

HONORABLE MAGISTRADA
DRA. LIANA AIDA LIZARAZO VACA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN
REF. PROCESO EJECUTIVO
RAD. 11001310300220170003303
DDTE. ASER INGENIERIA
DDO. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA

PAULA JIMENA PORRAS PEREZ, identificada conforme se detalla al pie de mi firma y con correo electrónico para notificaciones paujpp@gmail.com según se verifica en el SIRNA del CSJ, actuando en calidad de apoderada judicial de la parte demandante según poder allegado el 29 de septiembre del 2020 registrado en el sistema siglo 21 de la rama judicial, del representante legal de ASER INGENIERÍA LTDA., NIT 800.092.039-2 desde el correo electrónico para notificaciones judiciales capoperez@hotmail.com conforme a la cámara de comercio, respetuosamente procedo a sustentar en los cuatro (4) capítulos siguientes el recurso de apelación de sentencia de primera instancia que cursa ante su despacho.

1. OPORTUNIDAD

Establece el inciso segundo del artículo 14 del decreto 806 del 2020 lo siguiente:

"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."

El despacho negó la solicitud probatoria mediante auto de fecha de 15 de octubre del 2020, notificado en estado del 16 de octubre del 2020, siendo entonces el término legal para presentar la sustentación a la apelación hasta el 23 de octubre del 2020. Por lo tanto el presente memorial es radicado oportunamente.

2. FUNDAMENTO

En la sentencia impugnada el juzgado resuelve "**declarar probadas las excepciones propuestas por la demandada**"; sin embargo, no es claro ni expreso en indicar puntualmente cuál de ellas da lugar según el escrito de contestación demanda, ACCION FIDUCIARIA en el folio 339 al 372 del cuaderno obran las siguientes:

3.1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA (presupuesto procesal)

3.2. CARENCIA DE DERECHO SUSTANCIAL EN CABEZA DE LA PARTE ACTORA ANTE LA AUSENCIA DEL REQUISITO DENOMINADO "PRIMER REQUERIMIENTO"

3.3. INEXISTENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL PRETENDIDO POR LA PARTE ACTORA, ANTE LA AUSENCIA DE A ACEPTACIÓN DE LA CESIÓN POR PARTE DE LA FIDUCIARIA:

3.4. IMPOSIBILIDAD DE EXIGIR QUE SE REGISTRE UNA PRETENDIDA CESION, POR EL NO CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PATRIMONIALES QUE PREVIAMENTE DEBERIA CANCELAR EL DEMANDANTE.

3.5. PREJUDICIALIDAD

3.6. HECHOS POSITIVOS REALIZADOS POR EL DEMANDANTE CON LOS CUALES CONTRADICE LO PRETENDIDO EN ESTE PROCESO

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA

Ante tal declaratoria del juez de origen se evidencia en la sentencia de primera instancia una **falta del debido análisis que la fundamenta y/o “deficiencias graves de motivación”** (Conforme se expone en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de agosto de 2008, rad ▪ 2004—00729—01); pues como resume el mismo despacho, se plantearon a lo largo del proceso una multiplicidad de medios exceptivos. Ello implica entonces que al no enmarcarse la decisión judicial en lo pedido por las partes se constituya en una sentencia extra petita.

En este sentido, la sentencia apelada contiene evidentes incongruencias entre las consideraciones y el resuelve como se detalla mas adelante, incumpléndose con lo establecido en el artículo 281 del CGP:

*“Congruencias. La sentencia deberá estar **en consonancia con los hechos** y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla **y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas** si así lo exige la ley”*

De otro lado, se evidencia igualmente que en la sentencia impugnada el despacho de origen desconoció y sesgó lo consignado en el artículo 422 y siguientes del CGP sobre el proceso y el título ejecutivo pues, como lo afirmó el mismo Juzgado en el auto de confirmación de mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018, el ejecutante aportó el "**título ejecutivo**", que fue básicamente el contrato fiduciario 28 de febrero del 2015 y el documento privado suscrito por el director jurídico de PRABYC INGENIEROS el 17 de marzo del 2015 visible a folio 52 del plenario del cual dijo el despacho: **“cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión (...) Y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige su cumplimiento”**.

Contar con este primer pronunciamiento entonces obligaba a hacer un análisis detallado del mismo en la sentencia de primera instancia a fin de justificar la decisión de mantener o no el mandamiento bajo esos derroteros y así poder examinar objetiva y sustancialmente las excepciones de mérito que determinarían la continuidad o no de la ejecución.

En el mismo sentido, el despacho de origen en tres pronunciamientos judiciales distintos ratificó que los documentos obrantes en el expediente que conforman el título ejecutivo cumplen los requisitos del artículo 422 del CGP de ser claro, expreso y exigible, haciendo especial referencia al folio 52 del expediente y la aceptación de la fiduciaria; ello fue objeto de la sentencia impugnada cuando el despacho manifestó en el minuto 11:41:23 de la audiencia lo siguiente: **“Conforme a lo anterior, ratificando las conclusiones del auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago, se debe manifestar que la obligación de hacer solicitada en la demanda se encuentra determinada de manera contundente, pues la misma se concreta en registrar una cesión de posición contractual contenida en un contrato de fiducia mercantil.(..)”**.

En el auto del 18 de febrero de 2018 que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento resaltado y rayado a mano por el mismo despacho, según folio 630 obrante en el expediente digital, se encuentra:

Nótese que se allegó al plenario un contrato solemne de fiducia mercantil de administración de fideicomiso "proyecto Zenit" el cual cuenta con los elementos propios de un contrato de tal naturaleza que permite desarrollar su objeto de manera pacífica y determina tanto las obligaciones como los derechos y/o beneficios para los contratantes y de la misma forma se allegó contrato cesión de posición contractual de fideicomitente tradente y beneficiario del contrato de fiducia mercantil de administración "fideicomiso Zenit" que instruye detalladamente la forma y el modo de realizar la cesión contenida en él, conforme lo anterior, el juzgado no puede desconocer la obligación reclamada con base en los argumentos del recurrente por cuanto su sustento es desconocer los términos que rigen la cesión, que si bien es cierto deben ser escuchados y resueltos de manera contundente, los mismos no pueden ser tratados en esta etapa procesal en la que se encuentra el expediente.

Es necesario resaltar que el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión soportada en los documentos suscritos por las partes acá intervinientes y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige su cumplimiento.

Si bien es cierto, la cláusula octava del otrosí dispone que ACCIÓN se reserva el derecho de aceptar o no la cesión, lo concreto es que no se aportó junto con el recurso de reposición documento alguno que permita establecer que no fue aceptada la cesión comunicada por los cedente y acá demandante.

Art 887 CdeCo → Art 894 CdeCo → Arts 898 .9

En conclusión, al encontrar que los requisitos formales del título se ajustan de manera íntegra al articulado del Código General del Proceso, el Despacho no revocará el mandamiento de pago.

De lo anterior se encuentra que se ratifican las conclusiones antes referidas sobre el título cuando nuevamente el despacho manifiesta en el citado pronunciamiento lo siguiente:

- **"Bajo ese entendido el juzgado encuentra que la orden de librar mandamiento de pago se ajusta a los requisitos del artículo 422 del Código general del Proceso como lo son contar con una obligación clara, expresa y exigible de documentos que provengan del deudor".**
- **"Es necesario resaltar que el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión soportada en los documentos suscritos por las partes acá intervinientes y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige el cumplimiento"**
- **"Si bien es cierto, la cláusula octava del otrosí dispone que ACCIÓN se reserva el derecho de aceptar o no la cesión, lo concreto es que no se aportó junto con el recurso de reposición documento alguno que permita establecer que no fue aceptada la cesión comunicada por los cedentes y acá demandante",**

Es importante destacar que la carta de Prabyc del 14 junio del 2017 fue allegada en el recurso contra el mandamiento ejecutivo, por lo que el despacho resolvió sobre ella y la excepción propuesta con base en ella al confirmar en el auto del 18 de febrero del 2018 que existió aceptación de la cesión por parte de la fiduciaria al no haberse presentado prueba en contrario para tal momento. Así mismo, durante el proceso se probó que el objeto de la instrucción impartida mediante comunicación de fecha 17 de marzo del 2015, obrante en el folio 52 del plenario no es otro que el de requerir el registro de la cesión y durante el curso del proceso se probó igualmente la aceptación de la fiduciaria, así:

- Durante la etapa de testimonios, mediante lo manifestado por el subgerente jurídico de PRABYC INGENIEROS, el abogado JOSE SEBASTIAN CACERES, quien firma el mencionado documento del 17 de marzo del 2015 y ante la pregunta de la apoderada de la parte

Registro Cesion



capoperez@hotmail.com

Mar 30/08/2016 8:18 PM

Para: Alba Maritza Franco Caiata; Adriana Paola Caldas Moreno

CC: paujpp@gmail.com; Oscar Javier Porras Pérez; Yolanda Perez; Juan Camilo Porras Perez



2 archivos adjuntos (2 MB) Descargar todo Guardar todo en OneDrive

Estimada

Alba Maritza Franco C

ACCION FIDUCIARIA

Re. FIDEICOMOSO ZENITH

Adjunto a la presente soporte radicacion de carta original radicada en su entidad y consignacion por pago de registro de cesion segun otrosi.

