

**MEMORIAL DRA CRUZ RV: Radico. Sustentación del recurso de apelación. Demandante: Graciela Rincón. Demandado: Alianza Fiduciaria. Rad. 03 2022 00785 03**

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

Jue 29/02/2024 16:59


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

2 archivos adjuntos (287 KB)

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.pdf; 1.png;

MEMORIAL DRA CRUZ

Atentamente,



República de Colombia  
 Rama Judicial del Poder Público  
 Secretaría Sala Civil  
 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá  
 Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305  
 PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378  
 Línea Nacional Gratuita 018000110194  
 Email: [secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA  
 Secretario Judicial

De: Cristian Salazar Reyes <csalazar@nga.com.co>

Enviado el: jueves, 29 de febrero de 2024 4:56 p. m.

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

CC: pedro.alvarez@phrlegal.com; Juan Carlos Orjuela Cortes <juankorj@hotmail.com>; FERIS ABOGADOS <ferisabogados@gmail.com>

Asunto: Radico. Sustentación del recurso de apelación. Demandante: Graciela Rincón. Demandado: Alianza Fiduciaria. Rad. 03 2022 00785 03

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SALA CIVIL**

**DEMANDANTE: GRACIELA RINCÓN**

**DEMANDADO: ALIANZA FIDUCIARIA**

**ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Por solicitud del doctor **JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ**, radico memorial de **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en el proceso de la referencia.

Atentamente,

Cristian Camilo Salazar Reyes.

Asociado

Neira & Gómez Abogados

PBX: [+57-1-6218423](tel:+5716218423)

[Carrera 18 No. 78-40, Piso 7](#)

[Bogotá, D.C. – Colombia](#)

[csalazar@nga.com.co](mailto:csalazar@nga.com.co) | [www.nga.com.co](http://www.nga.com.co)



AVISO LEGAL: Este mensaje de correo electrónico es de propiedad de Neira & Gómez Abogados S.A.S. y su contenido está dirigido para el uso exclusivo de los destinatarios direccionados y puede contener información que es privilegiada y confidencial. Si usted no es un destinatario previsto o el agente responsable de entregar este e-mail al destinatario previsto, se le notifica por este medio que cualquier uso, difusión, distribución o copia de esta comunicación está prohibida y puede ser ilegal. Si usted recibió este e-mail por error, notifique por favor al remitente inmediatamente. This electronic mail message and its contents are intended only for the use of the addressed recipient(s), you are notified that any use, dissemination, distribution or copying of this communication is strictly prohibited and may be unlawful. If you received this e-mail in error, please notify the sender immediately by replying to this e-mail or by telephone and delete the e-mail sent in error

Señores

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

**Atn. Magistrada. Doctora** *María Patricia Cruz Miranda*

Bogotá

**REFERENCIA:** ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE **GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ** CONTRA **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**

**RADICADO:** 03 2022 00785 03

**ASUNTO:** SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

---

**JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.115.067.653 de Buga, abogado con tarjeta profesional No. 194.687 del Consejo Superior de la Judicatura, manifiesto que asumo el poder a mí otorgado por **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, y me dirijo a Ustedes con el fin de **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, en los siguientes términos:

**I. MANIFESTACIÓN PRELIMINAR**

Honorables Magistrados, sea lo primero advertir que, en el presente asunto la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, profirió sentencia de primera instancia al interior del proceso de "Acción de protección al consumidor", el cual en su decisión (específicamente) en el término numeral CUARTO condenar al llamamiento de garantía, la sociedad LA PREVISORA S.A compañía de seguros a la indemnización de perjuicios.

Sin embargo, se hace énfasis de que existe una decisión equivocada por parte del delegado ya que tal como se aparece en los documentos consignados en el proceso LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS fue vinculada al presente proceso con fundamento en las pólizas No. 1001052, 1001079 y 1001140. A pesar de que su vinculación se efectuó única y exclusivamente debido a dichas pólizas mencionadas, la delegatura desconoció abiertamente el contenido, alcance e inviabilidad de afectación de estas. Dando lugar a que este hecho es tan evidente que, todas las pólizas contenían amparos de naturaleza ABSOLUTAMENTE EXTRACTRACONTRACTUAL y, no CONTRACTUALES como lo declaró la delegatura sin ninguna justificación.

Tal como lo comprenderán lo Honorables Magistrados, el amparo de infidelidad de riesgos profesiones, como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina especializada sobre la materia, **es un amparo que opera únicamente en los**

**eventos de responsabilidad civil EXTRACONTRACTUAL**, de manera que su afectación está supeditada a la declaratoria expresa de este tipo de responsabilidad. En el caso en concreto, la póliza expedida por mi mandante e indebidamente afectada en el proceso, se regía por las condiciones generales **LLOYDS** que se refieren y aplican exclusivamente para este tipo de responsabilidad.

Por lo tanto, la afectación de una póliza que amparaba riesgos propios de la responsabilidad extracontractual **jamás podría ser afectada cuando la declaración de responsabilidad que se genera es de tipo CONTRACTUAL**. En efecto, en el presente asunto es justamente esta naturaleza la que desconoció la delegatura de la Superintendencia Financiera, pues, a pesar de declarar expresamente la supuesta existencia de una responsabilidad **CONTRACTUAL**, termina afectando -de forma totalmente indebida- un amparo de responsabilidad civil extracontractual, razón suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, tal como solicito hacerlo a los honorables magistrados del Tribunal.

## II. SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN

El pasado 06 de diciembre del presente año, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, profirió sentencia de primera instancia al interior del proceso de la referencia, mediante la cual adoptó la siguiente decisión:

*"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las demandadas.*

*SEGUNDO: DECLARAR civil y contractualmente responsable a la sociedad fiduciaria ALIANZA FIDUCIARIA S.A.*

*En consecuencia, se le CONDENA a pagar a la parte demandante, la señora GRACIELA RINCON MARTINEZ, dentro del lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de la decisión, la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES de Pesos M/cte., (\$175.000.000,00). Vencido este período judicial se causarán intereses de mora a la tasa del artículo 884 del C. de Co.*

*TERCERO: DECLARAR probada la excepción LA PÓLIZA NO. 1001079 NO ES LA LLAMADA A SER AFECTADA: LA RECLAMACIÓN SE PRESENTÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA NO. 1001079 entablada por ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.*

*En consecuencia, se DENIEGA el llamamiento en garantía a propósito de esta aseguradora.*

*CUARTO: CONDENAR al llamado en garantía, sociedad LA PREVISORA S.A. compañía de seguros, a la indemnización del*

*perjuicio declarado en el numeral 2º de esta resolutive por el monto de SEISCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS con CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS (\$626.933.728,55) M/cte.*

*Este valor deberá ser pagado a la demandante, señora GRACIELA RINCON MARTINEZ, dentro del lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de la decisión.*

*Vencido este período judicial se causarán intereses de mora a la tasa del artículo 884 del C. de Co.*

*QUINTO: SIN CONDENAS en costas.*

*SEXTO: La sociedad Fiduciaria y la Llamada en Garantía deberán acreditar EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA en un lapso de CINCO (5) días posteriores al término otorgado para sufragar la suma a que fueron condenadas, para este fin aporten los documentos idóneos que así lo acrediten, so pena de dar paso por vía incidental al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011."*

No obstante, los argumentos esgrimidos por parte de la Delegatura para condenar a mi representada y llamarla a responder en los términos del numeral CUARTO de la decisión carecen de todo fundamento fáctico, jurídico y probatorio.

Tal como lo apreciarán los Honorables Magistrados, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** fue vinculada al presente proceso con fundamento en las pólizas No. 1001052, 1001079 y 1001140. Sin embargo, a pesar de que su vinculación se efectuó **única y exclusivamente** en razón de dichas pólizas, la delegatura desconoció abiertamente el contenido, alcance e inviabilidad de afectación de las mismas. Este hecho es tan evidente que, todas las pólizas contenían amparos **de naturaleza ABSOLUTAMENTE EXTRA CONTRACTUAL** y, sin embargo, de forma totalmente sorprendente, la delegatura **declaró la responsabilidad CONTRACTUAL del demandado principal** y, sin justificación alguna, decidió afectar amparos de naturaleza indiscutiblemente extracontractual, variando y entremezclando sin ningún fundamento dos regímenes de responsabilidad totalmente diferentes.

Por otra parte, como lo podrán evidenciar los Honorables Magistrados, la delegatura también desconoció los dos tipos de prescripción que fueron totalmente acreditados ante ese Despacho, como lo fueron: (i) la prescripción de la acción de protección al consumidor, y (ii) la prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguro por los que se vinculó a mi mandante. Estos temas, como se puede apreciar en la sentencia, fueron abordados de forma equivocada y solo escuetamente.

Adicionalmente, **y de forma TOTALMENTE SORPRENDENTE**, la Delegatura decidió improcedentemente afectar el amparo de *infidelidad y riesgos profesionales*, en la medida en que se trata de un amparo que cubre la responsabilidad exclusivamente de tipo extracontractual y que, acaece ante la comisión de **actos deshonestos o fraudulentos**. Sin embargo, la delegatura nunca ahondó en la naturaleza de este tipo de amparo y lo afectó, a pesar de haber hecho una declaración de responsabilidad **DE TIPO CONTRACTUAL** y jamás haber probado la existencia de, cuando menos, un acto DESHONESTO O FRAUDULENTO que fuese adelantado por **ALIANZA FIDUCIARIA**. Así, no existía merito alguno para llamar a responder a mi representada en el presente asunto.

### **III. EXCEPCIONES DE MÉRITO QUE FUERON DEBIDAMENTE ACREDITADAS EN EL PROCESO**

Honorables Magistrados, del acerbo probatorio recopilado al interior del proceso, junto con el desarrollo del mismo en las diferentes etapas en que se surtió, fue evidente la acreditación de las siguientes defensas en favor de los intereses de la Compañía.

#### **1. PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULO 58 DE LA LEY 1480 DE 2011**

El artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 señala que las acciones de protección al consumidor se deben tramitar por el procedimiento que establece el artículo 58 del mismo estatuto. Dicha norma señala a su turno que:

“Artículo 58. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario y con observancia de las siguientes reglas especiales:

(...)

**2. Las demandas para efectividad de garantía deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más a tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que**

**motivaron la reclamación** (...)” (Subraya y negrilla fuera de texto).

La norma en cita establece la oportunidad dentro de la cual debe interponerse la acción de protección al consumidor. Ahora, esta oportunidad para iniciar la acción varía dependiendo del tipo de protección que el consumidor pretenda, ya que la norma contiene 3 supuestos de hecho distintos, los cuales se explican a continuación:

i) Cuando se pretende la efectividad de la garantía, la demanda debe presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de ésta: Este término de caducidad y/o prescripción es el que rige las acciones de efectividad de la garantía que conocen la Superintendencia de Industria y Comercio o el Juez competente.

ii) En las controversias **NETAMENTE** contractuales, la demanda debe presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración del contrato: Es decir, cuando la controversia suscitada con ocasión de la acción de protección al consumidor se puede delimitar en alguno de los temas de que trata el título de protección contractual del Estatuto del Consumidor (artículos 34 a 55 de la Ley 1480 de 2011) -como lo serían las ventas atadas, las cláusulas de permanencia mínima, las cláusulas abusivas, las operaciones mediante sistemas de financiación, las ventas mediante métodos no tradicionales o a distancia y comercio electrónico y la especulación, el acaparamiento y la usura- este el término de prescripción y/o caducidad que debe tener en cuenta el consumidor.

iii) En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación: Este es el término de caducidad y/o prescripción que rige los demás casos que no se subsumen en los supuestos anteriores: la acción de responsabilidad por producto defectuoso, controversias relativas a información y publicidad, y por supuesto, **LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**, entre otros.

Sobre los términos de prescripción y caducidad, el maestro Fernando Hinecrosa enseña que:

“(…) la prescripción afecta no a todos los derechos, sino solamente a aquellos de los cuales se puede disponer, en tanto que los poderes o potestades son indisponibles, porque son inalienables, intransmisibles, irrenunciables y, por tanto, imprescriptibles. La prescripción determina la extinción de un derecho; la caducidad no produce la extinción de un poder, sino la imposibilidad de ejercerlo

en un caso singular, pese a que dicho poder continúe con vida para todos los demás casos en que se presente (...) la prescripción atañe a los derechos y a la pérdida de ellos; la caducidad atañe a los poderes y no a su pérdida sino a su ejercicio.

(...)

Prescripción, preclusión, caducidad, genéricamente coinciden en el resultado final de extinción de un derecho, poder, facultad, por la omisión de su ejercicio durante cierto tiempo, sola o acompañada de una gestión del beneficiario de sus efectos. Es decir, en todas ellas el paso del tiempo opera en contra del titular que no acciona [...] Ahora bien, en tanto que en la prescripción [...] se exige alegación suya (ope exceptionis), se admite su renuncia [...], en la caducidad y en la perención (plazo preclusivo) los efectos se producen automática e inexorablemente por el mero transcurso del tiempo (...).<sup>1</sup>

Sentadas las anteriores consideraciones y descendiendo al ámbito del contrato de seguro, es claro que la acción de protección al consumidor que pretenda iniciarse, deberá ser promovida dentro del año siguiente a la ocurrencia “de los hechos que motivaron la reclamación”.

En el caso que nos ocupa, la parte demandante pretende ventilar ante la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, una controversia con ocasión del supuesto incumplimiento del Contrato de Fiducia. Sin embargo, la demandante pierde de vista el hecho de que el ordenamiento jurídico somete el ejercicio de la acción de protección al consumidor a un término de prescripción y/o caducidad.

Es manifiesto que pasaron por lo menos 6 años desde el momento que la demandante tuvo conocimiento de los hechos que dieron origen al presunto incumplimiento del demandado, y la interposición de la presente acción de protección al consumidor. Por consiguiente, es evidente que la demanda se interpuso luego de la oportunidad que el ordenamiento establece para el efecto.

Nótese señor juez que la demandante manifiesta que el presunto incumplimiento del contrato ocurrió desde el 07 de mayo de 2016, fecha en la cual tuvo pleno conocimiento y a partir de la cual debe contarse el término de prescripción de acción de protección al consumidor, el cual como bien lo sabe el Despacho es de un (1) año, motivo por el cual, la prescripción acaeció sin lugar a dudas el día 07 de mayo de 2017.

## 2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE ALIANZA FIDUCIARIA

Como bien lo conocen los Honorables Magistrados y desconoció la Delegatura, los elementos estructurales de la responsabilidad de naturaleza contractual son:

- (i) La existencia de un contrato
- (ii) Una obligación exigible derivada de dicho contrato
- (iii) Que la obligación exigible haya sido incumplida culposamente por el deudor, lo que de suyo, presupone el estado de mora de la misma;
- (iv) Que se acredite un perjuicio indemnizable, en los términos del artículo 1613 del Código Civil
- (v) que ese aludido perjuicio haya sido consecuencia de la conducta del deudor moroso.

Iniciando por el primero de los requisitos aludidos, es claro que entre la accionante y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, no existe una relación contractual, toda vez que, los beneficiarios son solo terceros en la fiducia mercantil.

Pero en todo caso, aun cuando se entendiera que son parte negociales, es preciso advertir que ninguna obligación exigible ha sido incumplida por parte de la fiduciaria.

Téngase en cuenta que dentro del marco de las obligaciones legalmente contraídas por parte de la **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, de ninguna se desprende la obligación directa de construcción y/o comercialización de proyectos inmobiliarios, motivo por el cual no es dable bajo ningún supuesto a la demanda la exigibilidad de obligaciones a las que legalmente no se obligó.

En consecuencia, al no existir obligaciones exigibles en cabeza de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** es claro que no se cumple con la acreditación de los elementos estructurales de la responsabilidad que dice reclamarse.



### 3. DIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN POR EXISTENCIA DE COASEGURO –PÓLIZA

Como podrán observarlo los Honorables Magistrados, en la carátula de la Póliza No, 1001079 se expidió en coaseguro con la **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.**, quien cuenta con una participación del 20% en la póliza.

Tanto el artículo 1095 del Código de Comercio como la jurisprudencia nacional son claros al indicar que el coaseguro implica que las obligaciones de las aseguradoras que participan son divisibles. Ha dicho la jurisprudencia:

“para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos del artículo 1096 ibídem, sobre la subrogación. Recuérdese además que el artículo 1092 ibídem establece que ‘ En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de estos produce nulidad<sup>3</sup>”.

“... se observa que la aludida póliza fue expedida en la modalidad de coaseguro, tanto por Seguros Atlas S.A., como por la Compañía de Seguros La Fenix, y en esa misma póliza se incluyó una estipulación según la cual ‘en los siniestros la Compañía de Seguros Atlas S.A., pagará únicamente la participación porcentual señalada anteriormente (19) y además, una vez recibida la participación correspondiente de las otras compañías, le entregará al asegurado, sin que en ningún momento se haga responsable por un porcentaje mayor al de su participación.

(...)

En virtud de lo anterior, la Sala ordenará pagar a la Compañía de Seguros Atlas S.A. y a favor de la CHEC, la proporción correspondiente a las sumas que la última tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta, pero únicamente

hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, esto es la suma equivalente al 60% de la condena; respecto del otro 40%, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno en esta providencia, toda vez que la Compañía de Seguros La Fénix, no fue llamada en garantía por la CHEC y, por ende, no fue vinculada al proceso, lo cual impide pronunciarse y menos aún imponer condena alguna en su contra<sup>4</sup>.”

“Por consiguiente, la omisión del Tribunal constituye a no dudarlo un evidente error de hecho que lo condujo a la violación de los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio, pues pactado el coaseguro con aquiescencia del asegurado – quien aportó la póliza y año tras año en la vigencia de la misma aceptó el coaseguro que allí se contempló -, explicitado el límite de la responsabilidad de cada compañía al 50% de la suma asegurada y estipulado que, mediante el deducible pactado, la asegurada participase de la pérdida acaecida por el siniestro indemnizable, debió limitar la condena a la compañía aseguradora llamada en garantía, no ‘hasta el momento de la suma asegurada’, sino que, partiendo de allí (la suma asegurada es \$ 150.000.000,00) y atendiendo el coaseguro (50% de esa suma) y al deducible (10%) la limitase hasta una cantidad que no podía entonces pasar de \$ 67.500.000,00<sup>5</sup>.”

Por consiguiente, la Delegatura a pesar de errar en la condena impuesta a mi mandante, al momento de proferir su sentencia debió haber reconocido la existencia de un coaseguros caso en que decida imponer condena alguna a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**., limite el valor de la misma al valor asegurado, de conformidad con los porcentajes ya señalados en la Póliza no. 1001079.

#### **4. AUSENCIA DE COBERTURA DE LAS PÓLIZAS NO. 1001052, 1001079, Y 1001140**

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden darle contenido al negocio jurídico que estén celebrando, siempre que este no contraríe el orden público. Es lo acordado y nada más lo que determina sus obligaciones. Es por ello que, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, pretender alterar unilateralmente el contenido obligacional de un contrato constituye un acto de mala fe que transgrede la confianza depositada y que, por tanto, no puede ser avalado por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el contrato de seguro no escapa a la autonomía de la voluntad que rige todos los negocios jurídicos. Respecto de este, el artículo 1056 del Código de Comercio establece que:

**Artículo 1056.** Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o [SOLO] algunos de los riesgos que estén expuestos el interés asegurable o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado. (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

En virtud de esa autonomía de la voluntad, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** expidió las pólizas No. 1001052, 1001079 y 1001140, mediante la cual se obligó a indemnizar únicamente la realización de alguno de los riesgos definidos en la póliza de seguro, de acuerdo con las opciones contratadas y hasta por los límites escogidos por el tomador, siempre y cuando ocurrieran en forma súbita, accidental, imprevista, e independiente de la voluntad del asegurado.

Ahora bien, Honorables Magistrados, la aseguradora sólo está llamada a responder por los hechos que ocurran durante la vigencia de la póliza, pues de lo contrario es claro que se configuraría una ausencia de cobertura.

En ese orden de ideas, se destaca al Despacho que, de conformidad con las pretensiones de la demanda, el presunto y supuesto incumplimiento por parte de **ALIANZA FIDUCIARIA** ocurrió en mayo de 2016, fecha en la cual supuestamente se debía transferir a la señora **GRACIELA** en calidad de beneficiaria de área, el derecho de dominio del apartamento.

Así las cosas, cabe traer a colación la fecha de inicio de cobertura de cada una de las pólizas expedidas por mi mandante:

Póliza No. 1001052

PÓLIZA N°		LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS		MT. 9603240-2		PREVISORA		SEGUROS	
1001052									
<b>15 SEGURO INFIDELIDAD DE RIESGOS FINANCIEROS PÓLIZA INFIDELIDAD DE RIESGOS</b>									
SOLICITÓ		CERTIFICADO DE		N° CERTIFICADO		CIA. PÓLIZA LIBER N°		CERTIFICADO LIBER N°	
DIA	MESES	ANOS	EXPEDICION	0				A.P.	
29	11	2016						NO	
TOMADOR		2706426-ALIANZA FIDUCIARIA S.A.				RIT		860.531.315-3	
DIRECCIÓN						TELÉFONO			
ASEGURADO		2706426-ALIANZA FIDUCIARIA S.A.				RIT		860.531.315-3	
DIRECCIÓN		KR 15 82 99, BOGOTÁ, CUNDINAMARCA				TELÉFONO		5447700	
EMITIDO EN		BOGOTÁ		EXPEDICIÓN		VIGENCIA		NÚMERO DE DÍAS	
MONEDA		Pesos		CENTRO OPER	RUC	DESDE		HASTA	
TIPO CAMBIO		1.00		3202	32	DIA	MESES	ANOS	A LAS
						29	11	2016	00:00
						19	11	2016	00:00
CARGAR A:		ALIANZA FIDUCIARIA S.A.		FORMA DE PAGO		B. PAGO A LOS 60 DÍA		VALOR ASEGURADO TOTAL	
								\$ 160,000,000,000.00	

Póliza No. 1001079

SOLICITIVO		CERTIFICADO DE EXPEDICION	N° CERTIFICADO	CIA. PÓLIZA LIDER N°	CERTIFICADO LIDER N°	A.P. NO
DA	ME					
23	11	2018	0			
TOMADOR: 2706426-ALIANZA FIDUCIARIA S.A.				NIT: 860.531.315-3		
DIRECCIÓN: KR 15 82 99, BOGOTÁ, CUNDINAMARCA				TELÉFONO: 6447700		
ASEGURADO: 2706426-ALIANZA FIDUCIARIA S.A.				NIT: 860.531.315-3		
DIRECCIÓN: KR 15 82 99, BOGOTÁ, CUNDINAMARCA				TELÉFONO: 6447700		
EMITIDO EN: BOGOTÁ		CENTRO OPER.	SUC.	EXPEDICIÓN		NÚMERO DE DIAS
MONEDA: Pesos		3202	32	DA	ME	
TIPO CAMBIO: 1.00				19	11	2018
				00.00		
				19	11	2019
				00.00		
CARGAR A: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.		FORMA DE PAGO: 7. PAGO A LOS 45 DIA		VALOR ASEGURADO TOTAL: \$ 160,000,000,000.00		

Póliza No. 1001140

SOLICITIVO		CERTIFICADO DE EXPEDICION	N° CERTIFICADO	CIA. PÓLIZA LIDER N°	CERTIFICADO LIDER N°	A.P. NO
DA	ME					
27	1	2020	0			
TOMADOR: 2706426-ALIANZA FIDUCIARIA S.A.				NIT: 860.531.315-3		
DIRECCIÓN: KR 15 82 99, BOGOTÁ, CUNDINAMARCA				TELÉFONO: 6447700		
ASEGURADO: 2706426-ALIANZA FIDUCIARIA S.A.				NIT: 860.531.315-3		
DIRECCIÓN: KR 15 82 99, BOGOTÁ, CUNDINAMARCA				TELÉFONO: 6447700		
EMITIDO EN: BOGOTÁ		CENTRO OPER.	SUC.	EXPEDICIÓN		NÚMERO DE DIAS
MONEDA: Pesos		3202	32	DA	ME	
TIPO CAMBIO: 1.00				19	12	2019
				00.00		
				19	12	2020
				00.00		
CARGAR A: ALIANZA FIDUCIARIA S.A.		FORMA DE PAGO: 4. 30 DIAS		VALOR ASEGURADO TOTAL: \$ 160,000,000,000.00		

Nótese que, los riesgos asegurados por **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** mediante las pólizas mencionadas están sujetas a las cláusulas pactadas dentro del contrato de seguro, de tal forma que coberturas no operan de manera ilimitada y a conveniencia del solicitante, sino que debe cumplir con lo preceptuado en el clausulado del contrato de seguro. Como seguramente lo habrá podido observar el Despacho, **la indemnización es procedente siempre y cuando el riesgo asegurado ocurra dentro de la vigencia de la póliza.**

En el caso que nos ocupa, ha ocurrido precisamente lo contrario. a pesar de que no se configuró una responsabilidad por parte de **ALIANZA FIDUCIARIA-** la cual no existe -, aún bajo esa hipótesis no podría afectar las pólizas expedidas por mi mandante, toda vez que, de conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, se evidencia que el supuesto incumplimiento ocurrió en mayo de 2016, fecha en la que se debía transferir los bienes inmuebles a la señora **GRACIELA RINCÓN.**

Lo anterior, en virtud a que las vigencias de las pólizas contratadas con **LA PREVISORA** tuvieron inicio con suficiente posterioridad a los hechos que dan origen de la presente controversia.

Como quiera que los términos del contrato de seguro son fruto del querer de las partes, estas se obligan a lo pactado. **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** únicamente se comprometió a amparar el riesgo asegurado cuando éste ocurriera dentro de la vigencia de las pólizas expedidas, pues de lo contrario es claro que se encuentra por fuera de la cobertura pactada entre las partes, tal y como ocurre en el presente caso.

Considerando lo anteriormente expuesto, solo es dable llegar a una única conclusión: **LOS HECHOS DEL PRESENTE PROCESO SE ENCUENTRAN POR FUERA DE LA COBERTURA OFRECIDA POR LA PÓLIZA EXPEDIDA POR MI MANDANTE**, cuestión que desconoció la Delegatura en su sentencia. Por lo tanto, **NO PODÍA DERIVARSE OBLIGACIÓN ALGUNA EN CABEZA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.

## **5. AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA POR HECHOS RECLAMADOS CON POSTERIORIDAD A SU VIGENCIA**

Como lo conocen los Honorables Magistrados, dentro del espectro del Derecho de Seguros, existen diversos tipos de pólizas que una aseguradora puede expedir, a efectos de asumir los riesgos que se pretenden trasladar. Una de estas modalidades, es la que hoy nos ocupa, siendo esta las pólizas de seguro claims made o por reclamación.

El legislador incorporó este tipo de pólizas en nuestro ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 389 de 1997, en la cual, en su artículo 4, se señaló lo siguiente:

**“Artículo 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.**

**Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad**

**siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.**

**PARAGRAFO.** El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten". (Delineado y negrilla fuera del texto original).

Este tipo de pólizas, lo que buscan es hacer una delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil; es decir, se somete la obligación de indemnizar el objeto de cobertura, a la presentación de una reclamación por parte de la víctima, ya sea al asegurado o al asegurador, dentro del término específico que se señale para ello.

Así, se ha determinado que:

"A partir de la ley 389 de 1997 se incluyó la modalidad de aseguramiento denominada «claims made», conforme a la cual la póliza cubre todas las reclamaciones presentadas por primera vez durante su vigencia; empero, que la interpretación de ese pacto debe realizarse sistemáticamente con las normas que regulan el contrato de seguro en general y específicamente el de responsabilidad civil.

(...)

Partiendo de que el seguro de responsabilidad civil ampara los daños sufridos por terceros y se consagra en favor de ellos, debe dilucidarse el alcance de la cobertura del seguro de responsabilidad civil bajo la modalidad «claims made».

Para esto afirmó que es necesario distinguir si quien exige el pago de la indemnización es el asegurado o la víctima directamente: en el primer evento, aquel sólo tiene derecho a reclamar cuando ésta le haya exigido la reparación, de lo contrario su patrimonio nunca se vería expuesto a una merma. En la segunda hipótesis, el derecho a reclamar nace con el perjuicio que el asegurado le ocasionó a la víctima, en la medida en que el derecho de esta a la reparación deviene por ministerio de la ley, simplemente por sufrir un daño antijurídico, sin que pueda afirmarse que ese detrimento está supeditado a elevar una

solicitud de pago, menos cuando esa condición se pacta en un negocio en donde no es parte<sup>8</sup>.

Vemos entonces que, bajo este régimen especial de los seguros de responsabilidad por reclamación, se requiere, no solo la existencia del acaecimiento de un hecho externo e imputable al asegurado, sino que además, **es necesario la existencia de una reclamación, durante la vigencia de la póliza, para que la misma pueda ser afectada.**

Como puede comprobarlo la Señora Juez, la parte actora vincula a la Litis a mi representada, con base en la existencia de un contrato de seguro que amparaba, según su dicho, la responsabilidad de la **ALIANZA FIDUCIARIA**, para la época de los hechos.

En efecto, se contrató la Póliza No. **1001079**:

Esta Póliza tuvo una vigencia inicial del 19 de noviembre de 2018 hasta el **19 de diciembre de 2019**. Sobre el particular es importante señor juez, pues dicha póliza se contrató también bajo la modalidad claim made, según consta en la condiciones particulares de la citada póliza, así:

PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL DE ENTIDADES FINANCIERAS DE LLOYDS NMA 2273  
 ESTE ES UN CLAUSULADO DE PÓLIZA POR RECLAMOS HECHOS (CLAIMS MADE)

Así las cosas, olvida el apoderado de la llamante en garantía que nos encontramos ante una póliza claims made cuya afectación depende debe cumplirse previamente unos presupuestos de ley. Al respecto, la doctrina ha establecido que:

“Bajo esta modalidad de “claims made” **se da cobertura a aquellas reclamaciones que se presenten en vigencia de la póliza y que tengan su origen en hechos y circunstancias acaecidas durante la vigencia de la misma (...)**. En otras palabras, se permite adicionalmente brindar amparo a reclamaciones generadas por hechos ocurridos con anterioridad, al inicio de la vigencia de la póliza, siempre y cuando los mismos se encuentren dentro del rango de tiempo pretérito otorgado<sup>9</sup>. (Delineado y negrilla fuera de texto original)

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de julio de 2017, radicado No. 76001-31-03-001-2001-00192-01. M.P. AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO.

<sup>9</sup> Uribe Lozada, Nicolás, Análisis técnico - jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims made” en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. 44 Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, 13-89 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.ris44.atjm>.

Es decir, para que haya un siniestro, es decir, la realización de un riesgo efectivamente amparado en la Póliza, se requeriría que el evento hubiera ocurrido dentro de la vigencia de ésta, **PERO ADEMÁS, AL TRATARSE DE UNA PÓLIZA CLAIMS MADE, TAMBIÉN QUE LA RECLAMACIÓN OCURRIERA DENTRO DE LA VIGENCIA.**

Por esto, resulta totalmente improcedente la vinculación que se hace a mi mandante al presente proceso por la mencionada Póliza; pues se evidencia que **no existe ni existió reclamación alguna dentro de la vigencia de la póliza**, la cual finalizó el día **19 de diciembre de 2019**.

Nótese, señores Magistrados, que la acción de protección al consumidor vino a radicarse hasta el **23 de febrero de 2022** es decir por fuera del período de vigencia de la póliza en mención, motivo por el cual se tiene que **NUNCA** hubo una reclamación durante su vigencia.

Es por esto que, es absolutamente claro cómo **NINGUNA OBLIGACIÓN RESARCITORIA PODRÍA SURGIR EN CABEZA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR CUANTO CORRESPONDERÍA A UN ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA,** proscrito por nuestro ordenamiento jurídico.

Por corresponder a una afirmación absolutamente objetiva, que por lo demás se subsume en lo preceptuado en el artículo 167 del Código General del Proceso, más exactamente en la definición de **NEGACIONES INDEFINIDAS**, no me extenderé en esta argumentación, restando ser enfáticos en que **NO EXISTE, NI EXISTIÓ, RECLAMACIÓN ALGUNA ENCAMINADA A AFECTAR LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO. 1001079 POR PARTE DE LA ALIANZA FIDUCIARIA, O EN SU DEFECTO POR LA DEMANDANTE, LA SEÑORA GRACIELA RINCÓN** por medio de la cual se pueda vincular a mi mandante al presente proceso y pretender endilgarle cualquier tipo de responsabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, solicito al Despacho desestimen las pretensiones del llamamiento en garantía y, exonere de cualquier tipo de responsabilidad a mi mandante.



## 6. AUSENCIA ABSOLUTA DE SINIESTRO - PÓLIZA NO. 1001052, 1001079 y 1001140

Las obligaciones a las que se puede encontrar sujeta una aseguradora en nuestro país deben estar precedidas del cumplimiento de una carga impuesta legalmente al asegurado. Dicha carga es la que se encuentra consagrada en el artículo 1077 del Código de Comercio, el cual indica:

**“Artículo 1077.** Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

Como puede observarse, la primera carga demostrativa pesa, naturalmente, en la persona del asegurado, quien debe acreditar que se produjo la ocurrencia de un **siniestro**, al igual que la cuantía a la que el mismo asciende.

Ahora, como bien lo saben los Honrables Magistrados, un “siniestro” **NO** es cualquier hecho adverso a los intereses del asegurado, ni tan siquiera cuando tengan relación tangencial con el objeto del seguro. Por el contrario, la demostración del **siniestro** se refiere a la “realización del riesgo asegurado”, como bien lo enseña el artículo 1072 del Código de Comercio.

Lo anterior significa que la primera carga que pesa en una relación aseguraticia, para que tenga lugar la activación de alguno de los amparos contenidos en una póliza, consiste en que el asegurado demuestre:

- i) La realización de un riesgo asegurado y
- ii) El valor que dicha realización del riesgo implicó como detrimento para el asegurado.

La Pólizas expedidas por mi defendida ampara ciertos riesgos derivados de la responsabilidad en la que incurra la **ALIANZA FIDUCIARIA** única y exclusivamente en los siguientes términos y condiciones pactadas en el objeto del cada una de las pólizas, lo cual fue desconocido por la Delegatura.

