para lo cual el Dr. QUIROGA elaboró un documento de fecha Agosto 22 / 2015, en el que hace constar la devolución de los documentos con la anotación que: "HABIDA CONSIDERACIÓN A QUE HEMOS DECIDIDO QUE DESISTIMOS PORQUE NO TENEMOS PLATA NI PARA EL TRÁMITE NOTARIAL NI PARA EL

TRÁMITE JUDICIAL Y NO TENEMOS ACUERDO ENTRE HERMANOS Y FAMILIA”.

En conclusión, lo que real y verdaderamente se constituyó en barrera u obstáculo, no fue la falta de dinero, puesto que el mismo testigo Dr. QUIROGA, espontáneamente y sin ser preguntado, manifestó, que él nunca se trasladó al inmueble, y que si se hubiera percatado de la construcción allí levantada, al punto de sorpresa que, solamente hasta el día de la diligencia de inspección judicial, se percató de las mejoras construidas, y expresó tajantemente: *”Claro que les hubiera cobrado honorarios, por que conociendo la precariedad del fallecido abigail, él no estaba cobrando honorarios.”*.

Esa manifestación espontánea y genuina del testigo Dr, QUIROGA, es bien reveladora, puesto que, por una parte, él estaba sorprendido de ver la construcción levantada por la demandante, que nunca imaginó, y por la otra, la falta de dinero no era causa del desinterés de los herederos, sino que el verdadero motivo fue, la reclamación de mi poderdante MARTHA LUCIA ESPINOSA, respecto de sus pretensiones como prescribiente poseedora.

Adicionalmente, ese lapso transcurrido entre el año 2013, época en que fue contactado el togado por el difunto JESUS ESPINOSA, hasta Agosto 22 de 2015 fecha de elaboración del recibo de devolución de documentos, se suscitó un hecho relevante, y es precisamente el otorgamiento de la escritura pública 320 de fecha Febrero 28 / 2014, Notaría 60 de Bogotá, mediante la cual, **ALEJANDRINA NOCUA DE ESPINOSA, vende a JOSE MIGUEL ESPINOSA NOCUA LOS DERECHOS Y ACCIONES QUE LE PUDIEREN CORRESPONDER COMO CÓNYUGE SOBREVIVIENTE EN LA SUCESION DE SU DIFUNTO ESPOSO ABIGAIL BUSTACARA.**

Con lo anterior, se evidencia que, en realidad, ninguno de los herederos de la sucesión del difunto ABIGAIL BUSTACARA, tenía una seria y real voluntad de abrir la sucesión tal y como se explica:

- a) Si la real voluntad de la cónyuge sobreviviente Alejandrina Nocua, hubiese sido promover la sucesión de su esposo fallecido a través de la gestión del Dr, Quiroga, pues no habría firmado la escritura de venta que suscribió en favor de Jose miguel Espinosa Nocua, escritura que le permitió manifestar a Jose Miguel Espinosa, en forma intimidante que, él era dueño de la mitad de la casa como cesionario comprador de los derechos de su madre, más el porcentaje de la otra mitad restante por ser hijo.

- b) Mi poderdante Martha Lucia Espinosa, era quien menos interés tenía en abrir la sucesión, puesto que en el año 2012 consumó el término de los 10 años como poseedora prescribiente, que le habilitaron para demandar ser declarada dueña por haber poseído, y levantado toda la construcción con exclusión de los coherederos, como en efecto lo llevó a cabo al radicar la demanda en el año 2016.
- c) Jose Miguel Espinosa tampoco tenía ninguna voluntad cierta y real, para que se adelantará la sucesión a través del Dr. Quiroga, pues de lo contrario, no habría procedido, como lo hizo, a llevar de manera oculta a su progenitora a firmar la escritura 320 / 2014, que a la postre resultó ser un documento público que no produce ninguno efecto jurídico, por ser constitutivo de **FALSA TRADICIÓN**, como así lo decidió el juzgado con ocasión del incidente de nulidad promovido en el mismo proceso.
- d) Los herederos hoy fallecidos Jesus Espinosa y Cecilia Sanchez tampoco materializaron su supuesta intención de adelantar la sucesion, puesto que al fin y al cabo, toda la vida, exceptuando un lapso de dos años de ausencia de Cecilia Sanchez, vivieron en la casa, y sus hijos también habitan allí en el inmueble; de paso, es oportuno mencionar que ninguno se opuso a la demanda y solamente por vía de las excepciones del curador Dr, Arnoldo Collazos esgrimieron una argumentación jurídica débil e insostenible jurídicamente, aclarando que Cecilia Sanchez, ni siquiera otorgo poder al Dr. Quiroga.
- e) Los hijos de la heredera fallecida Maria del Carmen espinosa, Jeimy, Juan Pablo, Michael Leonardo y Cristian, constituyeron apoderado judicial, que ha venido actuando en el proceso pero no contestaron la demanda en el término preclusivo y perentorio que consagra la ley.
- f) En cuanto a la heredera leonor espinosa nocua, nunca mostro ningún interés ni en la sucesión ni en la demanda de pertenencia y tampoco otorgó poder al Dr. Quiroga.
- g) En este orden de ideas, la conclusión que se abre paso, es que, ni la cónyuge sobreviviente Alejandrina Nocua, como tampoco ninguno de los hijos herederos del de cuyos Abigal Bustacara, tuvieron una real y verdadera, voluntad o intención de abrir la sucesión, puesto que el escenario, como se percibió en la actuación del proceso, es de conflicto permanente entre los intereses particulares de cada uno.

Todo lo anteriormente explicado permite sostener de manera ponderada y razonable que, con fundamento en la prueba documental, documentación entregada al Dr. Juan Quiroga, con quien se conversó acerca de tramitar la sucesión de Abigail Bustacara, no tiene la virtualidad que desvertebrar, o desquiciar las pretensiones como prescribiente de mi poderdante, porqué, a más de entregar y devolver los documentos, no existió ningún acto jurídico y la demandante ya había consumado su termino de prescripción como poseedora del inmueble y promovió la actual demanda de pertenencia.

II. AMPLIACION DE LOS HORIZONTES DE ANALISIS Y RACIONALIDAD PROBATORIA

Como colofón y conclusión final, el Despacho realizó su tarea como juzgador, pero, en lugar de vertir sus esfuerzos, para ampliar los horizontes de análisis y racionalidad probatoria, en completa conexión con la realidad en que se desenvuelven las relaciones de familia, aun dentro del marco del conflicto que se ventila judicialmente, quedó atrapado en las categorías determinadas en la jurisprudencia, de tal forma que, al no resultar plenamente aplicables al presente caso, forzó inferencias que resultaron a la postre cuestionadas por revelarse contrarias al real y verdadero contenido objetivo de las pruebas, y no resistir por vía de apelación la crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que, respetuosamente se consideran desacertados, con indicación de la trascendencia de las inconsistencias en el sentido del fallo.

El Despacho, se quedó corto y dubitativo respecto a la reconstrucción de los antecedentes fácticos del conflicto de forma objetiva, y al volcar las categorías jurídicas que argumenta como pilares de su fallo, incurrió involuntariamente en distorsiones que, al incidir en forma determinante en la labor de valoración probatoria le llevaron a una decisión de fondo equivocada recreando en algunos pasajes del fallo, escenarios no existentes por contradecir la realidad de las conductas familiares social y moralmente aceptadas, por lo que se abre paso el recurso de apelación, para revocar el fallo atacado y acceder a las pretensiones de la prescribiente demandante.

Atentamente,



RAMIRO ALBERTO PINILLA GALEANO
C.C. 19494715
T.P. 43853C.S.J.
E-mail ramiopinilla@gmail.com
Cel: 3002091762

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA RV: Favor radicar en el expediente 001 2020 39317 01- Sustentación recurso de Apelación

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 23/11/2023 11:52

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

📎 1 archivos adjuntos (3 MB)

2023.11.23. final Sustentación recurso de Apelación - COLOMBINA vs AVIDESA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA

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: Ruíz, Rocío <rocio.ruiz@dentons.com>

Enviado: jueves, 23 de noviembre de 2023 11:44

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: notificaciones@tumnet.com <notificaciones@tumnet.com>; Despacho 08 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Favor radicar en el expediente 001 2020 39317 01- Sustentación recurso de Apelación

Magistrada

Sandra Cecilia Rodríguez Eslava
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
Sala Civil de Decisión

<u>REFERENCIA:</u>	PROCESO DE INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.
<u>DEMANDANTE:</u>	COLOMBINA S.A.
<u>DEMANDADA:</u>	AVIDESA MAC POLLO S.A. (hoy “AVSA S.A.”)
<u>Radicación SIC:</u>	20-439317
<u>Radicación Tribunal:</u>	001 2020 39317 01
<u>ASUNTO:</u>	Sustentación recurso de Apelación contra la Sentencia proferida en fecha 30 de junio de 2023 por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Respetada Magistrada,

Rocío Ruiz Pulgar, identificada con C.C. No. 45.547.340 de Cartagena, con Tarjeta Profesional No. 175.895 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada especial de la sociedad COLOMBINA S.A., remito al Despacho y a la parte Demandada la **Sustentación del recurso de Apelación** contra la Sentencia proferida en fecha 30 de junio de 2023 por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cordial saludo,

Rocío Ruiz Pulgar

Rocío Ruíz

Associate

 [+57 1 390 0963](tel:+5713900963)

[Bogota](#)

Magistrada
Sandra Cecilia Rodríguez Eslava
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
Sala Civil de Decisión

REFERENCIA: PROCESO DE INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

DEMANDANTE: COLOMBINA S.A.

DEMANDADA: AVIDESA MAC POLLO S.A. (hoy “AVSA S.A.”)

Radicación SIC: 20-439317

Radicación Tribunal: 001 2020 39317 01

ASUNTO: Sustentación recurso de Apelación contra la Sentencia proferida en fecha 30 de junio de 2023 por la Superintendencia de Industria y Comercio.

ROCÍO RUIZ PULGAR, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderada especial de la sociedad COLOMBINA S.A. (en adelante “COLOMBINA”), identificada con el NIT 890301884-5, domiciliada en La Paila, Zarzal, Valle del Cauca, Colombia, de acuerdo con el poder que reposa en el expediente, mediante el presente escrito me permito respetuosamente **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la Sentencia proferida el 30 de junio de 2023 por la Superintendencia de Industria y Comercio, notificado por estrados en esa fecha, a fin de que se revoque la decisión de acuerdo con los términos que a continuación se exponen:

1. PROCEDENCIA DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.

El Despacho notificó en fecha del 16 de noviembre de 2023, el Auto del 15 de noviembre de 2023, por medio del cual admitió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la sociedad COLOMBINA S.A. contra la sentencia de 30 de junio de 2023 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En dicha providencia, el Despacho indicó que: “[...] *el presente trámite se rige por la Ley 2213 de 2022, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días para que sea sustentado, so pena de declararlo desierto*”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende radicado oportunamente este escrito de sustentación del recurso de apelación en o antes del 23 de noviembre de 2023.

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

A través del presente escrito formulo sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 30 de junio de 2023 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio, notificada a mi representada por estrados en esa misma fecha (en adelante la “Sentencia”), la cual debe ser revocada o modificada por las razones que se expusieron en el escrito de reparos concretos y en los que se presentan a continuación.

3. ANTECEDENTES.

3.1 Línea del tiempo sobre los antecedentes de la acción por infracción marcaria en contra de AVS S.A. (en adelante “AVIDESA”).