Quedo atento a respuesta.

CARLOS ANDRES PORRAS P

R.L ASER INGENIERIA

Obtener [Outlook para Android](#)

- Los documentos anteriormente mencionados se encuentran en firme y sin ninguna objeción a la fecha, además fueron ingresados por el juez en el expediente el día del interrogatorio, sin embargo no los valora ni relaciona en ninguna parte de la sentencia.

Debemos indicar igualmente que en la providencia impugnada no existe fundamento alguno para omitir el documento obrante en el folio 52, pues es parte integral del título ejecutivo, así como tampoco las rendiciones de cuenta del 1,2 semestre del 2015 y 1 semestre del 2016 y el pago de las comisiones fiduciarias hechas por la cesión, tal como evidenció el mismo despacho pues todos ellos sustentan la exigibilidad del título. Sin embargo, este importantísimo elemento se omite **a lo largo de toda la providencia recurrida pues en ninguno de los apartes el despacho siquiera lo menciona** desconociendo así el deber establecido en la jurisprudencia de sustentar tal cambio de posición pues de no hacerlo se está afectando la seguridad jurídica del proceso ya que la actuación del juzgado de origen decreta la falta de exigibilidad del título sin haber realizado el mínimo debido ***“análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo” o lo contrario***, a través del estudio de los documentos que integran el título y que fueron aportados con la demanda.

Además, falta a la verdad el despacho en la sentencia impugnada, así como el apoderado de la parte demandada en sus alegatos de conclusión pues el contrato fiduciario del 28 de enero del 2015, **el contrato de cesión de posición contractual** y la comunicación obrante al folio 52 documentos que conforman es el título ejecutivo NO están siendo objeto de debate respecto de su veracidad, legalidad o nulidad, y de manera sorprendente se justifica allí una supuesta prejudicialidad cuando dichas consideraciones no tienen ningún sustento pues NO EXISTE a la fecha proceso judicial alguno que verse sobre la legalidad del título ejecutivo aquí demandado.

Con base en lo anterior, de las actuaciones obrantes en el expediente se concluye inicialmente lo siguiente:

- Existen contradicciones en la sentencia impugnada que se adecuan a lo indicado en la sentencia STC7623-2018, es decir en ***“un error grosero o u yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercenando el ordenamiento positivo; y tienen un lugar a un ostensible e inadmisibile resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico”***.
- Verificadas las pretensiones de las demandas que se tramitan en el Juzgado 3 y 29 Civil Del Circuito De Bogotá según radicados mencionados anteriormente, que obran como prueba trasladada en el presente trámite, no existe proceso judicial o providencia que declare o verse sobre la falta de veracidad, nulidad, rescisión o terminación de los contratos o documentos que conforman el título ejecutivo aquí demandado, es decir el contrato fiduciario de 26 de febrero del 2015, el requerimiento del folio 52 y la cesión de posición contractual notificada al fiduciaria desde el 17 de marzo del 2015.

- El documento obrante en el folio 52 del plenario confirma la exigibilidad del título ejecutivo, según lo establecido por el tratadista Hernando Morales Molina en su libro Compendio de Derecho procesal: El Proceso Civil Tomo II, donde explica que: **“La obligación es exigible cuando puede demandarse el cumplimiento de las misma por no estar pendiente de un plazo o condición. Dicho de otro modo la exigibilidad de la obligación se debe, a la que debía cumplirse dentro de cierto termino ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acontecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, (...)”**.
- La cesión de posición contractual fue aceptada por la fiduciaria, tal como fue ratificado en la sentencia al manifestar el despacho la confirmación de lo expuesto en el mandamiento de pago. Como consecuencia de la aceptación en 2015 la fiduciaria descontó la comisión de 1 smmlv en el mes de marzo del 2015 y registró a Prabyc Ingenieros como único beneficiario y fideicomitente en las rendiciones de cuenta del 1 y 2 semestre del 2015 y semestre del 2016. No hay que olvidar que, en todo caso, el demandante pagó 0.5 SMMLV en el mes de agosto del 2016 nuevamente por la cesión registrada, según fue ampliamente expuesto en el escrito que complementó el memorial que recorrió el traslado de excepciones de fecha 15 de mayo del 2018.
- En la sentencia impugnada, el despacho de origen incumplió, como indica la sentencia STC77642018, con **“el deber de motivar toda providencia que no tenga por única finalidad impulsar el trámite, reclama, como presupuesto sine qua non, que la jurisdicción haga públicas las razones que ha tenido en cuenta al adoptar la respectiva resolución, de tal manera que tras conocerlas se tenga noticia de su contenido para que no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo, amen reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados al plenario y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso.”**
- Los documentos que conforman el título ejecutivo arrimados al proceso cuentan con los requisitos legales de contener una obligación clara, expresa y exigible de registrar la cesión de posición contractual debidamente notificada y aceptada por la parte ejecutada y en consecuencia no deben prosperar las excepciones de mérito del demandado.

Así mismo, tal como fue demandado, probado con suficiencia y verificado por el despacho en el auto que confirmó el mandamiento ejecutivo de fecha 18 de febrero del 2018, el párrafo primero del folio 333 del expediente, al manifestar el a-quo lo siguiente:

*“ Dejado a un lado lo anterior, **de la lectura dada al contenido de los documentos aportados al plenario** se anota que tanto Contrato de fiducia mercantil de administración de fideicomiso proyecto Zenit como el Contrato de Cesión de posición contractual de fideicomitente tradente y beneficiario del contrato de fiducia mercantil de administración fideicomiso Zenit cumplen los requisitos arriba reseñados, tales como la solemnidad , su bilateralidad, la conmutación de obligación y la aceptación por parte de los sujetos procesales aquí contrincantes. Bajo ese entendido el juzgado encuentra que la orden de librar mandamiento de pago **se ajusta a los requisitos del artículo 422 del Código general del Proceso como lo son contar con una obligación clara, expresa y exigible de documentos que provengan del deudor**”* negrilla y subrayado fuera de texto.

Se confirma entonces que los documentos aportados como base de la presente acción constituyen en su totalidad los elementos acordados en el otrosí al contrato fiduciario como requisitos para el registro de la cesión de la posición contractual prevista en la cláusula cuarta numeral 4.1.2 del citado otrosí. Era claro, y así se estipuló expresamente, que para las partes de dicho contrato la cesión sucedería entre Aser Ingeniería y Prabyc Ingenieros, por lo cual la presente demanda reclama un derecho legítimo que le asiste a Aser Ingeniería y que se materializa en las pretensiones de esta.

Lo anterior nuevamente es confirmado en la sentencia impugnada, en la cual el despacho en el minuto 11:41:23 del video de la audiencia indicó lo siguiente:

*“Conforme a lo anterior, **ratificando las conclusiones del auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago, se debe manifestar que la obligación de hacer solicitada en la demanda se encuentra determinada de manera contundente**, pues la misma se concreta en registrar una cesión de posición contractual contenida en un contrato de fiducia mercantil. Bajo ese entendido es necesario revisar la*

argumentación de la defensa en el sentido de señalar que nunca se hizo un primer requerimiento por parte de PRABYC INGENIEROS SAS a la acá demandada, para efectos de registro la cesión y no se pagó el valor de la inscripción” subrayado y negrilla fuera de texto

Por lo tanto, se encuentra que la sentencia de primera instancia impugnada, se fundamenta en dos aspectos principales; 1) En la falta de primer requerimiento para ser EXIGIBLE el título cobrado y 2) En el condicionamiento de las pretensiones de la presente acción a la supuesta existencia de proceso declarativo que según el despacho versa sobre la nulidad y validez del título ejecutivo, con lo que está cometiendo graves errores de hecho y derecho que incluso constituyen una violación derechos constitucionales al debido proceso y contradicción.

De otro lado, debemos destacar y dar la mayor importancia al error en que incurre el a-quo al decidir en el resuelve de la sentencia atacada:

SEGUNDO. NEGAR EL MANDAMIENTO DE PAGO, conforme a lo manifestado anteriormente.

Se afirma que ello es un error con base en lo señalado en los numerales 3 y siguientes del artículo 443 del Código General del Proceso, según los cuales en la sentencia de los procesos ejecutivos se ordenará seguir o no adelante con la ejecución en caso de encontrarse probadas o no las excepciones, según corresponda. Así las cosas, no procedía tal decisión pues la “negación del mandamiento de pago” ha de darse en estricto derecho y conforme al texto normativo procesal, en la etapa de decisión de admisión de la demanda cuando se libra o no mandamiento ejecutivo, o bien si se llegase a revocar o confirmar, se hará en la resolución de excepciones previas que se interpongan mediante recurso de reposición contra el mandamiento.