Ahora bien, de conformidad con la Póliza, se encuentra delimitada en la Sección C la indemnización profesional, la cual ampara necesariamente la responsabilidad de

la **ALIANZA FIDUCIARIA** cuando se materialice el riesgo asegurado de conformidad con el clausulado aplicable a cada una de ellos.

No obstante lo anterior, dentro de los hechos y pretensiones de la demanda, se observa que la demandante pretende de manera infundada el cumplimiento de unas obligaciones que a todas luces no son exigibles a la **ALIANZA FIDUCIARIA**, pues están por fuera del ámbito de su competencia como mal pretende hacer ver el apoderado de la parte actora.

En ese orden de ideas, es claro que mal puede predicarse algún supuesto incumplimiento por parte de **ALIANZA FIDUCIARIA** pues en todo momento de la ejecución del contrato, como se encuentra debidamente probado en el expediente ha cumplido con cada una de sus obligaciones.

En primer lugar, en el caso en concreto se encuentra acreditado la configuración absoluta de la prescripción de la acción de protección al consumidor, como de las acciones derivadas del contrato de seguro, toda vez que el presunto incumplimiento tuvo lugar en mayo de 2016.

En segundo lugar, hay una evidente falta de cobertura de los hechos objeto del presente litigio, toda vez que, de conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, la demandante sostiene que hubo un presunto incumplimiento en mayo de 2016, fecha en la que no se encontraba vigente ninguna de las pólizas expedidas por mi mandante.

En tercer lugar, en relación con la Póliza No. 1001079, téngase en cuenta que se trata de una póliza la cual se expidió bajo la naturaleza de ser claims made, la cual, como bien lo sabe la Delegatura, no hubo reclamación durante su vigencia, motivo por el cual no habrá lugar a afectar la mencionada póliza.

Entonces, tenemos que **PARA QUE EXISTA LA OCURRENCIA DE UN SINIESTRO CON CARGO DE ALGUNA DE LAS PÓLIZAS EXPEDIDAS POR LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, TENDRÍA QUE HABERSE ACREDITADO,** que los daños y perjuicios fueron ocasionados como consecuencia de un actuar negligente o una omisión en el cumplimiento de las obligaciones del **ALIANZA FIDUCIARIA**

que haya concretado un daño personal, cierto y determinado y en consecuencia permita endilgarle algún tipo de responsabilidad; sin embargo, como seguramente no le costará ninguna dificultad al Despacho comprenderlo, es claro que en el objeto del proceso que nos ocupa esto **no** es lo que ocurre.

Por tanto, si no se ha probado la responsabilidad del asegurado del **ALIANZA FIDUCIARIA** no se ha materializado el riesgo, luego no hay siniestro en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio. En ese sentido, no existe siniestro y no nace la obligación para la aseguradora de indemnizar. Siendo así imperioso para el Despacho declarar que la compañía aseguradora no está obligada al resarcimiento de los presuntos daños alegadas por la parte actora.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que no se cumple con la carga probatoria del artículo 1077 del Código de Comercio, consistente en acreditar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, es claro que de ninguna manera podía derivarse obligación alguna en cabeza de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.

## **7. AUSENCIA DE AMPARO DE LOS HECHOS CONTENDIOS EN LA DEMANDA – IMPOSIBILIDAD DE AFECTAR EL AMPARO DE INFIDELIDAD DE RIESGOS FINANCIEROS**

Tal como lo podrán apreciar directamente los Honorables Magistrados, la Delegatura desconoció y tergiversó la naturaleza y alcance del amparo denominado *“infidelidad de riesgos profesionales”* que, como se sabe, era el único amparo contenido en todas las pólizas indebidamente vinculadas al presente proceso.

Lo cierto es que, señores Magistrados, el amparo improcedentemente afectado **NO OPERA NI EN EL SENTIDO NI EN LA FORMA EN QUE LO ENTENDIÓ INDEBIDAMENTE LA DELEGATURA**. La propia Corte Suprema de Justicia ha establecido con total claridad las siguientes particularidades de es amparo, el cual supone para la aseguradora:

*“Indemnizar la pérdida resultante directamente de actos deshonestos o fraudulentos por empleados del asegurado cometidos solo o en confabulación con otros, con la intención manifiesta de causarle al asegurado que soporte tal pérdida”<sup>1</sup>.*

Así, la afectación de cualquiera de las pólizas por las que indebidamente se

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC18594-2016. Radicación n° 11001-31-03-038-2010-00703-01

vinculó a mi mandante al presente asunto requería como **condición necesaria** la acreditación de que **ALIANZA FIDUCIARA** hubiese adelantado actos deshonestos o fraudulentos, que son por definición y esencia, de naturaleza totalmente **EXTRACONTRACTUAL**.

Sin embargo, con total desconocimiento de este tipo de pólizas y de la naturaleza de estos amparos, la Delegatura declaró la responsabilidad **CONTRACTUAL** de **ALIANZA FIDUCIARIA** y resolvió afectar las pólizas vinculadas sin detenerse a analizar que el amparo de *infidelidad y riesgos profesionales* **NO CUBRE DAÑOS CAUSADOS BAJO LA MODALIDAD DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**. Y, en la medida en que no se acreditó ningún tipo de acto deshonesto o fraudulento por parte de **ALIANZA FIDUCIARA** jamás se habría podido afectar ninguna de las pólizas por las cuales fue indebidamente vinculada mi mandante al presente asunto.

## **8. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO- Pólizas No. 1001052, 1001079, 1001140**

Lo primero que debe advertir el Despacho es que dentro del presente proceso se encuentra plenamente probada la prescripción irremediable de las acciones derivadas de la Póliza de Seguro expedida por mi mandante, conforme el artículo 1081 del Código de Comercio, que a la letra señala:

**“ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. **La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.**

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

A partir del estudio de la norma antes transcrita, se concluye que el ordenamiento jurídico establece dos tipos de prescripción, siendo éstas: la ordinaria, cuyo término **es de dos años que empiezan a contarse desde el momento en el cual el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del siniestro;** y la extraordinaria, la cual corre durante el término de cinco años, contra terceros que, por circunstancias de hecho, se han visto afectados por la ocurrencia de un riesgo amparado por la póliza de seguro.

Respecto del término de prescripción ordinaria se tiene que éste corre contra el interesado, quien será el sujeto de derecho habilitado para exigir indemnización por parte del asegurador con ocasión de la ocurrencia de un siniestro. Es así como la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que “por interesado debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 1047 son el tomador, **el asegurado, el beneficiario** y el asegurador”<sup>10</sup>.

Así las cosas, lo anterior se puede concretar de la siguiente forma: Para el asegurado, en el seguro de responsabilidad civil, el término de prescripción será de dos años y empezará a contar desde la fecha en que la víctima le formula el requerimiento judicial o extrajudicial respectivo.

Por lo tanto, cuando en un proceso se demuestre que han transcurrido más de 2 años entre el momento en la víctima formuló petición judicial o extrajudicial al asegurado y el llamamiento en garantía efectuado por el mismo en contra de la aseguradora, se tendrá que declarar probada la excepción de prescripción extintiva, como uno de los modos por los cuales se extinguen las obligaciones, de conformidad con el artículo 1625 del Código Civil.

Ahora bien, como resultó ampliamente demostrado en el proceso, la demandante realizó sendas reclamaciones desde el año **2016** a **ALIANZA FIDUCIARA** sin que la misma hubiese realizado la correspondiente reclamación, judicial o extrajudicial a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**. Solo fue con la notificación del llamamiento en garantía que se realizó al interior del proceso cuando se efectuó dicha reclamación, es decir, **MUCHO TIEMPO DESPUÉS DE LOS 2 AÑOS CON LOS QUE CONTABA ALIANZA FIDUCIARIA**. Por esta razón, las acciones derivadas del contrato de seguro, cualquiera de los tres por los que se vinculó a mi mandante, **SE ENCONTRABAN PRESCRITAS** y así debió haberlo declarado la Delegatura.

#### **IV. PETICIÓN**

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados **REVOCAR** la sentencia proferida por la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera y, en su lugar, denegar las pretensiones contenidas en la demanda principal y en el llamamiento en garantía efectuado a mi mandante.

#### **V. NOTIFICACIONES**

Las recibiré en la Carrera 18 No. 78 – 40, Oficina 702, de Bogotá D.C. Igualmente,

solicito y autorizo expresamente la notificación por medios electrónicos a los correos [notificaciones@nga.com.co](mailto:notificaciones@nga.com.co), [jdgomez@nga.com.co](mailto:jdgomez@nga.com.co) y [cvargas@nga.com.co](mailto:cvargas@nga.com.co)

Atentamente,



**JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ**

C.C. No. 1.115.067.653 de Buga

T.P. No. 194.687 del C.S. de la J.


**MEMORIAL DRA CRUZ RV: Rad. 2022-00785-03 | Consumidor de Graciela Rincón contra Alianza Fiduciaria y Otros | Recurso de Apelación - Sustentación**

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

&lt;secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

Jue 7/03/2024 4:44 PM

Para:2 GRUPO CIVIL &lt;2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

 1 archivos adjuntos (1 MB)

Sustentación Apelación Graciela Rincón.pdf;

**MEMORIAL DRA CRUZ**

Atentamente,



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público  
Secretaría Sala Civil  
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305  
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378  
Línea Nacional Gratuita 018000110194  
Email: [secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
Secretario Judicial

**De:** Anthony Duffy <anthony.duffy@phrlegal.com>**Enviado el:** jueves, 7 de marzo de 2024 4:42 p. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

&lt;secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

**CC:** 'juankorj@hotmail.com' <juankorj@hotmail.com>; Notificaciones <notificaciones@velezgutierrez.com>;

Manuel Garcia &lt;mgarcia@velezgutierrez.com&gt;; Daniel Diaz &lt;ddiaz@velezgutierrez.com&gt;;

notificaciones@nga.com.co; jdgomez@nga.com.co; Angie Carolina Vargas Garcés &lt;cvargas@nga.com.co&gt;; FERIS

ABOGADOS &lt;ferisabogados@gmail.com&gt;; pedro.alvarez@phrlegal.com; Daniel Posse

&lt;daniel.posse@phrlegal.com&gt;

**Asunto:** Rad. 2022-00785-03 | Consumidor de Graciela Rincón contra Alianza Fiduciaria y Otros | Recurso de Apelación - Sustentación

Señores

Honorable Magistrados

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL**

MP. Dra. Maria Patricia Cruz Miranda

Despacho

**Referencia:** Acción de protección al consumidor de **GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ** contra **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y OTROS.**

**Radicación:** 11001319900320220078503

**Asunto:** Recurso de apelación -Sustentación.

Por instrucciones del doctor **PEDRO MIGUEL ÁLVAREZ GIRALDO**, apoderado judicial sustituto única y exclusivamente de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, según consta en el poder que obra dentro del expediente, con toda atención me dirijo a Usted para radicar la presente sustentación para del recurso de apelación interpuesto respecto de la sentencia proferida por la Delegatura Para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia el 6 de diciembre de 2023 aclarada y corregida mediante auto del 20 de diciembre de 2023.

De conformidad con la Ley 2213 de 2022, copio de la presente a los demás sujetos procesales que intervienen en el proceso de referencia.

Atentamente,

**Anthony Duffy**

**Abogado / Attorney**

Cra 7 No. 71-52, Torre A Piso 5

110231 - Bogotá - Colombia

T.:+57 (601) 3257300

[anthony.duffy@phrlegal.com](mailto:anthony.duffy@phrlegal.com) / [www.phrlegal.com](http://www.phrlegal.com)

**POSSE  
HERRERA  
RUIZ** 

**CHAMBERS**

Law Firm of the year 2010, 2011, 2015, 2018 \* Client service excellence 2014, 2017, 2020, 2021, 2022

**LEGAL 500** Top Tier Firm

**LATIN LAWYER** 250 Elite Firm

*Este mensaje de correo electrónico es enviado por una firma de abogados y contiene información confidencial o privilegiada.*

*This e-mail is sent by a law firm and contains confidential or privileged information.*



Señores  
Honorables Magistrados  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL**  
MP. Dra. Maria Patricia Cruz Miranda  
Despacho

**Referencia:** Acción de protección al consumidor de **GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ** contra **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y OTROS.**

**Radicación:** 11001319900320220078503

**Asunto:** Recurso de apelación – Sustentación

**PEDRO MIGUEL ÁLVAREZ GIRALDO**, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 75.103.483 de Manizales, abogado inscrito con tarjeta profesional No. 182.433 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial sustituto única y exclusivamente de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. («Alianza Fiduciaria»)**, estando dentro del término oportuno, con toda atención me dirijo a Usted para sustentar el recurso de apelación interpuesto respecto de la sentencia proferida por la Delegatura Para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia el 6 de diciembre de 2023 aclarada y corregida mediante auto del 20 de diciembre de 2023.

## I. OPORTUNIDAD

La presente sustentación del recurso de apelación debe ser tenida como oportunamente presentada, debido a que:

1. El Despacho admitió el recurso de apelación mediante auto del 23 de febrero de 2024, notificado mediante estados del lunes 26 de febrero de 2024.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, en el auto que admitió el recurso se estableció que, vencido el término de la ejecutoria del auto, correría para los apelantes un término de 5 días para sustentar el recurso de apelación.
3. Así las cosas, el auto mediante el cual se admitió la apelación quedó ejecutoriado el jueves 29 de febrero de 2024.
4. Por lo tanto, el término para presentar esta sustentación comenzó a correr el viernes 1 de marzo de 2024, y finaliza el jueves 7 de febrero de 2024. Término dentro del cual oportunamente se presenta esta sustentación.

## II. CONSIDERACIONES

### A LA SENTENCIA QUE SE IMPUGNA.

5. En la sentencia proferida por parte de la Delegatura Para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia del 6 de diciembre de 2023, el Despacho resolvió declarar civil y contractualmente responsable a Alianza Fiduciaria por concepto de unos supuestos incumplimientos a sus deberes

contractuales y legales derivados del Contrato de Fiducia constitutivo del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower (el «**Contrato de Fiducia**») y en consecuencia, condenarla junto con La Previsora S.A. en calidad de llamada en garantía, a restituir las sumas aportadas por la demandante en favor del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower (el «**Fideicomiso**» o el «**Patrimonio Autónomo**»).

6. Como sustento de la declaratoria de responsabilidad contractual de mi poderdante, y la consecuente condena impuesta, el Despacho sostuvo que en la ejecución del Contrato de Fiducia, mi poderdante supuestamente inobservó sus obligaciones contractuales y legales en relación con: (i) una no verificación de las condiciones de solvencia, capacidad jurídica y técnica de Grupo Ocean S.A. (el «**Grupo Ocean**») como fideicomitente constituyente del Patrimonio Autónomo; (ii) una indebida verificación del punto de equilibrio; y (iii) una indebida destinación de los recursos fideicomitados.
7. En relación con la ausencia de verificación de las condiciones de solvencia y capacidad jurídica del Grupo Ocean, el Despacho de primera instancia sostuvo que: (i) no se probó que para el momento de la constitución del Fideicomiso se hubiere realizado una evaluación de riesgos de contraparte; (ii) no se probó que se hubieren realizado análisis de los riesgos asociados a cada una de las modificaciones del Contrato de Fiducia; (iii) no se acreditó que el Proyecto Cartagena Ocean Tower fuera viable; (iv) no se acreditó que Grupo Ocean contara con las condiciones de solvencia junto con una capacidad técnica, administrativa y financiera para realizar la construcción del proyecto; (v) tomó por probado que el patrimonio de Grupo Ocean era de tan solo 60 millones de pesos mientras que se sostuvo que el costo total del Proyecto Cartagena Ocean Tower ascendía a los 43 mil millones de pesos; y (vi) sostuvo que no se analizaron los mecanismos dispuestos por el Fideicomiso para el pago de los créditos obtenidos en los términos de la aun inexistente Circular 024 del 27 de julio de 2016.
8. Frente a la indebida valoración del cumplimiento del punto de equilibrio, el Despacho erróneamente sostuvo que no se probó que Alianza Fiduciaria efectivamente hubiera realizado una valoración del punto de equilibrio con el fin de establecer que el mismo no comprometiera la viabilidad del Proyecto.
9. En cuanto a la indebida destinación de los recursos fideicomitados, el Despacho sostuvo que Alianza Fiduciaria realizó pagos con cargo al fideicomiso por concepto de pago del lote que fue aportado; se apoyó en una prueba sumaria de una prueba extraprocesal practicada a un tercero que no era parte del proceso (cambiándole, además, la naturaleza de dictamen pericial a prueba documental) para sostener que hubo un indebido manejo de la caja del Proyecto; y por último erróneamente sostuvo que había enormes sobrecostos en el Proyecto debido a un entendimiento erróneo respecto del mismo.
10. Finalmente, y con sustento en tales apreciaciones, el Despacho de primera instancia resolvió condenar a Alianza Fiduciaria a reintegrar las sumas aportadas por la demandante en favor del Patrimonio Autónomo. Pues bien, sostuvo que el perjuicio patrimonial sufrido por parte de la demandante, consistente en la no obtención de la unidad inmobiliaria respecto de la cual se vinculó al Fideicomiso, había sido causada por una conducta culposa de Alianza Fiduciaria.

11. No obstante, contrario a lo resuelto en la sentencia, Alianza Fiduciaria no incurrió en ningún incumplimiento del Contrato de Fiducia por el cual deba ser condenada a pagar una suma de dinero a la demandante.
12. Cómo se verá en la presente sustentación, en el curso del proceso se probó que mi poderdante dio cumplimiento a todos y cada uno de sus deberes legales y contractuales derivados del Contrato de Fiducia Cartagena Ocean Tower. En consecuencia, no hay lugar alguno a que se le impute una responsabilidad por un perjuicio patrimonial que no se encuentra debidamente probado y que en todo caso, incluso de haber ocurrido, no es imputable a la conducta contractual de mi poderdante.

**B INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA: EN UN EJERCICIO DE DEBIDA DILIGENCIA ALIANZA FIDUCIARIA ANALIZÓ LOS RIESGOS DEL FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER.**

13. Reitero, uno de los análisis fundamentales de la condena impuesta a mi poderdante, recae en que supuestamente Alianza Fiduciaria no adelantó un análisis de la solvencia y de la capacidad técnica, administrativa y financiera de la sociedad Fideicomitente Grupo Ocean S.A.
14. En efecto, en tal sentido, el Despacho de primera instancia erróneamente sostuvo que: (i) no se probó que para el momento de la constitución del Fideicomiso se hubiere realizado una evaluación de riesgos de contraparte; (ii) no se probó que se hubieren realizado análisis de los riesgos asociados a cada una de las modificaciones del Contrato de Fiducia; (iii) no se acreditó que el Proyecto Cartagena Ocean Tower fuera viable; (iv) no se acreditó que Grupo Ocean contara con las condiciones de solvencia junto con una capacidad técnica, administrativa y financiera para realizar la construcción del proyecto; (v) tomó por probado que el patrimonio de Grupo Ocean era de tan solo 60 millones de pesos mientras que se sostuvo que el costo total del Proyecto Cartagena Ocean Tower ascendía a los 43 mil millones de pesos; y (vi) sostuvo que no se analizaron los mecanismos dispuestos por el Fideicomiso para el pago de los créditos obtenidos en los términos de la aun inexistente Circular 024 del 27 de julio de 2016.<sup>1</sup>
15. No obstante, en la ejecución del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, Alianza Fiduciaria verificó la solvencia del Grupo Ocean junto con su capacidad técnica, administrativa y financiera en relación con la magnitud del Proyecto. Hecho, que fue probado en el proceso mediante los documentos aportados con la contestación de la demanda y en respuesta a las solicitudes del Despacho.<sup>2</sup>
16. En efecto, una revisión de dichos documentos aportados con la contestación a la

---

<sup>1</sup> Al respecto basta señalar que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en un contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración y que para el momento de la celebración del Contrato de Fiducia no se encontraba vigente la Circular 024 del 27 de julio de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se comenzó a exigir un análisis respecto de los mecanismos de pago que utilizaría el fideicomiso para el pago de los créditos que fueren adquiridos.

<sup>2</sup> Con la contestación a la demanda y en respuesta a los documentos solicitados por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, Alianza Fiduciaria aportó las matrices de riesgos elaboradas con ocasión del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower en el 2013, cuando se modificó íntegramente el Contrato de Fiducia. Dichos documentos constan en la carpeta de pruebas aportadas con la contestación a la demanda, en la carpeta "Solicitud Documentos (Carga Dinámica)" y en la subcarpeta "Punto 1".

demanda y en respuesta al requerimiento No. 1 de la exhibición decretada por el Despacho de Primera Instancia, Alianza Fiduciaria aportó la matriz de riesgos elaborada en septiembre de 2013 con ocasión de la modificación al Contrato de Fiducia de diciembre de 2013. Dicha matriz de riesgos, y no otra, fue aportada al presente proceso por haber sido la más reciente para el momento de la vinculación de la demandante, quien suscribió contrato de vinculación el 21 de noviembre de 2013.

17. Tal y como consta en dicha matriz de riesgos operativos de Alianza Fiduciaria, entre muchos otros factores verificó: (i) el riesgo de incumplimiento a obligaciones contractuales asumidas por parte de la fiduciaria; (ii) el riesgo de que el fideicomiso no contara con los bienes requeridos para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales; (iii) el riesgo de incumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del fideicomitente en relación con la ejecución y operación del proyecto; y (iv) incluso verificó el riesgo de incumplimiento por parte del fideicomiso respecto de sus obligaciones financieras, a pesar de que para dicha fecha no le era exigible analizar los mecanismos dispuestos por el Fideicomiso para el pago de los créditos obtenidos en los términos de la aún inexistente Circular 024 del 27 de julio de 2016.
18. En consecuencia, resulta claro que, en la preparación y ejecución del Contrato de Fiducia, Alianza Fiduciaria hizo un análisis de riesgo del negocio con el objeto de verificar su propia capacidad de dar cumplimiento al contrato, de ejecutar debidamente las prestaciones a su cargo, y mitigar los riesgos que pudieren surgir del Contrato.
19. Igualmente, como parte de dicho análisis, y con la finalidad de mitigar los riesgos derivados de este Proyecto, Alianza Fiduciaria realizó un análisis de la capacidad que tendría el Grupo Ocean de dar cumplimiento a las obligaciones que asumiera en virtud del Contrato de Fiducia.
20. Por ello, como parte de dicho análisis de la capacidad que tendría el Grupo Ocean de atender a sus obligaciones contractuales y legales derivadas del Contrato se hizo una verificación de que dicha sociedad tuviera una solvencia adecuada y la capacidad técnica, administrativa y financiera para adelantar el Proyecto.

*EN RELACIÓN CON LA SOLVENCIA DE GRUPO OCEAN:*

21. En primera medida, el Despacho de primera instancia dedujo erróneamente que Alianza Fiduciaria no verificó que Grupo Ocean cumpliera con unos niveles mínimos de solvencia, debido a que supuestamente no se aportó una matriz de riesgos y debido a que no aportaron los estados financieros del Grupo Ocean.
22. Frente al primer punto, Alianza Fiduciaria comprobó que con anterioridad a la vinculación de la aquí demandante al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, y con anterioridad a la modificación del Contrato de Fiducia de diciembre de 2013, se realizó un análisis de la totalidad de los riesgos del negocio.
23. En tal sentido, en este punto ya se ha hecho referencia a la matriz de riesgos aportada por mi poderdante entre las pruebas aportadas con la contestación a la demanda en la carpeta “Solicitud de Documentos (Carga Dinámica)” y en la subcarpeta “Punto 1”.

24. Reitero, en dicho documento se demuestra que Alianza Fiduciaria realizó un análisis de riesgo de contraparte, en el que se verificó que Grupo Ocean tendría la capacidad (económica, administrativa y financiera) para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por virtud del Contrato.
25. Igualmente, en cuanto a los estados financieros del Grupo Ocean, destaco que Alianza Fiduciaria realizó una verificación de tales documentos, los cuales, deben ser aportados por parte del Grupo Ocean, así como cualquier otro fideicomitente, al momento de su vinculación como cliente de la Fiduciaria.
26. Posteriormente, anualmente el Grupo Ocean, al igual que los demás clientes activos de la fiduciaria debe realizar una actualización de sus datos dentro de la cual debe aportar una copia de sus estados financieros.
27. Sin embargo, ni en la exhibición de documentos solicitada con el auto admisorio de la demanda, ni en la posterior exhibición de documentos solicitada por parte del Despacho se le solicitó a mi poderdante aportar una copia de los estados financieros de Grupo Ocean.
28. Pues bien, reitero simplemente, solicitó prueba de que evaluó los riesgos de contraparte conforme a un procedimiento interno y en tal sentido se aportó entre otros documentos las matrices de riesgos empleadas por la fiduciaria para evaluar el Fideicomiso antes de la modificación integral realizada en el 2013 y antes de la vinculación de la aquí demandante al proyecto.
29. En consecuencia, de ninguna forma, se puede tener por probado como lo tiene el Despacho, que Alianza Fiduciaria no verificó los estados financieros de Grupo Ocean. **Cuando el mismo no era objeto del debate judicial.**
30. **Recordemos, en este punto, que la demanda no tenía reproche alguno respecto a los estados financieros o capacidad de Grupo Ocean en este sentido y fue, oficiosamente, que la Superintendencia Financiera de Colombia decidió revisar el punto correspondiente.**
31. Tampoco, se puede entender que el patrimonio total de la sociedad Grupo Ocean era de 60 millones de pesos para el momento de la suscripción del Contrato de Fiducia con fundamento en una respuesta dada por dicha sociedad en la que se afirmó que el capital suscrito y pagado de la sociedad era de 60 millones de pesos. Pues bien, destaco que una cosa es el capital suscrito y pagado que conste en los Estatutos y en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Sociedad, y otra cosa muy diferente es el patrimonio que la misma haya tenido para el momento de la suscripción del Contrato de Fiducia o la capacidad para financiera para adelantar este proyecto (capacidad que fue estudiada y aprobada por dos entidades bancarias de primer nivel como Banco de Bogotá y Banco de Occidente).
32. En el mismo sentido, también se hace necesario verificar la Carta de Aprobación del Crédito Constructor aportado con la exhibición de documentos solicitada por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia. Pues bien, en la misma consta que además del Grupo Ocean, en calidad de codeudores, los accionistas de la sociedad

se comprometieron al pago del crédito.<sup>3</sup>

33. Accionistas que además se comprometieron expresamente a capitalizar al Grupo Ocean para el adelantamiento del Proyecto Cartagena Ocean Tower en el contrato de crédito suscrito con Banco de Occidente y el Banco de Bogotá para el otorgamiento del crédito constructor del Proyecto.
34. Por lo tanto, a diferencia de lo afirmado por el Despacho de primera instancia, al analizar la solvencia del Grupo Ocean para adelantar el Proyecto no solo se debe tener en cuenta la solvencia de dicha sociedad individual, sino que se debe tener en cuenta también la solvencia de la totalidad de sus accionistas.
35. Pues bien, como resultó probado en el proceso, sus accionistas expresamente comprometieron contractualmente su patrimonio para el adelantamiento del Proyecto al obligarse en calidad de codeudores del crédito constructor obtenido para el adelantamiento de la obra y al obligarse a capitalizar al Grupo Ocean para dar cumplimiento a la ejecución del Proyecto.

EN RELACIÓN CON LA CAPACIDAD TÉCNICA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE GRUPO OCEAN:

36. En los mismos términos, Alianza Fiduciaria probó que para el momento de la suscripción del Contrato de Fiducia Grupo Ocean si contaba con la capacidad técnica, administrativa y financiera para adelantar el Proyecto Cartagena Ocean Tower.
37. Esto, en tanto en la matriz de riesgos aportada por parte de mi poderdante consta que Alianza Fiduciaria aplicó sus propios procedimientos internos para verificar que la sociedad tendría la capacidad de atender a sus obligaciones contractuales y legales derivadas del Contrato de Fiducia.
38. Tal y como se estableció en el curso del proceso, si bien Grupo Ocean es una sociedad que fue constituida en el 2007, los socios de esta eran otras sociedades y personas naturales con una amplia trayectoria en el desarrollo de proyectos inmobiliarios y de infraestructura. Personas que además se probó, participaron activamente en el desarrollo del Proyecto Cartagena Ocean Tower.
39. Como lo afirmó el Despacho de Primera Instancia es claro que hay una separación patrimonial entre la sociedad y sus accionistas en virtud de la personificación jurídica independiente del Grupo Ocean y de la limitación a la responsabilidad de sus accionistas.
40. Sin embargo, lo anterior no impide que los accionistas de Grupo Ocean, o de cualquier otra sociedad, intervengan directamente en apoyo de Sociedad siempre y cuando se respeten las regulaciones relevantes en materia societaria.
41. Pues bien, por ejemplo, en el presente caso se probó que los socios de Grupo Ocean intervinieron en favor del desarrollo del Proyecto comprometiendo expresamente su propio patrimonio al respaldar el crédito constructor que fue otorgado para el adelantamiento de la obra.

---

<sup>3</sup> Dicho documento consta en la carpeta de pruebas aportadas con la contestación a la demanda, en la carpeta "Solicitud Documentos (Carga Dinámica)" y en la subcarpeta "Punto 4 y 10".

42. Prueba de ello, es la carta de otorgamiento del crédito constructor del Banco de Bogotá y del Banco de Occidente de 22 de agosto de 2013. En la misma, claramente se establece que para el otorgamiento del crédito por un valor total de \$70.000.000.000 a favor del Proyecto (tanto para la torre de apartamentos como para la torre del hotel), los socios de Grupo Ocean, deberían constituir garantías personales en favor de los bancos.<sup>4</sup>
43. En consecuencia, para la obtención del crédito constructor a favor del Fideicomiso, se comprometieron en calidad de codeudores del Patrimonio Autónomo los siguientes socios de Grupo Ocean: Construcciones e Inversiones Beta S.A.S., Constructora Montecarlo Vías S.A.S., Constructora Carlos Collins S.A., Gilberto Álvarez Mulford, Carlos Guillermo Collins Espeleta, y Sergio Torres Reatiga.
44. Igualmente, como ya se ha dicho, para dar garantía del cumplimiento del crédito constructor, los socios mencionados en el punto anterior se comprometieron contractualmente frente a los bancos a capitalizar Grupo Ocean, en caso de ser necesario, para cubrir los recursos faltantes o asumir cualquier sobre costo para llevar a cabo la construcción del Proyecto.

- |  |
|--|
| <p>i) Firma Codeudora de Grupo Ocean S.A., Construcciones e Inversiones Beta S.A.S., Constructora Montecarlo Vías S.A.S., Constructora Carlos Collins S.A., Gilberto Álvarez Mulford, Carlos Guillermo Collins Espeleta y Sergio Torres Reatiga.</p> <p>ii) Compromiso de Capitalización de los socios para cubrir los recursos faltantes o cualquier sobre costo para llevar a cabo la construcción del Proyecto.</p> |
|--|

45. Por lo tanto, resultó probado que en la estructuración financiera del Proyecto Cartagena Ocean Tower, los socios de la Compañía se comprometieron personalmente a ser codeudores del Fideicomiso y a capitalizar al Grupo Ocean con los recursos faltantes para adelantar el Proyecto.
46. En tal sentido, destaco que es una práctica comercial común y legítima en el gremio constructor la constitución de “sociedades proyecto” que son creadas como subsidiarias de una o más constructoras con el propósito de desarrollar únicamente un proyecto inmobiliario.
47. Igualmente, para que tales sociedades proyecto puedan efectivamente adelantar la construcción de un proyecto inmobiliario, es común que la constructora o constructoras accionistas de la sociedad proyecto aporten al desarrollo inmobiliario y se involucren en el adelantamiento de la obra mediante la prestación de sus servicios en favor de la sociedad proyecto.
48. En consecuencia, a la hora de evaluar un proyecto inmobiliario y la capacidad de la sociedad que lo va a adelantar, se hace necesario ir más allá de la sociedad fideicomitente que hace parte del Contrato de Fiducia. Pues bien, es una práctica común que tales sociedades fideicomitentes hayan sido constituidas con el propósito de desarrollar un solo proyecto inmobiliario con el apoyo de sus accionistas.

---

<sup>4</sup> Dicho documento consta en la carpeta de pruebas aportadas con la contestación a la demanda, en la carpeta “Solicitud Documentos (Carga Dinámica)” y en la subcarpeta “Punto 4 y 10”.