Es oportuno realizar ciertas anotaciones al Despacho de cara a dar un contexto a cada una de las razones por las cuales consideramos que la Sentencia del 30 de junio de 2023 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio debe ser revocada o modificada, como se expone a continuación:

- (a) “COLOMBINA” ® es una marca y un nombre comercial con más de 90 años de antigüedad que goza de reconocimiento y presencia nacional e internacional con un portafolio de marcas de productos y servicios que van acompañados de la marca comercial y corporativa “COLOMBINA” ®. Así ha sido reconocida de manera reiterada por la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad en materia de Propiedad Intelectual en Colombia (en adelante “SIC”), **como una marca notoriamente conocida.**
- (b) Como consta en el expediente, en abril del año 2019, COLOMBINA tuvo conocimiento de que AVIDESA y otras pocas empresas del sector avícola, usaban la palabra “Colombina” en los empaques de algunos de sus productos para hacer referencia a una parte del pollo crudo.
- (c) Desde ese momento y teniendo conocimiento de los efectos adversos que el uso de esa palabra podría tener para la distintividad de su marca “COLOMBINA” ®, COLOMBINA inició un proceso de defensa de su marca, utilizando las herramientas legales a su alcance, lo cual tuvo lugar por medio del envío de una comunicación a aquellos agentes del mercado de los que se tenía conocimiento, a través de la que solicitó el cese total del uso de la expresión “Colombina”, puesto que ello constituía una infracción marcaria de cara al detrimento de la distintividad de la marca notoriamente reconocida “COLOMBINA” ®.
- (d) Dentro de las comunicaciones enviadas, se encontraba aquella dirigida a la sociedad AVIDESA, quien manifestó no desistir de usar la palabra “Colombina”. En vista de la renuencia de AVIDESA, mi representada decidió dar inicio al presente proceso por infracción marcaria en contra de dicha sociedad, solicitando principalmente:
 - (i) El reconocimiento de “COLOMBINA” ® como una marca renombrada y notoriamente conocida en Colombia.
 - (ii) La existencia de una infracción marcaria por parte de AVIDESA que afectaba la distintividad de la marca “COLOMBINA” ® por la dilución de la fuerza distintiva que genera dicho uso.
 - (iii) La prohibición hacia AVIDESA de usar en sus empaques y/o cualquier otro medio la palabra “Colombina”.

- (e) El propósito de COLOMBINA es defender a ultranza el estatus de “COLOMBINA” ® como marca notoria y las prerrogativas que dicha condición le confiere por ley, así como salvaguardar la fuerza distintiva y la recordación que esta ha alcanzado en la mente del consumidor, pues el uso indebido e indiferente que de este se haga, por parte de distintos agentes del mercado, genera un riesgo de dilución o debilitamiento de la fuerza distintiva de la marca, pudiendo perder su reconocimiento de manera imperceptible con el paso del tiempo.
- (f) Para efectos de demostrar la altísima distintividad de la marca “COLOMBINA” ®, COLOMBINA aportó al proceso lo siguiente:
- (i) Las Resoluciones de la SIC que declaran la notoriedad de la marca entre los años 2009 y 2021.
 - (ii) El estudio de Mercado de YanHaas mediante el cual se demostró que la marca “COLOMBINA” ® no solo es reconocida como una marca notoria para productos de la Clase 30¹ de la Clasificación Internacional de Niza, además de “confitería, pastelería y galletería”, sino también para varios productos comercializados por COLOMBINA en la Clase 29². Incluso se evidenció la asociación que hacen los consumidores de productos que tienen la potencialidad de ser fabricados por COLOMBINA S.A. por el grado de conexidad y complementariedad con los productos que el consumidor conoce y ha comprado bajo la marca “COLOMBINA” ®.
 - (iii) COLOMBINA probó que tiene derechos marcarios legítimos y vigentes en la Clase 29 que le permitirían hacer uso de la marca “COLOMBINA” ® para comercializar “pollos” si así lo decidiera a futuro, tal como lo indicó el Dr. Manuel Romero en su testimonio. De hecho, se demostró que “COLOMBINA” ® ha mostrado interés en participar en el mercado avícola, y para tal efecto, ha realizado alianzas con la empresa FRIKO POLLO para comercializar alitas con sus salsas Amazon.
 - (iv) COLOMBINA demostró que ha ejercido todas las acciones legales tendientes a proteger su marca, tal y como lo manifestó el Dr. Manuel Romero como abogado interno de la compañía, quien ha presentado más de 60 cartas de reclamos, para distintos sectores de mercado y ha desarrollado un programa de vigilancia para la protección marcaria, a fin de evitar el uso no autorizado de la marca “COLOMBINA” ®.
- (g) Es de vital importancia hacerle saber al Despacho que las pretensiones de COLOMBINA van encaminadas a que se declare la existencia de una infracción marcaria, no con motivo del riesgo de confusión que pueda ocurrir entre la marca “COLOMBINA” ® con las alas de pollo que AVIDESSA comercializa, sino por **el riesgo de dilución de la fuerza distintiva de la marca “COLOMBINA” ® con el paso del tiempo.**

¹ La Clase 30 corresponde a “Café, té, cacao y sus sucedáneos; arroz, pastas alimenticias y fideos; tapioca y sagú; harinas y preparaciones a base de cereales; pan, productos de pastelería y confitería; chocolate; helados cremosos, sorbetes y otros helados; azúcar, miel, jarabe de melaza; levadura, polvos de hornear; sal, productos para sazonar, especias, hierbas en conserva; vinagre, salsas y otros condimentos; hielo”.

² La Clase 29 corresponde a: “Carne, pescado, carne de ave y carne de caza; extractos de carne; frutas y verduras, hortalizas y legumbres en conserva, congeladas, secas y cocidas; jaleas, confituras, compotas; huevos; leche, quesos, mantequilla, yogur y otros productos lácteos; aceites y grasas para uso alimenticio”.

En consecuencia, a lo largo de este proceso legal COLOMBINA **no** ha argumentado que esté ocurriendo la figura del *riesgo de confusión marcaria*, pues en efecto, es poco probable que los consumidores se confundan al momento de adquirir alguno de los productos comercializados por COLOMBINA con las alas de pollo que AVIDESA vende. Tampoco se ha argumentado que específicamente las alas de pollo identificadas con la marca “MAC POLLO” pueda hacerle creer al consumidor que tienen un origen empresarial distinto al de AVIDESA.

Por el contrario, el presente caso pretende evitar que el uso indebido que hace AVIDESA al utilizar la palabra “Colombina” para referirse al nombre de una parte del ala del pollo, reduzca con el paso del tiempo la fuerza distintiva de dicha palabra y termine causando su dilución como marca. Entiéndase por *riesgo de dilución marcaria* “la posibilidad de que el uso de otros signos idénticos o similares cause el debilitamiento de la altísima capacidad distintiva que el signo notoriamente conocido ha ganado en el mercado, aunque se use para productos que no tengan ningún grado de conexidad con los que ampara el signo notoriamente conocido.”³

Es decir, en el presente trámite no se está alegando si los consumidores confunden la marca “COLOMBINA”[®] con el producto denominado “Colombinas de pollo” de AVIDESA. En cambio, mediante el presente trámite mi representada está apelando a los derechos extendidos que le fueron conferidos por las normas constitucionales y supranacionales sobre su marca notoria para impedir que cualquier tercero use su marca registrada y notoriamente conocida de forma arbitraria, y así impedir la dilución de la fuerza distintiva ocasionando la vulgarización de su marca, como ocurrió en los casos de la marca “Nachos”⁴ o “ICOPOR”⁵.

3.2 Sobre la Sentencia de primera instancia.

A pesar de lo descrito anteriormente, y omitiendo parcialmente lo pretendido y probado por COLOMBINA, la Sentencia de primera instancia limitó las consideraciones de su fallo señalando que el uso de la palabra “Colombina” por parte de AVIDESA se encontraba fundado en la excepción enmarcada en el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, y que por ende el uso que realizaba AVIDESA de dicha palabra no se constituía en una infracción. Esto, pues en palabras de la Juez de primera instancia, el uso de AVIDESA cumplía con los cuatro (4) requisitos descritos en el artículo 157 de la Decisión 486 en tanto que el uso del término “Colombina” por parte de AVIDESA:

- (a) Se realizaba de buena fe.
- (b) No constituía un uso a título de marca.
- (c) Se realizaba con el propósito de identificar y/o informar, y;
- (d) No era capaz de inducir al público a confusión sobre los productos.

No obstante, dicho análisis realizado en la Sentencia se queda corto, pues como se verá a lo largo del presente documento:

³ Véase TJCA Procesos 091-IP-2009, 23-IP-2013 y 527-IP-2015.

⁴ <https://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-decidió-que-NACHOS-dejo-de-ser-marca-y-cancelo-su-registro>

⁵ <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/catherine-zea-velasquez-508691/de-la-recordacion-a-la-vulgarizacion-hay-un-paso-2107496>

- (a) La Juez de primera instancia confundió el tipo proceso y en consecuencia el análisis que se debía desarrollar de acuerdo con las pretensiones y solicitudes realizadas por COLOMBINA, pese a que las mismas fueron aclaradas a lo largo del proceso.

Como fue anotado en los reparos concretos del presente recurso, la Juez de primera instancia tomó el presente proceso como un simple caso de infracción marcaría por confundibilidad, basando su análisis en la confundibilidad de los productos de AVIDESA y de COLOMBINA. Sin embargo, al realizar el análisis del caso bajo esta perspectiva, **omitió** las solicitudes y pretensiones de COLOMBINA **relacionadas con el análisis de la dilución de la fuerza distintiva de su marca “COLOMBINA”**.

Situación que, como se mencionó anteriormente, fue ignorada tanto por la contraparte como por la Juez de primera instancia, puesto que COLOMBINA inició la acción de infracción marcaría por la dilución de la fuerza distintiva de su marca por el uso realizado por AVIDESA para hacer referencia a unos productos de pollo crudo.

- (b) La Juez de primera instancia interpretó los requisitos de aplicación del artículo 157 de la Decisión 486 a su criterio, tomando en cuenta únicamente algunas de las variables o elementos que exige el mismo Tribunal Andino sean cumplidas en un caso concreto para poder llegar a la conclusión de aplicación del artículo 157 en mención.

Puntualmente, la Juez de primera instancia realizó un análisis incompleto de dichos elementos obviando la realización de un estudio de dilución marcaría y un estudio sobre el uso común y corriente de la palabra “Colombina” que, como se verá más adelante, era necesario y exigido por la norma para poder desarrollar el análisis sobre la aplicación del artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

- (c) La Juez de primera instancia concluyó a criterio propio y sin realizar un análisis sobre la palabra “Colombina”, que la misma era una “Marca Arbitraria”. De esta forma, la Juez de primera instancia resolvió aplicar el uso de la figura “Marca Arbitraria” para resolver el presente caso; sin embargo, ignoró por completo que el uso de esta figura supone en cabeza del juzgador un deber de realizar el estudio sobre la palabra para determinar que esta es de uso común y corriente en el lenguaje, tal y como se pasará a demostrar más adelante.
- (d) La Juez de primera instancia ignoró por completo durante el trámite de la presente acción por infracción marcaría: (i) el carácter de marca notoriamente reconocida que tiene “COLOMBINA”, y (ii) los registros de COLOMBINA de su marca “COLOMBINA” en la Clase 29 de la Clasificación Internacional de Niza.

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA.

A continuación, expongo la sustentación del recurso de apelación que formulo en contra de la Sentencia y que solicito den lugar a que se revoque en su integridad dicha decisión.

4.1 Aplicación incompleta del artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina para el caso concreto.

Revisadas las consideraciones de la Juez de primera instancia, le hacemos notar al Despacho que el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, referente a las excepciones para el uso de la

marca por terceros con fines de identificación, información o publicidad, y el cual fue usado como insumo fundamental para el fallo objeto del presente recurso, fue estudiado de forma incompleta, pues las condiciones necesarias para su aplicación no fueron analizadas adecuadamente.

Puntualmente, las condiciones descritas en la norma y en la jurisprudencia Andina que llevan a concluir que en un caso específico deben operar las consecuencias del artículo 157 de la Decisión 486, **fueron evaluadas por la Juez de forma incompleta, lo que resultó en una aplicación errónea del mencionado artículo en el caso concreto.**

Sea lo primero indicar que, tal y como se consignó en el fallo de primera instancia y que ha sido ampliamente reconocido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de Propiedad Industrial, el artículo 157 de la Decisión 486 del 2000 plantea una serie de limitaciones en materia de propiedad industrial respecto de los derechos que son otorgados a una persona natural o jurídica en virtud de un registro marcario, siempre y cuando **concurran** condiciones específicas para su aplicación.

Al respecto, el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina indica:

*“Artículo 157.- Los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; **siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.***

El registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En línea con lo anterior, el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado en reiterada Jurisprudencia que la aplicación del artículo en mención **no debe realizarse de forma indiscriminada**, pues el cumplimiento de las condiciones allí señaladas debe darse de forma **concurrente y completa**, de acuerdo con las interpretaciones que se han dado de las mismas⁶.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que la aplicación del artículo 157 de la Decisión 486 está supeditado al cumplimiento de las siguientes condiciones en la conducta de un tercero:

- (a) Que la conducta se haga de buena fe,
- (b) Que el uso del signo distintivo no constituya un uso a título de marca,
- (c) Que el uso se limite a propósitos de identificación o de información, y

⁶ TJCA. Interpretaciones Prejudiciales 515-IP-2019 y 158-IP-2017.