En esa secuencia y en torno a la citada segunda resolución de la sentencia atacada que, como se expone en extenso más adelante, contraria una decisión en firme del mismo despacho judicial, interesa recabar que de acuerdo al artículo 433 del Código General del Proceso: “3. *Cuando no se cumpla la obligación de hacer en el término fijado en el mandamiento ejecutivo y no se hubiere pedido en subsidio el pago de perjuicios, el demandante podrá solicitar, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de dicho término, que se autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor; así se ordenará siempre que la obligación sea susceptible de esa forma de ejecución. Con este fin el ejecutante celebrará contrato que someterá a la aprobación del juez*”. Esto fue lo que en este caso acaeció al dictarse la orden ejecutiva confirmada el 18 de febrero de 2019, visto que en el numeral primero de su sección decisoria se dispuso que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA inmediatamente procediera a registrar la cesión de posición contractual en la rendición de cuentas del fideicomiso, al resolver sobre las excepciones previas.

Ahora bien, lo anterior no impide la continuación del proceso por los perjuicios reclamados por el demandante por la no ejecución de un hecho, en este caso toda vez que, ante ese panorama, que es al que se refiere el inciso 1 del artículo 428 del Código General del Proceso, la causa coactiva puede proseguir por suma líquida de dinero.

En realidad, la citada norma se refiere a diversos escenarios. Ya desde su denominación - ejecución por perjuicios- deja entrever lo que su texto desarrolla: que se trata del cobro forzado de los daños (perjuicios, detrimentos, menoscabos), derivados del incumplimiento de una obligación, en este caso, de hacer.

De ahí que, no exista exclusión, como pareció entenderlo el Juez de primera instancia al no solo contrariar su previa decisión y descartar las pretensiones de perjuicios, entre la pretensión relativa al cumplimiento de la obligación principal -la de hacer- y la petición del pago de perjuicios derivados de la violación a la misma, a lo que se puede adicionar también, la pretensión de perjuicios, por mandato de los incisos 2 del artículo 428 y del artículo 433 del C. G. P..

3. SUSTENTACIÓN DE LOS 13 REPAROS PRESENTADOS EL 5 DE DICIEMBRE DEL 2019

3.1 Error Del Despacho En La Valoración De Los Antecedentes Y Objeto Del Título Ejecutivo Establecido En El Contrato Fiduciario Denominado Otrosí De Fecha 26 De Febrero Del 2015.

El documento que sirve como título ejecutivo del presente proceso, de fecha 26 de febrero del 2016, denominado “OTROSÍ de modificación integral de CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PROYECTO ZENIT” emana EXCLUSIVAMENTE de un contrato

fiduciario suscrito el 28 enero del 2015, conforme se indica en los antecedentes establecidos en el citado título, así:

“PRIMERO: Mediante documento privado de fecha 28 de enero de 2015 suscrito entre ASESORÍAS Y SERVICIOS DE INGENIERIA LIMITADA, PRABYC INGENIEROS S.A.S y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA, se constituyó el FIDEICOMISO ZENIT”

Establece el OTROSÍ de fecha 26 de febrero del 2016 la modificación en su integralidad del contrato del 28 de enero del 2015, quedando como nuevo objeto en el documento el que obra en el título ejecutivo que aquí se pretende, así:

“CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO: El presente contrato tiene por objeto que ACCIÓN, como vocera del FIDEICOMISO:

2.1 Reciba por cuenta del FIDEICOMITENTE TRADENTE los INMUEBLES para incremento del FIDEICOMISO

2.2 Otorgue la custodia de los INMUEBLES que serán fideicomitados al FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR, a título de comodatario precario

2.3 Permita a EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR por su cuenta y riesgo, promueva el PROYECTO en los inmuebles que sean transferidos al FIDEICOMISO ZENIT.

2.4 Permita la constitución de hipoteca sobre los INMUEBLES para respaldar el crédito constructor que solicite el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR.

PARÁGRAFO PRIMERO: En desarrollo del objeto del presente contrato, la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO podrá realizar los actos de disposición y administración de los bienes que conforman el Patrimonio Autónomo, necesarios para el cumplimiento del mismo, quedando ampliamente facultada para la realización de todo acto o contrato necesario para lograr la finalidad prevista.”

De lo anterior se concluye inicialmente que es un error del despacho considerar como objeto del título ejecutivo el establecido en el contrato de 28 enero del 2015 tal como lo expresó en la sentencia impugnada y no determinar que el objeto del título ejecutivo se encuentra en el OTROSÍ de fecha 26 de febrero del 2015, siendo que el objeto fiduciario y demás antecedentes planteados inicialmente el 28 de enero del 2015, SE MODIFICARON INTEGRALMENTE quedando como objeto la administración única y exclusivamente de los terrenos 300—209281 y 300113919, lo que comercialmente se conoce como FIDUCIA DE PARQUEO, que no tiene como fin la administración o el desarrollo de un proyecto inmobiliario como sucede en la famosa fiducia inmobiliaria en los proyectos de construcción. Más aún, en las cláusulas siguientes establece que se conformarán nuevos fideicomisos recursos según los numerales 1.7, 1.8, 1.9, 1.10 y 1.11 del contrato del 26 de febrero del 2015, que indican:

- 1.7. **BENEFICIARIOS DE ÁREA:** Serán quienes suscriban un CONTRATO DE VINCULACIÓN al desarrollo específico que se determine, con el fin de obtener los derechos que se establezcan en él, una vez cumplidas las estipulaciones establecidas en el contrato de vinculación estos recibirán la transferencia de dominio de las áreas determinadas en el mencionado contrato.
- 1.8. **INMUEBLES:** Se entenderá por tal los inmuebles ubicados en la ciudad de Bucaramanga, identificados con el folio de matrícula inmobiliaria número: 300-209281 y 300-113919 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, que serán transferidos por el FIDEICOMITENTE TRADENTE por cuenta de un tercero para incremento del FIDEICOMISO.
- 1.9. **CONTRATO DE VINCULACIÓN:** Contrato que celebrarán el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR y la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO, con los terceros que se vincularán a cada Etapa del PROYECTO.
- 1.10. **PROYECTO:** Se trata de un complejo inmobiliario que se desarrollará por Etapas, la descripción detallada de cada Etapa será definida en el correspondiente contrato de fiducia mercantil a través del cual se administren los recursos de la Etapa correspondiente. El FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR desde ya se reserva el derecho a desarrollar o no las Etapas del Proyecto que consideren necesarias. En el evento que el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR decida comercializar alguna de las Etapas del PROYECTO a través del mecanismo de derechos fiduciarios, el fideicomiso en el que se encuentre el área correspondiente se registrará, en todo por lo establecido en el correspondiente fideicomiso de recursos a través del cual se administren los recursos de la correspondiente etapa. Sin perjuicio de lo referido, el PROYECTO podrá, sufrir variaciones o modificaciones en todo aquello que no contrarie la normatividad vigente y siempre que no afecte de manera sustancial el derecho específico adquirido de algún BENEFICIARIO DE ÁREA, evento en el cual se requerirá aceptación expresa mediante documento escrito del respectivo BENEFICIARIO DE ÁREA afectado.
- 1.11. **FIDEICOMISOS RECURSOS:** Serán los FIDEICOMISOS a los que ingresarán los recursos para el desarrollo de cada etapa del PROYECTO, los cuales serán constituidos por EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR.

3.2. NO SE EVALÚA POR EL DESPACHO DESDE CUANDO PARA LOS “EFECTOS LEGALES EL CESIONARIO ASUME LA CALIDAD DE FIDEICOMITENTE TRADENTE Y BENEFICIARIO EN EL FIDEICOMISO ZENIT” ENTRE ASER INGENIERIA Y PRABYC INGENIEROS, SEGÚN FUE ESTABLECIDO EN LA CLÁUSULA CUARTA Y QUINTA DEL CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL NOTIFICADO A LA FIDUCIARIA.