49. Apoyo por parte de los accionistas que normalmente se encuentra representado, por ejemplo, mediante contratos de consultoría y de obra celebrados con la sociedad constituyente, mediante contratos en los que se comprometen solidariamente al pago del crédito constructor, o mediante compromisos de aporte de los recursos requeridos para el adelantamiento efectivo de la obra. Así como en el apoyo directo en la obtención de permisos y licencias de construcción.
50. Es por ello, que para valorar la capacidad técnica, administrativa y financiera de Grupo Ocean se verificó no solo la capacidad, experiencia y solvencia del Grupo Ocean, sino que igualmente se analizó lo propio en relación con sus socios, quienes en conjunto evidentemente contaban con la capacidad de adelantar un proyecto de la magnitud e importancia del Proyecto Cartagena Ocean Tower.
51. En tal sentido, el Despacho puede observar la declaración de parte de la representante legal para asuntos judiciales de Alianza Fiduciaria, quien en audiencia inicial expuso la experiencia y capacidad de los socios del Grupo Ocean y la relación de estos frente a la ejecución del Proyecto. Pues bien, como ya se ha dicho, tales factores acertadamente hicieron parte del análisis de riesgo de contraparte efectuado por Alianza Fiduciaria.
52. Igualmente, con el fin de acreditar la capacidad administrativa y financiera del Grupo Ocean, se hace necesario destacar que como parte de las condiciones de giro se le exigió contar con una licencia de construcción y un permiso de enajenación expedidos por las autoridades competentes.
53. Si bien dichos documentos no son previos a la suscripción del Contrato de Fiducia, debido a que para obtener tales documentos el Grupo Ocean tuvo que surtir unos trámites complejos y acreditar una serie de condiciones en buena medida demuestran que la sociedad tenía una capacidad de gestión importante con anterioridad a la acreditación del cumplimiento de las condiciones de giro.
54. Pues bien, en los términos de la Ley 388 de 1997, la Ley 400 de 1997 y el entonces vigente decreto 1469 de 2010, **para adquirir una licencia de construcción** como la requerida para adelantar el Proyecto Cartagena Ocean Tower se hacía necesario contar con:
  - 54.1. La adecuada realización de un plano topográfico del objeto de la solicitud, suscrito por un profesional responsable;
  - 54.2. La adecuada realización de un plano del proyecto urbanístico previsto por el Proyecto, suscrito por un arquitecto responsable del diseño;
  - 54.3. Una certificación expedida por las empresas de servicios públicos domiciliarios o autoridades competentes en la que se garantice la disponibilidad de los servicios públicos que fueren requeridos;
  - 54.4. Una memoria de los cálculos y diseños estructurales, firmada por un revisor independiente;
  - 54.5. Una memoria del diseño de los elementos no estructurales;
  - 54.6. Los estudios geotécnicos del Proyecto; y



- 54.7. Los planos estructurales del Proyecto.
55. Igualmente, para adelantar las actividades de anuncio y enajenación de las unidades de vivienda resultantes del Proyecto, en los términos de la Ley 66 de 1968, del decreto 2610 de 1979 , del Decreto Ley 019 de 2012 y de la Ley 962 de 2005 se hacía necesario que el Grupo Ocean aportara al Distrito de Cartagena:
- 55.1. El folio de la matrícula inmobiliaria objeto de la solicitud;
- 55.2. Una copia de los modelos de los contratos utilizados en la celebración de los negocios de enajenación;
- 55.3. El presupuesto financiero del Proyecto;
- 55.4. Una copia de la licencia urbanística; y
- 55.5. Acreditación por parte de cualquier acreedor hipotecario respecto de los inmuebles en el que se obligue a liberar las construcciones a ser enajenadas mediante el pago proporcional del gravamen.
56. Conforme a lo dispuesto en las normas relacionadas en el punto anterior, el Distrito de Cartagena debió tener la totalidad de los documentos relacionados en el punto anterior a disposición de cualquier persona interesada. Por lo cual, cualquier potencial comprador diligente pudo, entre otras, acceder al presupuesto financiero del Proyecto y comprender la estructura financiera del mismo.
57. Igualmente, respecto a dichos documentos, la autoridad encargada de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda en el Distrito de Cartagena tendría el deber de revisar los documentos que fueren radicados con el fin de verificar la observancia de las disposiciones legales pertinentes, e incluso, en caso de que dichos documentos no dieran cumplimiento a los requisitos exigidos tendría a su cargo adelantar las acciones administrativas y policivas correspondientes.
58. Destaco que tanto la licencia de construcción, como los permisos de ventas y enajenación adquiridos por el proyecto, son actos administrativos debidamente ejecutoriados y que gozan de una presunción de legalidad en los términos del artículo 88 del CPACA.
59. Por lo cual, tales documentos, igualmente sirven ante Alianza Fiduciaria como una prueba fidedigna de que las autoridades estatales competentes han verificado la viabilidad del Proyecto en relación con su planeación financiera y la capacidad del constructor para adelantar la obra.
- EN RELACIÓN CON LA OBTENCIÓN DE UN CRÉDITO CONSTRUCTOR Y LOS MECANISMOS DESTINADOS A SU PAGO:*
60. Finalmente, el Despacho de primera instancia trae a colación un requisito relacionado con la adquisición de créditos por parte del fideicomiso que fue introducido en la Circular 024 del 27 de julio de 2016 de la Superintendencia Financiera.
61. Conforme a lo dispuesto en dicha circular, le correspondería a Alianza Fiduciaria

realizar un análisis de las fuentes de pago que tendría el crédito constructor obtenido por parte del Fideicomiso para el Desarrollo del Proyecto.

62. Frente a esto, se hace necesario reiterar que en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las normas vigentes para el momento de su celebración, por lo cual, las exigencias introducidas en la Circular 024 del 27 de julio de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia no pueden ser tenidas en cuenta en la evaluación del Contrato de Fiducia constitutivo del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower.
63. Pues si bien, Alianza Fiduciaria en un ejercicio de una debida diligencia realizó un análisis respecto del crédito y la capacidad de pago que tendría el Fideicomiso para atender sus obligaciones financieras, tal obligación no le era exigible para la época de la celebración del Contrato de Fiducia.
64. Igualmente, destaco que tal y como se expuso en las excepciones de la contestación de la demanda, el otorgamiento de un crédito constructor por un monto de \$70.000.000.000 por parte de dos entidades bancarias vigiladas por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia igualmente constituye una garantía de la viabilidad del Proyecto.
65. Pues bien, reitero que el otorgamiento del crédito constructor es prueba de que otras dos entidades financieras independientes y separadas de Alianza Fiduciaria verificaron la capacidad del constructor, la solvencia del constructor y de sus socios, la viabilidad del Proyecto y la razonabilidad de la planeación financiera del mismo.

CONCLUSIONES:

66. Así las cosas, resulta evidente que en el presente caso de ninguna forma se puede llegar a la errada conclusión del Despacho de Primera Instancia conforme a la cual la inejecución de la obra fue ocasionada por una falta de verificación de la solvencia del Fideicomitente o por una falta de verificación respecto de sus capacidades técnicas, administrativas y financieras.
67. Pues bien, como se ha demostrado en el presente acápite, Alianza Fiduciaria demostró haber aplicado sus propios procedimientos internos para evaluar la solvencia del fideicomitente, junto con sus capacidad técnica, administrativa y financiera.
68. Pero, además, se demostró en el curso del proceso, Grupo Ocean contaba con el apoyo expreso y contractual de sus socios para el adelantamiento del Proyecto Inmobiliario previsto.
69. Igualmente, como se demostró en el curso del presente proceso, Alianza Fiduciaria no fue la única entidad ante quien se acreditó debidamente la viabilidad del Proyecto y la capacidad del Fideicomitente. Pues bien, como ya se ha dicho, obtuvo licencias, permisos de enajenación y un crédito constructor. Todo lo cual, demuestra que el Grupo Ocean comprobó la viabilidad del Proyecto y su capacidad para adelantarlos ante al menos dos entidades estatales y otras dos entidades financieras independientes y separadas de Alianza Fiduciaria.
70. Por lo cual, el Despacho deberá concluir que si bien a la fecha no se ha completado

el Proyecto y el Grupo Ocean y sus accionistas no han aportado los recursos necesarios para completarlo, ello de ninguna manera implica que para el momento de su estructuración el Proyecto no fuera viable y previsiblemente exitoso dada la solvencia del Grupo Ocean y sus capacidades técnicas, administrativas y financieras.

71. Finalmente, reitero que el Despacho de Primera Instancia trae a colación un requisito relacionado con la adquisición de créditos por parte del fideicomiso que fue introducido en la Circular 024 del 27 de julio de 2016 de la Superintendencia Financiera. Requisitos que no deben ser tenidos en cuenta en relación con el presente negocio fiduciario por ser posteriores a la celebración y a buena parte de la ejecución del Contrato de Fiducia.
72. Así las cosas, no es cierto que la inejecución de la obra haya sido ocasionada por una falta de verificación previa a la suscripción del Contrato de Fiducia, sino que se debe a la materialización de los riesgos propios de un desarrollo inmobiliario como el Proyecto Cartagena Ocean Tower. Riesgos cuya materialización es completamente ajena a Alianza Fiduciaria.

**C INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA: ALIANZA VERIFICÓ QUE EL PUNTO DE EQUILIBRIO NO COMPROMETIERA LA VIABILIDAD DEL PROYECTO.**

73. En relación con el punto de equilibrio, el Despacho de primera instancia estableció en su sentencia que no se trajo ningún elemento al proceso en el que se diera cuenta de la evaluación de Alianza Fiduciaria en pro de establecer que el punto de equilibrio establecido en el Contrato de Fiducia no comprometiera la viabilidad del Proyecto.
74. Sin embargo, el Despacho nunca requirió a Alianza Fiduciaria para aportar tal documento al presente proceso, **ni dicho asunto hacía parte de los hechos y reproches de la demanda**. Pues bien, en el curso de la primera instancia el Despacho requirió a Alianza Fiduciaria a aportar ciertas pruebas en solo dos ocasiones.
75. Inicialmente, con el auto admisorio de la demanda el Despacho requirió a Alianza Fiduciaria para que aportara una serie de pruebas solicitadas dentro del escrito de la demanda. Dichas pruebas fueron aportadas debidamente por Alianza Fiduciaria con la contestación a la demanda y ninguna guardaba relación con la *“evaluación, valoración y verificación que hiciera la Sociedad Fiduciaria en pro de establecer que el punto de equilibrio dispuesto a este fideicomiso pudiera llegar a comprometer la viabilidad”*.
76. Dentro de dichas pruebas, y en relación con el punto de equilibrio únicamente se le solicitó a Alianza Fiduciaria aportar una copia de los documentos entregados por Grupo Ocean para acreditar el cumplimiento de las condiciones de giro. No obstante, nada se solicitó en términos de estudios efectuados para determinar que las condiciones de giro no afectarían el desarrollo del Proyecto.
77. Luego, en el curso del presente proceso, en audiencia del 15 de mayo de 2023 el Despacho requirió a Alianza Fiduciaria para que aportara una serie de documentos, los cuales fueron debidamente aportados por mi poderdante dentro del plazo que fue otorgado. Destaco que dentro de los documentos solicitados por el Despacho ninguno guarda relación con la *“evaluación, valoración y verificación que hiciera la*

*Sociedad Fiduciaria en pro de establecer que el punto de equilibrio dispuesto a este fideicomiso pudiera llegar a comprometer la viabilidad”.*

78. Así las cosas, lo cierto es que no puede ahora el Despacho en sentencia pretender atribuirle a mi poderdante una responsabilidad por no haber aportado al proceso un documento que no fue solicitado por parte del demandante como una exhibición de documentos, que tampoco fue solicitado por parte del Despacho como una prueba de oficio, y que no hizo parte del debate probatorio en el curso del proceso, **ni de los hechos de la demanda o la propia fijación del litigio.**
79. Por lo tanto, debido a que en el presente proceso no se solicitó que se aportara una “*evaluación y valoración*” respecto de la viabilidad del punto de equilibrio, no puede ahora el Despacho condenar a Alianza Fiduciaria por no haber demostrado un hecho del desarrollo contractual que no le fue solicitado expresamente y que no hizo parte del debate probatorio del proceso. Tampoco, puede el Despacho de Primera Instancia efectuar un juicio de reproche a la conducta procesal de mi poderdante respecto de un requerimiento que no existió.
80. Menos aún, puede el Despacho llegar a afirmar, como lo hizo en la sentencia de primera instancia, que Alianza Fiduciaria incumplió con la obligación de hacer un análisis de que el punto de equilibrio no comprometiera la viabilidad del proyecto, cuando nunca le fue solicitado probar que se había dado cumplimiento a dicha obligación.
81. Finalmente, destaco que en la audiencia de pruebas y en el curso del testimonio de Fredy Alexander Urquijo, funcionario de Alianza Fiduciaria, el Despacho realizó una serie de preguntas mediante las cuales buscaba determinar si el punto de equilibrio previsto en el Contrato de Fiducia comprometería la viabilidad del Proyecto.
82. Dichas preguntas fueron ampliamente respondidas por el testigo quien afirmó que el punto de equilibrio pactado en el Contrato de Fiducia efectivamente cumplía con los estándares de la industria y de ninguna manera comprometía la viabilidad del Proyecto.
83. Así mismo, además del testimonio del doctor Urquijo, existen suficientes medios probatorios para demostrar que el punto de equilibrio decretado no comprometía la viabilidad del Proyecto. Pues bien, como se expuso ampliamente en el desarrollo del punto anterior, para el momento de su estructuración el Proyecto Ocean Tower era viable.
84. Viabilidad, que no fue verificada únicamente por Alianza Fiduciaria, sino que además fue comprobada ante dos entidades bancarias que otorgaron millonarios créditos en favor del Proyecto, ante la curaduría urbana de Cartagena y ante la autoridad distrital de Cartagena encargada de otorgar permisos de enajenación al Proyecto.
85. En consecuencia, el H. Tribunal deberá desechar cualquier responsabilidad derivada de la determinación del punto de equilibrio que le haya sido imputada a Alianza Fiduciaria. Pues bien, tales hechos no hicieron parte del debate probatorio, y lo único que quedó probado en tal sentido dentro del proceso es que el punto de equilibrio pactado en el Contrato de Fiducia cumplía con los estándares de la industria y de ninguna manera comprometía el desarrollo futuro del Proyecto.

86. Más aún, además destaco que en toda discusión probatoria en torno al cumplimiento de las condiciones de giro por parte de Grupo Ocean, Alianza Fiduciaria adecuadamente demostró que el 15 de noviembre de 2013 el Grupo Ocean aportó la totalidad de los documentos que acreditaron haber dado cumplimiento a las condiciones de giro del Proyecto.<sup>5</sup>

**D INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA: NO HAY PRUEBA ALGUNA EN EL EXPEDIENTE QUE DE CUENTA DE UNA INDEBIDA DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS APORTADOS AL PATRIMONIO AUTÓNOMO EL CUAL ADEMÁS CONTABA CON UN INTERVENTOR.**

87. Para concluir que hubo una indebida destinación de los recursos aportados al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, el Despacho se fundamente en un dictamen pericial practicado dentro de una prueba anticipada de un tercero contra Grupo Ocean S.A. (tercero en la acción de consumidor financieros que nos ocupa), y, por tanto, una prueba sumaria, no controvertida por Alianza Fiduciaria y que fue aportado por el extremo demandante con el título:

*“Diligencia de inspección judicial **como prueba anticipada** por el señor Herbert Giovanni Álvarez Cruz, Guillermina Jiménez, Manuel Enrique Soto Castro, Fernando Jiménez, María Amparo Gómez, Pedro Iván Santos y Julia Botero y Otros contra Sociedad Grupo Ocean S.A. Radicación No. 13004400300420190003100”.*

88. Así pues, estamos frente a una prueba anticipada entre unos solicitantes distintos de la demandante en contra de una sociedad que no es demandada en el proceso. Prueba anticipada que, por su naturaleza, aún no ha sido controvertida pues ello ocurre en el proceso en el que se pretenda hacer valer por parte de Grupo Ocean.
89. En consecuencia, dicho documento no debe ser tenido en cuenta dentro del presente proceso, como prueba documental y aún menos como dictamen pericial. Pues bien, contrario a lo afirmado en la sentencia, Alianza Fiduciaria presentó una oposición a dicha prueba, oposición que no fue tomada en cuenta por parte del Despacho.
90. Igualmente, destaco que dicho documento es constitutivo de una prueba pericial contra un tercero, no controvertido, y es usado por parte del Despacho de Primera Instancia para llegar a una serie de conclusiones que únicamente podría obtener con sustento en un dictamen pericial. Sin embargo, en una indebida modificación del carácter pericial de la prueba, el Despacho de Primera Instancia supuestamente lo toma como una prueba de carácter documental (*modificación del medio probatorio que no está permitida en nuestro ordenamiento jurídico*).
91. En efecto, una revisión del acta de la audiencia del 5 de septiembre de 2023 demuestra que el Despacho resolvió acceder a tener dicha prueba como prueba documental dentro del proceso y se les otorgó a las partes un traslado de tres días para pronunciarse respecto de la misma.

---

<sup>5</sup> En tal sentido, el Despacho puede observar la “Prueba No. 15” aportada con la contestación a la demanda.

**Dictamen de la parte demandante.** Se **deniega**, pero se incorpora al proceso como documental. Parte demandada y llamados piden adición al proveído. **Auto.** Se **accede**, esta documental queda en traslado por tres (3) para lo que estimen pertinente dada su incorporación en los términos señalados en proveído.

92. Oportunamente, dentro del término de traslado del auto mediante el cual se accedió a tener dicha prueba como una documental dentro del proceso, en los términos del artículo 168 del CGP, Alianza Fiduciaria solicitó al Despacho rechazar de plano dicha prueba documental o abstenerse de valorar la prueba. Esto, en los términos propios de la oposición de una prueba de carácter documental.
93. La anterior solicitud se presentó con fundamento en el hecho de que dicha prueba en realidad consiste en una prueba sumaria de un dictamen pericial contable elaborado dentro de un proceso de prueba anticipada respecto de Grupo Ocean, en el cual no participó Alianza Fiduciaria en nombre propio ni como vocera y administradora del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower.
94. En consecuencia, se trata de una serie de documentos producidos dentro del trámite de una prueba anticipada completamente ajena al extremo demandante y a las demás partes del presente proceso. Prueba, que además por su carácter de haber sido elaborada dentro de un proceso de prueba extraprocesal ni siquiera pudo ser controvertida por parte del Grupo Ocean.
95. Además, por ello, de ninguna forma se puede entender que tal documento versa sobre la conducta, la contabilidad o los libros de Alianza Fiduciaria o del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower.
96. Por ello, al tratarse de una prueba notoriamente impertinente, en los términos del artículo 168 del CGP, se trata de una prueba que no debió ser tenida en cuenta por parte del Despacho de primera instancia para concluir que mi poderdante en forma alguna incumplió sus obligaciones legales o contractuales.
97. Menos aún, para llegar a la conclusión de que mi poderdante indebidamente manejó los recursos del Patrimonio Autónomo con sustento en una serie de apreciaciones de carácter contable de un tercero propias de un dictamen pericial, no de una prueba documental de un tercero.
98. Más aún, destaco que en los términos del artículo 189 del CGP, debe entenderse que las inspecciones judiciales o la práctica de dictámenes periciales únicamente pueden realizarse sin citación de la futura contraparte cuando no versen sobre los libro y papeles de comercio de dicha contraparte.
99. De lo contrario, y conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no se puede entender que tal prueba tenga valor probatorio alguno. En tales términos, la Corte Constitucional ha afirmado que:

***La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado porque no es una prueba legalmente practicada.*** (Destaco).<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-274 del 11 de abril de 2012, MP: Juan Carolos Henao Pérez.

100. Por lo tanto, a diferencia de lo resuelto por el Despacho de Primera Instancia, al no haber intervenido ni Alianza Fiduciaria ni el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower dentro del trámite de la inspección judicial, se debe entender que la misma no puede ser utilizada para llegar a ninguna conclusión judicial propia de su contabilidad o de sus papeles de comercio. Mucho menos, se puede utilizar para concluir que se han utilizado indebidamente los recursos por ellos administrados.
101. Igualmente, **destaco que el Despacho de Primera Instancia le asignó el carácter de prueba documental a dicho dictamen pericial y en consecuencia, Alianza Fiduciaria se opuso al mismo en los términos de una oposición a una prueba documental. No obstante, en sentencia, contraviniendo el carácter dado a la prueba “documental”, la usa para arrojar conclusiones propias de un dictamen pericial y depreca el hecho de que Alianza Fiduciaria no se haya opuesto a dicha prueba “documental” en los términos propios de la oposición de un dictamen pericial.**
102. En todo caso, destaco que Despacho la usa para concluir que hubo un incumplimiento de Alianza Fiduciaria al no mantener separados los recursos de la torre del hotel a los de la torre de apartamentos del Proyecto Cartagena Ocean Tower. Hecho, que de ninguna forma configura un incumplimiento contractual en cabeza de Alianza Fiduciaria.
103. Pues bien, una revisión del esquema contractual utilizado para adelantar el Proyecto demuestra que a partir de Otrosí No. 1 del 11 de agosto de 2014,<sup>7</sup> el Fideicomiso Hotel (correspondiente a la Torre 1 del Proyecto) entró a ser un beneficiario de área más del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower quien sería el vehículo fiduciario mediante el cual se adelantaría la construcción de todo el proyecto.
104. Así, a partir del 11 de agosto del 2014, todos los recursos de los beneficiarios de área, de los créditos otorgados al Fideicomiso, y de los recursos que eran aportados por el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower Hotel ingresaron al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower para la construcción de la totalidad del proyecto mediante un solo fideicomiso.
105. Por lo tanto, no hay incumplimiento alguno en cabeza de mi poderdante en el evento de que se hayan unido todos los recursos en el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, pues bien, justamente ese era el propósito de adelantar todo el proyecto mediante un solo fideicomiso del cual, a su vez, el Fideicomiso Hotel Cartagena Ocean Tower es simplemente un beneficiario de área más.
106. Igualmente, destaco que dicha prueba documental no demuestra incumplimiento alguno de Alianza Fiduciaria, pues bien, en su calidad de fiduciaria no adquirió, ni podría adquirir, ninguna obligación relacionada con que el Proyecto efectivamente se adelantara sin sobrecostos o dentro del cronograma de obra inicialmente previsto.
107. Reitero que, conforme a lo establecido en el mismo objeto del Contrato de Fiducia, Grupo Ocean adquirió la obligación de adelantar el Proyecto Inmobiliario previsto

---

<sup>7</sup> Documento aportado en la carpeta de pruebas documentales remitida con la contestación a la demanda.

bajo su exclusiva responsabilidad y riesgo. Alianza Fiduciaria no adquirió la calidad de constructora ni de interventora del Proyecto, ni se encuentra llamada a responder por la destinación final dada a los recursos por parte del Grupo Ocean.

108. En todo caso, no sobra advertir que el esquema contractual y su ejecución garantizaron la adecuada destinación de los recursos. En efecto, la existencia de un interventor, el requisito de que las órdenes de giro fueran suscritas por el interventor, la legalización de los recursos para contabilizarlas como mejoras, y los informes de la interventoría es un esquema que permite la supervisión de los recursos y que los mismos sean destinados al proyecto.
109. Así las cosas, incluso en el remoto evento de que se pudiere llegar a considerar que hubo una desviación de recursos o una indebida o tardía ejecución del Proyecto, ello no obedece a obligaciones adquiridas por parte de mi poderdante quien se contractualmente no tiene la obligación de desarrollar un proyecto inmobiliario ni la obligación de actuar como interventor para garantizar que los recursos efectivamente fueren usados para el desarrollo del Proyecto.

**E INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA: EL PROYECTO CARTAGENA OCEAN TOWER ERA FINANCIERAMENTE VIABLE PARA EL MOMENTO DE SU CONSTITUCIÓN Y PARA EL MOMENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO.**

110. A lo largo de la sentencia, el Despacho de primera instancia realiza una serie de apreciaciones de carácter financiero y contable en relación con la viabilidad financiera y la ejecución del proyecto que no se encuentran de ninguna manera probadas por las pruebas documentales que constan en el expediente.
111. En tal sentido, destaco que por una parte, el Despacho sin ningún sustento afirma en la sentencia que el valor total del proyecto era de un valor de \$43.827.565.582, y que en consecuencia, por ser el capital suscrito y pagado de Grupo Ocean de \$60.000.000, este no representaba ni siquiera el 2% del valor total del Proyecto.<sup>8</sup>
112. Luego, el Despacho afirma que el valor total del Proyecto era de \$48.157.616.633, y que en consecuencia, no se entiende porque si se habían ejecutado, según sus cuentas un monto total de \$69.212.267.019, no se había adelantado la totalidad del Proyecto.
113. Finalmente, y sin ningún sustento, el Despacho afirma que tales supuestos desfases financieros en el desarrollo del Proyecto se deben, al menos parcialmente a que el Fideicomiso realizó giros con el propósito de pagar el lote en el que se habría de desarrollar el mismo.
114. Esto, a pesar de que en la exhibición de documentos Alianza Fiduciaria aportó al Despacho un Excel en el que constan la totalidad de los giros realizados con cargo al Patrimonio Autónomo y en el que se puede evidenciar que ninguno de los giros

---

<sup>8</sup> Afirmación que como ya se ha dicho es del todo descabellada. Pues bien, por una parte, el patrimonio del Grupo Ocean nada tiene que ver con el capital suscrito y pagado que conste en los estatutos y en el CERL de la sociedad. Por otra, igualmente quedó probado en el proceso que la totalidad de los accionistas de Grupo Ocean se comprometieron a capitalizar la sociedad a fin de completar la construcción del Proyecto y son codeudores del crédito inmobiliario otorgado al Fideicomiso.



fue realizado en favor del Fideicomitente Aportante del Lote.<sup>9</sup>

115. En efecto, en el Contrato de Fiducia, y en los contratos de vinculación suscritos por los beneficiarios se pactó que el Fideicomiso pagaría al Fideicomitente Aportante del lote un valor determinado por el mismo. Sin embargo, dicho pago se condicionó a que el Fideicomiso contara con la totalidad de los recursos requeridos para adelantar el Proyecto.
116. Luego, este aspecto no puede ser entendido como un incumplimiento contractual cuando en el mismo contrato se establece dicha posibilidad, y dicho pago no está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.
117. En todo caso, contrario a lo señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia, no hubo pago del lote con recursos del Fideicomiso y así lo demuestra contabilidad del patrimonio autónomo aportada dentro del proceso.
118. En efecto, dado que la totalidad de los recursos se destinaron al desarrollo del Fideicomiso y no se contó con una instrucción del fideicomitente destinada al pago del lote, no se realizó ningún pago en favor del Fideicomitente Aportante del Lote. En tal sentido, reitero que el Despacho puede observar la totalidad de los desembolsos efectuados con cargo al Patrimonio Autónomo en donde consta que nunca se realizó una transferencia de recursos en favor del Fideicomitente Aportante.
119. En consecuencia, y con el propósito de esclarecer estas imprecisiones, destaco que en el curso del proceso y de cara a las pruebas aportadas con la contestación a la demanda se puede evidenciar que:
  - En el flujo de caja remitido por El Fideicomitente y aprobado por el propio interventor se indica como prefactibilidad la suma de \$39.484.293.316,68 en compromisos de pago de beneficiarios de área, para el desarrollo de los apartamentos.
  - Para el momento de la acreditación de las condiciones de giro, sin incluir el hotel, se tenían 83 unidades con beneficiarios de área con un compromiso de pago por un valor de \$46.916.224.014, y se tenían como recibidos recursos por un valor de \$7.530.766.021,76.
  - Es decir que, de acuerdo con el flujo de caja aportado al proceso se tenían ingresos por los beneficiarios de área correspondientes a un valor de \$79.032.894.000.
  - Reitero que, esta parte no incluye el valor de construcción del hotel (para el momento separado en un Fideicomiso distinto), toda vez que la construcción del mismo implicaba unos costos diferentes como se identifica en el contrato de crédito y en el que se establece que el valor estimado del total del proyecto asciende a la suma de \$124.554.000.000 para la construcción de las dos torres (apartamentos y hotel).
  - Banco de Bogotá y Banco de Occidente otorgaron un crédito de \$18.400.000.000 en favor del desarrollo de los apartamentos y un leasing sindicado por un valor de

---

<sup>9</sup> Documento aportado en la carpeta de exhibición de pruebas de oficio, en la subcarpeta "Punto 4" y en el documento llamado "Relación Pagos – Antes y Después de Condiciones de Giro".

\$51.600.000.000 destinados a financiar la torre hotelera. Finalmente, los mismos adicionalmente otorgaron un crédito puente a Grupo Ocean por un valor de \$4.000.000.000 para los gastos de estructuración del Proyecto. Por un total de \$74.000.000.000.

- Es decir que, las fuentes de pago del proyecto ascendían a \$153.032.894.000 y la proyección de costos del mismo estaban en \$124.554.000.000. Por tanto, el proyecto contaba con los recursos suficientes, de dos diferentes fuentes, para atender los costos y gastos requeridos para la construcción de las dos torres. Y, de allí, que tuviera viabilidad financiera tanto al principio como al momento de acreditarse las condiciones de giro.
  - Si bien inicialmente, se planteó que el Proyecto de la torre de apartamentos y del hotel serían adelantados por separado, desde la modificación integral al Contrato de Fiducia de 2014 se estableció que la totalidad del Proyecto sería adelantada por parte del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, del cual, el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower Hotel sería beneficiario de área respecto de la torre que conformaría el hotel. Esto, además explica los motivos por los cuales Banco de Occidente y Banco de Bogotá son los propietarios de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower con ocasión del leasing otorgado.
  - Es decir, el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower adelantó la totalidad del Proyecto constitutivo en el desarrollo de dos torres unidas en sus primeros pisos y con una misma cimentación. Gran parte de los recursos para el desarrollo inmobiliario del Proyecto fueron entregados por el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower Hotel, el cual, en los mismos términos de la aquí demandante, es un beneficiario de área respecto de la torre del hotel que sería adelantada por el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower.
  - En consecuencia, siendo el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower el vehículo fiduciario mediante el cual se adelantaría la totalidad del Proyecto, se trata de un proyecto cuyo valor total ascendería a la suma de \$124.554.000.000, que sería financiado por aportes propios del fideicomitente y de sus accionistas (en caso de ser necesario), por los créditos obtenidos para el desarrollo de las dos torres y por los aportes de los beneficiarios de área.
  - A la fecha, como se puede observar en la relación de giros aportada por Alianza Fiduciaria, con cargo al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, se han realizado giros por un valor total de \$91.003.487.623. Monto que corresponde al 73% del presupuesto inicialmente planteado para el Proyecto y que corresponde cercanamente al avance acreditado en los avalúos que constan en la Prueba No. 19 y en el informe de interventoría técnica que consta en la Prueba No. 18 aportadas con la contestación a la demanda, y que oscila entre el 63% y el 65% de avance de obra. Esto sin contar con las actividades de comercialización, diseños, obtención de licencias, planos estructurales y arquitectónicos requeridos y que no hacen parte de los reportes de interventoría. Situación que demuestra el dicho del testigo Urquijo que señaló que la obra tenía avances superiores a los giros del proyecto.
120. Así las cosas, solicito al Despacho apartarse de las erradas valoraciones financieras efectuadas por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia. Pues bien, no guardan relación alguna con los documentos aportados con la contratación de la

demanda en los que consta que el valor total del Proyecto y el valor total ejecutado. Valores que reitero, distan considerablemente de los valores que en sentencia expone la Superintendencia Financiera de Colombia.

121. Igualmente, en el mismo sentido, destaco que Alianza Fiduciaria no tenía a su cargo ninguna obligación relacionada con el adelantamiento material del Proyecto dentro de un término previsto, no tenía obligaciones relacionadas con el control presupuestal del Proyecto, y tampoco tenía ninguna obligación derivada de controlar la destinación final dada a los recursos por parte del Fideicomitente.
122. Reitero, tal y como se afirmó en las excepciones de la contestación a la demanda, el Contrato de Fiducia es de naturaleza plurilateral y en el mismo cada una de las partes asume sus propios deberes y obligaciones. Alianza Fiduciaria de ninguna forma asumió obligaciones relacionadas con la construcción material ni interventoría del proyecto.
123. La aproximación de la Superintendencia respecto a las obligaciones de las fiduciarias en relación con el control de la contabilidad del fideicomitente pretende, por esta vía, desconocer el carácter reservado de dichos documentos (artículos 61 a 67 del Código de Comercio) y, además, que las fiduciarias invadan el derecho a la intimidad de sus clientes. En efecto, la Delegatura pretende que la fiduciaria responda por el manejo contable de sus clientes. Situación que no solo es ilegal sino que comporta el desconocimiento a la existencia de las personas jurídicas y el derecho a la intimidad de los clientes. Y, por contera, un riesgo a la economía nacional.

**F INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA: LAS DIFICULTADES PRESENTADAS POR EL PROYECTO OBEDECEN A CAUSAS AJENAS A ALIANZA FIDUCIARIA.**

124. Según lo afirmado por parte del Despacho de primera instancia, hay un supuesto nexo de causalidad entre la “*poca o nula gestión de verificación del riesgo por parte de Alianza*” y el hecho de que a la fecha no se haya podido culminar la ejecución del Proyecto. En tal sentido, el Despacho resolvió erróneamente, que el supuesto perjuicio patrimonial sufrido por parte de la demandante, consistente en la no obtención de una unidad inmobiliaria, fue ocasionado por una conducta culposa de Alianza Fiduciaria.
125. No obstante, el debido actuar contractual desplegado por parte de mi poderdante no guardan relación alguna con la materialización de los riesgos propios de un proyecto inmobiliario en su etapa de construcción.
126. Pues bien, como resultó probado en el curso del proceso, las dificultades enfrentadas por el Proyecto obedecen a una falta de financiación derivada del hecho de que los bancos que otorgaron créditos constructores al Proyecto tomaron la determinación de suspender los desembolsos en favor del Fideicomiso.
127. Con independencia de la determinación que se adopte en relación con los motivos de los bancos para suspender el desembolso de los créditos otorgados al Proyecto, y de las facultades contractuales que debidamente se reservaron en tal sentido, la realidad del Proyecto es que el mismo se venía ejecutando con normalidad hasta el momento en el que se determinó suspender el desembolso de los créditos.

128. Pues bien, como el Despacho puede observar en la estructuración financiera del Proyecto, se previó que obtendría una financiación derivada de los aportes de los beneficiarios de área, del crédito otorgado directamente en favor del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower y del crédito otorgado en favor del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower Hotel (el cual a su vez puso esos recursos a disposición del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower en retribución de su calidad de beneficiario de área respecto de la torre del hotel).
129. Con tales recursos, y salvo unas demoras mínimas relacionadas con problemas climáticos y de lluvias, el Proyecto se venía desarrollando con normalidad hasta que en el 2016 los bancos resolvieron suspender los desembolsos de los créditos otorgados. A partir de dicha determinación se ralentizó el avance de la obra hasta que igualmente se suspendió por falta de recursos.
130. Si bien, Alianza Fiduciaria en un ejercicio de debida diligencia ha adelantado todas las actuaciones que se encuentran en su poder para que los bancos continuaran desembolsando los créditos previstos para el Proyecto, y ha buscado formas de obtener otras fuentes de financiación para culminar el Proyecto, a la fecha no se ha podido reactivar íntegramente el desarrollo del Proyecto.
131. En consecuencia, lo cierto, es que en el proceso se probó que el Proyecto se encuentra suspendido por dificultades en su financiación que hacen parte de los riesgos propios de cualquier proyecto inmobiliario que se encuentre en etapa de construcción.
132. Riesgos que son ajenos a Alianza Fiduciaria, y cuya materialización nada tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de mi poderdante.
133. En consecuencia, se debe concluir, con independencia de lo que se resuelva respecto del cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por parte de mi poderdante, que el Proyecto se encuentra incompleto no debido al actuar de mi poderdante, sino a una causa ajena a su actuar y a sus obligaciones legales y contractuales.
134. En esta medida, atendiendo a que cualquier eventual perjuicio causado a los demandantes obedece a circunstancias de mercado ajenas al poder y obligaciones asumidas por mi poderdante, el Despacho deberá exonerar a mi poderdante de cualquier responsabilidad por tales hechos con ocasión de la figura jurídica de la causa extraña.
135. En palabras del profesor Javier Tamayo<sup>10</sup>:  
  
*"(...) el daño producido debe considerarse como causado por un fenómeno exterior a la actividad del agente; por tanto, la actividad del demandado no aparece sino como un simple instrumento de causas anteriores, y la causa extraña, pues, es independiente de la culpabilidad, y solo está referida a la cuasalidad que debe existir entre el hecho del agente y el daño producido."*
136. Así las cosas, debido a que cualquier complicación sufrida por el Fideicomiso obedece a fenómenos, imprevisibles e irresistibles, que fueron y son ajenos a mi

---

<sup>10</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad Civil. Tomo III, Responsabilidad por las construcciones y los animales. Medios de Defensa. Editorial Temis, página 91.*

poderdante, resulta claro que nos encontramos ante una causa extraña a Alianza Fiduciaria en la causación de cualquier daño a los demandantes.