- (d) Que el uso del signo no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.

Teniendo en cuenta que la norma no define cada una de las condiciones mencionadas, el mismo Tribunal Andino ha señalado que estas deben interpretarse, entenderse y aplicarse de la siguiente forma:

a. **“Que se haga de buena fe.** Para que un uso se realice de buena fe, es necesario que se trate de un uso previo, que existan pruebas suficientes que acrediten el desconocimiento del registro de la marca o que la referencia a la marca ajena sea efectuada proporcionalmente y con la diligencia debida para que no se induzca a error sobre la real procedencia de los productos o servicios.

En otras palabras, debe ser leal no solo con respecto a los legítimos intereses del titular de la marca sino también respecto del interés general de los consumidores y el correcto funcionamiento del mercado. En tal virtud, el referido uso no podrá constituir un aprovechamiento de la marca registrada, **ni ser susceptible de causar la dilución de una marca notoriamente conocida**, ni tampoco podrá tener otros fines que los previstos en la norma comunitaria, esto es, identificación o información.

b. **Que no constituya uso a título de marca.** En este caso, el uso de la marca en el comercio no puede darse a manera de signo distintivo; es decir, la indicación de la respectiva característica del correspondiente producto o servicio debe limitarse a servir de referencia, por cuanto su uso no debe causar riesgo de confusión respecto de distintivos previamente solicitados o registrados.

En tal sentido, la indicación que identifica o informa acerca de determinadas características de los productos o servicios ofrecidos en el mercado debe ser accesoria o complementaria de eventuales signos distintivos usados en el comercio para distinguir tales productos o servicios.

Adicionalmente, toda referencia a un signo distintivo ajeno deberá efectuarse con la diligencia debida para que no se induzca al público a error sobre la real procedencia de los productos o servicios.

c. **Que se limite a propósitos de identificación o de información.** La indicación debe tener como fin, exclusivamente, la identificación o información de **alguna característica del producto o servicio correspondiente**. En términos generales, este requisito apunta a que las indicaciones relativas a características del correspondiente producto o servicio deben respetar la buena fe comercial, los usos y prácticas honestas y a que deben ser percibidos como tales por los consumidores.

d. **Que no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.** El uso en el comercio de la respectiva indicación no debe generar riesgo de confusión o de asociación en el público consumidor. Este último tiene relación principalmente con la protección de una de las funciones esenciales de la marca, que es la de indicar la procedencia empresarial de los productos o servicios por ella distinguidos. En tal sentido, se requiere que el uso no sea susceptible de generar un riesgo de confusión en el público consumidor respecto del origen empresarial de un determinado producto o servicio, por lo que de existir un signo distintivo previamente solicitado o registrado, el uso de la indicación no podría darse a título de signo distintivo.

Adicionalmente, el uso tampoco debe dar la impresión de que determinados productos vienen de una empresa o empresas vinculadas económicamente o de empresas entre las que existe relación

comercial o que, por ejemplo, la empresa que está haciendo uso de la marca ajena pertenece a la red de distribución oficial del titular de la marca, entre otros supuestos”. (Negrilla por fuera del texto original).

Téngase en cuenta que la anterior cita corresponde a la postura que ha tomado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para determinar si es aplicable o no el artículo 157 de la Decisión 486 en un caso específico. Este posicionamiento ha sido reiterado en Interpretaciones Prejudiciales tales como 318-IP-2022, 515-IP-2019; 166-IP-2020; 259-IP-2018; 249-IP-2018; 158-IP-2017; 578-IP-2016, entre otras.

Es necesario aclarar al Despacho que en el presente recurso no se discute el análisis realizado por la Juez sobre los literales b) y d) del Artículo 157, revisados anteriormente. Es decir, no se pretende realizar un reproche del análisis sobre:

- (a) Que el uso de la palabra “COLOMBINA” no era realizado por AVIDESA a título de marca, y;
- (b) Que el uso de la palabra “COLOMBINA” por parte de AVIDESA resultara en confusión y/o asociación empresarial para los consumidores.

Lo que sí se reprocha en el presente recurso de Apelación sobre el fallo de primera instancia es la interpretación y aplicación indebida de los literales a) y c) enunciados anteriormente, esto es, **la buena fe en la conducta del tercero que usa el signo distintivo y el supuesto uso a título informativo**, de acuerdo con lo que se indica a continuación.

Recuérdese que en este asunto se alega la indebida aplicación del artículo 157 de la Decisión 486 por la Juez al realizar una interpretación y aplicación incompleta de las condiciones necesarias para que opere el mencionado artículo, las cuales recordamos **deben presentarse de forma concurrente**.

Aquí lo que se pretende es velar por el respeto y acatamiento del precedente judicial del Tribunal Andino el cual tiene carácter vinculante entre juez nacional y juez comunitario. Traigo a colación la sentencia 11-IP-1996 que indica:

“La interpretación prejudicial no es una prueba en el derecho andino, no es la simple absolución de un cuestionario, no está llamada a constituirse como un informe de expertos o como una opinión jurídica de tipo doctrinal. **Su fuerza vinculante para el juez nacional se deriva de la atribución fundamental de este Tribunal supranacional “con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”**, como reza el preámbulo de su Tratado de Creación que es instrumento orientador para la hermenéutica de su ordenamiento básico primario.”⁷

4.1.1 Interpretación y aplicación incompleta de la condición relativa a la buena fe en la conducta de los terceros de acuerdo con el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

La Juez de primera instancia indicó en el análisis relacionado con la aplicación del artículo 157 de la Decisión 486, que la condición de **buena fe** se veía cumplida pues se había acreditado durante el proceso que supuestamente AVIDESA no estaba aprovechándose de la marca notoriamente conocida “COLOMBINA” ® para comercializar sus productos, y porque la forma de usar esta expresión no resultaba en confusión para los consumidores.

⁷ TJCA. Proceso N° 11-IP-96.

Al respecto, la Juez indicó en su fallo:

“[...] el uso de AVIDESA de la palabra COLOMBINA se ha demostrado es de buena fe, no logró acreditarse en el transcurso del proceso que la sociedad demandada quiera aprovecharse de la notoriedad o distintividad de COLOMBINA que insisto, fue reconocida por esta Superintendencia al menos hasta el 30 de junio del año 2021. Todo lo contrario, de los empaques, el material gráfico, las facturas y todas las imágenes relacionadas como material del cual la sociedad demandada realiza la utilización, usa la expresión y realiza la comercialización de sus productos se aprecia como MACPOLLO limita su uso en esos empaque en la página web y en las facturas, para anunciar un producto que denomina por su naturaleza así, resaltando siempre su marca, la marca MACPOLLO, y alejando cualquier riesgo de afectación de la parte demandante [...]”.

Sin embargo, ponemos de presente al Despacho que el análisis realizado por la Juez sobre la condición de *buena fe* para la aplicación del artículo 157 difiere de la interpretación y aplicación con la que dicha condición debe ser analizada según el mismo Tribunal Andino, lo que resulta en un análisis somero y superficial de la norma y, por lo tanto, denota una aplicación a todas luces incompleta y equivocada que afecta el debido proceso y, con ello la garantía y protección de los derechos de COLOMBINA frente a su maca “COLOMBINA”.

Por consiguiente, es necesario advertir que la Juez de primera instancia basó su decisión sobre la aplicación de esta condición en que *“la referencia de la marca ajena se efectuaba proporcionalmente y con la diligencia debida para que no indujera a error sobre la real procedencia de los productos y servicios”*, argumentando lo anterior en que la forma de comercialización que desplegaba AVIDESA y las demás pruebas del expediente, daban cuenta del cumplimiento de la condición.

No obstante, **se debe tener en cuenta que el análisis realizado por la Juez es erróneo, pues se omite un requisito fundamental para que la condición de buena fe pueda ser aplicada, esto es, que el uso del signo distintivo no sea susceptible de causar dilución de una marca notoriamente conocida.**

Al respecto, téngase en cuenta nuevamente, que el Tribunal Andino ha indicado que al momento de aplicar e interpretar la condición de buena fe se deberá observar lo siguiente:

“Para que un uso se realice de buena fe, es necesario que se trate de un uso previo, que existan pruebas suficientes que acrediten el desconocimiento del registro de la marca o que la referencia a la marca ajena sea efectuada proporcionalmente y con la diligencia debida para que no se induzca a error sobre la real procedencia de los productos o servicios.

*En otras palabras, debe ser leal no solo con respecto a los legítimos intereses del titular de la marca sino también respecto del interés general de los consumidores y el correcto funcionamiento del mercado. En tal virtud, el referido uso no podrá constituir un aprovechamiento de la marca registrada, **ni ser susceptible de causar la dilución de una marca notoriamente conocida**, ni tampoco podrá tener otros fines que los previstos en la norma comunitaria, esto es, identificación o información⁸. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

De acuerdo con esta interpretación, para llegar a la conclusión de que en un caso concreto se cumple con la condición de *buena fe* descrita en el artículo 157 de la Decisión 486 para dar aplicación al mismo, se

⁸ Tribunal Andino de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 166-IP-2020.

tiene que haber analizado **previamente**, entre otros requisitos, **si el uso del signo distintivo por parte del tercero causa o no la dilución de una marca notoriamente conocida**, análisis que para el caso concreto y como se analizará a detalle en la sección 4.5 del presente documento, no se realizó, pese a que COLOMBINA S.A. en múltiples ocasiones lo solicitó a lo largo del proceso.

En otras palabras, la Juez de primera instancia tuvo que haber efectuado un análisis frente al riesgo de dilución marcaría de la marca “COLOMBINA” ® causado por el uso que AVIDESA realizaba sobre dicha palabra. Tal como lo ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con relación a la interpretación que debe hacerse del literal f) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, y que en reiteradas sentencias ha sintetizado así:

“En cuanto al riesgo de dilución, que por lo general ha estado ligado con la protección de la marca notoriamente conocida (e incluso con la renombrada) la doctrina ha manifestado lo siguiente: “En efecto, la protección frente al riesgo de dilución se proyecta sobre las conductas adhesivas respecto a las marcas de alto renombre susceptibles de perjudicar la posición competitiva de su legítimo titular mediante el debilitamiento de su extraordinaria capacidad distintiva ganada a través de la propia eficiencia”⁹”.

Luego de determinar si había dilución marcaría o no, la Juez tuvo que haber analizado si continuaba con la revisión de las demás condiciones para la aplicación del artículo 157 o si este definitivamente no era aplicable para el caso por existir un riesgo de dilución.

Sin embargo, esto no ocurrió. Lo que sí aconteció en este caso fue que la Juez observó la Interpretación Prejudicial 166-IP-2021 para estudiar la condición de la buena fe, y detuvo la lectura cuando precisamente dicha Interpretación Prejudicial pasaba a enunciar que **el referido uso no puede constituir un aprovechamiento de la marca registrada, ni ser susceptible de causar la dilución de una marca notoriamente conocida.**

Si la Juez de primera instancia hubiese realizado un análisis frente a la dilución marcaría de la marca “COLOMBINA” ® por el uso que AVIDESA venía realizando de esta palabra, hubiera podido llegar a la conclusión de que la condición de buena fe, para el caso concreto no se cumplía, pues en efecto el uso de la palabra “Colombina” por parte de AVIDESA, tal y como fue argumentado por COLOMBINA, representaba un riesgo de dilución de la fuerza distintiva de su marca corporativa y la pérdida de su valor comercial.

La omisión de este análisis genera que se tenga una interpretación incompleta de la condición y, por lo tanto, una indebida aplicación del artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, perdiendo de vista y desviando el fondo de la litis.

Valga la pena recalcar en este punto que la parte demandada en su documento en el que descurre traslado a los reparos presentados por COLOMBINA incurre exactamente en los mismos yerros mencionados sobre la Sentencia de primera instancia. Al respecto, se tiene que, en los argumentos indicados por la parte demandada, AVIDESA se limita nuevamente a realizar un análisis incompleto del requisito para la aplicación del artículo 157 de la Decisión 486 de la comunidad Andina, ignorando y desviando de forma intencional que existen criterios que deben concurrir para que el presupuesto de la buena fe pueda ser aplicado a una situación como esta.

⁹ Tribunal Andino de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 348-IP-2019.