Establece la cláusula quinta del contrato de cesión de posición contractual firmada entre PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERÍA, notificado el 17 de marzo del 2015 a la fiducia, lo siguiente:

*“CUARTA. - En virtud de la presente, EL CESIONARIO adquiere los derechos que le corresponden al CEDENTE en el contrato de fiducia mercantil señalado en la consideración primera anterior y, en consecuencia, **se entenderá que para todos los efectos legales EL CESIONARIO asume la calidad de FIDEICOMITENTE TRADENTE Y BENEFICIARIO en el FIDEICOMISO ZENIT.**”*

Además, se estableció que los efectos del mencionado documento comenzaban a partir de la suscripción del documento, así:

*“QUINTA. - EFECTOS DE LA CESIÓN: El presente contrato de **Cesión produce efectos entre EL CEDENTE y CESIONARIO desde la fecha de celebración del presente acto**, y respecto del contratante cedido, solo produce efectos desde su notificación y aceptación por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., sociedad, que se reserva el derecho de aceptarla o no”*

Teniendo en cuenta que no existe proceso judicial que a través de una demanda declarativa verse sobre la nulidad, veracidad o terminación del contrato denominado “CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL”. A partir de la firma del mencionado documento de cesión se establece que PRABYC INGENIEROS es quien ***“asume la calidad de FIDEICOMITENTE TRADENTE Y BENEFICIARIO en el FIDEICOMISO ZENIT.”*** establecido en el documento de 26 de febrero del 2015 denominado “OTROSÍ DE MODIFICACIÓN INTEGRAL AL CONTRATO FIDEICOMISO ZENIT”.

3.3 “Los Defectos Formales Del Título Ejecutivo No Podrán Reconocerse O Declararse Por El Juez En La Sentencia” Inciso 2 Del Artículo 430 CGP.

Establece el artículo 422 del CGP, lo siguiente:

*“**Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184”** Subrayado y Negrilla fuera de texto.*

Conforme se planteó en el escrito de traslado de las excepciones de fondo, muchas de estas son la clonación exacta en su literalidad de varias planteadas en el escrito de excepciones previas ya que se cambiaron simplemente sus títulos para buscar darle una apariencia irreal de excepciones de mérito, a pesar de que ya el juzgado se había pronunciado de fondo y contundente sobre las mismas en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018.

No es dable legalmente que en la sentencia apelada el despacho nuevamente se pronunciara y modificara su decisión sobre la EXIGIBILIDAD del título ejecutivo para negar las pretensiones de la demanda, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 430 del CGP, así:

*“**Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso.** En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o*

declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.” Negrilla y subrayado fuera de texto.

De lo anterior se destaca que los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso y además que la revocatoria del mandamiento se da como **“consecuencia del recurso de reposición”**, lo cual se contradice en la sentencia de primera instancia, violando el debido proceso que le asiste a la parte de la demandante, pues se están reviviendo etapas procesales ya superadas y específicamente establecidas en la norma procesal.

Nos referimos con toda claridad y sin perjuicio de ser reiterativos, a las excepciones denominadas en los escritos del apoderado del demandado como:

Excepción de Fondo	Excepción Previa/Recurso al Mandamiento de Pago
Falta de legitimación en la causa por pasiva	Falta de legitimación en la causa por pasiva
Carencia de derecho sustancial en cabeza de la parte actora ante la ausencia del requisito denominado “primer requerimiento	Falta de título ejecutivo
Inexistencia del derecho sustancial pretendido por la parte actora ante la ausencia de aceptación de la cesión por parte de la fiduciaria	

Por lo tanto, no es procedente que en la sentencia impugnada el despacho se pronunciara sobre la **“exigibilidad”** del título ejecutivo al ser un elemento formal dirigido al documento de primer requerimiento establecido en el del contrato fiducia, cuando con anterioridad el juzgado en auto de fecha 16 de febrero de 2018 resolvió mediante auto en firme sobre las excepciones previas, siendo claro el auto que confirma el mandamiento ejecutivo en indicar, lo obrante en el párrafo primero del folio 333 del expediente lo siguiente:

“Bajo ese entendido el juzgado encuentra que la orden de librar mandamiento de pago se ajusta a los requisitos del artículo 422 del Código general del Proceso como lo son contar con una obligación clara, expresa y exigible de documentos que provengan del deudor” negrilla y subrayado fuera de texto.

En la misma confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018, obrante en el expediente al folio 333 párrafo quinto, el despacho confirma sobre la exigibilidad del título ejecutivo, así:

“En conclusión al encontrar los requisitos formales del título se ajustan de manera íntegra al articulado del Código general del Proceso, el despacho no revocará el mandamiento de pago” subrayado y fuera de texto.

Se confirma igualmente la exigibilidad del título ejecutivo demandado cuando en el minuto 11:41:23 de la sentencia impugnada del 2 de diciembre del 2019, el despacho manifiesta lo siguiente:

“Conforme a lo anterior ratificando las conclusiones del auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago, se debe manifestar que la obligación de hacer solicitada en la demanda se encuentra determinada de manera contundente, (..)”

Establece el CGP en el inciso tercero del artículo 430 del CGP, lo siguiente:

Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del

mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.”

De lo anterior se concluye que no es la sentencia del proceso ejecutivo la etapa procesal pertinente para negar el mandamiento ejecutivo o revocarlo, se debe hacer al librarse por primera vez o cuando se resuelve la reposición a esta, ya que claramente lo que se debe ordenar es no continuar con la ejecución conforme lo establece la citada norma.

En apoyo de lo anterior consideramos relevante citar lo indicado por la jurisprudencia en la Acción de tutela con número de expediente T- 6.131.714 instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB- S.A. E.S.P. contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Magistrada Sustanciadora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO ,Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018), que considero:

“65. En el presente asunto, la Sala considera que la Corporación accionada al haber revocado el auto que negó mandamiento de pago y proferir directamente la orden de cancelar la acreencia, actuó por fuera de los márgenes que le otorga su competencia funcional y material, por lo que dicha actuación configuró un defecto orgánico al desconocer los márgenes de decisión del inferior en materias relacionadas con las condiciones formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas, pues aquellas solo pueden invocarse con la presentación de recurso de reposición contra la providencia que ordenó el pago

(..)

66.1 La orden de pago proferida en segunda instancia por la Corporación judicial accionada está revestida de la garantía de seguridad jurídica, pues aquella constituyó un acto cierre en el objeto de discusión del recurso de alzada, por lo que a la luz del artículo 348 del C.P.C., no procede la reposición contra autos que resuelven una apelación. Sin embargo, en el marco del proceso ejecutivo, esta disposición se impone como una barrera infranqueable para el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción del demandado, que hacen parte del contenido fundamental del debido proceso, ya que el complejo sistema de garantías que la legislación le otorga al ejecutado se activa con:

i) el mandamiento de pago; y ii) la oportunidad de formular el recurso de reposición en su contra, con lo que puede cuestionar los requisitos formales del título ejecutivo, presentar excepciones previas y ejercer el derecho de excusión.

(...)

De esa manera, tal como se advirtió previamente, el ad quem al momento de revisar la actuación del juez de primera instancia, no puede desconocer los escenarios de decisión del a quo, los cuales, particularmente en el marco del proceso ejecutivo y del auto que libró la orden de pago, se concretan en el análisis de las condiciones formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas, a cuyo discernimiento llega con la formulación del recurso de reposición que presente el ejecutado. Conforme a lo expuesto, cuando el superior libra el mandamiento de pago en el marco de un proceso ejecutivo, desconoce el principio de autonomía judicial del funcionario cuya actuación se revisa, puesto que vacía sus competencias en asuntos sobre los cuales mantiene un margen de decisión trascendental para el proceso y para el ejercicio de los derechos fundamentales de defensa y de contradicción del ejecutado como garantía del contenido esencial del debido proceso”

Así las cosas, la norma positiva y la jurisprudencia nacional son claras en establecer las etapas procesales en donde debe el juez de conocimiento evaluar determinados elementos del título ejecutivo, así como la necesaria congruencia que debe existir entre los fundamentos ya probados y analizados por el despacho. Por lo cual, en el presente caso se encuentra que la sentencia reevalúa aspectos ya decididos por el mismo despacho, sin indicar cómo ello se ajusta a una excepción de fondo y ni siquiera aún, cuál es la excepción que se probó supuestamente por el demandado, sin notar siquiera que no puede a esta hora controvertirse la exigibilidad del título como indica el fallo ni que la prejudicialidad pueda ser una excepción de fondo como más adelante en el presente escrito expongo de manera detallada.

3.4. Omite la valoración probatoria realizada por el mismo despacho el 18 de febrero del 2018 al documento obrante en “el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”

En la providencia del 18 de febrero del 2018 obrante en el folio 336 párrafo tercero, donde se confirma el mandamiento de pago, el documento obrante en el folio 52 es el afirmado como el primer requerimiento de Prabyc Ingenieros por parte del juzgado al considerar lo siguiente:

“Es necesario resaltar que el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión soportada en los documentos suscritos por las partes acá intervinientes y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige el cumplimiento” Negrilla y resaltado fuera de texto.