**G INDEBIDA APLICACIÓN DE LA ENTONCES VIGENTE CIRCULAR 046 DE 2008: EL DESPACHO EXTIENDE OBLIGACIONES LEGALES NO EXIGIBLES A ALIANZA FIDUCIARIA.**

137. Conforme a lo dispuesto en la entonces vigente Circular 046 de 2008, en el marco de un fideicomiso inmobiliario, le correspondía a las fiduciarias divulgar de manera adecuada y oportuna a sus posibles clientes y usuarios el alcance que tiene su participación en el Contrato de Fiducia.

**5.2. CONTRATOS DE FIDUCIA INMOBILIARIA**

Corresponde a las sociedades fiduciarias divulgar de manera adecuada y oportuna a sus posibles clientes y usuarios el alcance que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades, pues su participación involucra la confianza de las personas que hacen parte de los mismos, llámense compradores, propietarios de los terrenos, constructores, proveedores, establecimientos de crédito, etc., para quienes, por regla general, la presencia de la sociedad fiduciaria dentro del proyecto es determinante para su participación o contratación.

138. Más aún, dicha Circular Básica Jurídica establecía que, al momento de suscribir un contrato de fiducia inmobiliario, las entidades fiduciarias debían determinar el alcance de sus obligaciones respecto del negocio jurídico propuesto en los siguientes términos:

En este sentido, la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como:

- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.
- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.
- Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra, se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes.
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.

139. No obstante, una adecuada interpretación de lo dispuesto en el anterior acápite de dicha circular demuestra que no se le atribuía a la fiduciaria una obligación respecto de cada uno de los aspectos enunciados en el marco de un contrato de

fiducia.

140. Únicamente, se le exigía determinar (conforme a su propia capacidad) si se encontraba en capacidad de evaluar tales aspectos del proyecto, y en consecuencia, asumir o no una responsabilidad respecto de los mismos.
141. Determinado lo anterior, surgía para la fiduciaria la obligación de exponer claramente a sus clientes y usuarios respecto de cuales de los anteriores puntos se asumiría una responsabilidad contractual.
142. Obligación legal que fue cumplida por parte de mi poderdante, pues bien, en el Contrato de Fiducia y en el Contrato de Vinculación se determina con gran precisión las obligaciones asumidas por Alianza Fiduciaria, las obligaciones no asumidas por Alianza Fiduciaria y su alcance respectivo.
143. Sin embargo, de ninguna forma se le exigía a la Fiduciaria no suscribir contratos de fiducia en los que por ejemplo no existiera certeza respecto de la obtención de los créditos requeridos para adelantar la obra. Pues bien, es claro que la obligación de obtener los mismos es del Fideicomitente y que en caso de no obtenerse tales créditos no se decreta el cumplimiento de las condiciones de giro.
144. Similarmente, la Circular exigía a la Fiduciaria valorar si se encontraba en capacidad de evaluar las condiciones técnicas y jurídicas para que un proyecto llegue a término. Sin embargo, la consecuencia de no encontrarse en la capacidad de valorar tales condiciones no es la no suscripción del Contrato de Fiducia, sino limitar su responsabilidad en tal sentido de forma expresa y comunicarlo a los consumidores.
145. Por lo tanto, ruego al Despacho aplicar una debida interpretación de la entonces vigente Circular 046 de 2008, sin aplicar la misma con el fin de extenderle a mi poderdante obligaciones legales que para el momento de la suscripción del Contrato de Fiducia no le eran exigibles.
146. Pues bien, con independencia de la debida diligencia desplegada por Alianza Fiduciaria en términos de la verificación de todos los puntos enunciados en la circular, la misma no le atribuía una responsabilidad por todos y cada uno de los puntos que enuncia. Únicamente, le exigía valorar tales aspectos a efectos de comprometer o no su responsabilidad respecto de los mismos en el Contrato de Fiducia y comunicar claramente el alcance de su responsabilidad a los consumidores mediante los contratos de fiducia.

**H AUSENCIA DEL DAÑO: EN LA SENTENCIA SE PRESUPONE LA EXISTENCIA DE UN DAÑO QUE NO SE ENCUENTRA PROBADO.**

147. Igualmente, se hace necesario destacar que en la sentencia de primera instancia se presupone la existencia de un daño, en atención al hecho de que a la fecha no se le ha hecho entrega a la demandante de la unidad inmobiliaria prevista en su Contrato de Vinculación.
148. No obstante, tal hecho de ninguna forma puede ser tenido como un daño en sí mismo respecto de la demandante. Pues si bien ha habido una serie de demoras importantes en la ejecución del Proyecto, el cual aún ahora no se ha podido reactivar, lo cierto es que ello no representa un daño cierto, directo, personal y

cuantificado que se haya causado a la demandante.

149. Pues bien, la demandante tiene la calidad de beneficiaria de área en el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, lo cual implica que tiene derechos patrimoniales respecto a la masa de bienes que integran el Patrimonio Autónomo.
150. Eventualmente, mediante la compra por parte de un tercero inversionista o mediante una financiación derivada del mercado financiero es posible que se complete el Proyecto Cartagena Ocean Tower (que presenta un importante avance de obra). Al finalizar dicho desarrollo, se le haría entrega a la demandante de la unidad inmobiliaria prevista, o en caso de compra por parte de un tercero se le haría entrega de los recursos correspondientes a su participación en el Patrimonio Autónomo.
151. Por lo tanto, y debido a que la totalidad de los recursos aportados por la demandante y los demás beneficiarios de área fueron invertidos en el desarrollo del Proyecto Cartagena Ocean Tower, de ninguna forma se puede entender que la inversión efectuada por la demandante no se encuentra representada en su participación respecto del valor de la obra y sus mejoras.
152. Reitero, en por ser el único daño alegado en el presente proceso una tardanza en la entrega de la unidad inmobiliaria prevista en el Contrato de Vinculación suscrito por la demandante, de ninguna forma se puede entender que tal daño es equivalente con una inexistencia de la inversión de la demandante en el Proyecto y los correspondientes derechos fiduciarios que tiene en el Patrimonio Autónomo.
153. En consecuencia, el daño que se presume en la sentencia de ninguna forma se puede tener como un daño cierto, personal y directo en cabeza de la demandante. Pues bien, tal daño es inexistente en tanto la demandante tiene en su patrimonio unos derechos fiduciarios que representan un porcentaje de participación respecto del no despreciable desarrollo inmobiliario adelantado en los bienes que son de propiedad del Patrimonio Autónomo.
154. Fideicomiso, que por lo demás, conforme al artículo 1227 del Código de Comercio tiene un patrimonio propio y autónomo. Que, como su nombre lo indica, es independiente y separado de aquel de la Fiduciaria, del Fideicomitente, y de los beneficiarios del Fideicomiso. Patrimonio respecto del cual, reitero, la demandante tiene una participación representada en derechos fiduciarios.

**I AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE ALIANZA FIDUCIARIA: INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA UNA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD EN CONTRA DE ALIANZA FIDUCIARIA.**

155. Contrario a lo resuelto en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, en la que se declaró civil y contractualmente responsable a Alianza Fiduciaria por incumplimiento a sus deberes contractuales y legales derivados del Contrato de Fiducia Cartagena Ocean Tower, no existen elementos de juicio dentro del proceso que le permitan al Despacho llegar a tal conclusión.
156. Pues bien, en el marco de la ejecución del Contrato de Fiducia Cartagena Ocean Tower no se encuentran configurados los requisitos para que prospere una declaratoria de responsabilidad contractual debido a que Alianza Fiduciaria dio

cumplimiento a la totalidad de sus obligaciones contractuales y legales.

157. Para que ello opere, deberían acreditarse los siguientes elementos: (i) que exista un contrato que consagre las obligaciones que se reclaman como incumplidas; (ii) que a quien se imputa una responsabilidad contractual sea parte de dicho negocio jurídico; (iii) que como consecuencia de dicho incumplimiento se haya causado un daño a quien lo reclama y (iv) que el daño sea efecto directo y cierto de la conducta desplegada por el deudor incumplido.
158. Basta con leer las obligaciones que Alianza Fiduciaria asumió para advertir sin asomo de duda que no existe obligación alguna que le permita a la parte demandante formular la reclamación que acá nos convoca o efectuarle un juicio de reproche en materia de responsabilidad.
159. En el asunto de la referencia, efectivamente existe el Contrato de Fiducia Cartagena Ocean Tower del cual es parte Alianza Fiduciaria. Sin embargo, no hay incumplimiento alguno del contrato por parte de mi poderdante que haya causado un daño como efecto directo y cierto a la demandante.
160. Más bien, como se demostró en el curso de la primera instancia del proceso de la referencia, las dificultades que ha enfrentado la construcción de Cartagena Ocean Tower obedecen exclusivamente a dificultades en la financiación del Proyecto.
161. Además, no hay lugar al daño reclamado por parte de la demandante. Pues bien, como quedó demostrado en el curso del proceso, los recursos que fueron aportados por la demandante fueron utilizados íntegramente para el cumplimiento de las finalidades del Proyecto conforme al objeto del Contrato.
162. El hecho de que uno de los riesgos de la construcción o desarrollo de un proyecto inmobiliario se haya materializado no es propiamente un daño indemnizable a cargo de mi poderdante, sino la materialización de una contingencia natural al giro de los negocios que no es directamente atribuible a Alianza Fiduciaria.
163. Así pues, dado que en el presente caso no se configuran ninguno de los presupuestos para una declaratoria de responsabilidad de mi poderdante, y debido a que la parálisis del proyecto tiene por causa eficiente hechos de terceros y situaciones que configuran una causa extraña, el H. Tribunal deberá concluir que hay una ausencia de responsabilidad en cabeza de mi poderdante.

**J ALIANZA FIDUCIARIA ES UNA ENTIDAD FINANCIERA: TIENE UN OBJETO SOCIAL REGLADO Y LIMITADO A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL.**

164. Alianza Fiduciaria es una sociedad de servicios fiduciarios, es decir una entidad financiera y, por tanto, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyas operaciones autorizadas se encuentran descritas taxativamente en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).
165. Las operaciones autorizadas para las fiduciarias no permiten que estas desarrollen directamente la construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios, pues como su nombre lo indica las fiduciarias tienen son entidades financieras que deben desarrollar exclusivamente tal actividad.



166. Así pues, salta a la vista que la fiduciaria no tiene dentro de sus operaciones autorizadas el desarrollo, construcción y comercialización de proyectos de vivienda, solamente sirve como una entidad fiduciaria que administra un fideicomiso dentro de los parámetros contractuales y legales acordados.
167. A través de contratos de fiducia mercantil, se crean fideicomisos o patrimonios autónomos, los cuales, pese a no tener personería jurídica, son receptores de derechos y obligaciones. Para sus actos sustanciales y procesales, son representados, voceados y administrados por una entidad fiduciaria, como Alianza Fiduciaria, en los términos y con los alcances establecidos en la ley y, puntualmente, los convenidos en el contrato fiduciario.
168. De lo anterior se desprende que todas las actuaciones que adelante Alianza Fiduciaria en desarrollo del objeto del contrato de fiducia, lo hace en calidad de vocera de este.
169. De allí que los efectos de su actuar sustancial o procesal se radican en el patrimonio autónomo - y no en el patrimonio de Alianza Fiduciaria -, toda vez que dicho fideicomiso es receptor de derechos y obligaciones.

**K EL MARCO CONTRACTUAL Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE PARA LA FECHA DE CELEBRACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO FIJA LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA Y DE LAS DEMÁS PARTES CONTRACTUALES.**

170. Las partes tienen el deber de regular el contrato y de establecer los derechos y obligaciones a su cargo y, en esta medida, a través de ese marco obligacional es que definen la información a la que tendrán acceso, las autorizaciones que deben impartir, los órganos de decisión en los que participarán, la remuneración a su favor y los riesgos que cada una de estas partes asume.
171. Carga de diligencia y profesionalismo que cobran mayor importancia en contratos de tracto sucesivo, de gran envergadura, y con ocasión de actividades empresariales que llevan implícito un nivel de riesgo que hacen que los mismos puedan dar utilidades o pérdidas, o incluso las dos.
172. Lo anterior, cobra importancia en negocios fiduciarios, que implican obligaciones de medio de la fiduciaria, en los cuales las partes cuentan con gran autonomía negocial y, por ende, deben establecer en forma detallada su conducta, pues las normas supletivas tienen un alcance limitado respecto del proyecto pretendido por el fideicomitente y demás terceros.
173. Dicha carga de autorregulación negocial cobra importancia, e impide que, por vía de deberes secundarios de conducta o reproches genéricos, se desnaturalice el acuerdo de voluntades como elemento esencial de las obligaciones. Al respecto, la Corte Suprema de justicia, **en fallo reciente de 2020 con ponencia del Magistrado Francisco Ternera Barrios**, señaló que:<sup>11</sup>

*“Como se recordará, las reflexiones basilares del Tribunal para la confirmación de la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda giraron en torno a dos aspectos.*

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, caso de *Jesús María Murgueitio contra Helm Fiduciaria S.A.*, M.P. Francisco Ternera Barrios.

*El Primero: no se había estipulado -expresamente- que, para el retiro total o parcial de los recursos entregados por uno de los constituyentes, se requiriese la autorización, conocimiento o información del otro constituyente (no aparecía tal limitante, ni siquiera en la tarjeta de registro de firmas). (...)*

*Y el segundo, referido al comportamiento de las partes en la ejecución del contrato, que ratifica que cualquiera de los constituyentes podía hacer redenciones sin anuencia del otro.*

*Empero, en este escenario, la posición del recurrente ahora es otra: **La Fiduciaria debía ir más allá debido a los deberes de protección, cuidado, información, extrema diligencia y profesionalismo, que le impone resguardar los intereses del fideicomitente.** Deberes todos que confluyen en la necesidad de que la demandada advirtiera oportunamente al demandante sobre el desembolso cuantioso objeto de la controversia judicial.*

*(...)*

*En consecuencia, el aspecto controversial -y que pone de presente el recurrente en el cargo- es uno que, diríase esto para entender **el embate, trasciende de lo pactado, para fincar la responsabilidad de la Fiduciaria interpelada en deberes secundarios de conducta que emanan de las normas tildadas como violadas.** Es decir, la Fiduciaria formalmente sí se apegó a lo estipulado, pero debía ir más allá -aún en contra de lo convenido-*

*Esta postura exige de la Corte un reparo crucial que debe hacer de entrada al embate, porque desde los inicios del proceso **fue clara y reiterativa la posición del actor en cuanto que la oferta a la Fiduciaria fue hecha por los constituyentes.***

*Es contradictorio que, para cumplir, la Fiduciaria deba incumplir lo convenido, a despecho de lo que los constituyentes se amoldaron en el desarrollo del encargo fiduciario. Esto es, **en los términos del recurrente, los débitos contractuales secundarios del deudor -la Fiduciaria- deberían superar y soslayar aquellos débitos contractuales primarios.**" (Destaco)*

174. En esta medida, al revisar los reproches de la demanda, se debe tener en cuenta el marco obligacional establecido en el Contrato de Fiducia constitutivo del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, el cual la demandante mediante su vinculación expresamente declaró conocer y aceptar.
175. Finalmente, se hace necesario destacar que en múltiples apartes de la sentencia el Despacho hace referencia a la circular Básica Jurídica del 27 de julio de 2016, que no se encontraba vigente para el momento de la celebración del Contrato de Fiducia. Pues bien, como lo reconoce expresamente el Despacho de Primera Instancia, el Contrato de Fiducia se celebró inicialmente en el 2009 y luego fue modificado en íntegramente en el 2012, y modificado parcialmente en el 2013 y en el 2014.
176. Recordemos que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 prevé que las leyes vigentes a la celebración del contrato son las que se entienden incorporadas a este negocio jurídico y no las posteriores. Por ende, es improcedente efectuar un juicio de reproche o establecer una responsabilidad a la fiduciaria con ocasión de normas y parámetros de conducta que no estaban vigentes para la fecha de celebración del contrato de fiducia y sus modificaciones,
177. En consecuencia, para analizar el Contrato de Fiducia, el Despacho únicamente puede estarse a lo establecido en la entonces vigente Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia. Esto es, la Circular Externa 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera y sus modificaciones con anterioridad a la celebración del contrato de fiducia.

**L LA ACCIÓN ADELANTADA EN EL PRESENTE PROCESO ES UNA CONTROVERSIA DE CARÁCTER NETAMENTE CONTRACTUAL.**

178. Si bien el presente proceso se adelanta ante la Superintendencia Financiera de Colombia en el uso de sus facultades jurisdiccionales, en el presente proceso se ventila una controversia de carácter eminentemente contractual y, en particular, de responsabilidad contractual.
179. En consecuencia, para analizar el presente litigio, el Despacho de Primera Instancia no podía acudir, por ejemplo, apartarse del objeto del litigio, o proferir una sentencia en la que se resuelva ultra o extra petita puesto que no estamos en una acción de consumidor bajo la Ley 1480 de 2011.
180. Pues bien, como ya se ha dicho, la presente controversia es de carácter puramente contractual y en la misma se fijó el litigio por parte del Despacho al finalizar la audiencia inicial. Por ello, la sentencia proferida debe obedecer a los límites propios del objeto del litigio.

**M FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA FRENTE A ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO SOCIEDAD PROPIAMENTE DICHA.**

181. Como se observa del escrito de la demanda esta se dirige en contra de Alianza Fiduciaria, como sociedad propiamente identificada con NIT. 860.531.315-3, para obtener la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Fiducia pero, además, se pretende la restitución de los aportes de la demandante con ocasión del contrato de vinculación.
182. No obstante, la pretensión de restitución de aportes claramente no le corresponde a Alianza Fiduciaria, y menos cuando del análisis de los verdaderos reproches se evidencia que los mismos realmente se dirigen contra las obligaciones a cargo del Fideicomitente Gerente o de la propia interventoría, por un lado, y, reitero, las pretensiones de condena se dirigen, realmente, contra el patrimonio autónomo.
183. Pues bien, incluso en el evento de ser procedente una restitución de los aportes de la demandante, quien debe efectuar la restitución es quien recibió los aportes. Esto es, el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower y no Alianza Fiduciaria como entidad financiera propiamente dicha.

**N LA DEMANDANTE, COMO BENEFICIARIA DE ÁREA CONOCIÓ Y ACEPTÓ EL CONTRATO DE FIDUCIA Y EL ROL DETERMINADO Y ESPECÍFICO DE ALIANZA FIDUCIARIA.**

184. Como se puede observar en el contrato de vinculación, la demandante aceptó que conocía el contrato de fiducia y sus modificaciones. Los cuales, entre otras, se encuentran explicados en dicho contrato de vinculación.
185. Y, en tal virtud, aprobó y aceptó que Alianza Fiduciaria no tenía responsabilidad alguna en el manejo dado a los recursos por parte del Fideicomitente Gerente, el análisis financiero del punto de equilibrio y las condiciones de giro y, en general, que la entidad fiduciaria no intervenía en la construcción y comercialización del Proyecto.

186. En tal virtud, llama la atención que se pretenda imputar una responsabilidad a la fiduciaria frente a obligaciones que los beneficiarios de área expresamente señalaron que no estaban a su cargo. En esta medida, deberá desecharse esta imputación de responsabilidad.

**O CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE FIDUCIA CONSTITUTIVO DEL FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER POR PARTE DE ALIANZA FIDUCIARIA.**

187. No obstante la precaria argumentación brindada en la demanda en relación con los incumplimientos que le imputa el demandante a Alianza, su defensa en este trámite brota nítida y sin tropiezo.

188. Como en los siguientes acápite de procederá a reiterar: que: (i) Alianza Fiduciaria verificó la acreditación de las condiciones de giro y, solamente puso a disposición del fideicomitente los recursos del Fideicomiso con posterioridad a dicha verificación; (ii) Alianza Fiduciaria giró los recursos de acuerdo con lo establecido en el contrato y contando con la debida aprobación del interventor, (iii) informó a los Beneficiarios de área de todas las situaciones relacionadas con el Fideicomiso Ocean Tower, (iv) hizo un adecuado seguimiento al desarrollo del Fideicomiso, (v) informó de las dificultades financieras del proyecto y realizó actividades y seguimiento al fideicomitente respecto de las opciones para obtener recursos que permitieran continuar el Proyecto, entre otras.

**P LAS CONDICIONES DE GIRO FUERON DECLARADAS EN ATENCIÓN A LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL FIDEICOMITENTE Y LA VERIFICACIÓN DE LAS MISMAS. ACREDITACIÓN QUE FUE EFECTUADA DENTRO DEL PLAZO CORRESPONDIENTE.**

189. Como se demostró en el curso de la primera instancia, las condiciones de giro fueron acreditadas por el fideicomitente en forma adecuada y, con ocasión de esto, se efectuó un análisis por parte de la fiduciaria. Lo anterior puede observarse en el análisis de 15 de noviembre de 2013 aportado con la presente contestación de la demanda:

ESTRUCTURA DE COSTOS		FACTIBILIDAD		% SOBRE VENTAS	% REF
	RECURSOS ADQUIERENTES	FINANCIOS REQUERIDOS	TOTAL		
LOTE	\$ 0	\$ 11.967.828	\$ 11.967.828	20%	16-20%
URBANISMO	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	0-1%
<b>COSTOS DIRECTOS (EDIFICACIONES)</b>	<b>\$ 39.484.793</b>	<b>\$ 39.484.793</b>	<b>\$ 39.484.793</b>	<b>67%</b>	<b>58-60%</b>
<b>COSTOS INDIRECTOS</b>	<b>\$ 4.085.261</b>	<b>\$ 0</b>	<b>\$ 4.085.261</b>	<b>7%</b>	<b>10-30%</b>
Proyecto Administración y Construcción	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
Estudios Técnicos, Asociados	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
Inventarios	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
Licencias (Urbanismo, Construcción, Ambios)	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
Impuestos	\$ 122.236	\$ 122.236	\$ 122.236	0%	
Costos de servicios	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
Otros Gastos Operarios	\$ 28.884	\$ 28.884	\$ 28.884	0%	0-10%
<b>COSTOS FINANCIEROS</b>	<b>\$ 4.330.261</b>	<b>\$ 0</b>	<b>\$ 4.330.261</b>	<b>7%</b>	<b>0-10%</b>
Fianza	\$ 264.877	\$ 264.877	\$ 264.877	0%	
Gastos Demorales	\$ 4.065.384	\$ 4.065.384	\$ 4.065.384	0%	
Otros costos financieros	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
<b>COSTOS DE VENTAS</b>	<b>\$ 0</b>	<b>\$ 0</b>	<b>\$ 0</b>	<b>0%</b>	<b>0-5%</b>
Provisión y Pasividad	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
Otros Costos de Ventas	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
Notarías (Escribanías, Transferencia etc)	\$ 0	\$ 0	\$ 0	0%	
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 48.569.793</b>	<b>\$ 11.967.828</b>	<b>\$ 60.537.621</b>	<b>100%</b>	
<b>VENTAS TOTALES</b>			<b>\$ 78.032.694</b>	<b>121%</b>	
<b>UTILIDAD ESTIMADA</b>			<b>\$ 18.785.361</b>	<b>31%</b>	<b>0-15%</b>

FIDEICOMISO	
Nombre del Fideicomitente:	FIDEICOMISO OCEAN TOWER
Proyecto:	CARTAGENA OCEAN TOWER
CODIGO:	PREVENTA FIDEICOMISO X
Ciudad:	BARRANQUILLA
Fecha:	07/15/2013

FIDEICOMISO	
ENCARGO MATRIZ	
FECHA FIRMA DEL CONTRATO	
FECHA VOTO FIDUCIARIO	
PLAZO REAL	
PLAZO PROYECTIVO	

COTA INICIAL	
INGRESOS ESTIMADOS	30%
INGRESOS CONSTRUCTORA/SOCIOS	\$ 11.967.828
VENTAS REQUERIDAS	\$ 48.569.793
UTILIDAD ESTIMADA	\$ 18.785.361
<b>TOTAL INGRESOS</b>	<b>\$ 78.032.694</b>

PUNTO DE EQUILIBRIO	
% VENTAS REQUERIDAS	61.11%
VALOR VENTAS REQUERIDAS	\$ 2.678.481
% E. ESTADO CONSTRUCTOR	64.80%
CREDITO CONSTRUCTOR REQUERIDO	28.838.706
CREDITO CONSTRUCTOR APROBADO	10.080.800

VENTAS LEGALIZADAS	
VAL EXCEDENTE VENTAS	\$ 47.210.884
VENTAS POR LEGALIZAR	\$ 0

190. Dicho análisis, como se observa de la revisión documental relacionada en la

Alianza Fiduciaria  
 15/11/2013 04:53:00 p.m. E1 08224  
 Pesta: Alianza - LUZNEV MERCADO ORTESA  
 RUIZ  
 FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER

anterior matriz, tuvo en cuenta entre otras la viabilidad financiera presentada por el Fideicomitente el 16 de abril de 2013.

**Cartagena, Abril 15 de 2013**


**Señores:**  
**Alianza Fiduciaria**  
**Atn: Dra. Peggy Algarín**  
**Directora Oficina Barranquilla**

**Asunto: Certificación de Viabilidad Financiera**

**Apreciada Dra.,**

Por medio de la presente certificamos que se ha alcanzado la viabilidad financiera de acuerdo con el flujo de caja, documento de viabilidad financiera y presupuesto de obra, documentos que se anexan con esta certificación. Esto en lo que concierne a la torre de apartamentos (Torre2)

Cordialmente,

  
Vicky Collins  
Gerente

  
Edgardo Martinez  
Interventor

191. A su vez, el proyecto contaba con la financiación de entidades bancarias, como el Banco de Bogotá y Banco de Occidente, quienes aprobaron una financiación al proyecto (incluyendo el hotel) por un monto de \$70.000.000.000 el 22 de agosto de 2013 (radicada en la fiduciaria el 27 de septiembre de 2013).

Bogotá D.C., 22 de Agosto de 2013

Doctor  
**Javier Cardona**  
Unidad Banca de Inversión  
**SPS Asociados**

 **Alianza  
Fiduciaria**  
Fecha 27/09/2013 08:55:57 a.m. (E) Q48909  
Destinatario LUZ MERY MERCADO ORTEGA  
Remitente BANCO DE BOGOTÁ

Estimado Dr. Cardona,

En respuesta a las conversaciones y reuniones sostenidas en las pasadas semanas, el Banco de Bogotá, S.A. y el Banco de Occidente S.A. tienen el agrado de informar la aprobación de la Financiación de Largo Plazo hasta por un monto total de \$70.000 millones.

Los términos y condiciones bajo las cuales el Banco asistiría al Proyecto en dicha financiación, están conformadas bajo los siguientes esquemas:

1. **Patrimonio Autónomo Apartamentos Ocean Tower**, a través de una Cartera Ordinaria por un monto de \$18,400 Millones, destinado a financiar la construcción de la torre de Apartamentos del Proyecto Ocean Tower. (Ver Anexo A)
2. **Patrimonio Autónomo Hotel Ocean Tower**, a través de un Leasing Inmobiliario por un monto de \$51,600 Millones, destinado a financiar la construcción de la torre del Hotel del Proyecto Ocean Tower. (Ver Anexo B)

Estos términos y condiciones se han elaborado con base en el análisis de la información preliminar proporcionada por SPS Asociados.

192. Igualmente, contrario a lo afirmado por la parte actora, la etapa previa fue prorrogada por 6 meses de acuerdo con lo señalado en el Contrato de Fiducia. Veamos la comunicación de 13 de junio de 2022:

**REFERENCIA: PRORROGA ETAPA PREVIA PROYECTO CARTAGENA OCEAN TOWER.**

En virtud de lo pactado por las partes en referente al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, específicamente a cerca de la fase previa, solicitamos la prórroga del mismo por el término de seis (6) meses, como lo estipula la Clausula Séptima del Contrato de Fiducia Mercantil.

193. En consecuencia, Alianza Fiduciaria dio cumplimiento a sus obligaciones en relación con la acreditación de las condiciones de giro. Y, en tal virtud, no es posible efectuar un juicio de reproche a sus actuaciones durante esta etapa del proyecto.

**Q LAS CONDICIONES DE GIRO SE DECLARAN DE ACUERDO CON LA INFORMACIÓN REMITIDA Y NO PUEDEN SER NUEVAMENTE VALORADAS POR CAMBIOS POSTERIORES OBSERVADOS EN LA ETAPA OPERATIVA**

194. Así mismo, debo señalar que las condiciones de giro se acreditan en un momento determinado, y conforme a los requisitos pactados para tal propósito. Por ende, no es posible pretender evaluar el cumplimiento de condiciones de giro si con posterioridad a su acreditación suceden situaciones que afectan los puntos de análisis. Por ejemplo, la terminación de la licencia urbanística de construcción, que no lo hubo, la terminación de contratos de vinculación, que no los hubo, o la no autorización del desembolso de un crédito previamente aprobado.

195. El anterior análisis surge de la simple lectura de la definición de condiciones de giro

establecidas en la Modificación al Contrato de Fiducia, pues una vez puestos los recursos a disposición del Fideicomitente estos no podrían regresar a los anteriores encargos fiduciarios.

196. Así mismo, tampoco se entraría a evaluar, *a posteriori*, la situación del proyecto para retrotraerlo a etapa preoperativa por cambios abruptos del mercado como una recesión económica, un cambio de tendencia del consumidor, una decisión del banco prestamista de no continuar desembolsando los recursos, un cambio sustancial en la tasa representativa del mercado que afecte los costos del proyecto, entre otras. Pues, dichas actividades escapan del resorte de la fiduciaria.
197. Y, en todo caso, el Fideicomitente tampoco podría retrotraer las condiciones de giro ya declaradas, pues en los negocios fiduciarios, como en los procesos judiciales, existe una preclusión de las etapas. Acaso, *¿podrían devolverse los recursos dinerarios enviados a Argos o devolver el cemento empleado en la obra? ¿Se debe paralizar la obra y poner en riesgo la continuidad del proyecto con dicha falta de suministro y dejar las cosas a medio hacer?*

#### **R EL CRÉDITO DE BANCO DE BOGOTÁ Y BANCO DE OCCIDENTE, PRUEBA FEHACIENTE DE LA SERIEDAD Y VIABILIDAD FINANCIERA DEL PROYECTO PARA LA FECHA EN QUE SE CUMPLIERON LAS CONDICIONES DE GIRO**

198. Para la acreditación de las condiciones de giro, los fideicomitentes acreditaron haber obtenido un crédito otorgado por Banco de Bogotá y Banco de Occidente, por un valor total de \$70.000.000.000.
199. La obtención de dicho crédito fue debidamente informada a los beneficiarios de área en las rendiciones de cuentas correspondientes, y en las rendiciones de cuentas en las que se informó el cumplimiento de las condiciones de giro.
200. Igualmente, como ya se ha dicho, destaco que la obtención de un crédito constructor constituye una prueba fehaciente de que el Proyecto contaba con una viabilidad económica. Pues bien, además de Alianza Fiduciaria, otras dos entidades financieras encontraron viable desarrollar el Proyecto contemplado para el Fideicomiso y acordaron otorgarle un crédito.
201. Por lo tanto, se debe considerar que la obtención del crédito por parte de unas entidades bancarias que recibieron toda la información financiera y documental del Proyecto demuestra la seriedad y viabilidad del proyecto en si mismo y respecto a la capacidad del Fideicomitente para adelantarlos.

#### **S LAS CARGAS Y DEBERES DE LOS FIDEICOMITENTES Y DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.**

202. La parte actora, en su calidad de consumidor financiero, tenía sus propias cargas y deberes como consumidora financiera en relación con el marco el marco contractual y las cargas que ello le impone.
203. Al respecto, el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009 establece lo siguiente:

**“ARTÍCULO 6o. PRÁCTICAS DE PROTECCIÓN PROPIA POR PARTE DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.** Las siguientes constituyen buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros:

a) Cerciorarse si la entidad con la cual desean contratar o utilizar los productos o servicios se encuentre autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) **Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas.**

c) **Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.**

d) **Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.**

e) Informarse sobre los órganos y medios de que dispone la entidad para presentar peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.

f) Obtener una respuesta oportuna a cada solicitud de producto o servicio.

(...)

*PARÁGRAFO 2o. Los consumidores financieros tendrán el deber de suministrar información cierta, suficiente y oportuna a las entidades vigiladas y a las autoridades competentes en los eventos en que estas lo soliciten para el debido cumplimiento de sus deberes y de actualizar los datos que así lo requieran. Del mismo modo, informarán a la Superintendencia Financiera de Colombia y a las demás autoridades competentes sobre las entidades que suministran productos o servicios financieros sin estar legalmente autorizadas para ello.” (Destaco)*

204. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1480, tiene como deberes de los consumidores:

*“Deberes.*

**2.1 Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.**

**2.2. Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.**

**2.3. Cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.” (Destaco)**

205. La materialización de los riesgos que conforme a sus cargas y deberes deliberadamente decidió asumir la demandante mediante su inversión en el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower no es en forma alguna imputable a mi poderdante. Reitero, el Contrato de Fiducia de ninguna forma constituye un aval o una garantía respecto de la ejecución de un proyecto inmobiliario.