Téngase en cuenta que en el documento que descurre los reparos, la parte demandada insiste en el análisis sobre la confundibilidad, indicando que al no existir confusión entre las marcas objeto de la litis, la buena fe en la conducta se encuentra probada y; sigue analizando someramente el resto de los requisitos para finalmente concluir que el artículo 157 ibidem debe ser aplicado.

Sin embargo, reiteramos, AVIDESA ignora que el mismo Tribunal Andino ha indicado que existen otros criterios, como lo es el hecho de que no se genere dilución marcaria, los cuales deben ser analizados para poder llegar a la aplicación o no del requisito sobre buena fe. Este análisis no se realiza por la Juez en el proceso de primera instancia, y la parte demandada no se pronuncia al respecto, pues concluye que el análisis incompleto realizado en la Sentencia de primera instancia le es conveniente para seguir haciendo uso de la palabra “Colombina” como un descriptor de sus productos.

4.1.2 Interpretación y aplicación errónea de la condición relativa al uso del signo distintivo para fines informativos de acuerdo con el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

La Juez de primera instancia indicó que la condición del uso del signo distintivo “*para fines informativos*” también se veía cumplida para el caso concreto, pues AVIDESA hacía uso de la palabra “COLOMBINA” para describir una parte del pollo, y que, en esta medida, usaba el término para informar a los consumidores sobre las características propias del producto que comercializaba.

Con relación al particular, la Juez indicó en el fallo objeto del presente recurso:

“[...] la palabra COLOMBINA se usa con el pretendido propósito de identificar una parte del ala que se comercializa y no a título de signo distintivo.”

No obstante, llamamos la atención del Despacho de la interpretación que el Tribunal de Justicia Andina le ha dado a esta condición, en donde ha indicado que la misma consiste en que **el signo usado efectivamente informe y describa de manera objetiva una característica del producto, esto es, que sea objetivamente comprobable.**

Frente a este punto, ha indicado el Tribunal de Justicia Andino:

*“[...] El segundo requisito de licitud (que el uso de la marca ajena se limite al propósito de información al público) engloba varios elementos y/o características. El Tribunal ha considerado que dichos elementos y/o características son: i) que la información sea veraz, es decir, que no sea falsa ni engañosa; ii) **que la información que se brinde sea de carácter objetivo, esto es, que sea objetivamente comprobable, verificable. Esto determina que los anuncios en los que se hace mención a una marca ajena no debe contener afirmaciones o elementos subjetivos, es decir, que no puedan ser comprobados o verificados;** iii) que la información que se proporcione en la comparación con una marca ajena, además de ser objetiva, debe referirse a extremos o prestaciones que sean análogas; y, iv) igualmente, la información debe referirse a extremos relevantes o esenciales de las prestaciones¹⁰.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Lo anterior cobra especial sentido, pues es el mismo Tribunal quien ha entendido que la condición de información no puede ser absoluta. Llevar la interpretación de este requisito al máximo, es decir, a sólo tener que validar si la palabra se está usando con fines de información tal y como lo hizo la Juez de primera

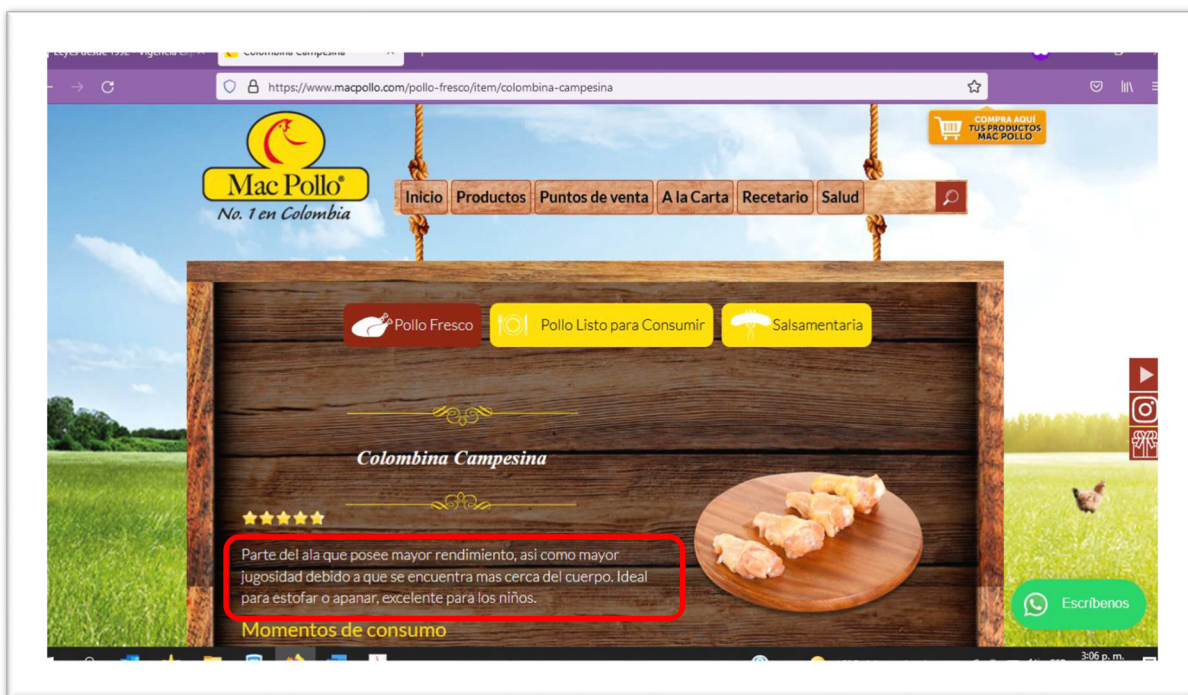
¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 346-IP-2017.

instancia en el presente proceso, genera una inseguridad jurídica para todos y cada uno de los agentes del mercado que son propietarios de alguna marca, pues da vía libre a que las personas pudieran usar la marca de otro agente bajo la excusa de “informar”, afectando así el principio constitucional que protege y garantiza el derecho y privilegio de exclusividad que reposa en los derechos de propiedad intelectual.

De esta forma, se generarían escenarios tan absurdos como usar palabras que son marcas como “COCA COLA” o “NESCAFE” para hacer referencia a aparentes descripciones de otro tipo de productos. En el caso de los ejemplos expuestos, incluir una leyenda en la lata de una gaseosa en la que se mencione “tipo COCA COLA” o en la bolsa de café “tipo NESCAFE” estaría en cumplimiento del requisito de acuerdo con la interpretación realizada en la Sentencia impugnada.

Así las cosas, se tiene que el análisis realizado por la Juez nuevamente dista de la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha planteado sobre el cumplimiento de esta condición. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en el fallo proferido en primera instancia, la Juez se limita a indicar que en efecto la palabra COLOMBINA resulta ser informativa, sin dar siquiera razones superficiales para llegar a esta conclusión. Conclusión que, además, no cuenta con sustento probatorio, pues como se indicó en la etapa de alegatos de conclusión, AVIDESA no aportó ningún tipo de estudio que diera al menos un indicio de que la palabra “Colombina” es un descriptor para una parte del ala del pollo.

Prueba de lo anterior es que, si se revisan las imágenes de la página web de Mac Pollo- AVIDESA y las imágenes insertas en el escrito que descurre traslado a los reparos del recurso presentados por COLOMBINA, la única pieza de pollo que describe a qué parte del pollo hace referencia es la *colombina de pollo*, tal como se evidencia en la siguiente imagen:



Sobre el particular, vale la pena tener en cuenta que, diferente a lo indicado por la Juez de primera instancia, la palabra “Colombina” no resulta cumplir con los requisitos para que la condición sea aplicada, pues la palabra en sí no describe o informa, en la medida en que no es un descriptor OBJETIVO para una parte del pollo como erróneamente se concluyó en el fallo. Por el contrario, la palabra “Colombina” es una expresión de fantasía, **que no es un descriptor, ni un genérico**, para las alas de pollo, ni para los caramelos, galletas, salsas, chocolates, entre otros, protegidos por la marca notoria “COLOMBINA” ®.

Nótese en este punto que la palabra “Colombina”, tal y como se probó a lo largo del proceso, cuenta con una única definición por los diferentes diccionarios reconocidos mundialmente y academias como la Real Academia de la Lengua Española, en donde se determina que la palabra significa: *“Persona disfrazada de Colombina, personaje femenino de la comedia del arte”¹¹*. Definiciones que además han sido reconocidas por el Consejo de Estado en casos anteriores, donde ha tenido que pronunciarse sobre la palabra “Colombina” y su carácter. De hecho, el Consejo de Estado ha manifestado que la palabra no resulta ser de uso común o corriente.

Al respecto indicó el Consejo de Estado en sentencia del 16 de junio de 2023:

*“[...] Según la SIC, la expresión “**COLOMBINA**” es de uso común y débil, para productos de la Clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza; sin embargo, la Sala observa que a la entidad demandada no le asiste razón, toda vez que consultada la página web de la SIC las únicas marcas que se encontraban en esa Clase que contenían el término “**COLOMBINA**” eran aquellas registradas a favor de la actora.*

[...]

*Respecto a la **similitud ideológica**, se observa que la expresión “**COLOMBINA**”, que hace parte del signo solicitado “**COLOMBINA FRUTINAS**”, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia significa: “[...] 1. adj. Perteneciente o relativo a Cristóbal Colón. 1. f. Persona disfrazada de Colombina, personaje femenino de la comedia del arte. [...]”¹²*

En este sentido, reiteramos que el signo “COLOMBINA” ® es una palabra que, **objetivamente**, no informa a los consumidores o a la industria general sobre una parte del pollo, como lo quiso hacer ver AVIDESA, y como fue erróneamente concluido por la Juez en primera instancia.

Le hacemos notar al Despacho que tal y como se reiteró durante todo el proceso, AVIDESA no logró probar que efectivamente la palabra “Colombina” fuese una palabra de uso común y descriptivo para una parte del pollo que informara a los consumidores sobre esta condición. Contrario a esto, COLOMBINA sí probó, mediante manuales de anatomía, diagramas veterinarios del pollo, y diccionarios internacionales con reconocimiento mundial, que la palabra “Colombina” no se encuentra definida para informar o referirse a una parte del pollo.

Al respecto, vale la pena indicar que dentro del escrito que descurre los reparos concretos del recurso de apelación que hoy nos convoca, la parte demandada insistió en el hecho de mencionar que la palabra

¹¹ Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/colombina> (Fecha de última consulta: 6 de julio de 2023).

¹² Consejo de Estado. Medio de control de nulidad y Restablecimiento del derecho. Radicado: 11001-03-24-000-2013-00581-00. Consejera ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

“Colombina” resulta ser, en sus palabras “de uso común y corriente” (a pesar de que no aportó pruebas que lo sustenten) y que por ende era evidente que AVIDESA hacia uso de esa palabra a título informativo.

No obstante, le hacemos notar al Despacho que los argumentos de la parte demandada recaen en los mismos errores que han sido mencionados en el presente escrito y que fueron plasmados en la Sentencia de primera instancia; pues de forma arbitraria, sin contar con una prueba que lo demuestre e ignorando completamente el hecho de que se está haciendo una interpretación incompleta y errónea del requisito para la aplicación del artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, pretende hacer ver que dicha palabra es de uso común y corriente.

Valga la pena aclarar en este punto que, contrario a lo indicado por la parte demandada, COLOMBINA aportó y probó dentro del proceso **que la palabra no es de uso común o corriente, y mucho menos que objetivamente tenga la fuerza de describir o informar sobre las características del pollo.** Lo anterior empezando por el hecho de que existen registros marcarios que así lo demuestran tanto en la Clase 30 Internacional como en la Clase 29 Internacional; situación que va de la mano con el análisis realizado por el Consejo de Estado en la sentencia citada con anterioridad, en donde se resolvió un tema como el que hoy nos convoca mediante la cual se concluyó que la naturaleza del término “Colombina” no es de uso común o débil, sino que es una expresión de fantasía.

4.2 Aplicación errada de la figura de la “Marca Arbitraria”.

En la Sentencia impugnada se señaló lo siguiente:

*“Es cierto que tenemos una marca, una marca declarada notoriamente conocida. Sin embargo, esta marca la debemos catalogar dentro del tipo de **marcas arbitrarias**, marcas que tienen un contenido o un contexto. Sin embargo, al sacarlas de ese contexto, se vuelven en marcas arbitrarias, generando un grado de distintividad tal que puede llegar a ser incluso distintivas en ese sector, como efectivamente ocurre en el presente caso.”*

En la motivación de la Sentencia se concluyó que la marca “COLOMBINA” ® podía considerarse como una marca “arbitraria”.