Revivir el debate sobre el primer requerimiento contando ya con un pronunciamiento expreso, ejecutoriado y en firme, constituye una vía de hecho al reabrir la etapa procesal de contradicción del PRIMER REQUERIMIENTO por parte de la demandada, buscando reevaluar supuestamente la exigibilidad del título y proceder a cambiar sin ningún fundamento la propia decisión del 18 de febrero del 2018 dictada por el mismo juzgador cuando en la sentencia impugnada manifiesta en el minuto 11:43 del video de la audiencia del 2 de diciembre del 2019 lo siguiente:

“Debe concluir el juzgado entonces que la CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL objeto de este proceso como obligación de hacer, dependía necesariamente del contrato constitutivo de fiducia ya que con el documento que contiene la cesión se estableció que esta debía provenir de PRABYC INGENIEROS en su calidad fideicomitente gerente constructor, como un primer requerimiento a la demandada ACCION FIDUCIARIA.

*Si bien es cierto existe una obligación a cargo de la fiduciaria demandada de registrar todo tipo de modificaciones condiciones o cambios del proyecto fideicomiso zenit, inclusive la cesión que nos ocupa, la misma estaba restringida a la aceptación por parte de esta, **la cual no ocurrió por la razón principal que no se allegó al plenario ningún documento que proviniera del fideicomitente constructor que de manera específica, detallada y concreta informara en ese sentido primer requerimiento a la acá demandada la voluntad de registrar la cesión que nos ocupa**, por ende no hubo pronunciamiento de ningún sentido por el contrario se adjuntó comunicación emanada de prabyc Ingenieros en el sentido de no registrar dicha cesión.”* Negrilla y resaltado fuera de texto.

De lo anterior se permite concluir que no solo hay una manifiesta contradicción del despacho en la sentencia impugnada al desconocer y omitir dar las razones del cambio extraño de posición para ahora no considerar que **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), como ya lo había expresamente señalado al confirmar el mandamiento ejecutivo.

En el fallo recurrido el despacho se limita solamente a indicar que el título no es exigible por supuestamente no haber aportado el requerimiento de Prabyc Ingenieros, lo cual al parecer se sustenta únicamente en una carta de Prabyc Ingenieros de 14 de junio del 2017 (más de un año después de haber radicado el documento obrante a folio 52), sin embargo dicha comunicación igualmente ya había sido evaluada por el despacho en la confirmación del mandamiento ya que se allegó en el recurso de reposición por la parte demandada, según obra en el folio 329, así:

“ Se allega comunicación del 14 de junio de 2017 remitida por el representante legal de PRABYC INGENIEROS S.A.S, a la sociedad ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A , en la cual certifica que no la ha instruido para que registre ninguna clase cesión de posición contractual, que si bien no ha renunciado a la facultad de hacerlo, tampoco ha considerado hacerla efectiva debido al incumplimiento de ASER INGENIERIA S.A.S, concluye que el fideicomitente tridente y beneficiario sigue siendo la hoy demandante y PRABYC INGENIEROS S.A.S, sigue siendo el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR únicamente”

De otro lado, el objeto de la mencionada carta de remisoría obrante en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), lo cual fue probado mediante el testimonio del subgerente jurídico de PRABYC INGENIEROS, el abogado

JOSE SEBASTIAN CACERES, quien firma el mencionado documento del 17 de marzo del 2015 y ante la pregunta de la apoderada de la parte demandante sobre los fines de la notificación realizada, respondió:

“básicamente doctora el fin era entregarle esa cesión a la fiduciaria”,

Y tras solicitarle precisar su respuesta del objeto de la remisión manifestó:

“como le mencionaba doctora simplemente era para entregársela a ACCION FIDUCIARIA, ahora yo creo que la pregunta no sé, si me extralimito en mi respuesta tiene que estar vista a la luz de los demás documentos que se estaban entregando en esa carta remisoría, en esa carta remisoría iban dos cartas de instrucciones, una firmada por ASER INGENIERIA y otra firmada por PRABYC INGENIEROS, donde se establecía, pues que existía una instrucción para registrar esa cesión a primer requerimiento de Prabyc, creo que ,si se mira holísticamente los distintos documentos que se están aportando a través de esa carta remisoría se puede entender cuál era el objeto” Negrilla y subrayado fuera de texto.

Se prueba así que el fin de la carta obrante en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión” (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero)**, era notificar al demandado del documento de cesión realizado el 17 de marzo del 2015; para hacerlo oponible al mismo y que procediera en consecuencia a registrar la cesión que era referenciada no solo en la carta sino en los demás documentos aportados con la misma, tal como indica el mismo testigo Cáceres, a ser analizados holísticamente.

En ese mismo sentido, en tal testimonio ante la pregunta del apoderado de la parte demandada sobre si ese documento es suscrito únicamente por PRABYC y por ASER y si la sociedad fiduciaria firmó ese documento, el Dr. Cáceres respondió:

“El documento estaba firmado por PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERIA. La idea del primer requerimiento era justamente cumplir ese requisito, de notificar a ese tercero del registro de la cesión, ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA no firmaba la cesión”

Refuerza este hecho la confesión del funcionario de PRABYC INGENIEROS ante la siguiente pregunta del juez:

“Para usted qué documentos y que requisitos se necesitan para formalizar un requerimiento”

Frente a lo cual el Dr. Cáceres respondió

“ digamos señor juez que, el documento no exigía una formalidad específica, pero en mi sentir y digamos que era el, del espíritu del contrato de cesión ,que hubiese una notificación de ese registro de cesión, sin explicitar una formalidad, que entendería yo, que el documento tiene que ser por escrito para que opere y firmado por un representante legal o una persona que tuviera la capacidad de comprometer jurídicamente al requirente que en este caso era PRABYC INGENIEROS, si bien repito no exigía una formalidad, si debía ser una carta o se entendía que era una carta que estuviera firmada por un representante, donde se diera alcance a esa cesión y se hiciera explícito ese requerimiento de darle vida a la cesión”

Dejado en claro el propósito y requisitos formales de la comunicación mencionada, debe indicarse también y frente a las manifestaciones de los testigos y de los apoderados judiciales de la demandada respecto de la ausencia de facultades de representación legal de Prabyc Ingenieros por parte del señor José Sebastián Cáceres, con el fin de restarle fuerza vinculante a la comunicación del 17 de marzo de 2015, que La legislación comercial junto con la doctrina y la jurisprudencia han adoptado la teoría de la representación aparente consagrada en el artículo 640 del Código de Comercio, según el cual, quien con hechos positivos u omisiones graves haga creer conforme a los usos del comercio que un tercero está autorizado a consentir títulos en su nombre, no podrá utilizar para defenderse la figura de “representación del suscriptor”.

Es evidente que la carta suscrita por el subgerente jurídico de Prabyc Ingenieros obrante en el **folio 52 del plenario “cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), quien fuese la persona encargada por dicha sociedad para múltiples efectos dentro del desarrollo de la relación contractual y que además con la citada carta allega un documento a su vez suscrito por el representante legal inscrito, son todas circunstancias que se enmarcan como hechos positivos que llevan a concluir que los actos por el suscritos se hacían con el fin de obligar a la sociedad de la cual aún a la fecha es funcionario de alto nivel ejecutivo, por lo cual no pueden ser de recibo los argumentos relativos a la necesidad de contar con la firma de un representante legal para constituir el requerimiento de registro de cesión.

3.5 Omite el despacho que al 17 de marzo del 2015 la sociedad PRABYC INGENIEROS manifiesta expresa e irrevocablemente que conoce el estado actual del contrato, los derechos y obligaciones que se desprenden del estado del FIDEICOMISO ZENIT y de los bienes que lo integran” SEGÚN LA CLÁUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL

PRABYC INGENIEROS al notificar la cesión el 17 de marzo del 2015 acepta “que conoce el estado actual del contrato, los derechos y obligaciones que se desprenden del estado del FIDEICOMISO ZENIT y de los bienes que lo integran” conforme lo establece en el mismo documento en la cláusula segunda, así:

*“MANIFESTACIÓN ESPECIAL: EL CESIONARIO manifiesta que conoce y acepta los términos modalidades, reglamentación legal, derechos, obligaciones y condiciones y que, por lo tanto, se obligan al cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de dicho contrato quedando sujeta a sus reglas y obligaciones. Así mismo, **manifiesta expresa e irrevocablemente que conoce el estado actual del contrato, los derechos y obligaciones que se desprenden del estado del FIDEICOMISO ZENIT y de los bienes que lo integran”***

Se concluye que, con la radicación del 17 de marzo del 2015, lo único que podía pretender PRABYC INGENIEROS es que la fiduciaria procediera a registrar la CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL, para hacerla de público conocimiento a través de las rendiciones de cuentas como se produjo en el 1, 2 semestre del 2015 y 1 semestre del 2016 conforme se observa en los documentos elaborados por la fiduciaria obrantes en el plenario.

3.6 No Se Valoró La Prueba Sobreviniente De Acción Sociedad Fiduciaria Con Radicado 201907102200357281 Allegada El 10 De Julio Del 2019 Al Despacho De Primera Instancia Conforme Al Art 167 CGP.