**T LA VIABILIDAD FINANCIERA DEL PROYECTO SE ACREDITA EN ATENCIÓN AL FLUJO DE CAJA FUTURO DEL PROYECTO Y SUS FUENTES DE FINANCIACIÓN Y NO CON OCASIÓN A LA EXISTENCIA EFECTIVA DE LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS**

206. En este punto, se debe señalar que las condiciones de giro se acreditan teniendo en cuenta la viabilidad financiera del proyecto, que examina o se basa en un flujo de caja del Proyecto Inmobiliario.

207. El flujo de caja de un proyecto no es igual a la existencia de todos los recursos financieros del proyecto al momento de decretar las condiciones de giro, pues el



primero alude a la liquidez del proyecto proveniente del ingreso de activos para atender sus obligaciones en un periodo de tiempo determinado.

208. En tal virtud, al decretarse las condiciones de giro se tenía una estimación de los ingresos y egresos del proyecto a lo largo del periodo operativo y la forma como las obligaciones del Fideicomiso Ocean Tower serían atendidas de las distintas fuentes de ingresos.

**U LOS GIROS EFECTUADOS CON OCASIÓN DEL FIDEICOMISO SE HAN REALIZADO DE ACUERDO CON LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA Y CON LA PREVIA APROBACIÓN DEL INTERVENTOR**

209. En el contrato de fiducia se establecieron los requisitos para el desembolso de los recursos, principalmente que las solicitudes de giro fueran debidamente firmadas por el interventor. Todos y cada uno de los giros efectuados por el Fideicomiso han contado con una solicitud de giro debidamente firmada por el interventor.

210. En todo caso, advierto que dichos desembolsos no estaban sujetos a avances de obra, o a una destinación específica (hotel o apartamentos). Tampoco se tenía centros de costos separados entre las torres o alguna estipulación que implicará una limitación o requisito adicional que limitara el desembolso de los recursos.

211. Reitero, como ya se ha dicho, en el Proyecto se previó la figura del interventor como encargado de verificar que la destinación de los recursos aportados al Fideicomiso fuere debidamente utilizada para los fines del Proyecto.

212. Conforme a lo dispuesto en el Contrato de Fiducia expresamente se estableció que Alianza Fiduciaria no tendría una responsabilidad respecto de la destinación final de los recursos girados para el desarrollo del Proyecto, pues bien, en todo caso asumir tales obligaciones excede su objeto social.

**V LOS INFORMES DE INTERVENTORÍA RECIBIDOS CON OCASIÓN DEL FIDEICOMISO Y LAS GESTIONES DE ALIANZA FIDUCIARIA EN RELACIÓN CON LA INTERVENTORÍA**

213. Durante la ejecución del Contrato de Fiducia, el interventor presentó informes de los avances de obra y en los mismos se reflejaban los pormenores constructivos. Dicha actividad y la recepción de los mismos, junto con los requerimientos efectuados, se informaba en las rendiciones de cuentas.

214. Valga anotar, aunque ya se había señalado, que Alianza Fiduciaria no asumió ninguna obligación de interventoría del Proyecto, toda vez que dichas actividades escapan de la órbita de competencia de la fiduciaria. Esto, en tanto su objeto social reglado no contempla el desarrollo de actividades de interventoría de proyectos inmobiliarios.

215. Tanto así, que en el Contrato de Fiducia y sus modificaciones expresamente se estableció la figura del interventor y se estableció que Alianza Fiduciaria no asumía ninguna responsabilidad derivada de la interventoría del Proyecto.

**W CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE ALIANZA FIDUCIARIA, LAS DETALLADAS RENDICIONES DE CUENTAS, Y LAS COMPLETAS Y CLARAS RESPUESTAS A LOS DERECHOS DE PETICIÓN.**

216. En los documentos aportados con la presente demanda se puede observar el nivel de detalle de las rendiciones de cuentas de mi poderdante y como la totalidad de situaciones, comunicaciones, y pormenores del fideicomiso se consignaban en dichas rendiciones de cuentas.
217. Así mismo, Alianza Fiduciaria ha dado respuesta a los requerimientos y solicitudes efectuados por los beneficiarios de área, incluida la aquí demandante. En dichas respuestas, Alianza Fiduciaria ha dado respuesta de manera clara, precisa y de fondo en el ámbito de sus competencias y deberes legales y contractuales.

**X LA CONDUCTA DE ALIANZA FIDUCIARIA FUE DILIGENTE Y DE BUENA FE.**

218. Según se desprende con claridad de todo lo expuesto, Alianza no solo adecuó su comportamiento a las prestaciones a su cargo, sino que, además, según quedó probado en el curso del proceso ajustó su conducta a los diversos deberes que se desprenden del principio de la buena fe contractual.
219. En efecto, Alianza no sólo ha cumplido el Contrato de Fiducia buscando la protección del fideicomiso y promoviendo el desarrollo del objeto del Contrato de Fiducia, sino que además ha buscado que los mejores intereses del patrimonio autónomo.
220. Alianza Fiduciaria, incluso excediendo sus obligaciones contractuales ha requerido en múltiples ocasiones al Fideicomitente para que dé cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Igualmente, lo ha requerido y apoyado en la búsqueda de nuevos inversionistas que permitan adelantar el proyecto. Por ejemplo, en el 2018 Alianza Fiduciaria apoyó negociaciones con un fondo extranjero que se encontraba interesado en adquirir la torre del hotel.
221. Incluso ahora, hay inversionistas interesados en adelantar y culminar el proyecto inmobiliario. Dichos inversionistas a la fecha están adelantando negociaciones con cada uno de los beneficiarios de área para adquirir su participación en el Proyecto y finalizar su construcción.

**Y INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA DEBIDA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE ALIANZA FIDUCIARIA Y LA PARÁLISIS DEL PROYECTO.**

222. Reitero, en cuanto al nexo de causalidad, es necesario indicar que sólo se presenta cuando existe una relación de causa y efecto entre el hecho del agente y el daño producido. Debido a que no se presenta una omisión ni conducta reprochable alguna de parte de mi representada, es claro que, por sustracción de materia, tampoco se puede presentar nexo de causalidad.
223. Pero si en gracia de discusión se aceptara que algún daño existió, o que mi poderdante incurrió en algún incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales derivadas del Contrato de Fiducia, deberá concluirse que no hay nexo de causalidad alguno entre lo uno y lo otro. Pues bien, no hay daño alguno que haya

sufrido la demandante que se haya producido por parte de Alianza Fiduciaria, y en consecuencia no le es imputable.

224. Pues bien, como se demostró en el curso de la primera instancia del proceso, el principal daño que pudo sufrir la demandante consiste en la no entrega de la unidad inmobiliaria prevista en el Contrato de Vinculación, obedece a una parálisis del Proyecto ajena a Alianza Fiduciaria.
225. Conforme se demostró ampliamente en la primera instancia del proceso, la parálisis del Proyecto obedeció principalmente a que el Banco de Bogotá y el Banco de Occidente unilateralmente dejaron de desembolsar los créditos que habían otorgado para el desarrollo del Proyecto.
226. En consecuencia, de ninguna forma se le puede imputar a Alianza Fiduciaria una responsabilidad por la parálisis del Proyecto y una consecuente responsabilidad respecto de la demandante. Pues lo cierto es que la ejecución de las obligaciones contractuales y legales de Alianza Fiduciaria nada tiene que ver con el hecho de que terceros financiadores del Proyecto hayan suspendido la ejecución de los desembolsos de los créditos constructores.
227. Así, sin que exista relación de causalidad entre la conducta de la demandada y los perjuicios reclamados, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda. Y, por tanto, las pretensiones de condena deben ser despachadas desfavorablemente.

**Z AUSENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE FIDUCIA Y, POR ENDE, DE LAS DEMANDADAS.**

228. Como se observa de las excepciones expuestas en la contestación a la demanda de Alianza Fiduciaria, y de la propia lectura de los Contratos de Fiducia, cada una de las partes tiene sus propias obligaciones y derechos. Los cuales son desarrollados en forma independiente y autónoma de cada uno de ellos.
229. En efecto, en el Contrato de Fiducia Cartagena Ocean Tower se establecieron los derechos y obligaciones de: (i) el Fideicomitente Constructor; (ii) el Fideicomitente Inmobiliario; (iii) los beneficiarios de área; (iv) el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower; y (v) Alianza Fiduciaria.
230. Así pues, esa autonomía entre cada una de las partes implica que no hay solidaridad entre estas. Lo anterior, dado que la presunción de solidaridad del Código de Comercio implica, naturalmente, el cumplimiento de los supuestos básicos de una obligación solidaria, como la identidad de la prestación a cargo de dos o más deudores. En tal sentido, el artículo 1569 del Código Civil establece que hay identidad de la cosa debida es uno de los requisitos de las obligaciones solidarias. En tal sentido, establece que:

*“La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser la misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros” (Destaco)*

231. En el Contrato de Fiducia se establecieron las obligaciones de cada uno de sus partes, en forma separada y no idéntica. En atención al rol que cada uno asumió en el negocio fiduciario, siendo en tal sentido, las obligaciones de unos y otros enteramente distintas en su alcance, naturaleza y efectos.

232. Por un lado, la fiduciaria asumió las obligaciones a su cargo derivadas de su rol de Fiduciario y establecidas en el contrato. Por otro lado, Grupo Ocean asumió las obligaciones correspondientes al carácter de constructor del Proyecto, entre las cuales expresamente se encontraban la obligación de adelantar el Proyecto por su propia cuenta y riesgo, y aportar los recursos requeridos para adelantar y culminar el proyecto en caso de ser necesario.
233. En efecto, cuando hablamos de contratos de fiducia nos encontramos frente a contratos plurilaterales, sin que ello implique una confluencia de obligaciones entre las partes del contrato de fiducia y, mucho menos, una pluralidad de acreedores o deudores. Simple y llanamente hay múltiples contratantes cada uno con un marco obligacional a su cargo y su propio centro de interés.
234. Sobre las características de los contratos plurilaterales y sus diferencias con los contratos bilaterales señala el Profesor Massimo Bianca que los primeros tienen varios centros de intereses mientras que los contratos bilaterales solo tienen dos centros de intereses (a pesar de que en ellos confluyan varias personas):

*“Contrato **plurilateral es el contrato conformado por más de dos partes en sentido sustancial.***

*Según la opinión común, **la parte debe entenderse como centro de intereses (n. °21).** Por lo tanto, el contrato plurilateral se caracteriza ante todo por la presencia de varios centros de intereses (ej., el contrato de sociedad), al paso que no deben considerarse contratos plurilaterales aquellos en los que participa una pluralidad de personas remisibles a dos centros de interés contrapuestos (...). Estos contratos son llamados con parte compleja” (énfasis agregado).*

235. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2011 tuvo a bien precisar la naturaleza de los contratos bilaterales y la de los contratos plurilaterales y, en particular, que en esta clase de contratos cada parte se vincula de manera individual y autónoma de las otras y, por tanto, la suerte de cada una de sus obligaciones no se extiende a las demás. Veamos:

*“Con todo, estima pertinente la Sala puntualizar que los contratos con prestaciones recíprocas, tradicionalmente denominados bilaterales, son aquellos en los que cada contratante se obliga para con su contraparte a ejecutar el objeto debido con el fin de satisfacer su interés en la realización de la prestación, es decir, que en tales negocios jurídicos las prestaciones de las partes son interdependientes, razón por la cual el incumplimiento de una de ellas habilita a la otra para impetrar la acción resolutoria. (...).*

*Por el contrario, en los contratos denominados plurilaterales, en los que las prestaciones de todos los sujetos involucrados están enderezadas a la obtención de un propósito que es común, como ocurre de manera paradigmática en los contratos de naturaleza asociativa, el incumplimiento de alguno de los contratantes no produce, necesariamente, el decaimiento del contrato para todos los que a él se encuentran vinculados, particularmente porque tal anomalía no debe producir, por regla general, la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, aserto que se ratifica con la circunstancia atinente a que en los contratos de esta clase cada parte se vincula de manera individual e independiente de las otras, de tal manera que la suerte de dicha relación particular o sus vicisitudes, no se extienden, necesariamente, a las demás. (...).*

*Ahora bien, en materia de resolución por incumplimiento, el artículo 1546 del Código Civil exige que la resolución verse sobre un contrato bilateral, requisito que se repite en el artículo 870 del estatuto mercantil. **En los contratos plurilaterales, al no estar ellos referidos a prestaciones interdependientes, el eventual incumplimiento de alguno de los contratantes no ocasiona necesariamente el abatimiento de todo el acto para los restantes intervinientes, salvedad hecha de que la prestación incumplida sea esencial para lograr la finalidad del acuerdo.** En ese sentido, el artículo 865 del Código*

*de Comercio colombiano establece que '[e]n los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto.'*" (Destaco)

236. Así pues, en el Contrato de Fiducia se delimitó con claridad que cada una de las partes desarrollaría una serie de obligaciones de manera individual. Y, en tal virtud, cada parte del negocio fiduciario tiene sus propias obligaciones contractuales.
237. Por ello, siendo claro que cada una de las partes asumió sus derechos y correspondientes obligaciones, por medio del presente proceso se hace imposible ampliar el marco obligacional asumido por parte de mi poderdante para atribuirle la materialización de los riesgos propios de la financiación de un proyecto inmobiliario.
- AA EL CONTRATO DE FIDUCIA NO ES UN CONTRATO DE GARANTÍA, AVAL, O DE CODEUDOR DE OBLIGACIONES DE TERCEROS, LA FIDUCIARIA NO GARANTIZA EL ÉXITO.**
238. Como se señaló en el acápite anterior, Alianza Fiduciaria tiene un marco contractual determinado y, por lo tanto, no es posible extenderle obligaciones o riesgos asumidos por otras partes contractuales a la entidad fiduciaria. Recuérdese que en los contratos plurilaterales cada centro de interés tiene su propio marco obligaciones y, por tanto, no responde por el cumplimiento o incumplimiento de otro centro de interés.
239. Destaco que Alianza Fiduciaria es una entidad financiera de objeto social reglado y determinado por el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
240. En consecuencia, mi poderdante únicamente puede ejercer las actividades propias a la calidad de fiduciaria y no puede asumir obligaciones relacionadas por ejemplo con el aseguramiento o garantía del éxito de un proyecto inmobiliario.
241. Tampoco puede disponer de sus recursos para aportar capitales semilla de proyectos inmobiliarios exponiéndose a un alto riesgo de su inversión.
242. Por lo tanto, reitero que Alianza Fiduciaria no es codeudora, avalista, aseguradora o garante del éxito de la inversión que fue aportada por la demandante. Por tanto, no asumió tales obligaciones y las mismas no le pueden ser atribuidas ampliando arbitrariamente su marco obligacional.
243. Reitero, todo proyecto inmobiliario se encuentra expuesto a una serie de riesgos propios del adelantamiento de una construcción. Incluso cumplidas las condiciones de giro oportunamente por parte del constructor en un momento determinado, posteriormente pueden ocurrir cambios de naturaleza financiera, cambiaria, climática, o constructiva que afecten el desarrollo del proyecto.
244. De ninguna manera se puede entender que Alianza Fiduciaria en su calidad de fiduciaria tiene la obligación de garantizar un retorno de una inversión o una devolución de los aportes. Pues bien, como ya se ha dicho, el contrato no es un contrato de garantía, seguro ni aval de la efectiva culminación de un Proyecto inmobiliario.

**BB AUSENCIA DE NEXO CAUSAL Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA: SE PRETENDE EXTENDERLE A LA FIDUCIARIA OBLIGACIONES QUE NUNCA ADQUIRIÓ Y QUE DESNATURALIZAN EL CONTRATO DE FIDUCIA INMOBILIARIO CON UN IMPACTO DIRECTO EN EL MERCADO INMOBILIARIO.**

245. En el presente proceso, y con la sentencia apelada, se pretende modificar el Contrato de Fiducia constitutivo del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower y aumentar las obligaciones a cargo de la fiduciaria.
246. En efecto, la sentencia pretende que, contra una contraprestación de dos salarios mínimos legales vigentes, Alianza Fiduciaria asumiera múltiples actividades y labores que, valga anotar, jamás convino y que son ajenas a su actividad como fiduciario. Las actividades inconsultas que se quiere atribuir son:
- Garante del Grupo Ocean.
  - Garante de las proyecciones financieras del Proyecto.
  - Asegurador del exitoso desarrollo del Proyecto.
  - Gerencia del Proyecto.
  - Gestionar y controlar los créditos hipotecarios celebrados
  - Construcción del Proyecto.
  - Analista financiero.
  - Promotor del Proyecto.
  - Vendedor del Proyecto.
  - Vigilante del Proyecto.
  - Interventor del Proyecto.
  - Garante de los flujos de capital.
  - Juez, árbitro y conciliador entre las partes.
247. Lo anterior, implica un total desequilibrio de contrato y desnaturaliza el interés de Alianza Fiduciaria en la celebración de dichos contratos, pues, además de ampliar sus obligaciones, conlleva a que la fiduciaria realice actividades que le son ajenas y que la terminan confundiendo con los propios fideicomitentes, el Gerente y los Contratistas. Desbordando incluso el objeto social de la fiduciaria que, por demás, se encuentra regulado.
248. En efecto, la atribución de una serie de responsabilidades adicionales en cabeza de la fiduciaria como garante y avalista de las capacidades del constructor y del efectivo desarrollo del Proyecto conforme a su planeación financiera desnaturaliza enteramente el Contrato de Fiducia, e implicaría que Alianza Fiduciaria se vería obligada a aumentar considerablemente el costo de sus servicios.
249. Pues bien, si se tiene a la Fiduciaria como un garante de las capacidades del

constructor y un asegurador del desarrollo efectivo de los proyectos inmobiliarios desarrollados mediante los fideicomisos que administra, el costo de constitución de un Fideicomiso Inmobiliario se vería dramáticamente incrementado.

250. Todo lo cual, tendría unas importantes repercusiones en el mercado inmobiliario colombiano en tanto se aumentarían los costos de transacción para el desarrollo de grandes proyectos inmobiliarios. Lo cual, implicaría un dramático aumento en los costos para el consumidor de un Proyecto inmobiliario que requiera de la intervención de una entidad Fiduciaria por requerir el recaudo de recursos del público.

**CC LA IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS REMUNERATORIO A LA LUZ DEL MARCO CONTRACTUAL**

251. Igualmente, destaco que si bien en la sentencia no se condenó a los demandados al pago de intereses remuneratorios, reitero que me opongo al cálculo de los mismos que se pretende en la demanda.

252. Pues bien, conforme se observa en el Contrato de Vinculación suscrito por la demandante, en el mismo se estableció que las sumas aportadas al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower tendrían los rendimientos propios de la cartera colectiva abierta Alianza y no intereses remuneratorios.

**DD SUBROGACIÓN: EL DESPACHO OMITIÓ PRONUNCIARSE RESPECTO DE LA CONSECUENCIA DE LA CONDENA IMPUESTA A ALIANZA FIDUCIARIA Y LA PREVISORA S.A.**

253. Igualmente destaco que una vez proferida la sentencia por el Despacho de Primera Instancia, Alianza Fiduciaria interpuso un recurso de adición a la sentencia en el que se le solicitó resolver respecto de la consecuencia que tendría la restitución de los recursos aportados por la demandante al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower respecto de su vinculación al fideicomiso.

254. En efecto, el Despacho resolvió condenar a Alianza Fiduciaria y a La Previsora a restituir los recursos aportados por la demandante al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, pero no estableció cual sería la consecuencia de dicha restitución frente a la posición contractual de la demandante como beneficiaria de área del fideicomiso.

255. Pues bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 280 del CGP, en la parte resolutive de la sentencia, además de resolver frente a las pretensiones y excepciones, le corresponde al Despacho resolver los demás asuntos que deban ser resueltos para dar solución al litigio.

256. Por lo tanto, la consecuencia lógica de tal condena es que se deberá afectar el estado de la vinculación de la demandante respecto del Patrimonio Autónomo quien recibió y utilizó los recursos para el desarrollo del Proyecto, Subrogando a Alianza Fiduciaria en los derechos de la acreedora/demandante o registrando el correspondiente pasivo en la contabilidad de quien, en realidad, recibió y utilizó los recursos de la demandante, esto es el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower.

257. De esta manera, evitando un enriquecimiento sin causa, por un lado, y un empobrecimiento sin causa, por el otro. O, por lo menos, evitando que la


responsabilidad sea una fuente de enriquecimiento y no de reparación integral (artículo 16 de la Ley 446 de 1998).

258. Esto, por cuanto la subrogación es la consecuencia jurídica de encontrarse llamado al pago de una deuda de una tercera persona, como lo es en el presente caso el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower quien recibió los recursos de la demandante y se encontraba obligado a transferirle una unidad inmobiliaria. Y, por tanto, frente a una resolución del contrato sería el llamado a efectuar la devolución.
259. De no aplicarse el fenómeno de la subrogación, tendríamos que:
- 259.1. Por un lado, la demandante recibiría una restitución de la totalidad de sus aportes al Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel, y a su vez, seguiría teniendo la calidad de partícipe del referido Patrimonio Autónomo con los derechos económicos que ello implica (siguiendo como acreedora del patrimonio autónomo y, eventualmente, recibiendo una unidad inmobiliaria en el evento de que se superen las dificultades del Fideicomiso).
- 259.2. Por el otro, se habría efectuado la devolución de los recursos aportados al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, pero dicha operación no se vería reflejada en la contabilidad del patrimonio autónomo y, por tanto, los recursos aportados al fideicomiso no reflejarían a los actuales aportantes. Tampoco se reflejarían los desembolsos derivados del pago de la condena por parte de Alianza Fiduciaria y las consecuencias jurídicas de dicha restitución de aportes.
260. Por lo cual, reitero al Despacho, que ante una condena respecto de Alianza Fiduciaria en nombre propio, la consecuencia de dicho pago y restitución de los recursos a favor de la demandante deberá ser que Alianza Fiduciaria se subroge en los derechos que como beneficiaria de área tiene la demandante en el Fideicomiso Cartagena Ocean Tower.

**EE INDEBIDO ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.**

261. Por último, se hace necesario destacar que en la sentencia de primera instancia no se hace un análisis adecuado de la totalidad de las excepciones de mérito propuestas por parte de Alianza Fiduciaria y las pruebas que las soportan.
262. Por ende, en el presente recurso se reiteran todos y cada uno de los argumentos y excepciones incoadas en la contestación a la demanda. Argumentos y excepciones que solicito sean tenidas en cuenta como parte integral del presente memorial de reparos con el objeto de no incurrir en una reiteración innecesaria de todos los argumentos que han sido ampliamente expuestos en defensa de mi poderdante.

Atentamente,

  
**PEDRO MIGUEL ÁLVAREZ GIRALDO**  
C.C. No. 75.103.483 de Manizales  
T.P. No. 182.433 del C.S. de la J.



*República de Colombia*  
*Rama Judicial*



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá*  
*Sala Civil - Secretaria*

**LIQUIDACIÓN DE COSTAS**

**PROCESO No 110012203000202400052 00**

**MAGISTRADO(A) Dr(a). MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

7 de Marzo de 2024.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$ 6.500.000 =
OTROS:	\$
	=====
TOTAL:	\$6.500.000 =

SON: SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE.

P/ El Secretario.

  
OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA  
Secretario Judicial

OCHO (08) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024). En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el TRECE (13) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024), conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 11 ibídem.

P/ El Secretario

  
OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA  
Secretario Judicial

*República de Colombia*  
*Rama Judicial*



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá*  
*Sala Civil - Secretaria*

**LIQUIDACIÓN DE COSTAS**

**PROCESO No 110012203000202302555 00**

**MAGISTRADO(A) Dr(a). SANDRA CECILIA RODRIGUEZ ESLAVA**

7 de Marzo de 2024.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$		1'000.000.oo.
=			
OTROS:	\$		
TOTAL:	\$	=====	1'000.000.oo.
=			

SON: UN MILLÓN DE PESOS MONEDA CORRIENTE.-

P/ El Secretario.

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
*Secretario Judicial*

OCHO (08) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO. En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el TRECE (13) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024), conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 110 ibídem.

P/ El Secretario

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
*Secretario Judicial*

**MEMORIAL DR ISAZA RV: sustenación del recurso de apelación parcial de la sentencia proferida en el proceso de radicado 110013103-026-2017-00004-03**

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 29/02/2024 16:19

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

Señores:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL**

**Mag. Ponente: Dr. JOSE ALFONSO ISAZA DÁVILA**

E. S. D.

**REFERENCIA: RADICACIÓN No. 110013103-027-2019-00004-03**

**DEMANDANTE: -ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

**DEMANDADO: BETSY MARCELA TARAZONA GUTIÉRREZ.**

**ASUNTO: ALEGATOS DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

**JOSE ROBERTO JUNCO VARGAS**, identificado con la C. C. No. 19.413.991 de Bogotá, distinguido con la T.P. o. 40.886 del C. S. de J., actuando en nombre y representación de la demandada en el proceso de la referencia, a usted me dirijo para manifestarle que por medio del presente escrito, procedo a exponer los ALEGATOS que sustentan el RECURSO DE APELACIÓN y a su vez reafirman los reparos y motivos de impugnación contra la sentencia de fecha 23 de septiembre del año 2020, proferida por el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se denegaron las excepciones de fondo de “Inexistencia del contrato de Comodato” y las de “Falta de legitimación en la causa de la parte actora y del extremo demandado”, que constituyen el marco argumentativo y jurídico, para que la sentencia impugnada sea CONFIRMADA, PERO POR LAS RAZONES JURÍDICAS QUE SUSTENTABAN ESAS EXCEPCIONES, tal como en estas alegaciones se exponen.

#### **REITERACIÓN DE LOS REPAROS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Así como lo advertí en el escrito con el cual se ampliaban los reparos que se expusieron de inconformidad contra la sentencia impugnada, el motivo de la alzada y lo que se pretende o persigue con la apelación de parte del extremo demandado, **no es para que se revoque la sentencia** de fecha 23 de septiembre del año 2020, sino para que se confirme, PERO POR LAS RAZONES JURÍDICAS en QUE SE FUNDAMENTABAN LAS 4 PRIMERAS EXCEPCIONES PRINCIPALES PROPUESTAS, pues al negar esas excepciones en la sentencia, contiene connotaciones jurídicas que perjudican a mi mandante, pues se da a entender como que el juzgado considerara que Sí había contrato de Comodato, cuando en la realidad jurídica y contractual el mismo es inexistente.

Para poder exponer y fundamentar los reparos concretos que en su oportunidad se le hicieron a la sentencia impugnada de fecha 23 de septiembre del año 2020, debo remitirme a todo el contexto jurídico y fáctico que se expusieron en el escrito de sustentación de los reparos expuestos, reiterando los antecedentes del litigio, los que quedaron debidamente demostrados y expuestos en el presente proceso, pero que reitero, la juez de instancia, o no los vio o los soslayó.

#### **ANTECEDENTES DEL PRESENTE LITIGIO.**

1. – El local 1-30 del Centro Comercial Salitre Plaza, identificado con el folio de matrícula 50C- 1434979, siempre ha sido de propiedad de la señora BETSY MARCELA TARAZONA GUTIÉRREZ.

2. Por otro lado, mi poderdante explicó al Juzgado, así como lo ha hecho en varios escenarios judiciales o procesos, que procedió a constituir un patrimonio autónomo por fiducia de “parqueo” que le sugirieron, para que sirviera de garantía en una operación de negocio comercial.
3. El Motivo era el siguiente: **i)** El interesado, sociedad TECNOTERRAS S.A.S. requería un préstamo para la compra de unos tractores y encontró a un prestamista o acreedor, como fue la sociedad “STRATEGY FUND INVESTMENTS COLOMBIA S.A.S; **ii)** Pero éste prestamista exigió que en garantía de ese préstamo, se constituyera, no una hipoteca sobre el inmueble, sino un patrimonio autónomo sobre ese local 1-30, por ser más práctico para hacerse a la propiedad eventualmente; **iii)** otra exigencia que la entidad prestamista en mención hizo, fue que para desembolsar el dinero convenido en préstamo, la constituyente de ese fideicomiso se constituyera en beneficiaria de ese patrimonio autónomo y una vez que ostentara esa calidad, procediera a cederle los derechos o la posición de beneficiaria y cuando ya esté esa prestamista en la condición de beneficiaria cesionaria, procedería a formalizar el mutuo; **iv)** Para cumplir con esa exigencia, el gerente de TECNOTERRAS contactó a Marcela Tarazona y ella, dentro de su buena fe, procedió a firmar un contrato de fiducia mercantil de fecha 28 de enero de 2013 con Acción Fiduciaria y coetáneamente ese mismo día constituye ese patrimonio autónomo requerido por el prestamista, lo que se formalizó con la escritura pública 174 de 28 de enero de 2013 de la Notaría 47 de Bogotá; **v)** En ese patrimonio se pacta que la misma constituyente es la beneficiaria de los derechos fiduciarios y en tal calidad, procede a ceder tal posición contractual al prestamista Strategy Fund Investments S.A.S., según contrato que obra en el proceso de fecha 14 de marzo de 2013, y en ese mismo día es aceptada esa cesión por la Fiduciaria en legal forma.
4. En el contrato de Fiducia obrante en este proceso, aparece como denominación: “FIDEICOMISO DE **PARQUEO SALITRE 130**”, que es una modalidad del fideicomiso de administración, que tiene la **característica de hacerse la mera transferencia del derecho de dominio, sin que el constituyente haga traspaso de la posesión y tenencia**, es decir, de hacer entrega o tradición material del bien objeto del fideicomiso.
5. Igual denominación aparece en la escritura pública 174 del 28 de enero de 2013 de la Notaría 47 de Bogotá, donde se expresa: “FIDEICOMISO DE PARQUEO 130”. También en el contrato de cesión de los derechos fiduciarios de beneficiario, el cesionario sabía cuál era la condición de posesión que ostentaba la demandada Marcela Tarazona G. sobre el predio, al punto que no exigió la entrega real y material del predio.
6. Por esta circunstancia y naturaleza del patrimonio autónomo, la Fiduciaria ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. NUNCA PACTO ni EXIGIÓ que el bien dado en fideicomiso le fuera entregado en forma real y material, por cuanto nunca su finalidad de ese tipo de fideicomiso era la de administración de ese bien, sino de mero parqueo y de garantía de cumplir con unas exigencias.
7. Entonces, como la naturaleza del fideicomiso fue de mero parqueo, no iba incluida la gestión de administración, sino que fue por mera garantía ante un eventual incumplimiento del pago de los dineros prestados.

8. Por esta razón la constituyente en ese parqueo **nunca hizo entrega a la fiduciaria del local 1-30, como tampoco la fiduciaria ACCIÓN FIDUCIARIA hizo exigencia alguna de tal tradición física o material.**
9. La señora BETSY MARCELA TARAZONA, ha sido coherente en todos los escenarios judiciales y específicamente en este proceso declaró a la señora juez que para ella proceder a la firma del contrato de fiducia mercantil y para haber constituido el patrimonio autónomo ya indicado, fue porque las directivas de la entidad fiduciaria le aseguraron que seguiría explotando el bien y que no se despojaba de la posesión y tenencia. Esta declaración no fue desvirtuada por la entidad actora.
10. Tan es cierto esto, que cuando MARCELA TARAZONA hizo la cesión de los derechos fiduciarios y de posición de beneficiaria del fideicomiso a la sociedad STRATEGY FUND INVESTMENTS S.A.S., nunca transfirió o hizo entrega física real y material del local, sino que siguió usufructuándolo y explotándolo sin ninguna novedad, ni exigencia o requerimiento alguno, ni de la fiduciaria, ni de la posterior cesionaria.
11. En ninguna parte del texto del contrato de fiducia del 28 de enero de 2013 se dice que la fideicomitente haya hecho la entrega el predio que iría a ser objeto del patrimonio autónomo. Entonces el fideicomiso de parqueo se constituye el 28 de enero de 2013, sin que se hiciera la entrega del bien a la Fiduciaria.
12. La cesión de los derechos fiduciarios y la posición de beneficiaria de esos derechos, se realizó el 14 de marzo de ese año, sin entrega física del inmueble a la cesionaria STRATEGY FUND INVESTMENTS S.A.S, y sin que ésta cesionaria le hiciera ningún requerimiento y sí, por el contrario, manifiesta expresamente en la cláusula 2ª que: “conoce y acepta el estado jurídico y material, su modalidad, su reglamentación legal, derechos, obligaciones y condiciones del bien. Esas circunstancias eran que la demandada Betsy Marcela Tarazona era autónoma y que el bien estaba en poder de ésta como la inicial constituyente y que ésta no se había despojado de la explotación económica, ni de su señorío.
13. – Esta Cesionaria era absolutamente consciente que la constituyente como cedente era autónoma del señorío sobre el inmueble, al punto que nunca le hizo ninguna clase de reclamo a la aquí demandada. Es que ni siquiera le hace exigencia a la entidad fiduciaria, ni en el momento de formalizarse la restitución fiduciaria, ni después que le hace esa transferencia del dominio del bien fideicomitado.
14. – La nueva beneficiaria o cesionaria luego le dio la instrucción a la entidad demandante, para que como fiduciaria le efectuara la Restitución Fiduciaria, la que efectivamente se llevó a cabo por la entidad aquí demandante y la sociedad STRATEGY FUND INVESTMENTS S.A.S., mediante la escritura pública 516 del 30 de marzo de 2014 de la Notaría 36 de Bogotá y en ese instrumento expresamente se establece en su cláusula segunda lo siguiente. “***SEGUNDA: El contrato de fiducia mercantil que dio origen al patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO PARQUEO SALITRE 130, tiene por objeto que ACCIÓN mantenga la titularidad jurídica de los bienes que sean transferidos al patrimonio autónomo, registre las cesiones de derechos que se realicen en ejecución del contrato y siga las instrucciones que se señalan en el contrato al igual que las que sean impartidas por el FIDEICOMITENTE***”. En esta cláusula se reafirma el sentido de esta fiducia, en que sólo fue de parqueo, que su finalidad solo fue de transferencia del bien desde el punto de vista jurídico, sin la tradición material o entrega física, ni mucho menos administrar el predio. (resaltado es mío)

15. En ese instrumento en ninguna parte se dice que la Fiduciaria hacía la entrega de la tenencia del predio a la sociedad a quien se le hacía la restitución fiduciaria, precisamente porque nunca la recibió de la inicial beneficiaria y constituyente. De otro lado, si se hubiese sentido la Fiduciaria como ostentara la condición o el rol de poseedora o comodante, fácilmente hubiese hecho cesión de su posición contractual a quien le hizo la restitución fiduciaria, para que hubiese adquirido la calidad de comodante.
16. – Incluso para la Fiduciaria aquí demandante, siempre estuvo convencida de la inexistencia del comodato, por cuanto en parte alguna le expresó a la entidad restituida en la Escritura Pública 516 ya mencionada, que existiera una relación de comodato entre esta Fiduciaria y la demandada Betsy Marcela Tarazona. Si existiera ese comodato, lo lógico era haber hecho la cesión de ese contrato a la restituida, para que ésta ejerciera los plenos derechos de señor y dueño.
17. – Pero la Fiduciaria NO lo podía hacer de esa manera, pues en la cláusula QUINTA de la escritura pública 174 del 28 de enero de 2013 de la Notaría 47 de Bogotá, dice expresamente *“EL FIDEICOMITENTE **hará la entrega real y material** de (l) (los) INMUEBLES a LA FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO, quien procederá a entregar su custodia y tenencia, en los términos del contrato de fiducia mercantil”*. Fue la misma parte demandante que reconoció que ese texto implicó una promesa que la tradición o entrega se haría a futuro. Pero ese hecho nunca llegó.