No obstante, para arribar a dicha conclusión, la Juez le adicionó a las pruebas (la declaración de parte y la inspección judicial de revisión de páginas web) un contenido del cual no gozaban, pues en ninguna de dichas pruebas se constata que la marca “COLOMBINA” ® haya quedado desprovista de su distintividad.

Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las marcas arbitrarias son:

*“(T)odas aquellas que **son de uso común en el lenguaje**, pero que se aplican para designar productos o servicios en relación con los cuales no describen o sugieren ingredientes, cualidades o características.*

Este tipo de marcas no guardan relación con los productos o servicios que distinguen. Unos ejemplos de ellas son los siguientes: la denominación “CISNE” para identificar colchones o la marca “GOLONDRINA” para identificar fósforos.

Para algunos autores no hay distinción mayor entre las marcas de fantasía y las arbitrarias, atribuyéndoles, en definitiva, iguales características; para otros, la diferencia estriba en relación a los productos o servicios que van a identificar y su relación estrecha con ellos y, adicionalmente,

que los signos de fantasía pueden no tener significado alguno y carecen de significado conceptual¹³.

Lo anterior significa que las marcas arbitrarias son vocablos que pertenecen al lenguaje común, pero que se aplican como MARCAS para **designar productos o servicios en relación con los cuales no describen o sugieren, cualidades o características.**

En el presente caso, no obra ninguna prueba que demuestre que “COLOMBINA” fue o es un término **de uso común en el lenguaje para identificar una parte del ala del pollo, y después se haya convertido en un registro marcario**, situación que ya se evidenció en la sentencia del Consejo de Estado arriba analizada.

Nuevamente es importante traer a colación lo indicado por la parte demandada, pues en el documento en que descurre los reparos concretos presentados por COLOMBINA, parece adherirse a las afirmaciones erradas realizadas por la Juez en la Sentencia de primera instancia, para indicar que la palabra “Colombina” en la Clase 29 es arbitraria y que por ende no puede ser apropiable por COLOMBINA. Concluye además que es impertinente e innecesaria la mención de la notoriedad de la marca “COLOMBINA”.

En este punto, y como se verá más a profundidad en la sección 4.4. del presente documento, resaltamos al Despacho que tanto las conclusiones realizadas por la Juez en sede de primera instancia como los argumentos expuestos por la parte demandada parecen ignorar uno de los hechos más importantes de este proceso y es que COLOMBINA es titular de varias marcas conferidas y vigentes “COLOMBINA” ® para la Clase 29. Estos registros demuestran que la palabra no es de uso común o corriente en esa Clase o en cualquier otra, pues el único titular de un registro marcario con esa denominación efectivamente es COLOMBINA S.A.

Reiteramos al Despacho el análisis ya realizado por el Consejo de Estado sobre este punto, en donde al estudiar si la palabra era o no una clasificada como de uso común o corriente, determinó que:

*“[...] Según la SIC, la expresión “**COLOMBINA**” es de uso común y débil, para productos de la Clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza; sin embargo, la Sala observa que a la entidad demandada no le asiste razón, toda vez que consultada la página web de la SIC las únicas marcas que se encontraban en esa Clase que contenían el término “**COLOMBINA**” eran aquellas registradas a favor de la actora¹⁴.*

Extrapolando lo mencionado en dicha sentencia por parte del Consejo de Estado, se tiene que en el presente caso y como se verá en la sección 4.4., el Despacho puede observar que la sociedad demandante, COLOMBINA, es la única propietaria de una marca que contiene el término “COLOMBINA” en la Clase 29.

4.3 Desconocimiento de la Juez de los derechos conferidos al titular de una marca declarada como Notoria.

Pese a que la Juez indicó haberle dado el valor y el pleno reconocimiento a los actos administrativos que le otorgaron a “COLOMBINA”® la protección como *Marca Notoria*, la Juez omitió tener en consideración

¹³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 144-IP-2012.

¹⁴ Consejo de Estado. Medio de control de nulidad y Restablecimiento del derecho. Radicado: 11001-03-24-000-2013-00581-00. Consejera ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

las prerrogativas que le son concedidas a quien logra acreditarle el carácter de notorio a un signo distintivo, que incluye impedir el uso no autorizado **aun respecto de productos diferentes a los que se aplica el signo notoriamente conocido (rompimiento del principio de especialidad)** como lo indica el artículo 226 de la Decisión 486 de 2000:

*“También constituirá uso no autorizado del signo distintivo notoriamente conocido el uso del mismo **en su totalidad o en una parte esencial**, o de una reproducción, imitación, traducción o transliteración del signo, **aun respecto de establecimientos, actividades, productos o servicios diferentes a los que se aplica el signo notoriamente conocido, o para fines no comerciales**, si tal uso pudiese causar alguno de los efectos siguientes:*

a) riesgo de confusión o de asociación con el titular del signo, o con sus establecimientos, actividades, productos o servicios;

b) daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo; o,

c) aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo.”

Aunque en el presente caso existía una marca notoria plenamente reconocida, la Juez se limitó a argumentar que no se presentaban los supuestos para que ocurriese un **riesgo de confusión** para los consumidores induciéndolos a error (literal a) del art. 226). Allí, la Juez señaló que:

“(L)os productos, las formas, los canales, e incluso las características de las tiendas son tan disímiles entre los productos de la marca “COLOMBINA”® y la indicación de “colombinas de pollo”, que no encuentra el Despacho una forma lógica, razonable, o por lo menos potencial de que un consumidor promedio identifique las partes del pollo y una golosina amparada bajo la notoriedad de la marca “COLOMBINA”®, como del mismo empresario, o tal vez exista el riesgo que de querer comprar uno de los productos identificados con la marca “COLOMBINA”® o incluso de “COLOMBINA” como una sombrilla de otros cientos de productos, adquiera una parte cruda de un ave de un pollo. No existe siquiera indicio de que eso pueda llegar a pasar. No hay una sola prueba en el expediente de que se haya acreditado ese riesgo.”

Con este estudio, la Juez se limitó a realizar un análisis simple de la protección de una marca notoria a los eventos en que los consumidores puedan **confundirse** entre un producto y otro, o tomar dos productos como del mismo origen empresarial, omitiendo analizar los demás efectos que contempla la normatividad vigente y el artículo 226 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, como son, por ejemplo:

- La **dilución marcaría** que se puede generar al no impedir el uso indiscriminado del signo protegido, negándole la protección natural de “COLOMBINA” ® en su condición de marca notoria.
- Un **daño comercial injusto** que se pudiese causar al minar y menoscabar la distintividad de la marca “COLOMBINA” ®, en desconocimiento y rompimiento del principio de especialidad de la marca notoria, al punto que la sociedad COLOMBINA S.A. resulte impedida para utilizar con exclusividad su marca distintiva en relación con negocios que le resulten afines para productos conexos o complementarios en la Clase 29. Esto ocurriría, por ejemplo, en relación con productos

cárnicos dentro de la Clase 29 y/o productos que le resulten afines, como ocurre actualmente en la alianza con Productos Pollos Friko para el desarrollo de productos conjuntamente¹⁵.

- Tampoco se analizó la distintividad plena de la marca “COLOMBINA” ®, y el hecho de que “COLOMBINA” no es una palabra de uso común y/o descriptivo para la Clase 29 o cualquier otra Clase, y el hecho de que no obra prueba en el expediente que señale que la palabra COLOMBINA está desprovista de distintividad.

Insistimos, este no es un proceso de simple infracción de marca por “confundibilidad”; por el contrario, este es un proceso de infracción marcaria por “dilución” de la fuerza distintiva de la marca “COLOMBINA” ®. Así las cosas, no se está alegando si los consumidores se confunden o no, mi representada está apelando a los derechos extendidos que le confieren tanto las normas constitucionales y supranacionales, como la jurisprudencia desarrollada por la materia por el Tribunal Andino de Justicia, que dota de herramientas sobre su marca notoria para impedir que cualquier tercero use su marca registrada y notoriamente conocida.

Esto incluye el uso que le da ahora la demandada, para identificar o explicar una parte del pollo en sus productos, por cuanto argumenta que esa expresión es designada y de uso descriptivo en el lenguaje como “ala de pollo” o “muslo de ala de pollo”, sin tener en consideración que la palabra “COLOMBINA” no resulta ser un descriptor de dicha parte del ala de pollo, tal y como se ha sustentado a lo largo de este escrito y aún más sin miramiento a los derechos en cabeza de mi representada frente al uso de su marca registrada como lo es “COLOMBINA”® causando su dilución. Es por ello, que debe concluirse que este uso no autorizado tiene claramente la potencialidad de DILUIR la fuerza distintiva de la marca “COLOMBINA” y, excluye, por tanto, tal uso de las excepciones del artículo 157 ya analizado en precedente.



4.4 Desconocimiento del juez de primera instancia frente a los registros marcarios de COLOMBINA S.A. en la Clase 29, dentro de la cual se incluyen las “Aves”.

En la Sentencia impugnada se señaló lo siguiente:

*“Al entender que la palabra COLOMBINA se puede referir a diferentes partes de diferentes productos, al utilizarla en ese sentido, **estaríamos ante una denominación que resulta ser común y genérica** para este tipo de productos. Es decir, nos encontramos por un lado, con una marca que efectivamente tiene la capacidad distintiva superlativa al ser reconocida como una marca notoria; pero por otro lado, esa denominación al vincularla con un producto particular como las partes del pollo, **se termina volviendo en una denominación genérica como ocurrió en el presente asunto**”.* (Subrayado y resaltado por fuera del texto original).

En la motivación de la Sentencia, se concluyó que la marca “COLOMBINA” ® era una denominación común y genérica cuando se utilizaba para vincularla con un producto particular como las partes del pollo. Sin embargo, la Sentencia desconoció completamente los certificados de marca aportados como prueba documental al proceso en los que se acreditó que COLOMBINA S.A. es la titular exclusiva de los siguientes registros marcarios vigentes, los cuales amparan entre otros, el producto “aves” como producto alimenticio humano:

¹⁵ Según declaración del Sr. Manuel Romero, abogado interno de la sociedad COLOMBINA S.A.

Marca	Expediente	Fecha de Solicitud de la marca	No. de Registro	Clase	Productos amparados	Vigencia de la marca
COLOMBINA (MIXTA) 	9205893729	05 octubre 1964	58937	29	Sustancias alimenticias o empleadas como ingredientes en la alimentación, inclusive compotas, jugos y mermeladas. Decreto 1707 de 1931.	19 abril 2030
COLOMBINA (nominativa)	9220443329	28 agosto 1981	62995.c	29	Carne, pescado, aves y caza; extractos de carne; frutas y legumbres en conserva, secas y cocidas; jaleas, mermeladas, compotas; huevos, leche y productos lácteos; aceites y grasas comestibles.	14 noviembre 2031
COLOMBINA LOGO (MIXTA) 	08099398	19 septiembre 2008	376198	29	Carne, pescado, aves y caza; extractos de carne; frutas y legumbres en conserva, secas y cocidas; jaleas, mermeladas, compotas; huevos, leche y productos lácteos; aceites y grasas comestibles.	26 marzo 2029

Sobre el particular, es preciso traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado del 16 junio de 2023, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por mi representada en contra de la Resolución No. 00037957 del 25 de junio de 2013 proferida por el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de la SIC en donde se indicó que:

*“Según SIC, la expresión **“COLOMBINA”** es de uso común y débil, para productos de la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza; sin embargo, la Sala observa que a la entidad demandada no le asiste razón, toda vez que consultada la página web de la SIC las únicas marcas que se encontraban en esa Clase que contenían el término **“COLOMBINA”** eran aquellas registradas a favor de la actora¹⁶”.*

Se reitera que “COLOMBINA” no es un término común en la Clase 30 al tenor del fallo del Consejo de Estado en cita, ni tampoco en la Clase 29 y esto lo acreditan los registros marcarios que existen dentro de la Clase 29, siendo mi representada la única titular de dichos registros en la base datos de la SIC.