Establece el CGP:

“Artículo 242. Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso. “

En la misma línea argumentativa que se viene desarrollando al haberse probado desde la confirmación del mandamiento de pago y a lo largo del proceso que el documento en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”**(providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), situación confirmada por el testigo Cáceres y la manifestación especial e IRREVOCABLE de PRABYC INGENIEROS establecida en la cláusula según del contrato de cesión notificado a la fiduciario el 17 de marzo del 2015 conforme al numeral anterior 4 y 5 , se encuentra que en la relación de documentos que el despacho mencionó dentro las pruebas que valoró en la sentencia impugnada en el minuto 11:37: 05 del video donde se manifestó lo siguiente:

“El juzgado va relacionar una serie de pruebas que sirven de base para la posterior decisión, se ha allegado al expediente; Original del contrato de fiducia mercantil suscrito el 28 de enero del 2015 entre ASER INGENIERIA Ltda., PRABYC INGENIEROS SA y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA, Copia simple de la carta radicada cante ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA con numero interno 400393398 del 17 de marzo del 2015 por PRABYC INGENIEROS, Original del Otrosí del contrato fiducia mercantil del 26 de febrero del 2015, Copia simple del documento de cesión posición contractual de ASER INGENIERÍA a Prabyc ingenieros, notificado a la fiducia el 17 de marzo del 2015, Copia

simple del escrito de fecha 30 de agosto del 2016 de ASER INGENIERÍA a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA por medio de la cual se radica en sus oficinas el soporte de consignación de 0.5 salarios mínimos requeridos según contrato para el registro de las cesiones, Se allega copia del memorando entendimiento suscrito entre PRABYC INGENIEROS y la demandante en el mes diciembre del 2014, Copia de la carta de septiembre 6 del 2016 remitida a ACCIÓN FIDUCIARIA a PRABYC INGENIEROS, Copia de comunicación 14 de junio del 2017 remitida por la sociedad PRABYC INGENIEROS a ACCION SOCIEDAD, Certificado de tradición y libertad de los inmuebles identificados con folio de matrícula inmobiliaria 300-209281 y 300-113919, Rendición de cuenta del fideicomiso Proyecto Zenit del periodo julio a diciembre del 2017, Prueba trasladada del proceso con número radicación 2017-0087 que curso o cursa en el Juzgado 29 Civil de Circuito Bogotá, De igual forma se recibieron los interrogatorios de parte de PAULA JIMENA PORRAS PAEZ, ALBERTO ANGARITA JIMENEZ en calidad representantes legales de las sociedades contendientes, Así mismo en audiencia anterior excepción de testigo JOSE SEBASTIAN CACERES, GILBERTO ALEJANDRO SALAMANCA PULIDO y el Interrogatorio del perito JHON FREDY MORENO GONZALEZ.”

De lo anterior se observa que el despacho en la sentencia impugnada omite incluir **la prueba sobreviniente allegada el 6 de agosto del 2019 al proceso en virtud del artículo 167 del CGP**, solicitud que no fue objeto de pronunciamiento expreso alguno según lo solicitado por la parte que represento, sin embargo el mencionado documento fue referenciado ampliamente en los alegatos de conclusión y se destaca en este recurso por tener una altísima relevancia en confirmar que el documento del 17 de marzo del 2015 obrante en el plenario al **“folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”(folio 336 párrafo tercero AUTO 18/02/2018)**, con respecto a lo indicado en la sentencia como fundamento de su decisión respecto de la ausencia del requerimiento de registro por parte de Prabyc Ingenieros SAS.

El mencionado documento, allegado el 6 de agosto del 2019 al proceso y aunque no fue relacionado por el despacho dentro de las relacionadas pruebas base de sus consideraciones del fallo, obra al folio 752 del cuaderno principal del expediente digital en el archivo denominado “106-respuesta de acción fiduciaria del 10 y 17 de julio del 2019.pdf”, así:

Nombre	Modificado	Modificado por
105 acta audiencia 075 pruebas.pdf	5 de octubre	Secretario 02 Sala Civil Tril
106 respuestas accion fiduciaria 10 y 17 de julio de 2019.pdf	5 de octubre	Secretario 02 Sala Civil Tril
107 solicitud pruebas art. 167.pdf	5 de octubre	Secretario 02 Sala Civil Tril
108 constancia remision copias a juz 29.pdf	5 de octubre	Secretario 02 Sala Civil Tril

Lo anterior correspondiendo a una misiva de fecha 10 de julio del 2019 con número de radicado 201907102200357281, firmada por el señor EDWARD ALFONSO GONZÁLEZ, Subdirector Administrativo y Operativo de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA donde aclara el alcance de la carta del 17 de marzo del 2015 que se encuentra en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero) y me refiero en particular a la respuesta a la pregunta:

“13- Cuáles fueron los motivos para que la fiduciaria no respondiera la carta del 17 de marzo del 2015 en la que le adjuntaba entre otros el CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL y las cartas de instrucción de ASER INGENIERÍA y PRABYC INGENIEROS” Negrilla y subrayado fuera de texto.

Donde respondió la parte demandada:

“Teniendo en cuenta que dicha comunicación correspondía a una INSTRUCCIÓN, la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO ZENIT, procedió a tomar atenta nota.” Negrilla y subrayado fuera de texto.

Este documento confirma de tal manera que no es dable argumentar que el título no es exigible por supuestamente no haber contado con el requerimiento de registro de la cesión como indica el despacho pues hasta la misma demandada lo confirma con fecha 17 de marzo del 2015 con radicado 20150317-400-3933982 es **“una INSTRUCCIÓN”** por escrito **el**

documento obrante en “el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión” (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero)

3.7 No Se Valoró La Prueba La Rendición De Cuentas Del 1,2 Semestre Del 2015, 1 Semestre Del 2016 Y Correo Electrónico Del 25 De Julio Del 2016 Como Aceptación De La Cesión.

Durante el interrogatorio de parte de demandante el día 19 de febrero del 2019 en el minuto 8:15 al 1:16:42, se allegaron al proceso entre otros documentos las rendiciones de cuentas del 1 y 2 semestre del 2015 y 1 semestre del 2016 donde acepta la fiduciaria la cesión notificada 17 de marzo del 2015 al modificar las partes contractuales registrándose como único beneficiario y tradente a PRABYC INGENIEROS, así:

1. Rendición de cuentas del 1 semestre del 2015 del fideicomiso Zenit, donde se observa que PRABYC INGENIEROS es el único fideicomitente, según prueba obrante en el en el folio 280 del cuaderno principal así:

3.5 Fideicomitente(s):
Lista de Fideicomitentes vigentes al 30/06/2015.

Nombre	Participación	Observaciones
ASER INGENIERIA LTDA	50%	
PRABYC INGENIEROS LTDA	50%	

3.6 Beneficiarios(s):
La lista de Beneficiarios del FIDEICOMISO es:

Nombre	Participación	Observaciones
--------	---------------	---------------

FA-2974 FIDEICOMISO PROYECTO ZENIT
Para el periodo comprendido entre el 01/01/2015 y el 30/06/2015

Nombre	Participación	Observaciones
PRABYC INGENIEROS LTDA	100%	

3.7 Cesiones:

Histórico de cesiones realizadas por los fideicomitentes o beneficiarios hasta el 30/06/2015 ordenadas de la más reciente a la más antigua:

F/Vigencia ¹	Clase	Cedente	Cesionario	Cantidad cedida ²
No se encontraron cesiones				

2. Rendición de cuenta del 2 semestre del 2015 del fideicomiso Zenit, donde se observa que PRABYC INGENIEROS es el único fideicomitente según prueba obrante en el folio 587 del cuaderno principal así:

FA-2974 FIDEICOMISO PROYECTO ZENIT
Para el periodo comprendido entre el 01/07/2015 y el 31/12/2015

- Por la administración de los INMUEBLES, el equivalente a tres (3 SMLMV) salario(s) mínimo(s) legal(es) mensual(es) vigente(s), pagaderos en forma anticipada por cada mes o fracción de vigencia del contrato.
- En el evento en que se solicite la transferencia de los INMUEBLES a personas diferentes de LOS FIDEICOMITENTES o BENEFICIARIOS DE ÁREA, se cobrará una comisión del cinco por ciento (5%) del valor de la transferencia de los INMUEBLES.
- Mientras existan recursos en el fideicomiso y estos se encuentren invertidos en el Fondo Abierto ACCIÓN UNO, se cobrará la comisión de ésta de acuerdo con los reglamentos de las mismas, que EL FIDEICOMITENTE TRADENTE manifiesta conocer y aceptar.
- Para registrar cada una de las cesiones o prenda de derechos que se realicen en ejecución del presente contrato, el cedente o deudor prendario deberá cancelar a ACCIÓN a título de comisión la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente (0.5 SMLMV) para efectos de que ésta proceda con el registro de la misma, sin perjuicio de las condiciones para la aceptación de la cesión o prenda, conforme a lo previsto en este contrato.