Teniendo en cuenta los anteriores PRECEDENTES, procedemos a estructurar los reparos que le corresponde en este caso a la sentencia impugnada, con el fin de que la misma sea CONFIRMADA, pero POR LAS RAZONES QUE CORRESPONDEN A LAS PRIMERAS EXCEPCIONES.

**PRIMER REPARO:** LA SENTENCIA DEBIÓ DENEGAR LAS PRETENSIONES, PERO declarando la excepción de fondo denominada “INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE COMODATO”.

Explicación:

1. En el presente proceso declarativo, verbal, se persigue la restitución del predio denominado local 1-30 del Centro Comercial Salitre Plaza, bajo el argumento que existe un contrato de COMODATO PRECARIO, Celebrado entre Fiduciaria ACCIÓN FIDUCIARIA. S.A. como comodante y Betsy Marcela Tarazona Gutiérrez como comodataria.
2. La parte actora APORTA COMO BASE DE ESTA relación, DOS DOCUMENTOS:
  - a) de un lado el contrato de fiducia mercantil de PARQUEO contenido en documento privado y la consecuente constitución de patrimonio autónomo formalizado en la Escritura. P. No. 174 del 28 de enero de 2013 de la Notaría 47 de Bogotá.
  - b) De otro lado, el contrato de comodato en el que aparece una serie de menciones que no son ciertas.

3. Contra esa acción se presentó oposición a las pretensiones y a la prosperidad de la acción, y para ello el fundamento fáctico básico fue estructurado en cinco (5) excepciones: a) la primera de ellas se denominó INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE COMODATO, basada en dos circunstancias: **i) que** hubo SIMULACIÓN absoluta del contrato de comodato contenido en ese documento; **ii) inexistencia** del contrato por la falta de entrega del bien dado en comodato; b) la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA; c) FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA DEMANDADA; d) INEXISTENCIA DE LA CALIDAD DE TENEDORA; e) INEXISTENCIA DE LA CAUSAL DE RESTITUCIÓN, POR FALTA DE LOS PRESUPUESTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES.
4. Los cuatro primeros puntos de excepción se cumplieron y demostraron a cabalidad, sin embargo, la juez de instancia tergiversó todo el material probatorio y deducciones jurídicas lógicas, en una forma injusta y atentando contra los principios probatorios que están latentes en el proceso.

Veamos:

- I. En cuanto al primer punto de excepción de INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE COMODATO, se fundamentó en que hubo SIMULACIÓN de ese contrato aportado, lo que quedó debidamente demostrado, porque el contrato NUNCA SE CONSUMÓ o nunca se formalizó.
- II. Cuando la Juez de instancia deniega la prosperidad de esta excepción, es porque desconoce principios elementales de la sana crítica y de persuasión racional, tal vez por desconocer o no prestar atención a lo que en el mercado se celebra en este tipo específico de operaciones, pero adicional, porque el juzgado A- Quo, desconoció elementos jurídicos de prueba, como lo es la conducta de las partes antes del proceso y dentro del proceso.
  - a) Por el contrario, la demandante confesó ante la audiencia adelantada en el Juzgado 26 Civil del Circuito, que por sus manos nunca pasó el inmueble dado en fideicomiso. Y fuera de esa confesión, encontramos en la escritura pública 174 del 28 de enero de 2013, que la demandante confiesa en una forma expresa que con la firma del fideicomiso, la constituyente nunca hizo entrega del bien, puesto que en su cláusula 5ª se dijo que: “cláusula QUINTA: “***EL FIDEICOMITENTE hará la entrega real y material de (l) (los) INMUEBLES a LA FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO, quien procederá a entregar su custodia y tenencia, en los términos del contrato de fiducia mercantil***”. Fueron las mismas partes que reconocieron que ese texto implica una promesa de un hecho que se hará a futuro. Ese hecho nunca llegó.
  - b) La constituyente declaró ante la Justicia, que tenía el convencimiento que el fideicomiso era “De PARQUEO”. Esto implicaba que ella no entregaba la posesión, tenencia y explotación del bien; declara que según la explicación que las directivas de la Fiduciaria le dieron, por su naturaleza del fideicomiso de parqueo, lo normal es que era solo la transferencia de dominio, pero no la entrega material del bien dado en fiducia.
  - c) Constituye un reparo evidente a la sentencia, el hecho que el juzgado de instancia desconoció esa circunstancia fáctica latente en el proceso, expuesta



además como se alega en la proposición de la excepción, donde se afirmó que había una negación indefinida. Es que al decir que no hubo entrega del predio objeto del supuesto comodato, se trata de una declaración de carácter de negación indefinida, que no requería para la demandada de aportar prueba, sino que era a la contraparte, a quien le correspondía demostrar lo contrario, es decir, que la entrega sí se hizo. La demandante no cumplió con esa carga.

Aquí la Juez desconoció dos postulados legales probatorios: i) el consagrado en el inciso final del artículo 167 del CGP y ii) el consagrado en el artículo 176 ibídem, que dispone que la prueba debe ser valorada y analizada en su conjunto, lo que no hizo la juzgadora en este caso.

- d) A pesar de que la parte actora no hace nada para demostrar lo contrario, es decir, que sí hubo “Tradición” o entrega del inmueble, se aportó el testimonio de GILBERTO CORTES, quien reafirma que la señora Betsy Marcela Tarazona nunca se desprendió ni un instante del inmueble, y siguió explotándolo sin ninguna clase de restricción o solución de continuidad. Lo aberrante es que la juzgadora en una forma injusta y sin sustento en la ley, lo TACHA DE sospechoso, sin que establezca una base probatoria precisa.
- e) Pero independientemente de haber desechado ese testimonio, el juzgado de instancia desconoció totalmente los parámetros y reglas de las normas que regulan el indicio en sus artículos 240 al 242 del CGP.  
En efecto, desacierto de la sentencia es el hecho que la demandante no exhibió los documentos que se pidieron y que el juez decretó, pero no lo hicieron. Esos documentos consistían en que debían presentar la prueba de la entrega material que le hizo a la demanda a título de comodato.  
Pero independientemente que hayan exhibido esos documentos, que no lo podía hacer porque no existía, por el contrario, el juzgado 26 declaró que al fin y al cabo esos documentos no eran innecesarios, en la medida que ya la demandante había confesado que **no hubo entrega real y material del predio**, ni de la fideicomitente a la fiduciaria, ni de ésta como comodante a la demandada como comodataria.  
Ese fenómeno de “pasamanos” que ordena la norma del artículo 2200 del C.C. no se dio, y eso precisamente fue lo que se pretendía probar y así se hizo, ya que la demandante omitió la aportación de esos documentos de entrega efectiva. Con la exhibición de los documentos, se hubiera evidenciado la supuesta entrega real y material del bien dado en comodato, de un lado que Betsy Marcela Tarazona G, hizo a la Entidad Fiduciaria Acción Fiduciaria, y que a su vez, esta le hiciera a título de comodato. Esa omisión es un indicio grave en contra de la demandante, que la juzgadora de instancia no lo tuvo en cuenta y fuera de eso, lo confesó que no hubo nunca entrega física.
- f) Pero lo más desafortunado es que la juzgadora desconoció la confesión realizada por la demandante, que fue tan evidente que respecto de la necesidad de algunos documentos, el juez 26 Civil del Circuito que en su momento conocía del proceso, dijo que no era necesario su exhibición, pues el representante legal de la demandante confesó expresamente en el interrogatorio que no había ningún documento que acreditara esa entrega recíproca.

- g) También se pidió la exhibición de la evidencia en la cual la Fiduciaria haya entregado el inmueble en comodato a la demandada, pero tampoco lo hizo y el Juez dijo que no era necesario, pues el representante legal había confesado que no había evidencia de haberse realizado esa diligencia de entrega, ni mucho menos documento en tal sentido.
  - h) También confesó ese representante que nunca enviaron a un delegado, funcionario o empleado a recibir el inmueble y mucho menos a entregarlo en comodato de vuelta o en pasamanos a la demandada.
- III. La "tradición", es decir, la entrega real y material del bien es el requisito básico de la formalización del contrato de comodato. Si la entrega no se realiza, el contrato no existe, no se consuma, no se celebra o no nace a la vida jurídica.
- Al respecto la Doctrina en forma unánime, extraído del tenor literal del artículo 2200 del C.C., establece que: "solo se perfecciona el comodato con la tradición (entrega) de la cosa; solo nace con la entrega real de la cosa. El comodato es un contrato real: no sirve el mero acuerdo entre las partes, debe existir documento expreso de la entrega. Por ejemplo, así se conceptúa en el libro del tratadista José Alejandro Bonivento sobre ese contrato: página 530 "si no hay entrega no puede hablarse de comodato"; "solo la entrega perfecciona el contrato"; "el pactarse la entrega solo por escrito no sirve, se requiere constancia de entrega física".

No basta que se diga en un documento, es necesario que se demuestre con hechos concretos, como cuando las partes dejan constancia de la entrega en una o varias de las modalidades que se consagran en el artículo 754 del C.C.

Respecto del mismo inmueble y contexto fáctico, varias decisiones judiciales reflejan este criterio.

- IV. Así lo definió el Juez 43 Civil del Circuito en el proceso de restitución que respecto de este mismo inmueble y caso fue sometido a una restitución por la sociedad STRATEGY FUND INVESTMENTS S.A.S., en el proceso 043-2015-00530, cuando esta sociedad se inventó un contrato de comodato con el señor GILBERTO CORTÉS NORIEGA. Esa providencia fue confirmada por el tribunal, en el sentido que no podía haber comodato sin la prueba de la entrega.
- V. Igual determinación tomó el juzgado 32 Civil del Circuito, cuando esta misma sociedad quiso cobrar una astronómica suma de dinero contra el mismo señor Gilberto Cortés, por efectos de un supuesto contrato de comodato sobre el local 1-30 del C.C. Salitre Plaza.
- VI. En la sentencia impugnada, cabe un reparo adicional y es que la señora juez en una forma increíble tuerce el sentido obvio del artículo 2200 y el artículo 754 del C.C., y contrario a toda la abundante Jurisprudencia y la Doctrina abundante, y los precedentes judiciales en este caso, se inventa un argumento de un caso que

para mi mandante resulta insólito, como es, que la norma del artículo 754 del C.C. *“solo es aplicable a bienes muebles, no a inmuebles”* y agrega otra falacia jurídica y es que *“puede haber entregas simbólicas”*. Cuando en este tipo de situaciones tiene que haber entregas físicas y concretas o reales.

- VII. La sociedad ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. y la sociedad STRATEGY FUND INVESTMENTS S.A.S., las dos en evidente contubernio, están dando “palos de ciego”, al pretender por distintos frentes equivocados la entrega, sin existir los supuestos sustanciales.
- VIII. Entonces, si la Fiduciaria nunca recibió real y materialmente el inmueble objeto de la constitución de la fiducia mercantil formalizado mediante la escritura 174 del 28 de enero de 2013 de la Notaría 47, tampoco podía entregar el bien a mi poderdante, nada menos que en comodato, que es un contrato real que requiere el acto de “pasamanos”

Ruego al Tribunal tener en cuenta que es evidente el reparo, que sin mas consideraciones implicaría reconocer esa excepción que es lo que le conviene a mi representada, pues desde un principio y en muchos escenarios se le ha tenido, no como tenedora o comodataria, sino como una auténtica y real poseedora.

**SEGUNDO REPARO.** La sentencia en ninguna parte analiza con responsabilidad judicial la excepción de FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA que se propuso.

1. La norma y la esencia del contrato de fiducia establece que este se termina con la restitución fiduciaria a los beneficiarios.

En este caso, la demandante desde el año 2014, mes de marzo, celebró la restitución fiduciaria a la sociedad STRATEGY FUND INVESTMENTS. Esa escritura, la 516 de 2014 de la Notaría 36, afirma que hizo entrega real y material del inmueble a favor de la restituida. Si eso es así, no es la persona legitimada para pedir la restitución, luego eventualmente sería la entidad STRATEGY, siempre y cuando hubiese demostrado que la Fiduciaria, en el acto y momento de la transferencia del derecho de DOMINIO por medio de la restitución fiduciaria, hizo a su vez el traspaso de la posesión y todos sus derechos derivados, entre ellos incluido la posición contractual de comodante.

- En comodato, el único extremo que puede pedir la restitución es quien demuestre que en esa condición entregó el predio a un comodatario que lo recibió en forma real y material. En este caso, ninguno de esos presupuestos se llevó a cabo. La demandante en forma expresa declaró y confesó que nunca hubo un delegado o empleado que hubiese recibido el bien dado en patrimonio autónomo el local y que al mismo tiempo se lo hubiese entregado a la demandada.

2. Cuando la sentencia recurrida omite el hecho de la excepción de falta de legitimación por activa, le cabe un evidente reparo, pues en este caso, la juez obvió la sana crítica y la lógica en los negocios y la realidad comercial y con ello desconoció la evidencia

latente en el proceso y es que la demandante empieza a desprenderse de su calidad de comodante, cuando hace la restitución fiduciaria del predio mediante la escritura pública 516 del 30 de marzo de 2014 de la notaría 36, en la que transfiere el predio a la sociedad Strategy Fund Investments s.a.s y ahí transfiere a su vez todos los derechos de la fiducia, porque se termina el contrato fiduciario.

3. En ese instrumento, la demandante dice que entrega el bien en forma real y material, pero lo mas latente es que en la cláusula 7ª establece expresamente que hace la entrega real y material al contratante restituido y latente está que en la cláusula 8ª establece que el predio ni tiene ningún pleito ni deudas, luego a la fecha del 30 de marzo de 2014, todo era pacífico, los dos contratantes eran conscientes que la demandada nunca se había desprendido de la posesión sobre el local. Si hubieran tenido otro entendido, fácilmente hubiesen convenido que la Fiduciaria haría la cesión de la posición contractual de comodante a la entidad Strategy Fund Investments S.A.S.
4. Adicional a este reparo, merece otro, cual es que en la sentencia apelada, se desconoce un hecho real y es que con la restitución fiduciaria, el patrimonio autónomo "SALITRE PARQUEO 130" desaparece de la vida jurídica, tal como se estipula en la CLÁUSULA DÉCIMA del contrato de fiducia, en su punto 10.4.2, "*por haberse ejecutado completamente su objeto*". Es que para hacer caer en el error, la entidad demandante, en una especie de fraude, oculta este hecho y es que desde marzo de 2014, el fideicomiso "FIDEICOMISO PARQUEO SALITRE 130" fue liquidado, luego la calidad de comodante también desapareció y todos los derechos derivados de esa relación pudieron transferirse por el hecho de la restitución fiduciaria a la nueva propietaria ESTRATEGY FUND INVESTMENTS S.A.S., quien sería la única legitimada para reclamar cualquier entrega, si demuestra que le hicieron cesión de ese contrato.
5. Tan es cierta esta circunstancia y falacia jurídica reflejada en este reparo, que al proceso se allegó todo el traslado de la prueba, como fue el expediente que contiene el proceso reivindicatorio adelantado en el Juzgado 31 Civil del Circuito de radicado 1100131030312015-01193, donde en todo el contexto a la demandada se le atribuye la calidad de poseedora y la entidad STRATEGY nunca se opone a esa calidad, a pesar que había recibido ya los derechos de la Fiduciaria en el acto de restitución fiduciaria. Lo mínimo que debió hacer STRATEGY era oponerse al llamado en garantía que el extremo demandado allí efectuó, sino que calló y dejó que se adelantara el proceso contra Marcela Tarazona en calidad de poseedora.
6. La sociedad STRATEGY FUND INVESTMENTS S.A.S. da terribles "bandazos jurídicos" y se inventa un *contrato de comodato* con el señor Gilberto Cortés, atribuyéndose su condición de poseedora del inmueble, pues a "*ojo de buen cubero jurídico*", en realidad la Fiduciaria le transfirió esos derechos y como de los intentos de recuperación del predio desde el año 2014 al año 2017 ninguno le prospera, con base en esa situación, empieza a ponerse en contubernio con la Fiduciaria ACCION FIDUCIARIA S.A. a dar palos de ciegos frente a la recuperación del predio, reviviendo un supuesto contrato de comodato, que nunca se formalizó.
7. Tan es así que la sociedad Stretegy, se inventa sobre ese mismo inmueble, varios procesos:
  - I) Contra Gilberto Cortés, lo tilda de comodatario y le instaura un proceso, el 043-2015-530, por restitución de inmueble, pero el mismo Juzgado 43 Civil

del Circuito deniega, pues nunca se formalizó con la entrega de ese predio, luego no había comodato.

- II) Contra este mismo supuesto comodatario, un proceso Ejecutivo 032-2015. 559, donde se cobraba un monto que superaba tres veces el inmueble dado en fideicomiso, pero el Juzgado 32 deniega la ejecución, pues la obligación nunca nació al no existir contrato de comodato.
- III) Contra Marcela, la sociedad STRATEGY le instaura una acción de reivindicatoria, que conoció el Juzgado 31 Civil del Circuito con el radicado 031-2015-01193 y allí se tilda de poseedora a la demandada Marcela Tarazona y Strategy Fund Investments nada dice, luego la reconoce es como poseedora.

8. La demandante no exhibió los documentos que se le pidieron, en donde se pudiera establecer que hubo terminación del contrato de fiducia mercantil denominado "FIDEICOMISO PARQUEO SALITRE 130" y la respectiva entrega, por lo menos "*simbólica*" como la juez de instancia cree que puede suceder, tal como dispone el artículo 754 y 756 del C. C.,. Por el contrario en el interrogatorio de parte en sesión anterior, se confesó por el Representante legal de la Dedante, que nunca hubo un acta de entrega, ni de parte de Marcela al constituir en aquella época el fideicomiso, ni de haberlo recibido la fiduciaria, ni ésta haberlo entregado en comodato a Marcela.

**TERCER REPARO:** Desconocimiento de la calidad de poseedora de la demandada y por ende, desconocer la falta de legitimación pasiva.

Desconoció la juzgadora la declaración de parte que dio la demandada, que no fue infirmada por la parte demandante, en la cual afirma que nunca se comprometió a hacer entrega real y material del inmueble a la fiduciaria y fue esa la condición que puso al constituir el fideicomiso, que seguiría explotando y usufructuando el predio, pues era parte del patrimonio de su familia. Así se lo aseguró el directivo de la entidad demandante, quien le afirmó que era un mero formalismo de garantía por un préstamo.

Reparo evidente es el desconocimiento también que hay en la sentencia impugnada, de la conducta de las partes antes de la acción y en el presente proceso, circunscrita a lo siguiente:

- i) no se puede concebir que la sociedad Fiduciaria haya dejado transcurrir 4 años, sin siquiera un requerimiento a la supuesta comodataria. Eso raya con lo ilógico. Ese consentimiento es porque según las circunstancias, la Fiduciaria sabía que no hubo formalización del comodato.
- j) ii) No fue necesario que la sociedad demandante hubiese exhibido documentos que por parte nuestra se pidieron, que tendían a demostrar que esa entrega a título o a manera de "Pasa manos" nunca ocurrió. Todo porque el representante legal al absolver el interrogatorio de parte ante el Juzgado 26 Civil del circuito, declaró que la entidad no tiene documento alguno que acredite la entrega real y material de ese inmueble, en cualquiera de las formas que se establecen en esa norma. Entonces, si no se cumplió con el requisito indispensable que se establece en el artículo 2200 del C.C., en concordancia con el artículo 754 del mismo, entonces quiere decir que la demandada nunca se despojó de la posesión.

- k) iii) La demandada desde el momento de ser contactada ostentaba la calidad de propietaria y explotadora del predio y esa situación perduró en el tiempo, hasta el día de hoy, es decir, que nunca varió la calidad de poseedora, ni sufrió ese señorío ninguna alteración, al punto que ni siquiera la fiduciaria, mucho menos la sociedad Strategy le hizo ningún requerimiento.
- l) iv) en el proceso arrimado como prueba trasladada, se discutió que la calidad de Marcela Tarazona era de poseedora contractual, luego hubo un convenio o relación por medio del cual se definió su calidad de señora y dueña y la explicación la dio la misma demandada y es que firmó la fiducia de parqueo, con el entendido y convencimiento que se quedaba con la posesión y efectivamente así lo hizo a través del tiempo.

Tan es evidente este reparo que la Fiduciaria aparece es como comodín para restituir el predio, después que la propietaria perdió tres procesos, por no tener ninguna razón jurídica.

**CUARTO REPARO. LA tergiversación del principio de la buena fe.**

La Juzgadora hace un vuelco al principio de la buena fe, y endilga que la conducta de la demandada no se acopla a los parámetros del artículo 1602 del C.C y del artículo 871 del C. de Cio., al calificar que a rajatabla la demandada tenía que restituir el inmueble, en un acto de obediencia al contrato, que ni siquiera ningún requerimiento le hicieron, a pesar de los distintos convenios que hubo entre la demandante y el tercero STRATEGY.

Por el contrario, es de mala fe la actitud de la entidad demandante, pues se pone en contubernio con la entidad STRATEGY para por su intermedio tratar de recuperar el inmueble, cuando desde el día 30 de marzo de 2014 se despojó de la calidad de comodante, al hacer la restitución fiduciaria y proceder a liquidar el patrimonio autónomo, como lo ordena la ley. Al haber terminado ese fideicomiso, es mala fe, cuando la entidad demandante se pone de acuerdo con la sociedad Strategy y revive una calidad de comodante, cuando la misma terminó el 30 de marzo, cuando se dio por cumplido completamente el objeto del fideicomiso.

En conclusión, desfigura la juzgadora el principio de la buena fe y lo acomoda en beneficio de la parte actora.

**QUINTO REPARO: La descalificación injusta del testigo Gilberto Cortés Noriega.**

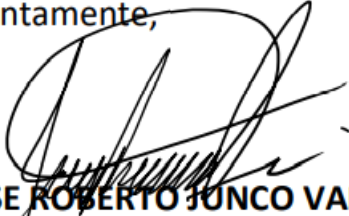
La juez califica y evalúa al testigo en mención, con un calificativo que rompe con todos los parámetros que la abundante jurisprudencia ha establecido para establecer la crítica del testimonio, para demeritar su declaración. Es cierto que hay una norma que se consagra el fenómeno de la sospecha de un testigo, pero en este caso, es abiertamente ausente los presupuestos que la jurisprudencia ha establecido para la sospecha de un testigo.

Explicados y establecidos los anteriores reparos, insisto en que la sentencia se modifique solo en lo que corresponde a la parte considerativa y se modifique en que se confirma la sentencia, pero por lo motivos de aparecer en el proceso con suma claridad, la prueba de la excepción denominada inexistencia del contrato de comodato y en el peor de los casos,

una evidente falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, que es de inconmensurable importancia para los intereses de mi mandante.

Dejo así sustentado el recurso de apelación, reiterando los reparos contra la sentencia impugnada.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jose Roberto Junco Vargas', written over a circular stamp or mark.

**JOSE ROBERTO JUNCO VARGAS**  
No. 19.413.991 de Bogotá  
T. P. 40.886 del C.S. de la J.

**CORREO:** [juncovargasjr@gmail.com](mailto:juncovargasjr@gmail.com)

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA RV: Allega sustentación recurso de apelación. Proceso 026-2017-00004-03

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 27/02/2024 16:02

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

📎 1 archivos adjuntos (303 KB)

201700004 SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN TSB(04).pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ISAZA

Atentamente,



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público  
Secretaría Sala Civil  
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305  
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378  
Línea Nacional Gratuita 018000110194  
Email: [secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA  
Secretario Judicial

**De:** Arguello Abogados - Francy Alejandra Arguello Garcia <gerencia@arguelloabogados.org>

**Enviado el:** martes, 27 de febrero de 2024 1:40 p. m.

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

**CC:** Juridico 1 - Arguello Abogados <juridico1@arguelloabogados.org>

**Asunto:** Allega sustentación recurso de apelación. Proceso 026-2017-00004-03

**Doctor**

**Luis Alfonso Isaza Dávila**

**Magistrado Sala Civil**

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**

**E. S. D.**

**Demandante:** Acción Sociedad Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso Salitre 130.

**Accionado:** Betsy Marcela Tarazona Gutiérrez.

**Asunto:** Sustentación recurso de apelación sentencia.

**Radicación:** 11001-31-03-026-2017-00004-04

Francy Alejandra Arguello García, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.010.173.596, portadora de la Tarjeta Profesional No. 211.638 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada de la parte demandante, dentro del término para ello, me permito



sustentar los reparos presentados contra la sentencia dictada en audiencia realizada el 23 de septiembre de 2020.

Atentamente,

**Francy Alejandra Arguello García.**

*Gerente General*

Carrera 48 # 118-67 Bogotá D.C.

Correo: [gerencia@arguelloabogados.org](mailto:gerencia@arguelloabogados.org)

Tel.: 314 337 10 69.



**Doctor**

**Luis Alfonso Isaza Dávila**

**Magistrado Sala Civil**

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**

**E. S. D.**

**Demandante:** **Acción Sociedad Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso Salitre 130.**

**Accionado:** **Betsy Marcela Tarazona Gutiérrez.**

**Asunto:** **Sustentación recurso de apelación sentencia.**

**Radicación:** **11001-31-03-026-2017-00004-04**

**Francy Alejandra Arguello García**, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.010.173.596, portadora de la Tarjeta Profesional No. 211.638 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada de la parte demandante, dentro del término para ello, me permito sustentar los reparos presentados contra la sentencia dictada en audiencia realizada el 23 de septiembre de 2020, en los siguientes términos:

**i) Indebida interpretación de la cláusula séptima del contrato de comodato. Diferencia entre omisión de información y ambigüedad de la cláusula.**

En el presente asunto no hay duda que el 28 de enero de 2013, entre Acción Sociedad Fiduciaria S.A. como vocera del fideicomiso Parque Salitre 130, en calidad de comodante, y la señora Betsy Marcela Tarazona Gutiérrez, en calidad de comodataria, se celebró “*CONTRATO DE COMODATO PRECARIO FIDEICOMISO PARQUEO SALITRE 130*”, que recayó sobre el local 1.30 del Centro Comercial Salitre Plaza, y en el cual se dejó constancia de su perfeccionamiento, es decir, de la entrega real y material que hizo la comodante a la comodataria, según consta en la cláusula octava del citado acuerdo de voluntades, el cual no fue tachado de falso ni desvirtuado si quiera parcialmente, tal como acertadamente indicó la juez de primer grado.

En lo que se equivocó la juez de primer grado, fue al valorar las cláusulas del contrato tendientes a indicar la forma en que debía verificarse la restitución del bien, tal como pasa a explicarse.

En principio se recordará el marco legal del contrato de comodato y luego se analizará el contrato que sirvió de base a la presente acción, para que su señoría observe como se ajustan las pretensiones de la demanda a los supuestos de hecho que fijan los parámetros legales y a las cargas contractuales que estaban a cargo de la demandante para obtener la restitución del predio.

El artículo 2200 del Código civil establece que “*{e}l comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes **entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz**, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso” y “*{e}ste contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa*”. A su turno el artículo 2219 del mismo compendio impone que “*el comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo*”.*

Implica lo anterior, que celebrado el contrato y perfeccionado con la entrega real y material del bien, queda el mismo en custodia del comodatario, pues debe restituirlo conforme a lo pactado.

Se generaría una discusión en torno a la forma o al lugar en el que debe de requerirse al comodatario para que efectúe la restitución cuando éste no indicó su dirección para notificación para dicho fin, **cuando se trate de bienes muebles**, precisamente por la naturaleza de movilidad de tales bienes; sin embargo, cuando son bienes inmuebles, al partir de la base que se le entregó real y materialmente al comodatario y este aceptó haberlo recibido, como en este caso, pues en ausencia de dirección registrada para el requerimiento de restitución, la manera de suplirla será tener como dirección para tal fin la del inmueble sobre el que recae el comodato, pues existe una relación de hecho, jurídicamente respaldada por el contrato, entre la comodataria y el bien raíz. De allí, que no pueda bajo ningún criterio aplicarse una interpretación a favor de la comodataria que se sustrajo de informar la dirección para notificación e imponer una clara sanción, sin sustento legal, en contra de la comodante que fue diligente al momento de buscar la restitución del predio.

Y es que imponer un rasero interpretativo desfavorable para la comodante no se acompasa con las normas aplicables al caso, debido a que en la cláusula cuarta se consignó que la comodataria haría la restitución del inmueble a favor de la comodante, a más tardar el quinto día hábil siguiente “*al cual le sea solicitado por EL COMODANTE mediante comunicación escrita enviada por correo certificado a la dirección registrada en este contrato*”. Es decir, que los presupuestos para la restitución eran básicamente cuatro (4). El primero, que la comodante hiciera el requerimiento de entrega a la comodataria. El segundo, que se hiciera por escrito. El tercero, que se hiciese a través de correo certificado. El cuarto, que se dirigiera a la dirección registrada en el contrato.

En ese orden, conforme a las documentales allegadas con la demanda, se verificó la concurrencia plena de los citados requisitos para que tuviese lugar la restitución, pues frente a los dos primeros se aportó el escrito fechado 17 de noviembre de 2016, en el que la comodante le manifestó a la comodataria:

*“En atención al Contrato de Comodato Precario suscrito el 28 de enero de 2013, entre usted en calidad de COMODATARIO y ACCIÓN*

*SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera del FIDEICOMISO PARQUEO SALITRE 130, en calidad de COMODANTE, **mediante el presente escrito nos permitimos solicitar para el día 25 de noviembre de 2016 a las 10:00 A.M. la RESTITUCIÓN del inmueble dado en comodato** en virtud de la Cláusula Cuarta de dicho contrato.*

*(...) Por tal razón, **solicitamos la restitución del inmueble** en los términos previstos en el presente documento”. (Subraya y negrilla fuera de texto)*

Igualmente, se allegó la constancia de la empresa de correo certificado, acerca de que por su conducto se remitió el requerimiento de entrega a la dirección del inmueble dado en comodato, que estaba en custodia de la demandada, quien así lo manifestó al contestar la demanda y al absolver el interrogatorio de parte, solo que bajo el derrotado argumento de ser poseedora, lo que quedó hasta la sociedad desvirtuado con la sentencia emitida por la misma Sala Civil del Tribunal en proceso reivindicatorio, así como con el contenido mismo del contrato de fiducia y el comodato, o sea, que sin lugar a dudas, ante la falta de información acerca de la dirección de la comodataria, se satisfizo el presupuesto con el requerimiento en la dirección del bien dado en comodato, por lo que no hay duda del tercer presupuesto anotado.

Frente al cuarto requisito, es necesario destacar que en la cláusula séptima del contrato de comodato se omitió indicar la dirección en la que recibiría las notificaciones la comodataria. Sin embargo, la lógica contractual y legal, hace de sí que tal situación no puede impedir entonces que el inmueble sea restituido, o sea, que no implica que al no existir dirección de notificaciones, se frustre cualquier posibilidad de solicitar la devolución del bien, debido a que esto significaría una trasgresión de los derechos de la comodante de recuperar la tenencia del local 1-30 del centro Comercial Salitre Plaza.

Por tanto, la eventualidad que se presenta es una omisión de información en la cláusula séptima, pero ello no la hace ambigua, ni tampoco a la cláusula cuarta, pues el entendimiento de las dos es sencillo, evidente, nítido, por lo que no es dable aplicar una normativa (art. 1624 C.C.), referente a la interpretación de cláusulas ambiguas, que se repite, no es lo que aquí ocurrió y menos para privilegiar la sustracción de la comodataria del cumplimiento de las obligaciones a su cargo en claro detrimento de los intereses de la comodante que acató en un todo las condiciones del acuerdo de voluntades, como quiera que agotó el envío por correo certificado de la comunicación escrita contentiva del requerimiento de entrega, pero la comodataria, caprichosamente evadió el enteramiento al negarse a recibir, lo que no hace de sí que no se den los presupuestos para la terminación del contrato de comodato, que como ya se dijo, exigía el envío del requerimiento.

De allí, que las normas aplicables para definir de fondo la controversia eran, entre otras, el artículo 1620 del Código Civil, en el que se dispone que *“el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel*

*en que no sea capaz de producir efecto alguno*". Igualmente, procedía aplicar el artículo 1622 del mismo compendio que señala, en esencia, que las cláusulas de los contratos deben interpretarse unas por otras, dándoles el sentido que mejor convenga al contrato.