¹⁶ Consejo de Estado. Rad. 11001-03-24-000-00581-00 C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

Por lo anterior, es menester denotar que, si “COLOMBINA” fuera una designación común y genérica en la Clase 29, la autoridad marcaría en Colombia no habría otorgado los registros marcarios en cuestión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 135 literales b) y g) de la Decisión 486 de 2000:

*“Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que: (...)
b) carezcan de distintividad; (...)
g) consistan exclusivamente o se hubieran convertido en una designación común o usual del producto o servicio de que se trate en el lenguaje corriente o en la usanza del país;”*

En vista de los derechos marcarios vigentes, la sociedad COLOMBINA está legitimada para defender e iniciar las acciones legales para proteger sus registros marcarios mediante la acción de infracción marcaría interpuesta, incluso si esta no hubiera aun incursionado en el mercado mediante la comercialización de los productos amparados por los registros de marca en la Clase 29 mencionados en la tabla más arriba.

Traigo a colación lo señalado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el caso de Grupo Editorial Patria S.A. de C.V. vs. Promociones La Gran Manzana EU., en la Sentencia del 19 de mayo de 2023, en la cual se legitimó a la sociedad demandante para iniciar una acción de competencia desleal vinculada a la propiedad industrial por el mero hecho de contar con marcas registradas vigentes en Colombia:

“En el caso en estudio se repara que la obtención de los registros marcarios de las expresiones “Baldor” y “Álgebra de Baldor”, constituyen actos de comercio que indican la participación en el mercado, y, por ende, la sociedad demandante tiene legitimación en la presente causa.”¹⁷

En conclusión, la marca “COLOMBINA” ® está amparada por un principio de legalidad indiscutida que le conceden los registros marcarios que le garantizan los derechos de exclusividad explicados anteriormente.

4.5 Ausencia de pronunciamiento respecto a la Dilución Marcaría.

A lo largo de todo el proceso COLOMBINA S.A. le solicitó a la Juez de primera instancia de manera insistente que se detuviera a analizar el asunto desde la perspectiva de la **potencialidad de la dilución marcaría** y el **riesgo de pérdida del valor comercial** que representa para COLOMBINA S.A. Sin embargo, la Juez se limitó a fundamentar su decisión únicamente desde la orilla de un riesgo de confusión marcaría y desde la apreciación parcial e incompleta de las excepciones del artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, cuando ni la confusión marcaría, ni las mencionadas excepciones concurren en el presente ni fueron el fundamento esencial de la litis.

Resultaba fundamental que la Juez de primera instancia analizara si el uso no autorizado que hizo AVIDESA de “COLOMBINA” como un descriptor en sus productos, tendría la potencialidad de generar una dilución de la fuerza distintiva de la marca “COLOMBINA” ® y, como consecuencia, generar un daño

¹⁷ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Civil. Bogotá, D. C., 19 de mayo de 2023. MP: Germán Valenzuela Valbuena. Radicado: 11001 1310 3022 2012 00601 02. Proceso: Grupo Editorial Patria S.A. de C.V. vs. Promociones La Gran Manzana EU.

económico a la sociedad COLOMBINA S.A., pues, aunque dicho uso no se realizara a título de marca, con el paso del tiempo la marca “COLOMBINA” ® iría perdiendo su fuerza distintiva.

En el caso bajo estudio se pretendía que la Juez reconociera que, debido a la alta distintividad y notoriedad de la marca “COLOMBINA” ®, ésta podía ser objeto de dilución si se permitía su uso inadecuado asociado a una parte del pollo, ya que, aun cuando este uso no se ha extendido en la mayoría del territorio nacional y es esto, justamente lo que quiere evitar COLOMBINA S.A., situación que no fue siquiera evaluada en las consideraciones de la Juez.

Así las cosas, reiteramos que, el propósito de la acción de infracción marcaría¹⁸ por dilución de un signo distintivo y notorio¹⁹ interpuesta por COLOMBINA S.A es a título preventivo, ya que lo que se busca es **evitar** precisamente que la marca “COLOMBINA”® sea socavada en su distintividad y notoriedad, acciones que le permite ejercer la ley a su legítimo titular, en este caso COLOMBINA S.A., en virtud del derecho de exclusividad y del rompimiento del principio de especialidad concedido no solamente por la notoriedad de la marca “COLOMBINA”® en la Clase 30 Internacional sino derivado de los registros concedidos y vigentes actualmente para la marca “COLOMBINA”® en la Clase 29.

Finalmente, téngase en cuenta que lo que quiere impedir COLOMBINA es que **se concrete el riesgo** de dilución marcaría, riesgo que sería perjudicial probar, porque de probar este riesgo (i) ya se habría concretado la dilución de la fuerza distintiva lo que implicaría la pérdida de los derechos de exclusividad sobre la marca “COLOMBINA” y (ii) concretaría la prueba para que terceros inicien acciones para la declaratoria de vulgarización de la marca.

5. SOLICITUDES

Respetosamente le solicito al Despacho:

¹⁸ Decisión Andina 486 de 2000 Artículo 238. El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción.

¹⁹ **Artículo 226-** Constituirá uso no autorizado del signo distintivo notoriamente conocido el uso del mismo en su totalidad o en una parte esencial, o una reproducción, imitación, traducción o transliteración del signo, susceptibles de crear confusión, en relación con establecimientos, actividades, productos o servicios idénticos o similares a los que se aplique.

También constituirá uso no autorizado del signo distintivo notoriamente conocido el uso del mismo en su totalidad o en una parte esencial, o de una reproducción, imitación, traducción o transliteración del signo, aun respecto de establecimientos, actividades, productos o servicios diferentes a los que se aplica el signo notoriamente conocido, o para fines no comerciales, si tal uso pudiese causar alguno de los efectos siguientes:

- a) riesgo de confusión o de asociación con el titular del signo, o con sus establecimientos, actividades, productos o servicios;
- b) daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo; o,
- c) aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo.

- (a) REVOCAR la sentencia del 30 de junio de 2023 y en su lugar, CONCEDER las pretensiones de la reforma a la demanda y condenar en costas y agencias en derecho a la Demandada.
- (b) En subsidio, MODIFICAR la sentencia del 30 de junio de 2023, en el sentido de CONCEDER todas las pretensiones declarativas y consecuenciales que no tienen carácter de indemnizatorias, solicitadas por COLOMBINA S.A. en la reforma a la demanda que obra en el expediente.

6. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

En virtud del artículo 33 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los artículos 123 y 124 del Estatuto de la misma Corporación, me permito solicitar al Despacho que, en cualquier momento y antes de dictar sentencia, le solicite al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina su interpretación de los artículos 155, 157, 226 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

7. NOTIFICACIONES

Para efectos de comunicaciones, recibo notificaciones en el correo electrónico: rocio.ruiz@dentons.com y en la Carrera 7 #71-52, Torre B, Piso 10.

Señora magistrada, con todo respeto,



ROCÍO RUIZ PULGAR


C.C. 45.547.340 de Cartagena
Apoderada Especial
COLOMBINA S.A.

REPARTO RECURSO QUEJA 002-2022-00404-01 DR OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 28/11/2023 16:12

Para:Nuevo Reparto Sala Civil <nuevorepartosalacivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsuphta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 3 archivos adjuntos (702 KB)

BDSS01-#114916328-v1-2023-01-963271-000.PDF; F11001319900220220040401Caratula20231128160522.pdf; 10219.pdf;

Cordial saludo,

Por medio de la presente, remito recurso de queja, para los fines pertinentes.



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Fecha : 28/nov./2023

Página 1

*~

GRUPO RECURSOS DE QUEJA

CD. DESP	SECUENCIA	FECHA DE REPARTO
011	10219	28/nov./2023

REPARTIDO AL DOCTOR (A)

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

<u>IDENTIFICACION</u>	<u>NOMBRE</u>	<u>APELLIDO</u>	<u>PARTE</u>
8605100893	DISTRIBUIDORA VARGAS Y CIA S.C.A.		01 *~
8600666304	PROMOTORA Y ADMINISTRADORA DE SOCIEDADES & CIA LIMITADA		02 *~

מסמך זה נשלח באמצעות מערכת הדואר האלקטרונית של בית דין תל אביב-יפו

OBSERVACIONES: 110013199002202200404 01

BOG305SR
dlopezr

 FUNCIONARIO DE REPARTO

|110013199002202200404 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 - 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA**

Procedencia : 002 Superintendencia Circuito

Código del Proceso : 110013199002202200404 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : DISTRIBUIDORA VARGAS Y CIA S.C.A.

Demandado : PROMOTORA Y ADMINISTRADORA DE SOCIEDADES & CIA
LIMITADA

Fecha de reparto : 28/11/2023

C U A D E R N O : 2

Agradezco la atención prestada,

Atentamente,



KATHERINE ANGEL VALENCIA
Oficial Mayor
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil
Dirección: Av. Calle 24 No. 53-28 - Torre C - Oficina 305
Teléfono: 4233390 Ext. 8349.
Fax: Ext. 8350 - 8351
Bogotá, Colombia.
E-mail: kangelv@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 28 de noviembre de 2023 8:19

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: (REPARTO)///RECURSO DE QUEJA///RV: 2023-01-963271-000 Ref.: Recurso de queja

De: Apoyo Judicial Supersociedades <CORREOCERTIFICADO@SUPERSOCIEDADES.GOV.CO>

Enviado: martes, 28 de noviembre de 2023 7:56

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: 2023-01-963271-000 Ref.: Recurso de queja



Señor(a)

rprocesosctsbtta

Reciba un cordial saludo:

Usted ha recibido un correo electrónico seguro y certificado de parte de **Apoyo Judicial Supersociedades**, quien ha depositado su confianza en el servicio de correo electrónico certificado de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.S para hacer efectiva y oportuna la entrega de la presente notificación electrónica.

Con la recepción del presente mensaje de datos se entiende que el destinatario ha sido notificado para todos los efectos según las normas aplicables vigentes, especialmente los artículos 12 y 20 la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias.

Nota: Para leer el **contenido del mensaje** recibido, usted debe **hacer click** en el enlace que se muestra a continuación:



[Ver contenido del correo electrónico](#)
[Enviado por Apoyo Judicial Supersociedades](#)

Correo seguro y certificado.

Copyright © 2023

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.S.

Todos los derechos reservados.

[¿No desea recibir más correos certificados?](#)

IMPORTANTE: Por favor no responder este mensaje, este servicio es únicamente para notificación electrónica.



AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.


LINK EXPEDIENTE
[1100131030022022800404](#)

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023. Radicación: 11001310302420130062802

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 20/11/2023 10:20

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

 1 archivos adjuntos (419 KB)

Recurso de súplica auto 7 de noviembre_Poligrow_1011[65].pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: YÉSICA LISETH VILLAMIZAR RAMÍREZ <yvillamizar@ocampoduque.com>

Enviado: lunes, 20 de noviembre de 2023 9:21

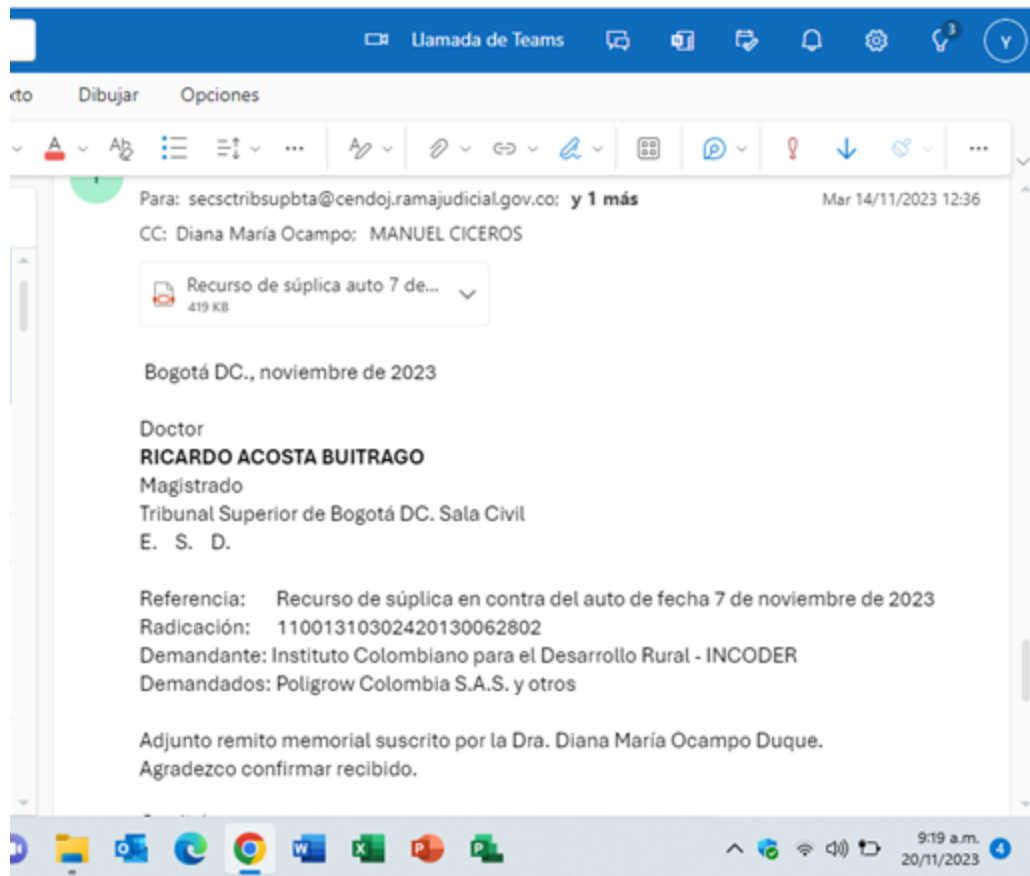
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: MANUEL CICEROS <maciceros@ocampoduque.com>

Asunto: RE: Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023. Radicación: 11001310302420130062802

Buen día Dr, el documento si tiene adjunto lo encuentra en el último correo enviado (cadena de correos), que fue enviado dentro del término, sin embargo, adjunto el documento.