3.5 Fideicomitante(s):

Lista de Fideicomitentes vigentes al 31/12/2015.

Nombre	Participación	Observaciones
ASER INGENIERIA LTDA	50%	
PRABYC INGENIEROS LTDA	50%	

3.6 Beneficiarios(s):

La lista de Beneficiarios del FIDEICOMISO es:

Nombre	Participación	Observaciones
PRABYC INGENIEROS LTDA	100%	Unidad (100 %)

3. Rendición de cuenta del 1 semestre del 2016 del fideicomiso Zenit, donde se observa que PRABYC INGENIEROS es el único fideicomitante, según prueba obrante en el folio 575 del cuaderno principal así:

FA-2974 FIDEICOMISO PROYECTO ZENIT
Para el periodo comprendido entre el 01/01/2016 y el 30/06/2016

4. Mientras existan recursos en el fideicomiso y estos se encuentren invertidos en el Fondo Abierto ACCIÓN UNO, se cobrará la comisión de ésta de acuerdo con los reglamentos de las mismas, que EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR manifiesta conocer y aceptar.
5. Para registrar cada una de las cesiones o prenda de derechos que se realicen en ejecución del contrato, el cedente o deudor prendario deberá cancelar a ACCION a título de comisión de medio salario mínimo legal mensual vigente (0.5 SMLMV) para efectos de ésta se proceda con el registro de la misma, sin perjuicio de las condiciones para la aceptación de la cesión o prenda conforme a lo previsto en el contrato-

3.4 Fideicomitante(s):

Lista de Fideicomitentes vigentes al 30/06/2016.

Nombre	Participación	Observaciones
PRABYC INGENIEROS LTDA	100%	

3.5 Beneficiarios(s):

La lista de Beneficiarios del FIDEICOMISO es:

Nombre	Participación	Observaciones
PRABYC INGENIEROS LTDA	100%	Unidad (100 %)

Las anteriores rendiciones de cuenta se encuentran en el expediente digital, en los siguientes archivos:

	92 respuestas a derechos de petición y correos electronicos.pdf	5 de octubre	Secretario 02 Sala Civil Tril
	93 respuesta a derechos de petición y correos electro...	5 de octubre	Secretario 02 Sala Civil Tril
	94 autp supersociedades admite demandante en reorganizacion.p...	5 de octubre	Secretario 02 Sala Civil Tril

Es importante destacar que adicionalmente a lo resuelto **por el despacho al indicar que “el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión” (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero)**, en el tan citado auto del 18 de febrero del 2018 también se resolvió lo referente a la aceptación de la cesión por parte de la demandada, sobre el recurso contra el mandamiento de pago de la parte demandada, en el folio 329 párrafo quinto del plenario, el despacho manifestó:

“Señala el recurrente que existe una ausencia de la aceptación de la cesión por parte de la fiducia, a pesar de haberse incluido en el numeral 4.1.9 de la cláusula cuarta

del documento denominado "Otro sí modificación integral contrato de fiducia mercantil de administración proyecto Zenit", por lo tanto, los documentos aportados no cumplen con la totalidad de los requisitos necesarios para la ejecución" subrayado fuera de texto.

A lo que el despacho en su providencia de fecha 18 de febrero del 2019 en el folio 336 párrafo cuarto, resuelve de forma contundente sobre la aceptación de la cesión lo siguiente:

*"Si bien es cierto, la cláusula octava del otrosí dispone que ACCIÓN se reserva el derecho de aceptar o no la cesión, **lo concreto es que no se aportó junto con el recurso de reposición documento alguno que permita establecer que no fue aceptada la cesión comunicada por los cedentes y acá demandante**"* negrilla y subrayado fuera de texto.

Por lo tanto, la discusión sobre la aceptación de la cesión como primer requerimiento para la exigibilidad ya había sido zanjado encontrándose en firme, ejecutoriado en la providencia judicial del 18 de febrero del 2015 y con el fin de confirmarse a largo del proceso que siempre ha existido una aceptación de la cesión por la parte demandada, se aportaron las rendiciones de cuenta del 1,2 semestre del 2015 , 1 semestre del 2016 junto con el correo electrónico 25 de julio del 2016 del demandado acepta la aceptación de la cesión al enviarse desde el correo electrónico Adriana.caldas@accion.com.co, cuando se ENVIÓ ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE la rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 a los correos electrónicos de PRABYC INGENIEROS en particular a la representante legal de esta, la DRA AMPARO CHIRIVI PINZON. En la rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 con corte a 30 de junio del 2016 se registra como único fideicomitente y beneficiario a Prabyc Ingenieros. Lo anterior fue allegado al plenario mediante memoriales que recorrieron traslado al recurso de reposición del mandamiento de pago, en el traslado de excepciones y en el interrogatorio de la representante legal de Aser Ingeniería, donde el despacho ordenó incluirlas como pruebas.

Sin embargo, en el fallo impugnado en la relación de documentos que se mencionó en el punto anterior, no se encuentran estos documentos dentro de las pruebas documentales por lo que en consecuencia se concluye que no fue valorada por el despacho.

Es menester reafirmar que los anteriores documentos confirman que siempre ha existido una aceptación de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA de la cesión al probar que en los mismos se registra que ASER INGENIERIA deja de ser fideicomitente y beneficiario del fideicomiso zenit a partir del año 2015, tal como se observa en las pruebas documentales arrimadas al proceso y correspondientes a las rendiciones de cuenta del primero y segundo semestre del 2015 y primer semestre del 2016.

En especial se confirma y destaca esta última rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 con corte 30 de junio del mismo año, donde **PRABYC INGENIEROS figura como único beneficiario y fideicomitente**, con lo cual se comprueba el cumplimiento de los supuestos de hecho establecidos en la carta de instrucción irrevocable emitida por el representante legal de dicha sociedad, fechada 25 de febrero del 2015 y notificada por parte del cesionario PRABYC INGENIEROS el 17 de marzo del 2015 a la entidad ACCION FIDUCIARIA.

En tal virtud, se concluye que al cumplirse los requisitos de la carta de instrucción y habiéndose incluido a Prabyc como único beneficiario desde 2015 en sus rendiciones de cuentas, y por tanto la cesión, lo que procedía entonces en tal momento, es decir, en el segundo semestre de 2016, era que la fiduciaria registrara contablemente una cuenta por pagar a cargo del fideicomiso Zenit y a favor de Aser Ingeniería conforme a la instrucción irrevocable proferida por el representante legal de Prabyc Ingenieros SAS de fecha 25 de febrero del 2015.

Ahora bien, el fideicomiso y la fiduciaria estaban debidamente facultados para registrar la cuenta de cobro pues, contrario a lo manifestado por el testigo Alejandro Salamanca, los inmuebles no son los únicos bienes fideicomitados tal como se indicó en la cláusula tercera del Otrosí al contrato de fiducia se entregaron igualmente recursos por 2 millones de pesos, y se podían seguir transfiriendo directamente al fideicomiso e incluso se podían hacer aportes industriales como expresamente se consignó en el referido otro sí. Así mismo, se estableció en el otrosí la posibilidad de invertir recursos que se encontraran en cuentas del fideicomiso al disponer dentro de las instrucciones a la fiduciaria:

4.1.10. Invertir temporalmente en el Fondo Abierto ACCIÓN UNO, administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. las sumas líquidas de dinero que se encuentren en el patrimonio autónomo.

En la diligencia de testimonio del Dr. José Sebastián Cáceres se confirma que se debía generar una cuenta por cobrar cuando PRABYC INGENIEROS fuese el único beneficiario y fideicomitente cuando ante la primera y segunda preguntas del juez el Dr. Cáceres, manifestó:

“la contraprestación a esa cesión anticipada se generaba una cuenta por pagar a favor de ASER INGENIERIA, (...)”

Y posteriormente ante la segunda parte manifestó

“digamos más que se hiciera el pago anticipado, lo que se generaba una obligación de pagar, lo que se decía Si Se registraba la cesión se generaba una cuenta por pagar a cargo del fideicomiso y ASER INGENIERIA, lo que ocurría o lo que ocurrió básicamente es que esa cesión al no registrarse no se generó la cuenta por pagar y adicionalmente para que existiera la cuenta por pagar existiera cumplir unos presupuesto de un memorando de entendimiento,....”.

Así entonces, debía el despacho haberse pronunciado sobre la generación de la cuenta por pagar, al valorar los documentos existentes que comprobaban que la fiduciaria ajustaba sus comportamientos al mejor interés de Prabyc Ingenieros al retrotraer lo ya incluido en sus rendiciones de cuenta de 1,2 semestres del 2015 y 1 semestre del 2016.