En ese orden, la solución para subsanar la omisión aludida es agotar la dirección de notificación de la comodataria en la única que se conoce en el contrato de comodato precario, es decir, en la del inmueble dado en comodato, más cuando esta alegó que ha mantenido la custodia del mismo. Dicha alternativa no sugiere una posición dominante en la comodante, sino que atiende a postulados de materialización del derecho sustancial, por lo que la alternativa dada por la Juzgadora de primer grado, de no tener ninguna dirección como supletiva, inclusive la del inmueble, lleva a la imposibilidad de terminar el contrato y dejar indefinidamente el local en manos de la comodataria, olvidando, precisamente, que la naturaleza del comodato precario, es la facultad del comodante de ser restituido en el momento en que su voluntad así lo determine.

A la luz de estas premisas, aunado a que las reglas de interpretación de los contratos señalan que es desacertada la decisión de la juez en referencia a que no se realizó el requerimiento de restitución en los términos concertados en el contrato de comodato, por lo que debe revocarse la sentencia y, en su lugar, acoger las pretensiones, se insiste, porque no es procedente sancionar a la comodante con una interpretación desfavorable cuando la omisión en el contrato de hecho provino de la comodataria demandada, quien omitió manifestar en el contrato cuál era la dirección en la que recibiría notificaciones. Además, si bien es cierto que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes (art. 1602 C.C.), también lo es que nadie está obligado a lo imposible y si la comodataria no indicó una dirección específica no podía la comodante inventar una o intentar requerirla en cuantas estimara conveniente.

***ii) La Juez a quo no tuvo en cuenta que la notificación del auto admisorio de la demanda refrendó el requerimiento de entrega del comodante a la comodataria.***

El numeral 3 del artículo 1608 del Código Civil establece que el deudor está en mora cuando ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. En este caso, la prestación a cargo de la comodataria, consistente en restituir el inmueble, está en mora de ser acatada porque se rehusó a recibir el escrito de requerimiento con el cual se terminó el contrato de comodato, pero que en cualquier manera cumplió con los requisitos contractuales para tal fin.

Sin embargo, si en gracia de discusión se pasara por alto que el requerimiento se hizo conforme a lo pactado, es indudable que acorde al artículo 94 del Código General del Proceso, se ratificó el interés de la comodante de solicitar la restitución del bien al notificar el auto admisorio de la demanda de restitución de tenencia, situación frente a la que tampoco puede excusar que no

fue enterada la demandada, ya que actuó en el trámite. En ese orden, al tratarse de un requerimiento judicial, no existe una violación del debido proceso de la demandada, en la medida en que concurrió al juicio y tuvo las oportunidades para ejercer la defensa y contradicción, como en efecto lo hizo. Igualmente, brindó el legislador con la norma en comento, la vía supletoria para evitar que la comodante quedara desproveída de solución ante la falta de información de la dirección de la comodataria.

Además, la dirección en que se agotó no es óbice para que la comodataria siga sustrayéndose de cumplir con su obligación de restituir el bien.

Implica lo anterior, que enterada en debida forma la comodataria del requerimiento de restitución tanto extrajudicial como judicial, está en mora de cumplir con su deber de entregarlo a la comodante, pues recuérdese que el numeral 3 del artículo 1608 estatuye que el deudor está en mora “(...) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”, y en el particular, la comodante se constituyó en acreedora de la prestación de que se le restituyera el bien, cuando judicialmente requirió a la comodataria, que está en mora desde entonces de satisfacer la carga aludida.

Que no se diga ahora que este es un argumento novedoso que no se alegó en la demanda o e en curso del litigio porque al ser de orden legal su consagración no requiere solicitud de parte, sino que se entiende interpuesto con el escrito de demanda y produce los efectos, también por disposición legal.

Así las cosas, al no tener presente dicha norma la juez de primer grado, con lo cual se configuró una violación al debido proceso de la parte demandante, deberá revocarse la sentencia, para en su lugar declarar prosperas las excepciones.

### **Falta de legitimación de la demandada para interponer el recurso de apelación.**

El segundo párrafo del artículo 321 del Código General del Proceso regla que “*podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia*”, lo que hace alusión a que la decisión que se ataca acogiese o negase las pretensiones de la demandante o acogiese o declarara imprósperas las excepciones de la demandada.

Significa lo anterior, que es lo determinado en la parte resolutive de la sentencia lo que define la legitimación para apelar, por ejemplo, si se acogen parcialmente las pretensiones y se declara prospera una excepción que no lleva al fracaso integro del petitum, podrán las dos partes recurrir ante el superior, pero cuando se niegan las pretensiones en integridad y se declara probada una excepción, es evidente que la demandada no se vio desfavorecida con el fallo de fondo, como aquí ocurrió. No puede colegirse que esté legitimada para apelar

porque está inconforme con parte de las consideraciones de la sentencia, debido a que se desecharon sus defensas soportadas en un hecho desvirtuado como la posesión de la demandada.

En acatamiento a lo reglado por la Ley 2213 de 2022, el presente escrito se remitió al correo electrónico del apoderado de la demandada ([juncovargasjr@gmail.com](mailto:juncovargasjr@gmail.com)).

Mi dirección para recibir notificaciones es [gerencia@arguelloabogados.org](mailto:gerencia@arguelloabogados.org) .

Se anexa estado y providencias.

Cordialmente,



**FRANCY ALEJANDRA ARGUELLO GARCIA**

C.C. No. 1.010.173.596 de Bogotá

T.P. No. 211638 del C.S.J.


**MEMORIAOL DRA SAAVEDRA RV: 1100131030162017006901**

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

&lt;secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

Vie 01/03/2024 16:32

Para:2 GRUPO CIVIL &lt;2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

 1 archivos adjuntos (3 MB)

sustentacion recurso de apelacion rad 2017-00069.PDF;

**MEMORIAOL DRA SAAVEDRA**

Atentamente,



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público  
Secretaría Sala Civil  
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305  
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378  
Línea Nacional Gratuita 018000110194  
Email: [secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)



**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
*Secretario Judicial*

---

**De:** Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Enviado el:** viernes, 1 de marzo de 2024 3:29 p. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

&lt;secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

**CC:** asislegalltda@yahoo.com**Asunto:** RV: 1100131030162017006901

Buenas tardes,

Remito por ser de su competencia.

***LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON****Secretaria Administrativa de la Sala Civil**Tribunal Superior de Bogotá**PBX 6013532666 Ext. 8378**Línea gratuita nacional 018000110194*[secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)



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

*Bogotá D.C.*

---

**De:** asistencia legal <[asislegalltda@yahoo.com](mailto:asislegalltda@yahoo.com)>

**Enviado:** viernes, 1 de marzo de 2024 15:04

**Para:** Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <[secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)>

**Asunto:** 1100131030162017006901

PROCESO DE PERTENENCIA : RAD: 2017-00069

Demandante: ALEXANDER TORRES LADINO

Demandada: MYRIAN LUCY PEDRAZA MUÑOZ E INDETERMINADOS

Asunto : Sustentación recurso de apelación

Cordial saludo para el despacho, por medio del presente me permito al llegar al despacho y a las partes la sustentación del recurso de alzada interpuesto por el suscrito apoderado archivo en PDF (12 folios , para lo pertinente.

atentamente,

SOLIN ROJAS LADINO

FAVOR ACUSAR RECIBO



**Bogotá DC. 28 DE FEBRERO DE 2024**

Honorable Doctora.  
**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA**  
Magistrada Ponente-  
Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil  
Ciudad.

**REFERENCIA: SUSTENTACION A RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE SENTENCIA DEL 25 DE OCTUBRE DE 2023**

<b>PROCESO PERTENENCIA No 110013103-016-2017-00069-01</b>
<b>DEMANDANTE: ALEXANDER TORRES LADINO</b>
<b>DEMANDADO: MYRIAM LUCY PEDRAZA DE MUÑOZ E INDETERMINADOS</b>

**SOLIN ROJAS LADINO** mayor de edad identificado con cedula de ciudadanía No 17.413.327 de Bogotá D.C. abogado en ejercicio con tarjeta profesional No 206014 del C.S. de la J. domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C. correo electrónico asislegallda@yahoo.com , actuando como apoderado del Demandante, por medio del presente escrito, me dirijo con el debido respeto y de forma comedida con fin de **DAR CUMPLIMIENTO** a lo ordenado por su Honorable Despacho en providencia del **23 DE FEBRERO DE 2024**. Publicada en estado del **26 DE FEBRERO DE 2024**. Esto es procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia emitida el 25 DE OCTUBRE DE 2023 por el JUZGADO 17 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA.

**1- FUNDAMENTOS DE SUSTENTACION DE LA APELACION**

Sea del caso reseñar, que el mecanismo procesal de la apelación es un medio de impugnación por medio del cual se busca que el superior del funcionario que emitió la decisión, la estudie para que la revoque o modifique, lo cual hace efectivo el principio de doble instancia establecido en la norma superior, precisamente el inciso 1º del artículo 320 del C.G.P. dispone que esta censura "tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión."

Sin embargo, para que el recurso sea escrutado por el superior se deben colmar una serie de requisitos como son la legitimidad y la oportunidad para recurrir; que el pronunciamiento haya sido desfavorable a quien promueve la queja, a su vez la decisión tiene que ser susceptible de esta censura ya que solo pueden objetarse por este medio las expresamente señaladas por la ley; y que el mismo sea sustentado conforme los derroteros de la norma procesal civil.

En el caso objeto de estudio por parte de su Honorable Despacho, se observa que luego de tomarse la decisión por parte del Ad Quo, el suscrito apoderado de la parte demandante,



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

dentro del término legal interpuso recurso de apelación contra la determinación adoptada por el Juez de Primera Instancia.

Sea oportuno indicar que el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, adoptó la agilización del trámite de los procesos judiciales, procurando que las actuaciones judiciales se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial.

Tal marco normativo, señala lo siguiente:

*"Artículo 14. Apelación de Sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así: Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes. Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.*

En cumplimiento de lo dispuesto por el citado canon, procede el suscrito apoderado recurrente, dentro del término legal que por auto del **23 DE FEBRERO DE 2024**, se concedió a la suscrita parte apelante, el término de cinco (05) días para sustentar el recurso interpuesto contra la sentencia del 25 DE OCTUBRE DE 2023 emitida por el JUZGADO 17 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA,, En consecuencia procedo a sustentar los reparos contra la sentencia objeto de alzada.

### **I- FUNDAMENTOS DEL DESPACHO EN LA SENTENCIA OBJETO DE APELACION**

En primera medida el JUZGADO 17 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, fallador de primera Instancia, hace una relación y/o identificación de las probanzas documentales, periciales, interrogatorios, Testimoniales, Publicaciones, aportadas con la demanda y demás practicadas y/o incorporadas en el desarrollo de la presente actuación.

Sin embargo, indica como problema Jurídico del presente tramite:

#### **" 3.1 -Problema jurídico: art. 30 Acuerdo PSAA16 - 101618"**


Consultado, el citado acuerdo reseñado por el Juez de Primera Instancia, el mismo reglamenta, conforme la consulta a la Gaceta de la Rama Judicial: "el sistema de evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial".

Se anexa reporte de la página de la Rama Judicial:



INICIO

Ingresar

Tipo de Acto Administrativo	Acuerdo
Número	PSAA16-10618 DE 2016
Fecha de Expedición (dd/mm/aaaa)	07/12/2016
Estado	 Vigente sin Modificaciones
Sesión de la Sala Administrativa del (dd/mm/aaaa)	23/12/2016
Título	Por medio del cual se reglamenta el sistema de evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial
Presidente de Sala	Dra. GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO - VICEPRESIDENTE
Rige a partir de (dd/mm/aaaa)	07/12/2016

Se anexa link de la acuerdo en la Página de la Rama Judicial:

<https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Acto%20Administrativo/Default.aspx?ID=12841>

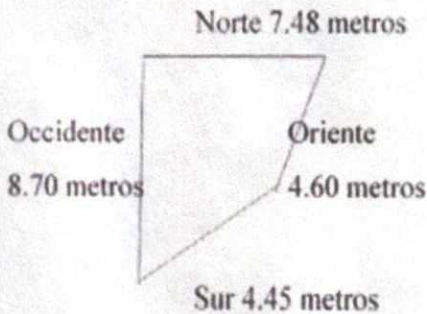
Por lo tanto problema jurídico que postula el Juez de Primera Instancia, dista totalmente de las pretensiones, pruebas aportadas y practicadas, así como de las audiencias adelantadas dentro de la presente actuación. Como quiera que se cursa **PROCESO DECLARATIVO DE PERTENENCIA**, regulado en el art. 375 del Código General del Proceso, en donde a través del citado mecanismo Judicial, el aquí demandante **ALEXANDER TORRES LADINO**, que ha ocupado una propiedad en calidad de poseedor por el tiempo necesario, conforme la legislación Colombiana, acude ante la administración de Justicia, al configurarse la prescripción adquisitiva de dominio, para que mediante sentencia a su favor, se convierta en dueño de ella.

Por otro lado, considera entre otros el A Quo, como argumento principal de su sentencia, que las probanzas incorporadas a la actuación, no se compadecen, con la pretensión inicial, la corrección a la demanda, como quiera que lo pedido no corresponde con lo probado, razón por la cual, se despacha desfavorablemente la pretensión de usucapión.

Para tal conclusión el Juez fallador, se aparta de la documentales incorporadas con el escrito de demanda y su correctivo, del folio de matrícula inmobiliaria, de los planos, y en especial de los dictámenes periciales incorporados al proceso y así mismo, no realiza el análisis que corresponde al cumplimiento que realizó la parte actora, al requerimiento elevado por el despacho fallador en diligencia de inspección judicial del 07 de octubre de 2022, y en su providencia realiza una gráfica de una figura de un "trapezoide". Folio 221 del expediente.



En ese orden de ideas, la pretensión de prescripción adquisitiva, se grafica de la siguiente manera:



Análisis grafico que extrañamente no concuerda, con lo pretendido con la demanda de pertenencia, atendiendo a que lo pretendido, fue corroborado físicamente por el Juez Titular, en el momento de la inspección judicial del 07 de octubre de 2023.

## 2. CONSIDERACIONES QUE FUNDAMENTAN Y QUE LEGITIMAN LA APELACION

Respetando profundamente los argumentos sobre los cuales el despacho de primera Instancia, sustenta su decisión. El suscrito apoderado no puede compartirlos por las siguientes razones:

Para el caso concreto y con el respeto del señor Juez A QUO, no interpreto adecuadamente en la sentencia emitida el 25 de Octubre de 2023, las pruebas incorporadas al expediente.

Sustento del argumento en cita, se tiene que en la diligencia de inspección del 07 de Octubre de 2023, en el video, parte 3, el Señor Juez, con el acompañamiento de las Partes, realizo el alinderamiento del inmueble y la medición del terreno objeto de pertenencia, y es así que manifiesta en la referida diligencia de inspección judicial, que los linderos, corresponden a la identificación del inmueble, identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 50C-259096. Esto es se identifico en bien conforme a las pretensiones de la demanda.

De otra parte, no se puede desconocerse, que en el desarrollo de la diligencia de Inspección Judicial del 07 de Octubre de 2023, el Honorable Juez 17 Civil del Circuito de Bogotá, acuciosamente realizo la verificación del inmueble objeto de pertenencia, al punto que logro detectar que había una pequeña fracción del inmueble, que no estaba reseñada en el dictamen pericial.

Por lo tanto, como medida de saneamiento dentro de la actuación, ordeno: 1. Realizar la publicación de la Valla en el inmueble, bajo los apremios del art 317 del CGP, y así mismo, ordeno al Perito que realizara las correspondientes aclaraciones al dictamen pericial inicialmente rendido, advirtiendo la fracción del inmueble que estaba reseñada y que fue detectada en la diligencia de inspección judicial.



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

Atendiendo a lo ordenado por el Operador Judicial, la parte demandante, dio cabal cumplimiento a los requerimientos, esto es, allegando los soportes Gráficos de la Valla en el inmueble y así mismo se incorporó al proceso por parte del perito, el dictamen pericial aclaratorio, solicitado por el Juez, con el ánimo de realizar la identificación precisa del inmueble y así mismo .

Es así que mediante providencia del 26 de abril de 2023, el Juzgado de Primera Instancia, incorporo dichas documentales a la presente actuación.

En primera medida debe valorarse que el interrogatorio practicado al demandante ALEXANDER TORRES LADINO, así como los testimoniales recepcionados a los ciudadanos Edwin Libardo Pinzón Rodríguez; Armando Tolosa; José Crisanto Hernández. Y Yovany Ernesto Zapata Lancheros, así como las documentales allegadas a la actuación, dictamen pericial allegado por el auxiliar de la justicia Diego Figueroa Villanueva, son probanzas que al unísono demostraron al Juez, que el aquí demandante, tiene la posesión sobre una cosa materialmente determinada, la cual se identifica con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 50C-259096.

La pretensión aquí invocada por el demandante ALEXANDER TORRES LADINO, se orienta a lograr un pronunciamiento sobre la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio del inmueble reseñado y particularizado en la demanda y su corrección, del cual reclama posesión el actor quien aduce haberlo ostentado por un espacio superior al tiempo que para el particular caso se impone.

Sea del caso recordar que la prescripción es concebida como una institución capaz de crear dos efectos jurídicos diferentes a saber: una extinción o una adquisición, pero teniendo como común denominador el transcurso del tiempo establecido por la ley, sin que se hubiere ejercido un actuar positivo sobre una cosa, un derecho o una acción. Esta dualidad y el común denominador aludido, están respaldados en los Arts. 2512 y 2535, de la Codificación Sustantiva Civil, pues de su lectura se advierte que por medio de la prescripción se puede ADQUIRIR una cosa ajena por haberse poseído durante un tiempo determinado sin oposición de su propietario; e igualmente se puede EXTINGUIR una acción o un derecho ajeno, por no haberse alegado esa acción o ese derecho, igualmente, durante un tiempo determinado.

De la misma manera, se ha señalado Legal y jurisprudencialmente que la posesión es una específica relación de una persona con una cosa materialmente determinada. Es un hecho expresivo de tenencia de bienes corporales, muebles o inmuebles, y quien la ostente debe sentirse dueño, ya tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en su lugar y a su nombre. La posesión se acredita con la aprehensión material del bien por parte del sujeto poseedor con la intención de hacerlo suyo, debe tener ánimo de señor y dueño, el cual, pese a su carácter subjetivo, debe interiorizarse con la ejecución de hechos positivos a los cuales sólo da derecho el dominio. De donde ese carácter interno o acto de voluntad



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario (Arts. 762 y s.s. y 981 C.C.).

Obsérvese que la Jurisprudencia, como la doctrina han sostenido que la posesión es un poder de facto que se tiene sobre una cosa corporal determinada, mediante el cual se vincula a la persona con ella a través de su voluntad de aprehenderla para sí. Entonces, la posesión surge de una continuada sucesión de hechos sin solución de continuidad perceptibles en el tiempo y en el espacio que, considerados en su conjunto, acreditan de manera inequívoca que quien se predica poseedor de una cosa, realmente lo es por disponer de ella sin restricciones de ninguna naturaleza. En consecuencia, el poseedor debe comportarse como propietario de la cosa y por ende, en su actitud debe aparecer de manera inequívoca una tendencia pública a disponer del inmueble de manera arbitraria, sin que vaya en contravía a la ley o de un derecho ajeno (art. 669 C. Civil). Por ello se requiere, entonces, que la posesión sea quieta, pacífica, ininterrumpida y libre de clandestinidad.

Por lo tanto, resulta indispensable que quien pretenda beneficiarse alegando la usucapión, tal y como lo ha demostrado el aquí demandante ALEXANDER TORRES LADINO, acredite los requisitos axiomáticos de la posesión (*corpus y animus domini*) como única forma de obtener las ventajas jurídicas pretendidas, sin olvidar al respecto lo establecido por el artículo 981 del Código Civil, por lo que invariablemente se concluye que ella deberá manifestarse por la realización de hechos positivos. Y siendo éstos -*corpus*- de naturaleza fáctica o perceptibles por los sentidos, pueden acreditarse por cualquier medio probatorio que permite probar la vinculación material del poseedor con la cosa, pero ello no acaece con el acto volitivo -*animus domini*- de ser dueño o de hacerse dueño justamente por el carácter subjetivo de dicho elemento, pero éste necesariamente debe trascender del poseedor y convertirse en un aspecto intersubjetivo de suerte que quienes perciban la ejecución de actos materiales igualmente tengan como dueño a quien los ejecuta. Y es claro que en este último aspecto la prueba testimonial es la más congruente e idónea para ameritarlo, pese a que los actos materiales a los que sólo da derecho el dominio también sirven de indicios de ese elemento subjetivo, mientras no aparezcan otros que los infirmen.

Por lo tanto correspondía al Operador Judicial, si la parte demandante ALEXANDER TORRES LADINO, aportó los medios idóneos que, a la sazón, dieran certeza de su posesión y que ésta supere el tiempo mínimo requerido en la ley para que opere la prescripción alegada, sino se olvida que los artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, establecen que a las partes o interesados corresponde -*onus probandi*- acreditar los hechos en que fundamentan tanto las pretensiones como los medios exceptivos que contra aquéllas se propongan, o sea, que tales disposiciones consagra por vía de principio la carga de las partes de probar los supuestos fácticos contenidos en las normas jurídicas cuyos efectos persiguen.



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

De manera que, al demandante ALEXANDER TORRES LADINO, le correspondía acreditar: (a) la posesión anunciada - con todos sus ingredientes formadores-; (b) que el bien raíz sobre el que se desplegó y ejerce posesión es el mismo que se busca usucapir y que no sea uno de aquellos prohibido obtener por ese modo; (c) que la permanencia de este fenómeno -*tempus*- lo es por un lapso igual o superior a los 10 años para bienes inmuebles (término reducido por la Ley 791 de 2.002); y (d) que existe legitimación en la causa en los extremos en contienda, esto es, que el extremo actor sea la persona - o personas - que predican haber poseído el bien materialmente determinado y, que el extremo demandado esté integrado por todos y cada uno de los sujetos que tengan derechos reales principales sobre el mismo.

Debe resaltarse que se decretaron las pruebas pedidas por la parte actora, además se decretó la práctica de la inspección judicial propia y obligada en ésta clase de asuntos.

Dentro de la etapa probatoria, se recaudaron los testimonios Edwin Libardo Pinzón Rodríguez; Armando Tolosa; José Crisanto Hernández. Y Yovany Ernesto Zapata Lancheros, a quienes se indagó sobre aspectos relacionados con la adquisición o compra del inmueble objeto de pretensiones, actos de posesión desplegados por el demandante ALEXANDER TORRES LADINO, sobre el predio, e hicieron mención sobre las mejoras plantadas dentro del inmueble objeto de usucapición, y expusieron que el actor ALEXANDER TORRES LADINO, tiene la posesión sobre ese bien de manera quieta pacífica e ininterrumpida y que nadie les ha reclamado mejor derecho.

Ahora bien, entrando a la especificidad del medio probatorio, que resulta en inconformidad por parte del Juez fallador en su fallo, debe señalarse tal y como se indicó previamente, que no se puede desconocer, que en el trámite de la diligencia de Inspección Judicial del 07 de Octubre de 2023, el Juez Fallador, diligentemente, realizó la verificación del inmueble objeto de pertenencia, al punto que logro detectar que había una pequeña fracción del inmueble, que no estaba reseñada en el dictamen pericial inicial.

Por lo tanto, como medida de saneamiento dentro de la actuación, ordeno: 1. Realizar la publicación de la Valla en el inmueble, bajo los apremios del art 317 del CGP, y así mismo, ordeno al Perito que realizara las correspondientes aclaraciones al dictamen pericial inicialmente rendido, advirtiendo la fracción del inmueble que estaba reseñada y que fue detectada en la diligencia de inspección judicial.

Atendiendo a lo ordenado el Operador Judicial, la parte demandante, dio cabal cumplimiento a los requerimientos, esto es, allegando los soportes Gráficos de la Valla en el inmueble y del dictamen pericial aclaratorio.

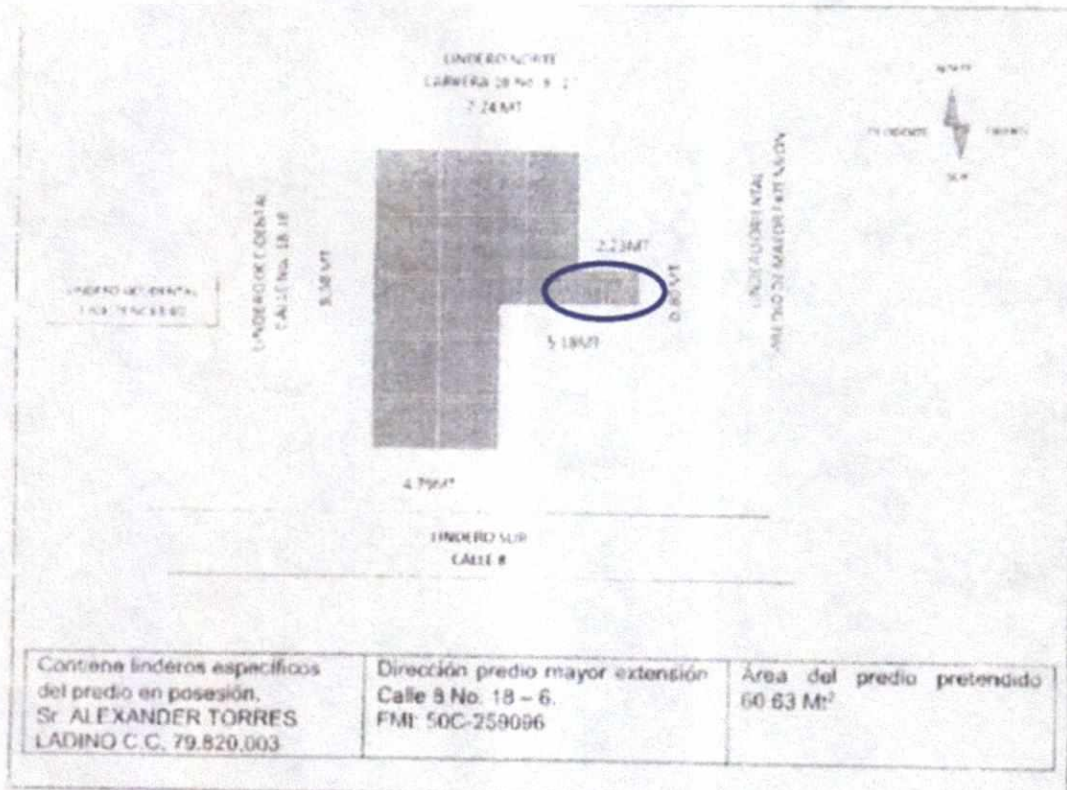
Obsérvese que en el dictamen pericial inicialmente aportado por el auxiliar de la justicia Diego Figueroa Villanueva, dentro de la presente actuación:





## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

Posteriormente y acatando lo ordenado el Operador Judicial, el auxiliar de la justicia Diego Figueroa Villanueva, aclaro el dictamen pericial, incorporando, la pequeña fracción del inmueble, que fue avizorada por el señor Juez, en la inspección judicial del 07 de Octubre de 2022.



En consecuencia debe señalarse que la prueba pericial está concebida para ilustrar al juez en el análisis y definición de puntos para los cuales se imponen aspectos técnicos o científicos, que no le son exigibles al funcionario, por lo que resulta perentorio que el dictamen sea claro, preciso y detallado, de suerte que facilite esa labor de apreciación del punto objeto de valoración, esto es, el bien inmueble objeto de usucapión.

Ahora bien el dictamen practicado en la instancia por el señor Diego Figueroa Villanueva, refiriéndose, al dictamen pericial, incorporando, para la pequeña fracción del inmueble, que fue avizorada por el señor Juez, en la inspección judicial del 07 de Octubre de 2022, imprime la claridad, precisión y contundencia necesaria para lograr la identificación plena del predio que pretenden usucapir el demandante ALEXANDER TORRES LADINO, más allá de que pudo aludir a una identidad jurídica entre los linderos que registran con los referidos en la demanda.

Debe señalarse, que el Juez en el curso de la diligencia de inspección judicial forzosa adelantada el 07 de octubre de 2023, arribó a la conclusión de que el inmueble existe y definió sus linderos con el apoyo del perito (Dictámenes Periciales, inicial y aclaratorio), toda esa actividad probatoria no puede ser excluida objetivamente del expediente portal razon. Surge palmariamente, un error evidente de hecho, en excluir implícitamente la



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

prueba de inspección judicial y sus resultados, pues la inspección judicial es una prueba compleja a la que se integran la percepción directa del juez y otros saberes, derivados de la actividad de peritos, documentos, planos, cartas, testimonios como aconteció en este proceso.

Por lo tanto la parte demandante ALEXANDER TORRES LADINO, dio cabal cumplimiento a requerimiento elevado por el Juez de Primera Instancia, que mediante providencia del 26 de abril de 2023, se dispuso:

*"PRIMERO: ACEPTAR la valla instalada por el extremo demandante, conforme al soporte gráfico allegado. A su vez, se le recuerda a la apoderada del gestor, que la misma deberá permanecer allí hasta la práctica de la audiencia de instrucción y juzgamiento (Art.375-7 del C.G.P.).*

*SEGUNDO: PONER en conocimiento de las partes el dictamen con las correcciones a la experticia rendida inicialmente por el perito Diego Figueroa Villanueva, acorde lo dispuesto en el artículo 228 del C.G.P.*

*TERCERO: ACEPTAR, la solicitud del apoderado del extremo demandante, tendiente a la corrección de la demanda, respecto de los linderos del bien a usucapir.*

Es decir que el operador judicial, mediante auto del 26 de abril de 2023, incluyó las precisiones al alinderamiento del inmueble, con base en el dictamen pericial y las manifestaciones aclaratorias de la parte actora, frente a los linderos del inmueble objeto de pertenencia.

No obstante y para el caso que nos ocupa, es relevante señalar que la Honorable Corte Suprema Justicia, Sala de casación nos ilustrada en sentencia SC13811-2015, en la que señaló:

*"No ha requerido la jurisprudencia, porque en verdad ninguna norma así lo exige y repugna ello a la naturaleza de la posesión, que exista una matemática coincidencia en linderos y medidas entre el bien o porción del bien poseído y el que se encuentre descrito en el folio de matrícula inmobiliaria que debe aportarse al proceso -como lo exige el artículo 407 mencionado-. A fin de cuentas, la posesión de un bien inmueble es un fenómeno fáctico, que se concreta o materializa en la detentación con ánimo de dueño mediante actos inequívocos de señorío que se focalizan y extienden hasta donde llegan el animus y el corpus, con relativa independencia de medidas y linderos preestablecidos que se hayan incluido en la demanda, pues tales delimitaciones tan solo habrán de servir para fijar el alcance espacial de las pretensiones del actor, y, claro, deberán establecerse, con miras a declarar, si así procede, el derecho de propiedad buscado, hasta donde haya quedado probado, sin exceder el límite definido por el escrito genitor.*

*Debe pues, el actor-poseedor con aspiración a que se le declare propietario por usucapión, demostrar, entre otros aspectos, la posesión que ejerce sobre una cosa, la que por supuesto debe delimitar. Y fue lo que hizo el demandante de este proceso, cuando tomó como base lo que el certificado catastral decía en punto de su área y dirección, a más de afirmar que ese predio formaba parte de uno de mayor extensión cuyo certificado de matrícula adujo (50S-6015)".*



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

Así mismo, la Honorable Corte Suprema Justicia, Sala de Casación, en sentencia SC3271-2020:

*“Recuérdese, además, que la posesión sobre una cosa es ante todo un hecho material que puede o no coincidir con los títulos registrados demostrativos del dominio, por cuanto un acto material sobre un bien o varios, puede ejercerse sobre el todo o una parte de los mismos, respecto a un predio que tenga un único o diferentes títulos. En adición, los sistemas georeferenciales no están actualizados, las alinderaciones fijadas en los instrumentos aportados, muchas veces son oscuras e incompletas; frecuentemente, lo puntualizado en un título ayer, hoy no existe por desaparición de mojones o hitos, por alteraciones de la naturaleza o del suelo, por actos del propio hombre, por desglobes, englobes, o transformaciones geofísicas, y ante todo, por el evidente retraso en los sistemas catastrales y registrales. De ahí la importancia de la inspección judicial en la pertenencia para obtener percepción judicial directa del hecho positivo que engendra posesión.”*

Con base en los precedentes jurisprudenciales, el Alto Tribunal nos ilustra, que en determinados casos se puede presentar, diferencias entre los linderos y medidas entre el bien inmueble objeto de usucapión, sin embargo el Juez con el apoyo de las pericias, en conjunto con la Inspección judicial y demás medios probatorios, puede verificar lo pretendido, lo anterior a que, tal como lo señalo la Corte, la posesión de un bien inmueble es un fenómeno fáctico, que se concreta o materializa en la detentación con ánimo de dueño mediante actos inequívocos de señorío que se focalizan y extienden hasta donde llegan el animus y el corpus, con relativa independencia de medidas y linderos prestablecidos que se hayan incluido en la demanda.

Debe Reiterarse, que la prueba pericial está concebida para ilustrar al operador Judicial, en el análisis y definición de puntos para los cuales se imponen aspectos técnicos o científicos, evento que surgió al momento de exigírsele al auxiliar de la justicia Diego Figueroa Villanueva, la aclaración al dictamen., complementación pericial que fue clara, precisa y detallada, de tal manera que ilustro y soporto ante el juez fallador sobre las característica del bien inmueble, objeto de usucapión.

Complementando lo ya enunciado, es el Juez que en el curso de la diligencia de inspección judicial forzosa adelantada el 07 de octubre de 2023, arribó a la conclusión de que el inmueble existe y definió sus linderos. Ahora bien desplegado por parte del Juez, el requerimiento a la parte actora para que incorporara el dictamen pericial, aclarando los linderos del inmueble, y consecuente con ello, la parte demandante dio cabal cumplimiento al llamado del Juzgado.