Agradezco se acuse de recibido.



Cordialmente;



Ocampo Duque
Abogados

Yésica Liseth Villamizar Rámirez
Abogada
yvillamizar@ocampoduque.com

320 824 26 52
432 66 48

Av Carrera 45 # 100 -12 Oficina 701
Edificio Panorama 100
Bogotá D.C.
www.ocampoduqueabogados.com

De: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 20 de noviembre de 2023 9:12

Para: YÉSICA LISETH VILLAMIZAR RAMÍREZ <yvillamizar@ocampoduque.com>

Asunto: RE: Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023. Radicación: 11001310302420130062802

Cordial Saludo.

Dando alcance al correo anterior me permito informar que no se evidencia ningún archivo adjunto.

Atentamente,

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: YÉSICA LISETH VILLAMIZAR RAMÍREZ <yvillamizar@ocampoduque.com>

Enviado: viernes, 17 de noviembre de 2023 16:56

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023. Radicación: 11001310302420130062802

Buenas tardes, solicito amablemente se acuse de recibido, el mensaje enviado el pasado 14 de noviembre de 2023.

Cordialmente;



Yésica Liseth Villamizar Rámirez

Abogada

yvillamizar@ocampoduque.com

320 824 26 52

432 66 48

Av Carrera 45 # 100 -12 Oficina 701

Edificio Panorama 100

Bogotá D.C.

www.ocampoduqueabogados.com

De: YÉSICA LISETH VILLAMIZAR RAMÍREZ

Enviado: martes, 14 de noviembre de 2023 12:36

Para: secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Diana María Ocampo <dianam@ocampoduque.com>; MANUEL CICEROS <maciceros@ocampoduque.com>

Asunto: Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023. Radicación: 11001310302420130062802

Bogotá DC., noviembre de 2023

Doctor

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado

Tribunal Superior de Bogotá DC. Sala Civil

E. S. D.

Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023

Radicación: 11001310302420130062802

Demandante: Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INCODER

Demandados: Poligrow Colombia S.A.S. y otros

Adjunto remito memorial suscrito por la Dra. Diana María Ocampo Duque.

Agradezco confirmar recibido.

Cordialmente;



Yésica Liseth Villamizar Rámirez

Abogada

yvillamizar@ocampoduque.com

 320 824 26 52

 432 66 48

Av Carrera 45 # 100 -12 Oficina 701

Edificio Panorama 100

Bogotá D.C.

www.ocampoduqueabogados.com

Bogotá DC., noviembre de 2023

Doctor

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado

Tribunal Superior de Bogotá DC. Sala Civil

E. S. D.

Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023

Radicación: 11001310302420130062802

Demandante: Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INCODER

Demandados: Poligrow Colombia S.A.S. y otros

DIANA MARÍA OCAMPO DUQUE, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderada judicial de la demandada POLIGROW COLOMBIA S.A.S., dentro del término legal establecido en los artículos 331 Y 332 del Código General del Proceso, interpongo recurso de súplica contra la providencia de fecha 7 de noviembre de 2023, notificada por estado del día 8 de noviembre del hogaño, mediante la cual declaró la nulidad de lo actuado en el proceso a partir del 9 de octubre de 2018, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de lo actuado a partir del 9 de octubre de 2018, fecha en que se nombró curador ad-litem y, en su lugar, se ordenará que se subsane lo atinente al cargue del proceso en debida forma en el Registro Nacional de Personas Emplazadas, de modo tal que se realice conforme es exigido en la norma procesal, y designe un curador ad-litem que represente a las a los señores Eudoro Rodríguez Laguna y Álvaro Gallego Palau, y se surtan las siguientes etapas del proceso.

I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

El proceso judicial fue radicado por la accionante el 27 de septiembre de 2013, e inició el 17 de octubre de 2013, con la expedición del auto admisorio de la demanda. Teniendo en cuenta la fecha de inicio de la actuación, la norma procesal que regía el proceso era el Código de Procedimiento Civil. El Código General del Proceso, por disposición del Acuerdo No. PSAA15-10392 del Consejo Superior de la Judicatura, solo entró en vigencia en el Distrito Judicial de Bogotá, a partir del 1º de enero de 2016.

Por tratarse de un proceso radicado en el Distrito Judicial de Bogotá e iniciado en vigencia de la legislación procesal anterior, al trámite le eran aplicables, desde el 1º de enero de 2016, las reglas de tránsito legislativo previstas en el artículo 625 del Código General del Proceso. De conformidad con el literal a) del numeral primero de esta norma, a partir de la oportunidad

procesal en la que el juez profiriera el auto que decreta pruebas, le eran aplicables las disposiciones del Código General del Proceso -C.G.P., como se lee a continuación:

ARTÍCULO 625. TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN. Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación:

1. Para los procesos ordinarios y abreviados:

a) Si no se hubiese proferido el auto que decreta pruebas, el proceso se seguirá tramitando conforme a la legislación anterior hasta que el juez las decrete, inclusive. (...).

En el asunto bajo examen, se destaca que el auto que decretó pruebas fue proferido el 16 de diciembre de 2020, por lo que las disposiciones del C.G.P. eran aplicables a partir de esta fecha, en atención a la regla de implementación gradual por fases que instituyó el estatuto procesal, contenida en el mentado artículo, toda vez que estableció la entrada en vigencia de la nueva codificación una vez se hubiese agotado la respectiva etapa procesal en la que se encontrare el proceso, con el fin de continuar a partir de esta oportunidad con la aplicación de las nuevas reglas procedimentales, como ocurrió en el caso objeto de la *litis* con posterioridad a que se profiriera el auto de pruebas.

En este caso, en auto de fecha 24 de mayo de 2018, el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, ordenó el emplazamiento de los señores Eudoro Rodríguez Laguna y Álvaro Gallego Palau, por lo tanto, teniendo en cuenta que las disposiciones del Código General del Proceso empezaron a aplicarse al trámite bajo estudio a partir del 16 de diciembre de 2020 -fecha de expedición del auto que decretó pruebas-, el proceso se siguió tramitando como se inició hasta la oportunidad procesal nombrada, con aplicación de las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil -C.P.C.

Así las cosas, el emplazamiento se debía realizar conforme a lo dispuesto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, que fue expresamente citado por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito en auto de fecha 24 de mayo de 2018, como quiera que establecía el trámite correspondiente para el emplazamiento, aplicable al proceso en ese momento.

En este entendido, el mentado auto dispuso asimismo únicamente la publicación en uno de los periódicos de amplia circulación nacional, correspondientes a EL TIEMPO, EL ESPECTADOR, LA REPÚBLICA, EL NUEVO SIGLO O PORTAFOLIO, como se pasa a ver:



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA (50) CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá, D. C., 24 MAYO 2018

Proceso Ordinario N° 11001310302420130062800

De conformidad con la solicitud que antecede, el Juzgado RESUELVE:

EMPLAZAR a los señores **EUDORO RODRÍGUEZ LAGUNA y ÁLVARO GALLEGO PALAU**, al tenor de lo normado en el art. 318 y 293 del Código General del Proceso.

REQUERIR a la parte actora para que **INCLUYA** los nombres en uno de los siguientes periódicos de amplia circulación nacional: **EL TIEMPO, EL ESPECTADOR, LA REPÚBLICA, EL NUEVO SIGLO, O PORTAFOLIO.**


LUIS GUILLERMO NARVAEZ SOLANO

Juez

Como se observa, el Juez ordenó la notificación en el marco de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, toda vez que pese a que citó el estatuto procesal de la Ley 1564 de 2012, incluyó asimismo la referencia normativa al artículo que gobernaba lo relacionado con el emplazamiento en el Código de Procedimiento Civil, y ordenó únicamente la publicación en el periódico de amplia circulación nacional, se reitera, en aplicación de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 625 del C.G.P., toda vez que a esa fecha no se había proferido el auto que decretaba pruebas con el fin de dar aplicación al tránsito de legislación.

En desarrollo de lo anterior, se tiene que el Registro Nacional de Personas Emplazadas se creó a través de la Ley 1564 de 2012, por lo tanto, al no ser este el estatuto procesal aplicable al emplazamiento que se controvierte, tampoco era exigible la inclusión de las personas emplazadas en este registro, pues la disposición normativa aplicable corresponde a aquella contenida en el artículo 318 del C.P.C, que al tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 318. EMPLAZAMIENTO DE QUIEN DEBE SER NOTIFICADO PERSONALMENTE. El emplazamiento de quien deba ser notificado personalmente procederá en los siguientes casos:

1. Cuando la parte interesada en una notificación personal manifieste que ignora la habitación y el lugar de trabajo de quien debe ser notificado.
2. Cuando la parte interesada en una notificación personal manifieste que quien debe ser notificado se encuentra ausente y no se conoce su paradero.
3. En los casos del numeral 4 del artículo 315.

El emplazamiento se surtirá mediante la inclusión del nombre del sujeto emplazado, las partes del proceso, su naturaleza o el juzgado que lo requiere, en un listado que se publicará por una sola vez, en un medio escrito de amplia circulación nacional o en cualquier otro medio masivo de comunicación, a criterio del juez. El juez deberá indicar en el auto respectivo, el nombre de al menos dos medios de comunicación de amplia circulación nacional que deban utilizarse.

Ordenado el emplazamiento, la parte interesada dispondrá su publicación a través de uno de los medios expresamente señalados por el juez.

Si el juez ordena la publicación en un medio escrito ésta se hará el día domingo; en los demás casos, podrá hacerse cualquier día entre las seis de la mañana y las once de la noche.

El interesado allegará al proceso copia informal de la página respectiva donde se hubiere publicado el listado y si la publicación se hubiere realizado en un medio diferente del escrito, allegará constancia sobre su emisión o transmisión, suscrita por el administrador o funcionario de la emisora.

El emplazamiento se entenderá surtido transcurridos quince (15) días después de la publicación del listado. Si el emplazado no comparece se le designará curador ad litem, con quien se surtirá la notificación. (...)”

De conformidad con el artículo precitado, se tiene que para el presente caso se cumplió con el lleno de requisitos exigidos por la norma para realizar el emplazamiento correspondiente, en consonancia con lo dispuesto en auto calendado 24 de mayo de 2018 del Juzgado Cincuenta (50) Civil del Circuito, en el que se ordenó la publicación en un periódico de amplia circulación nacional, lo que al efecto se realizó en El Espectador, como consta a folio 30 del expediente:

Eudoro Rodríguez Laguna y Álvaro Gallego Palau	50 Civil del Circuito de Bogotá	Agencia Nacional de Tierras en Calidad de Sucesor Procestral del Extinto Incoeder	Paliquew Colombia Ltda. - Argelia María Mejía Santamaría y Otros	Demanda Ordinaria - Nulidad de Contrato	Verbal - Nulidad de Contrato	110013102004-2018-00028-00
--	---------------------------------	---	--	---	------------------------------	----------------------------

En atención a lo aquí dicho, esta defensa también advierte que la aplicación del Código de Procedimiento Civil por parte del Juzgado de primera instancia en lo atinente al emplazamiento de los señores EUDORO RODRÍGUEZ LAGUNA y ÁLVARO GALLEGO PALAU, no generó la nulidad alguna, toda vez que el emplazamiento se realizó en legal forma, de

conformidad con lo establecido en el artículo 625 del Código General del Proceso y el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, no existe mérito alguno para declarar la nulidad de lo actuado, ya que en todo caso se cumplió con un procedimiento que garantizó plenamente los derechos de los sujetos intervinientes, al punto que los argumentos expuestos por la curadora *ad litem* frente a la prescripción de la acción fueron acogidos plenamente por el *a quo*, lo que de suyo significa la plena e irrestricta garantía al debido proceso y al derecho de defensa al salir avante contra las pretensiones de la demandante.