El perito incorporo las aclaraciones y precisiones solicitadas. Probanza que fue avalada por el juez de primera Instancia en providencia del 26 de abril de 2023, toda estas actividad probatoria, permitio al señor Juzgador tener una percepción directa del inmueble, de su existencia, de su alinderamiento y corroborar que el aquí demandante



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

ALEXANDER TORRES LADINO, ejerce la posesión sobre el bien inmueble identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 50C-259096 y que dicha posesión estaba materializada con la detentación con ánimo de dueño mediante actos inequívocos de señorío que se focalizan y extienden hasta donde llegan el animus y el corpus sobre el bien inmueble pretendido en usucapión (No. 50C-259096), que se desarrolla con relativa independencia de medidas y linderos prestablecidos que se hayan incluido en la demanda, pues tales delimitaciones, lo cual le otorga, el legal derecho de propiedad buscado ante la administración de justicia, tal y como se ha probado, con los diverso medios probatorios ordenados y practicados (el interrogatorio practicado al demandante ALEXANDER TORRES LADINO, así como los testimoniales recepcionados a los ciudadanos Edwin Libardo Pinzón Rodríguez; Armando Tolosa; José Crisanto Hernández. Y Yovany Ernesto Zapata Lancheros, así como las documentales allegadas a la actuación, dictamen pericial allegado por el auxiliar de la justicia Diego Figueroa Villanueva), sin exceder el límite definido por el escrito demandatorio y su aclaración.

En consecuencia, tal y como ha señalado el aquí demandante ALEXANDER TORRES LADINO, ha demostrado que cumple con los requisitos de la posesión, esto es, los dos elementos esenciales, el animus y el corpus, pues el ciudadano ALEXANDER TORRES LADINO, se comporta y siente como dueño de la cosa, inmueble identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 50C-259096, y desconoce a otro como propietario de la misma y de otra parte, detenta el bien, con ánimo de señor y dueño también, que lo ha realizado públicamente, esto es, se le reconoce como poseedor y solamente a ALEXANDER TORRES LADINO, como el propietario del inmueble identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 50C-259096.

De lo anterior se puede concluir que según las pruebas recaudadas en el plenario, el aquí demandante ALEXANDER TORRES LADINO tiene el animus y el corpus, y es reconocido como dueño del inmueble, así mismo se probó de manera determinante los actos de posesión desplegados, y el tiempo de la posesión alegada, aspectos jurídicos apropiados para poder obtener un pronunciamiento favorable, aunado a lo anterior, existe claridad respecto de la identidad del predio objeto de pretensiones en cuanto a los linderos, toda vez que los linderos señalados en la demanda primigenia y los indicados al momento aportarse el dictamen pericial aclaratorio, solicitado en inspección judicial del 07 de octubre de 2022, permitieron determinar que existe concordancia en la identificación del inmueble objeto de usucapión. Véanse los folios ((Fls. 200 a 207 C. 1); Fls. 208 a 213 C. 1; Fls. 214 a 2016 C. 1)

Por lo tanto se solicita a la Magistrada Ponente- Honorable Doctora. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil. **REVOCAR** la sentencia emitida el 25 DE OCTUBRE DE 2023 por el JUZGADO 17 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA. y en su lugar se **ACCEDA A LAS PRETENSIONES** de la demanda. Declarando que el demandante ALEXANDER TORRES LADINO, identificado con C.C. No. 79.003 adquirió por el modo de la prescripción



## SOLIN ROJAS LADINO ABOGADO

extraordinaria adquisitiva de dominio el bien, emitida el 25 DE OCTUBRE DE 2023 por el JUZGADO 17 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ. Inmueble ubicado en la CALLE 8 N° 18 – 12 e identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 50C-259096, conforme al alineamiento previsto en la inspección judicial del 07 de octubre de 2022 y los dictámenes periciales incorporados al diligenciamiento.

Y como consecuencia de lo anterior, se ordene la inscripción de la sentencia, en la Oficina de Registro de instrumentos públicos de Bogotá

Para el caso en estudio, surge con mayor relevancia, la facultad otorgada al Juez, en aras de materializar la tutela de jurisdicción efectiva, esto es:

El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso. (**Sentencia C-279/13-Corte Constitucional**).

Ruégole, a la Señora Magistrada, dar trámite a lo solicitado en la presente sustentación de apelación.

De la señora Magistrada, su servidor.

**SOLIN ROJAS LADINO,**  
C.C. No. 17.413.327 de Bogotá, D.C.  
TP No. 206014 del C. S. de la J  
Email Notificaciones Judiciales: [asislegallda@yahoo.com](mailto:asislegallda@yahoo.com)

**MEMORIAL DR ISAZA RV: SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACIÓN  
RADICADO:110013103010-2022-00066-01 DE MARÍA CARLINA SANTACRUZ DE MOJICA  
Y OTRAS VS RICARDO ALBERTO ALDANA CALDERÓN Y OTROS**

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 29/02/2024 2:41 PM


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

📎 1 archivos adjuntos (193 KB)

APELACION ANTE EL TRIBUNAL.pdf;

MEMORIAL DR ISAZA

Atentamente,



República de Colombia  
 Rama Judicial del Poder Público  
 Secretaría Sala Civil  
 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

---

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305  
 PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378  
 Línea Nacional Gratuita 018000110194  
 Email: [secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)



**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
*Secretario Judicial*

**De:** hugo moreno <hmoreno@morenoygarciaabogados.com>

**Enviado el:** jueves, 29 de febrero de 2024 2:38 p. m.

**Para:** Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

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

**CC:** alejor1907@gmail.com; Notificaciones SBSeguros <notificaciones.sbseguros@sbseguros.co>;

gerencia@cootranstequendama.com; mauricio.carvajal@kennedyslaw.com;

daniela.bustacara@kennedyslaw.com; gilealserrato@gmail.com; mauriciobeja@gmail.com

**Asunto:** SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACIÓN RADICADO:110013103010-2022-00066-01 DE MARÍA CARLINA SANTACRUZ DE MOJICA Y OTRAS VS RICARDO ALBERTO ALDANA CALDERÓN Y OTROS

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Honorable Magistrado Dr. JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

E.

S.

D.

**RADICADO:** 110013103010-2022-00066-01 (EXP. 5796)

**DEMANDANTES:** MARÍA CARLINA SANTACRUZ DE MOJICA Y OTRAS

**DEMANDADOS:** RICARDO ALBERTO ALDANA CALDERÓN Y OTROS

**HUGO HERNANDO MORENO ECHEVERRY**, identificado con la C.C. No 19.345.876 de Bogotá y con T.P No. 56.794 del C.S.J., actuando como apoderado especial de la parte demandante en el proceso de la referencia; habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 322 numeral 3 inciso segundo del C.G.P., precisando los reparos concretos en que se fundamenta nuestra inconformidad con la sentencia de primera instancia adiada el 25 de septiembre del 2023; procedo en consecuencia, dentro del referido marco impugnatorio, a **SUSTENTAR el recurso de APELACIÓN.**

--

Cordialmente,

HUGO H. MORENO ECHEVERRY  
ABOGADO

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL  
Honorable Magistrado Dr. JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA  
E. S. D.

RADICACION No. 110013103010-2022-00066-01 (EXP. 5796)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

DE: MARÍA CARLINA SANTACRUZ DE MOJICA Y OTRAS.

VS. RICARDO ALBERTO ALDANA CALDERÓN Y OTROS.

**HUGO H. MORENO ECHEVERRY**, abogado titulado, identificado al firmar, actuando en mi calidad de apoderado especial de la parte demandante citada en la referencia, estando dentro del término de ley, manifiesto que sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida el 25 de septiembre del 2023, sustentación que fundamento así:

### **I.- ANTECEDENTES FÁCTICOS**

El día 17 de junio del año 2021 el señor RICARDO ALBERTO ALDANA CALDERÓN al mando de la buseta de placas SON 080 de propiedad del señor RICARDO ALDANA CASAS, generó, por su imprudencia y negligencia, un accidente de tránsito en el cual resultó con lesiones de consideración el señor HECTOR MARIO MOJICA, producto de las cuales este falleció.

### **II.- DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA**

El recurso de apelación se impetró en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Civil del Circuito, fechada el 25 de septiembre del 2023, mediante la cual se declararon prósperas las excepciones de CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA y AUSENCIA DE PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD en cabeza del conductor, señor RICARDO ALBERTO ALDANA.

### **III.- ARGUMENTOS Y FINES DE LA IMPUGNACIÓN**

La impugnación tiene por objeto que la decisión atacada sea revocada con base en los argumentos expuestos líneas abajo y en su lugar se condene a los demandados al pago de los perjuicios irrogados a mis mandantes.

En mi escrito de apelación presentado y sustentado ante el *a quo*, manifesté que la sentencia confutada incurrió en una violación directa por indebida y/o falta de valoración de los elementos probatorios arrimados al proceso.



El acierto de cualquier decisión judicial debe basarse en la correcta aplicación de la norma sustancial que rige el caso y en el tema *sub judice* bien pronto se advierte que el *a quo* falló ostensiblemente al soslayar y no acoger la norma sustancial que rigen los procesos de responsabilidad civil extracontractual que tienen su génesis en el ejercicio de actividades peligrosas como lo es la conducción de un vehículo automotor, y en su defecto basó su decisión en lo consagrado en el art. 2341 esto es la responsabilidad aquiliana con culpa probada.

En nuestro sentir existió una violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 2356 y aplicación indebida del art. 2341 del Código de Comercio.

La indebida valoración probatoria achacable al *a quo*, incidió ostensiblemente en el desiderátum de la sentencia, pues se dio por sentado la ausencia de pruebas que comprometieran la responsabilidad del conductor de la buseta, tal y como se abordará líneas abajo.

Anudado a lo anterior, pusimos de manifiesto que no obstante a que la decisión se apoyó en el art. 2341 también estaba demostrada, y con creces la culpa del señor RICARDO ALBERTO ALDANA, conductor de la buseta.

#### **IV.- SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL CASO CONTROVERTIDO**

En materia de responsabilidad civil extracontractual, se han configurado en nuestro derecho privado dos sistemas claramente definidos y delimitados, uno, con base en la culpa probada del causante del daño, y otro, que se fundamenta en la institución de la culpa presunta.

El primero de los nombrados deviene del postulado general indicativo que incumbe al actor probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el derecho pretendido; de forma tal, que el accionante debe demostrar en el proceso, por los medios que autoriza la ley adjetiva, que el causante del daño actuó de manera culposa o dolosa, según corresponda, para que se abra paso la deducción de la responsabilidad y por ende, la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

En el segundo, especialmente la jurisprudencia de la Corte y el Consejo de Estado, han preconizado en favor de la presunta víctima una presunción ***juris tantum*** de responsabilidad a cargo del sujeto-agente, que solamente se podría enervar demostrando la ruptura del nexo causal.

Es así, que para el caso de los daños ocasionados en incidentes que involucran el tráfico rodado, campea el sistema de responsabilidad con culpa presunta, como un medio de protección que favorece ampulosamente la posición de la víctima, quien de esta forma queda exonerada del deber de demostrar la culpa del presunto responsable.

De lo anterior se colige con absoluta claridad que las cargas procesales del demandante, en punto a la aportación de pruebas, en uno y otro sistema, resultan bien diferentes.

No obstante, se ha dicho adicionalmente, que pueden existir eventos en los cuales suelen chocar las presunciones de culpa, y en tal caso, la susodicha presunción se aniquila totalmente, para abrir paso al sistema de la culpa probada o concurrencia de concausas.

En efecto, con señalado énfasis se propuso como medio de defensa y controversia, que el caso debía ser resuelto por el sistema de la culpa presunta y no por el de la culpa probada; atendiendo que, desde el punto de vista objetivo, el conductor del rodante, a no dudarlo, ejercía actividad altamente peligrosa, razón por la cual la parte actora estaba relevada de la carga probatoria de demostrar culpa en cabeza del agente causante del daño.

No obstante, era y es deber del demandante probar tres hechos:

1.- EL HECHO GENERADOR: Cual es el de probar que la muerte del señor MOJICA devenía de un accidente de tránsito, el cual fue probado con el IPAT, suscrito por el policial CAMILO RAMÍREZ LÓPEZ, con la NECROPSIA y el Acta de Defunción.

2.- EL DAÑO: No es otro que la pérdida del bien máspreciado para un ser humano como es el de la vida, el cual fue probado con EL ACTA DE DEFUNCIÓN y los daños colaterales para su círculo familiar.

3.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: En el caso un examine existe un vaso comunicante entre el HECHO y el daño.

Ni en la sentencia ni en el proceso está demostrada la ruptura del nexo causal, tímidamente la sentencia deja entrever, LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, valiéndose de la causal 121 enrostrable al señor MOJICA, esto es en NO GUARDAR DISTANCIA DE SEGURIDAD, pero OMITIENDO, la causal 145 impuesta al conductor de la buseta "ARRANCAR SIN PRECAUCIÓN", dándole un poder suasorio a la primera y omitiendo la valoración probatoria de la segunda, lo que nos lleva a concluir que dichas causales no fueron adecuadamente valoradas por el fallador de primer grado.

Aunado a lo anterior, las pruebas no fueron valoradas con el rigor jurídico que ellas entrañan ni mucho menos con el ejercicio de la sana crítica, como pasa a verse.

El señor Juez, concluye, especulando, que era imposible que el señor MOJICA estuviese delante de la buseta; en la hoja 3 de la sentencia en la parte final el *a quo* afirma:

*“En estas condiciones, y como se verá más adelante, existe duda de la verdadera forma en que los hechos acontecieron, porque la tesis expuesta en la demanda que el señor ciclista se encontraba en la parte delantera del automotor de servicio público, como ya se advirtió, no tiene respaldo probatorio y además en criterio de este despacho, riñe con la lógica de la conducción de automotores pues piénsese por un momento que el ciclista se encuentre en la parte delantera del rodante público, y que el conductor no se percate de su presencia e inicie la marcha, **ello conllevaría a un atropellamiento con lesiones gravísimas en atención a la envergadura del automotor** y la poca o ninguna protección de ciclista ante semejante embestida”* (Subrayas y resaltado fuera de contexto).

Lo anterior es un claro reflejo de que el *a quo* no tuvo en cuenta la valoración del material probatorio arrimado al proceso junto con el escrito de la contestación de las excepciones formuladas por la aseguradora SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., entre ellos la EPICRISIS y el ACTA DE NECROPSIA expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses No.2021010125754000156, el cual refleja que el señor MOJICA, **SÍ FUE ATROPELLADO**, pues en el acápite de PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA quedó consignada la GRAVEDAD de las lesiones así:

**“1. Trauma pélvico severo debido a trauma contundente dado así:**

**a. Hemoperitoneo masivo.**

*b. Fractura fragmentada de la rama pectínea del hueso iliaco izquierdo.*

**c. Avulsión de la rama pectínea de la arteria epigástrica inferior.**

*d. Hematoma a nivel de músculo vasto lateral.*

**2. Se documentan lesiones por trauma contundente a nivel abdominopélvico y en miembro inferior izquierdo.**

**3. Se documenta lesiones por trauma contundente y arrastre a nivel glúteo derecho”** (Negrillas y subrayas son del suscrito)

De acuerdo con la literatura médica el **Hemoperitoneo masivo**, se define así:

“Es una situación clínica que precisa, en caso de inestabilidad hemodinámica **o lesiones graves de vísceras abdominales**, un tratamiento quirúrgico emergente, dado que puede asociar una alta mortalidad”.

“**Avulsión**, es una herida que sucede cuando la piel se desprende de su cuerpo al sufrir un accidente u otra lesión. La piel desgarrada podría estar pérdida o demasiado dañada para repararla y necesita ser removida. Una herida de esta clase no se puede saturar pues el tejido ha desaparecido” (Negrillas y subrayas fuera de contexto)

**La NECROPSIA** es una prueba documental que fue dejada de lado por el despacho, prueba que es clara en señalar que efectivamente hubo un atropellamiento con la buseta en la humanidad del señor MOJICA pues la NECROPSIA en el punto 3 deja expresa constancia:

“3. Se documenta lesiones por trauma contundente **y arrastre a nivel glúteo derecho**” (Negrillas y subrayas me pertenecen)

El señor Juez de primera instancia OMITIÓ este punto de cardinal importancia pues el arrastre conlleva a que el cuerpo del señor MOJICA, fue TIRADO, EMPUJADO O ARRASTRADO por la buseta.

El Diccionario de la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA contempla el vocablo arrastrar como un verbo transitivo con la siguiente definición:

“Mover a una persona o cosa de forma que roce el suelo u otra superficie”

Llevar (a una persona o cosa), **a otra tras de sí**, tirando de ella” (Negrillas y subrayas fuera del texto)

El arrastre a nivel del glúteo derecho es una clara señal que la buseta ARRASTRÓ la humanidad del señor MOJICA y para hacerlo necesariamente tuvo que estar posicionado el señor MOJICA en la parte delantera de la buseta pues si hubiese estado en la parte posterior muy difícilmente hubiese existido el arrastre, a no ser que el conductor hubiese arrancado en reversa, de ahí que el policial hubiese codificado al señor RICARDO ALBERTO ALDANA, conductor de la buseta con la causal 145 “ARRANCAR SIN PRECAUCIÓN”.

La NECROPSIA deja sin piso la argumentación del *a quo* cuando sostiene que no era posible que el señor MOJICA estuviese en la parte anterior de la buseta pues “**ello conllevaría a un atropellamiento con lesiones gravísimas en atención a la envergadura del automotor**” (Negrillas y subrayas me pertenecen)

La NECROPSIA da fe que nos encontramos en frente de:

**“1. Trauma pélvico severo debido a trauma contundente**

El señor Juez de primera instancia en la hoja No. 6 de la sentencia a manera de resumen manifiesta que no hay prueba alguna de que las lesiones inferidas al señor MOJICA hubiesen sido causadas en ese accidente de tránsito:

**“... y además tampoco obra prueba alguna que señale que las lesiones causadas fueron justamente ocasionadas por ese accidente de tránsito, obsérvese que respecto de la condición médica de quien sufrió el puesto atropellamiento, y la vinculación de las lesiones con el incidente de tránsito, tampoco quedó acreditada por falta de elementos que debió aportar o solicitar en su momento quien alega la existencia de dicha responsabilidad** pues incluso si se rige el asunto de acuerdo con la naturaleza de la actividad peligrosa que supone la conducción de vehículos debe contarse con aquellos elementos para determinar aunque sea la manera clara (sic) en la cual sucedieron tales acontecimientos” (Negrillas y subrayas me pertenecen).

No cabe la menor duda de que el *a quo* no se percató ni tuvo en cuenta los elementos probatorios arrimados junto con el escrito de contestación de las excepciones, tales como la EPICRISIS y LA NECROPSIA, documentos que no albergan dudas de que las lesiones padecidas por el señor HECTOR MARIO MOJICA NUÑEZ (q.e.p.d.) fueron causados en el accidente de tránsito, así se desprende y fue consignado en la NECROPSIA, en el siguiente ítem, página No.1:

**“INFORMACIÓN DISPONIBLE AL MOMENTO DE INICIAR LA NECROPSIA**

*Datos del acta de inspección:*

- *Resumen de hechos: Se trata de un hombre anciano que según refiere el informe técnico de inspección a cadáver refiere los hechos ocurrieron en el altico y es trasladado a la Clínica San Luis. Anexan copia de la historia clínica en donde refiere **“Paciente de 75 años que ingresa por cuadro de trauma en accidente de tránsito en calidad de conductor de bicicleta quien colisiona con bus,** paciente es traído por ambulancia quien refiere alteración del estado de conciencia, dolor con limitación de arcos de movimiento de la cadera izquierda” (Resaltado fuera de contexto)*

**“ANALISIS Y OPINIÓN PERICIAL**

**Causa básica de muerte: Politraumatismo en evento de tránsito como conductor de bicicleta.**

**Manera de muerte: Violenta-Tránsito**

**Análisis del caso: Se trata de un hombre anciano que según refiere se encontraba conduciendo bicicleta cuando es impactado por buseta, llevado a centro hospitalario en donde fallece; dentro del procedimiento se encuentra trauma a nivel pélvico con avulsión de vaso arterial que le produce un sangrado hacia cavidad y la muerte como consecuencia**". (Resaltado y subrayas me pertenecen)

Resulta evidente:

1.- Que nos encontramos en frente de una actividad peligrosa cuya culpa y responsabilidad se presume en el demandado.

2.- No obstante, lo anterior y de acogerse la culpa probada reseñada en el artículo 2341 del C.C, está demostrada con creces la culpa del señor ALDANA CALDERÓN al ARRANCAR SIN PRECAUCIÓN, esto es por violentar claras normas del Código Nacional de Tránsito.

Sin embargo, el sentenciador, a contra pelo de la evidencia material que así lo demuestra, no encontró actividad peligrosa en el accionar del conductor de la buseta, ni mucho menos culpa en su proceder.

Perdió de vista el sentenciador de primer grado, las pruebas que militan en el expediente, tales como el IPAT, LA EPICRISIS y LA NECROPSIA, las cuales dan fe de que efectivamente hubo un atropellamiento sobre la humanidad del señor MOJICA, el cual le produjo la muerte.

Resumiendo, tenemos que es notorio el dislate cometido, pues el error consistió en que el *a-quo* dio por sentado que, en el caso sub judice debía aplicarse el instituto de la responsabilidad civil extracontractual con culpa probada y no con el de la presunción de culpa que campea en el ejercicio de las actividades peligrosas.

No obstante, lo anterior, **se pudo determinar la CULPA en el accionar del conductor de la buseta.**

El *a quo*, a pesar de haber basado su decisión con base en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito (IPAT), le dio más credibilidad a la causal hipotética 121 impuesta al ciclista, señor HECTOR MARIO MOJICA NUÑEZ , esto es "NO GUARDAR DISTANCIA DE SEGURIDAD", pero guardó sepulcral silencio sobre la causal impuesta al señor RICARDO ALBERTO ALDANA cual es la 145 "ARRANCAR SIN PRECAUCIÓN", lo que deja entrever es que si hubiese arrancado con precaución el accidente no hubiese

ocurrido; no tuvo en cuenta el *a quo* que dicha OMISIÓN tuvo una injerencia sustancial en el resultado dañino que terminó con la vida de HECTOR MARIO MOJICA.

En este punto, bien pronto se advierte que el señor RICARDO ALBERTO ALDANA, obró con imprudencia, malicia, negligencia e impericia, condiciones estas propias de la culpa, pues faltó al deber objetivo de cuidado, aumentando el riesgo legalmente permitido al desobedecer claras normas del Código Nacional de Tránsito tales como:

*“Art. 55. Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, **debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a los demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables**, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito”.*  
(Negrillas y subrayas del suscrito)

*“Art. 60.*

*(...)*

*Parágrafo 3º. Todo conductor de vehículo automotor deberá realizar el adelantamiento de un ciclista a una distancia no menor a un metro con cincuenta (1.50 metros) del mismo”.*

*“Art. 61. Vehículo en movimiento. Todo conductor de un vehículo deberá abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento”.*

Es aquí en donde cobra importancia suma la causal 145 impuesta al señor RICARDO ALBERTO ALDANA, por el Patrullero de Tránsito, CAMILO RAMÍREZ LÓPEZ que elaboró el IPAT No. A001272467, esto es “ARRANCAR SIN PRECAUCIÓN”, causal esta eficiente en la producción del resultado dañino que cobró la vida del señor HECTOR MARIO MOJICA NUÑEZ (q.e.p.d.).

El *a quo* pasó sobre las probanzas sin desentrañar su contenido material, es decir no adelantó raciocinio alguno de si la conducta del señor ALDANA y la causal 145 hubiesen sido suficientes para evitar el fatal accidente o fueron la causa eficiente del mismo, incurriendo con ello en el vicio denominado por la doctrina de “**preterición de la prueba**”, pues es indudable la imprudencia con que obró el conductor de la buseta, y resulta incontestable, irrefutable e indiscutible que efectivamente el señor MOJICA fue atropellado por la buseta y que las lesiones que produjeron su deceso provienen del susodicho accidente de tránsito y no como erradamente lo consignó el señor Juez, en el sentido de que no

había sido probado que las lesiones del señor MOJICA tenían su génesis en un accidente de tránsito, así se pronunció el *a quo*:

**“... y además tampoco obra prueba alguna que señale que las lesiones causadas fueron justamente ocasionadas por ese accidente de tránsito, obsérvese que respecto de la condición médica de quien sufrió el supuesto atropellamiento, y la vinculación de las lesiones con el incidente de tránsito, tampoco quedó acreditada por falta de elementos que debió aportar o solicitar en su momento quien alega la existencia de dicha responsabilidad”**

Pronunciamiento este que le sirvió de pivote al señor Juez de primera instancia para despachar en forma adversa las pretensiones de mis mandantes y absolver a los encartados con la excepción de CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTMA y AUSENCIA DE PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD en cabeza del conductor, señor RICARDO ALBERTO ALDANA.

Las pruebas arrimadas, fueron soslayadas, inadvertidas, dejadas de lado y no apreciadas por el señor Juez; una adecuada valoración de esta sola prueba – ACTA DE NECROPSIA - habría transmutado radicalmente el desiderátum de la sentencia, de ahí la trascendencia del error de valoración probatoria que estamos enrostrando al fallo atacado.

Con el anterior proceder, la prueba quedó totalmente aislada del conjunto del caudal probatorio.

Se trata, como viene de verse, de una prueba vertebral en punto del análisis de responsabilidad que se deriva de la determinación del elemento causal.

En lo tocante el nexa causal, por sabido se tiene que la relación de causalidad se ha definido como el ligamen que se produce entre dos diversos fenómenos, asumiendo uno la figura de efecto jurídico con respecto al otro. Es el nexa material que une un fenómeno a otro. Frente al problema de la responsabilidad civil, en concreto, el vínculo de causalidad es la relación que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Este se rompe cuando se presentan causas no imputables al responsable, como el hecho de la víctima.

Sobre esta arista de causas eximentes de responsabilidad, resulta necesario detenernos en la culpa exclusiva de la víctima, pues ha sido la piedra angular de la sentencia confutada y sobre la que se estudiará si debe avalarse o no la tesis del juez de primera instancia, considerando para tal propósito, que como factor eximente de responsabilidad, la jurisprudencia patria define la culpa exclusiva de la víctima, como su conducta imprudente o negligente y que fue suficiente por sí sola para la consumación del



daño, siempre que esta se haya constituido como su única causa; en tal orden de ideas, la víctima se considera culpable de las consecuencias negativas del suceso, cuando su actuar es jurídicamente relevante entre todas las demás condiciones que influyeron en la realización del perjuicio de tal forma que le resta importancia a todos los demás hechos o actos involucrados en la producción de la consecuencia nociva.

No podemos perder de vista que el señor conductor de la buseta, señor RICARDO ALBERTO ALDANA, tal y como fue expuesto líneas arriba obró con imprudencia y malicia esto es con culpa en el manejo del automotor, de ahí la causal 145 que le fuese impuesta “ARRANCAR SIN PRECAUCIÓN”.

Se tiene sentado por la jurisprudencia y la doctrina que en tratándose de eximente de responsabilidad de la CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, el demandado tiene que demostrar que la causa única y exclusiva del accidente descansa en cabeza de la víctima.

Igualmente, sobre las causales de exoneración de responsabilidad, este se cumple siempre que el hecho que se alega, como fundamento de la causa extraña no esté ligado al agente, a su persona; en este caso debe el demandado probar que la actuación de la víctima es la única y exclusiva causa del daño y que su actuación ha sido meramente pasiva o instrumental pues de lo contrario estará obligado a soportar de manera solidaria la indemnización; es decir que el demandado debe demostrar que NO TUVO NINGÚN GRADO DE PARTICIPACIÓN en el evento dañoso, cuestión esta que no acontece en el sub lite, pues repetimos el señor RICARDO ALBERTO ALDANA tuvo una gran participación en el resultado lesivo pues puso en marcha su vehículo al ARRANCAR SIN PRECAUCIÓN.

En relación con los aludidos componentes de la causa extraña, eximentes de responsabilidad, la Sala de la CSJ, en fallo SC 24 jun. 2009, rad. 1999-01098-01, precisó:

*«Justamente por la naturaleza extraordinaria del hecho imprevisible e irresistible, su calificación por el juzgador como hipótesis de vis maior, presupone una actividad exógena, extraña o ajena a la persona a quien se le imputa el daño o a su*

conducta, o sea, **‘no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño** (...), pues su estructura nocional refiere a las cosas que sin dolo ni culpa inciden en el suceso (...) y a las que aún previstas no pueden resistirse (...), **lo cual exige la ausencia de culpa** (...) y, también, como precisó la Corte, es menester la exterioridad o ajenidad del acontecimiento, en cuanto extraño o por fuera de control del círculo del riesgo inherente a la esfera, actividad o conducta concreta del sujeto, apreciándose en cada caso particular por el juzgador de manera relacional, y no apriorística ni mecánica, según el específico marco de circunstancias y las probanzas (...). (Subrayas y resaltado me pertenecen)

*Por consiguiente, la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor o cuando, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso, porque en esta hipótesis, el hecho obedece a la conducta de parte y no a un acontecer con las características estructurales de la vis mayor.» (...) cuando ha sido el hecho de la víctima el generador, de manera exclusiva y determinante del daño, será ella la llamada a soportar las consecuencias de su proceder, pues la obligación de resarcir surge del daño causado a otro, no, a sí mismo”* (El resaltado y añadido me pertenece).

Los hermanos Mazeaud, definen la culpa como “*el error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa y prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño*”.

Tenemos pues, que el señor RICARDO ALBERTO ALDANA obró, con malicia, negligencia, desidia, con incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por sí la culpa y con una clara violación de las normas de tránsito.

Al decir de la H.C.S.J., cuando se involucra el elemento CULPA en cabeza del demandado no opera ninguna de las causas extrañas que enerven la responsabilidad del demandado tales como la CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Resumiendo, tenemos que están demostrados los elementos de la responsabilidad aquiliana en cabeza del señor RICARDO ALBERTO ALDANA, como son:

**LA CULPA:** De conformidad con la Jurisprudencia Nacional, hay culpa cuando el agente NO previó los efectos nocivos de su acto

HABIENDO podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar.

**EL DAÑO:** Se ve reflejado en la pérdida de la vida del señor HECTOR MARIO MOJICA NUÑEZ (q.e.p.d.).

**LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD:** No hay duda alguna que hay un vaso comunicante entre el hecho generador, la culpa y el daño.

En consecuencia, se desprende que **HAY CULPA SIN PREVISIÓN**, cuando el agente **NO PREVIÓ** lo que en el caso concreto y con diligencia hubiera podido prever una persona cuidadosa estando en el mismo caso y **CULPA CON PREVISIÓN**, cuando el agente habiendo previsto el resultado de su comportamiento, confía indebidamente en poderlo evitar; por consiguiente la culpa tiene cabida cuando se es negligente o cuando se obra con imprudencia, desidia, negligencia, se actúa imperitamente o cuando se violan las normas de tránsito.

Si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, considera que el presente asunto hubo de desatarse bajo los parámetros de la culpa probada, dentro del expediente está más que probado el obrar culposo del señor RICARDO ALDANA.

Como lo pregona la C.S.J.:

*“La destrucción del nexa causal por quienes aparecen como demandados debe ser absoluta y no mediar ningún grado de participación contra ellos por lo tanto no cabe quedar en pie porque de ser así perviviría la solidaridad in integrum Sala de Casación Civil del 6 de octubre del 2015”.*

Por último, es necesario resaltar y reiterar que en la hoja 3 de la sentencia en la parte final el *a quo* afirma:

*“En estas condiciones, y como se verá más adelante, **existe duda de la verdadera forma en que los hechos acontecieron**, porque la tesis expuesta en la demanda que el señor ciclista se encontraba en la parte delantera del automotor de servicio público, como ya se advirtió, no tiene respaldo probatorio y además en criterio de este despacho, riñe con la lógica de la conducción de automotores pues piénsese por un momento que el ciclista se encuentre en la parte delantera del rodante público, y que el conductor no se percate de su presencia e inicie la marcha, ello conllevaría a un atropellamiento con lesiones gravísimas en atención a la envergadura del automotor y la poca o ninguna protección de ciclista ante semejante embestida”* (Subrayas y resaltado fuera de contexto).

Quiero volver sobre este punto de la DUDA, que acogió el señor juez de primera instancia para sentar sus bases para la sentencia

absolutoria; está haciendo carrera en la H.C.S.J. como en el Tribunal Superior de Bogotá la teoría como FAVOR VÍCTIMA o PROGRAMATO esto es que las dudas que surjan de un accidente de tránsito se resuelven en favor de las víctimas.

En un caso de similar linaje se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá (Sen. del 23 de octubre del 2019, Mag. Ponente Dra. LIANA AIDA LIZARAZO VACA, Rad.110013103 004 2017 00577 03):

*“... en materia de derecho de daños reconocen como principio del mismo el que se ha denominado como favor víctima o programato constituyendo una de sus manifestaciones la de servir como criterio hermenéutico que hace prevalecer las soluciones más favorables a las víctimas de un daño injusto, en palabras de la Corte Suprema conforme dicho principio las dudas que puedan surgir a la hora de establecer la dimensión de la reparación han de resolverse en beneficio de quien injustamente sufrió el daño de tal manera que en el presente caso la aplicación de dicha pauta supondría que la duda debe favorecer al afectado en cuanto a la consecución de la reparación de sus intereses lesionados **por lo que al existir vacíos probatorios sobre la efectiva ocurrencia de una causa extraña** estos deben dar lugar a que sea despachado desfavorablemente el reconocimiento de las excepciones en que en ellos se fundan”. (Negrillas me pertenecen).*

## **V.- PETICIÓN**

Por las razones expuestas, respetuosamente solicitamos.

1.- Al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, se sirva declarar la prosperidad del presente recurso de alzada y en consecuencia se revoque la Sentencia de Primera Instancia y se concedan las pretensiones ínsitas en la demanda.

Recibo notificaciones en la calle 38 No. 8-12 oficina 202 de Bogotá, tel. celular 316 414 1504 correo electrónico [hmoreno@morenoygarciaabogados.com](mailto:hmoreno@morenoygarciaabogados.com)



HUGO H. MORENO ECHEVERRY  
C.C. No. 19.345.876 de Bogotá  
T.P. No. 56.799 del C.S.J.