II. SOLICITUD:

Que se revoque en su totalidad el auto de fecha 7 de noviembre de 2023, notificado el 8 de noviembre del mismo año, a través del cual resolvió declarar la nulidad de lo actuado a partir del 9 de octubre de 2018, fecha en que se nombró curador ad-litem, cargar el proceso en el Registro Nacional de Personas Emplazadas y reconocer validez y eficacia a las pruebas practicadas respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirlas.

Cordialmente,



DIANA MARIA OCAMPO DUQUE

C.C. No. 30.403.792 de Manizales


T.P. No. 126.820 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023. Radicación: 11001310302420130062802

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 27/11/2023 8:29

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

 1 archivos adjuntos (419 KB)

Recurso de súplica auto 7 de noviembre_Poligrow_1011[65].pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: YÉSICA LISETH VILLAMIZAR RAMÍREZ <yvillamizar@ocampoduque.com>

Enviado: martes, 14 de noviembre de 2023 12:36

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Diana María Ocampo <dianam@ocampoduque.com>; MANUEL CICEROS <maciceros@ocampoduque.com>

Asunto: Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023. Radicación: 11001310302420130062802

Bogotá DC., noviembre de 2023

Doctor

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado

Tribunal Superior de Bogotá DC. Sala Civil

E. S. D.

Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023

Radicación: 11001310302420130062802

Demandante: Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INCODER

Demandados: Poligrow Colombia S.A.S. y otros

Adjunto remito memorial suscrito por la Dra. Diana María Ocampo Duque.

Agradezco confirmar recibido.

Cordialmente;



Yésica Liseth Villamizar Rámirez

Abogada

yvillamizar@ocampoduque.com

 320 824 26 52

 432 66 48

Av Carrera 45 # 100 -12 Oficina 701

Edificio Panorama 100

Bogotá D.C.

www.ocampoduqueabogados.com

Bogotá DC., noviembre de 2023

Doctor

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado

Tribunal Superior de Bogotá DC. Sala Civil

E. S. D.

Referencia: Recurso de súplica en contra del auto de fecha 7 de noviembre de 2023

Radicación: 11001310302420130062802

Demandante: Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INCODER

Demandados: Poligrow Colombia S.A.S. y otros

DIANA MARÍA OCAMPO DUQUE, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderada judicial de la demandada POLIGROW COLOMBIA S.A.S., dentro del término legal establecido en los artículos 331 Y 332 del Código General del Proceso, interpongo recurso de súplica contra la providencia de fecha 7 de noviembre de 2023, notificada por estado del día 8 de noviembre del hogaño, mediante la cual declaró la nulidad de lo actuado en el proceso a partir del 9 de octubre de 2018, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de lo actuado a partir del 9 de octubre de 2018, fecha en que se nombró curador ad-litem y, en su lugar, se ordenará que se subsane lo atinente al cargue del proceso en debida forma en el Registro Nacional de Personas Emplazadas, de modo tal que se realice conforme es exigido en la norma procesal, y designe un curador ad-litem que represente a las a los señores Eudoro Rodríguez Laguna y Álvaro Gallego Palau, y se surtan las siguientes etapas del proceso.

I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

El proceso judicial fue radicado por la accionante el 27 de septiembre de 2013, e inició el 17 de octubre de 2013, con la expedición del auto admisorio de la demanda. Teniendo en cuenta la fecha de inicio de la actuación, la norma procesal que regía el proceso era el Código de Procedimiento Civil. El Código General del Proceso, por disposición del Acuerdo No. PSAA15-10392 del Consejo Superior de la Judicatura, solo entró en vigencia en el Distrito Judicial de Bogotá, a partir del 1º de enero de 2016.

Por tratarse de un proceso radicado en el Distrito Judicial de Bogotá e iniciado en vigencia de la legislación procesal anterior, al trámite le eran aplicables, desde el 1º de enero de 2016, las reglas de tránsito legislativo previstas en el artículo 625 del Código General del Proceso. De conformidad con el literal a) del numeral primero de esta norma, a partir de la oportunidad

procesal en la que el juez profiriera el auto que decreta pruebas, le eran aplicables las disposiciones del Código General del Proceso -C.G.P., como se lee a continuación:

ARTÍCULO 625. TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN. Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación:

1. Para los procesos ordinarios y abreviados:

a) Si no se hubiese proferido el auto que decreta pruebas, el proceso se seguirá tramitando conforme a la legislación anterior hasta que el juez las decrete, inclusive. (...).

En el asunto bajo examen, se destaca que el auto que decretó pruebas fue proferido el 16 de diciembre de 2020, por lo que las disposiciones del C.G.P. eran aplicables a partir de esta fecha, en atención a la regla de implementación gradual por fases que instituyó el estatuto procesal, contenida en el mentado artículo, toda vez que estableció la entrada en vigencia de la nueva codificación una vez se hubiese agotado la respectiva etapa procesal en la que se encontrare el proceso, con el fin de continuar a partir de esta oportunidad con la aplicación de las nuevas reglas procedimentales, como ocurrió en el caso objeto de la *litis* con posterioridad a que se profiriera el auto de pruebas.

En este caso, en auto de fecha 24 de mayo de 2018, el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, ordenó el emplazamiento de los señores Eudoro Rodríguez Laguna y Álvaro Gallego Palau, por lo tanto, teniendo en cuenta que las disposiciones del Código General del Proceso empezaron a aplicarse al trámite bajo estudio a partir del 16 de diciembre de 2020 -fecha de expedición del auto que decretó pruebas-, el proceso se siguió tramitando como se inició hasta la oportunidad procesal nombrada, con aplicación de las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil -C.P.C.

Así las cosas, el emplazamiento se debía realizar conforme a lo dispuesto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, que fue expresamente citado por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito en auto de fecha 24 de mayo de 2018, como quiera que establecía el trámite correspondiente para el emplazamiento, aplicable al proceso en ese momento.

En este entendido, el mentado auto dispuso asimismo únicamente la publicación en uno de los periódicos de amplia circulación nacional, correspondientes a EL TIEMPO, EL ESPECTADOR, LA REPÚBLICA, EL NUEVO SIGLO O PORTAFOLIO, como se pasa a ver:



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA (50) CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá, D. C., 24 MAYO 2018

Proceso Ordinario N° 11001310302420130062800

De conformidad con la solicitud que antecede, el Juzgado RESUELVE:

EMPLAZAR a los señores **EUDORO RODRÍGUEZ LAGUNA y ÁLVARO GALLEGO PALAU**, al tenor de lo normado en el art. 318 y 293 del Código General del Proceso.

REQUERIR a la parte actora para que **INCLUYA** los nombres en uno de los siguientes periódicos de amplia circulación nacional: **EL TIEMPO, EL ESPECTADOR, LA REPÚBLICA, EL NUEVO SIGLO, O PORTAFOLIO.**


LUIS GUILLERMO NARVAEZ SOLANO

Juez

Como se observa, el Juez ordenó la notificación en el marco de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, toda vez que pese a que citó el estatuto procesal de la Ley 1564 de 2012, incluyó asimismo la referencia normativa al artículo que gobernaba lo relacionado con el emplazamiento en el Código de Procedimiento Civil, y ordenó únicamente la publicación en el periódico de amplia circulación nacional, se reitera, en aplicación de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 625 del C.G.P., toda vez que a esa fecha no se había proferido el auto que decretaba pruebas con el fin de dar aplicación al tránsito de legislación.

En desarrollo de lo anterior, se tiene que el Registro Nacional de Personas Emplazadas se creó a través de la Ley 1564 de 2012, por lo tanto, al no ser este el estatuto procesal aplicable al emplazamiento que se controvierte, tampoco era exigible la inclusión de las personas emplazadas en este registro, pues la disposición normativa aplicable corresponde a aquella contenida en el artículo 318 del C.P.C, que al tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 318. EMPLAZAMIENTO DE QUIEN DEBE SER NOTIFICADO PERSONALMENTE. El emplazamiento de quien deba ser notificado personalmente procederá en los siguientes casos:

1. Cuando la parte interesada en una notificación personal manifieste que ignora la habitación y el lugar de trabajo de quien debe ser notificado.
2. Cuando la parte interesada en una notificación personal manifieste que quien debe ser notificado se encuentra ausente y no se conoce su paradero.
3. En los casos del numeral 4 del artículo 315.

El emplazamiento se surtirá mediante la inclusión del nombre del sujeto emplazado, las partes del proceso, su naturaleza o el juzgado que lo requiere, en un listado que se publicará por una sola vez, en un medio escrito de amplia circulación nacional o en cualquier otro medio masivo de comunicación, a criterio del juez. El juez deberá indicar en el auto respectivo, el nombre de al menos dos medios de comunicación de amplia circulación nacional que deban utilizarse.

Ordenado el emplazamiento, la parte interesada dispondrá su publicación a través de uno de los medios expresamente señalados por el juez.

Si el juez ordena la publicación en un medio escrito ésta se hará el día domingo; en los demás casos, podrá hacerse cualquier día entre las seis de la mañana y las once de la noche.

El interesado allegará al proceso copia informal de la página respectiva donde se hubiere publicado el listado y si la publicación se hubiere realizado en un medio diferente del escrito, allegará constancia sobre su emisión o transmisión, suscrita por el administrador o funcionario de la emisora.

El emplazamiento se entenderá surtido transcurridos quince (15) días después de la publicación del listado. Si el emplazado no comparece se le designará curador ad litem, con quien se surtirá la notificación. (...)”

De conformidad con el artículo precitado, se tiene que para el presente caso se cumplió con el lleno de requisitos exigidos por la norma para realizar el emplazamiento correspondiente, en consonancia con lo dispuesto en auto calendado 24 de mayo de 2018 del Juzgado Cincuenta (50) Civil del Circuito, en el que se ordenó la publicación en un periódico de amplia circulación nacional, lo que al efecto se realizó en El Espectador, como consta a folio 30 del expediente:

Eudoro Rodríguez Laguna y Álvaro Gallego Palau	50 Civil del Circuito de Bogotá	Agencia Nacional de Tierras en Calidad de Sucesor Procestral del Extinto Incoeder	Palique Colombia Ltda. - Argelia María Mejía Santamaría y Otros	Demanda Ordinaria - Nulidad de Contrato	Verbal - Nulidad de Contrato	11001102004-2018-00058-00
--	---------------------------------	---	---	---	------------------------------	---------------------------

En atención a lo aquí dicho, esta defensa también advierte que la aplicación del Código de Procedimiento Civil por parte del Juzgado de primera instancia en lo atinente al emplazamiento de los señores EUDORO RODRÍGUEZ LAGUNA y ÁLVARO GALLEGO PALAU, no generó la nulidad alguna, toda vez que el emplazamiento se realizó en legal forma, de

conformidad con lo establecido en el artículo 625 del Código General del Proceso y el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, no existe mérito alguno para declarar la nulidad de lo actuado, ya que en todo caso se cumplió con un procedimiento que garantizó plenamente los derechos de los sujetos intervinientes, al punto que los argumentos expuestos por la curadora *ad litem* frente a la prescripción de la acción fueron acogidos plenamente por el *a quo*, lo que de suyo significa la plena e irrestricta garantía al debido proceso y al derecho de defensa al salir avante contra las pretensiones de la demandante.

II. SOLICITUD:

Que se revoque en su totalidad el auto de fecha 7 de noviembre de 2023, notificado el 8 de noviembre del mismo año, a través del cual resolvió declarar la nulidad de lo actuado a partir del 9 de octubre de 2018, fecha en que se nombró curador ad-litem, cargar el proceso en el Registro Nacional de Personas Emplazadas y reconocer validez y eficacia a las pruebas practicadas respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirlas.

Cordialmente,



DIANA MARIA OCAMPO DUQUE

C.C. No. 30.403.792 de Manizales

T.P. No. 126.820 del C. S. de la J.