3.8 El Despacho No Se Pronuncia Sobre Las Excepciones Que Estableció En La Etapa De Fijación Del Litigio

Establece el Código General del Proceso, lo siguiente:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”

“ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”

En punto a dar una lectura armónica de tales preceptos y su aplicación al presente caso resulta sumamente importante destacar la importancia que normativa y jurisprudencialmente se le ha dado a la etapa de fijación del litigio, sobre lo cual es menester traer a colación las siguientes citas de algunos pronunciamientos del Consejo de Estado al respecto:

- **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, 8 de septiembre de 2016, Expediente 110010328000201600017-00, Actor: Miguel Alexander Bermúdez Lemus, Demandado: Carlos Ernesto Santa Bonilla, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, fallo proferido el 19 de agosto del 2016 dictado dentro del proceso de la referencia, por medio de la cual en la página 4 , manifestó:**

“Entonces, toda vez que es la fijación del litigio el momento en el que se establecen los problemas jurídicos que se van a resolver en la sentencia, si alguna de las partes considera que no abarca la totalidad de los planteamientos, debe manifestarlo en ese momento para que con base en sus argumentos se modifique en lo que el juez o magistrado ponente considere que le asiste razón.”
Negrilla y subrayado fuera de texto

- **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro, quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), Expediente: 11001-03-28-000-2014-00139-00, por medio de la cual en la página 16 al 17, manifestó:**

“Esta fijación del litigio no fue objeto de ningún reproche por las partes en el vocativo de la referencia.

*La razón de la importancia de esta oportunidad procesal radica sin lugar a hesitación alguna, es en este momento en que el juez y las partes establecen los problemas jurídicos litigiosos **que se han de resolver, acorde a los hechos controvertidos y/o aceptados en la demanda y su contestación.***

*Lo anterior significa que si bien la acción o medio de control activa o pone en movimiento el aparato jurisdiccional, y la contestación de la misma genera y permite a las partes y terceros interesados ejercer su derecho de defensa dentro de los principios que orientan el debido proceso, **es real y ciertamente en la fijación del litigio en donde las partes bajo la dirección del juez, concretan, determinan, establecen los hechos que aceptan y aquellos objeto de probanza durante el mismo.***

La finalidad de esta diligencia durante la audiencia inicial, no es otra que la de racionalizar y delimitar la actuación procesal y circunscribir los problemas jurídicos a lo estrictamente requerido por las partes, por ser esta una etapa preclusiva, en donde se fija la litis en forma definitiva, a partir de la cual las partes deben dirigir su conducta procesal y el juez pronunciar la sentencia.

*En otras palabras, si bien la demanda y la contestación se convierten en el primer paso que tienen las partes para determinar el objeto del litigio, **el señalamiento definitivo de este en la audiencia inicial, permitirá una depuración de los extremos de la controversia**, en la medida en que entre las partes y el juez se señalan y **determinan los presupuestos fácticos y los problemas jurídicos que habrán de resolverse en la sentencia** según su probanza y los análisis jurídicos propios de la interpretación judicial.*

*En este sentido, es el juez, desde su función de conductor del proceso, el que indica a los sujetos procesales **cuáles son los problemas jurídicos planteados, sobre los cuales versará la decisión y frente a los cuales las partes han de dirigir sus esfuerzos tanto probatorios como argumentativos para hacer prevalecer su posición jurídica.***

*Desde esta perspectiva, **la fijación del litigio se convierte en la determinación de las “reglas de juego a seguir dentro del debate procesal”, a partir de las cuales las partes y el juez deben encauzar su actuación**, dentro del marco de los principios de congruencia, buena fe, lealtad procesal y debido proceso, entre otros, que guían la función judicial.”*
(Negrillas fuera del texto original)

En el presente caso en la audiencia celebrada el 19 de febrero del 2019, durante la etapa de FIJACIÓN DEL LITIGIO el despacho estableció los puntos sobre los cuales puntualmente se pronunciaría, lo cual fue aprobado por las partes al no presentarse recurso y en especial sobre las excepciones de mérito del demandado indicó textualmente lo siguiente:

*“SIGUIENDO CON EL ORDEN DE LA AUDIENCIA EL PASO SIGUIENTE es LA FIJACIÓN DEL LITIGIO, Tratándose UN PROCESO EJECUTIVO COMO ES EL PRESENTE DE OBLIGACIÓN DE HACER, pues EL JUZGADO TENDRÁ EN CUENTA y mirara si a través de las pruebas aportadas al proceso las practicadas hasta el momento y las por practicar, da mérito para que se siga con o se dicte seguir adelante con la ejecución de acuerdo al mandamiento de pago librado el 5 DE JUNIO DE 2017 donde se ordenara a ACCIÓN FIDUCIARIA a registrar la cesión posición contractual, IGUALMENTE SE TENDRÁ EN CUENTA ALLI si se (sic) hay lugar de ordenar a PRABYC DE ORDENAR ENTREGAR UNOS DINEROS QUE ALLÍ SE solicitan ASÍ como la cuantía de indemnización de perjuicios en la calidad de \$21.362`729.809.00. o POR SI LO CONTRARIO DA PROSPERIDAD **A LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA DEFENSA, LAS LIMITA O SEÑALA, A QUE NO EXISTIERON PRÁCTICAS ABUSIVAS EN ESAS FACTURAS, QUE NO HUBO ALTERACIÓN EN LAS COMISIONES QUE SE COBRABAN, QUE HUBO TERMINACION Y LIQUIDACION DEL FIDEICOMISO EN LEGAL FORMA**, A ESTO SE CIRCUNSCRIBE EL LITIGIO A DETERMINAR A TRAVÉS DE LAS PRUEBAS SI HAY RAZÓN PARA SEGUIR CON EL*

MANDAMIENTO EJECUTIVO O POR LO CONTRARIO NEGARLO DARLE PROSPERIDAD A LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA DEMANDADA, A ESTO EL JUZGADO LIMITA EL OBJETO DE ESTE PROCESO **SOBRE LO CUAL SE DEBE PRONUNCIAR** subrayado y negrilla fuera de texto (Transcripción textual del audio)

Con lo anterior fueron establecidas las “reglas de juego a seguir dentro del debate procesal”; y en lo referente a la excepción denominada “AUSENCIA DE PRIMER REQUERIMIENTO” al ser una excepción previa que ataca la formalidad y exigibilidad del título ejecutivo que fue objeto de contradicción mediante la interposición del recurso de reposición contra el mandamiento de pago y a su vez fue resuelto el 18 de febrero del 2019 desfavorablemente al demandado según se lee a folio 630 del cuaderno principal:

“Es necesario resaltar que el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión soportada en los documentos suscritos por las partes acá intervinientes y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige el cumplimiento” Negrilla y resaltado fuera de texto.

A lo largo de la sentencia impugnada hay una ausencia de motivación para demostrar que las excepciones propuestas por la parte demandada debían prosperar pues ellas en estricto derecho correspondían, según la fijación del litigio: **“A QUE NO EXISTIERON PRÁCTICAS ABUSIVAS EN ESAS FACTURAS, QUE NO HUBO ALTERACIÓN EN LAS COMISIONES QUE SE COBRABAN, QUE HUBO TERMINACION Y LIQUIDACION DEL FIDEICOMISO EN LEGAL FORMA (..)”**

Tal como se desarrolló en los numerales anteriores de este memorial, el juez de primera instancia únicamente manifestó en una sola palabra, sin sustento alguno, que el título ejecutivo no era exigible, siendo una excepción previa antes resuelta y que ya había hecho tránsito a cosa juzgada, omitiendo pronunciarse sobre lo manifestado el 18 de febrero del 2019 en especial sobre el folio 52 del expediente para desvirtuar lo que él mismo había establecido al indicar que tal documento **“cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión.”**

El juez de origen no podía pronunciarse nuevamente sobre la EXIGIBILIDAD del título al ser un requisito formal propuesto por el demandado mediante las EXCEPCIONES PREVIAS junto con las pruebas que anexo en ese momento inicial ejerciendo su derecho de contradicción y que fue resuelto desfavorablemente en la confirmación del mandamiento de pago el 18 de febrero del 2019 que hizo tránsito a COSA JUZGADA frente al defecto formal alegado, por lo tanto hay una violación del derecho fundamental al debido proceso, bien porque en la etapa probatoria después de la fijación del litigio no se evidenciaron situación distinta que permitiera decir lo contrario sobre **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** y/o porque las partes entendieron que estos no hacían parte de la fijación, lo que se comprobaría, por ejemplo, con sus alegaciones, o porque esos aspectos desde la óptica de la racionalidad de la decisión requieren ser tratados nuevamente en ella.

Nuevamente se resalta lo establecido artículo 430 del CGP, así:

“Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.” Negrilla y subrayado fuera de texto.

Cabe resaltar que la facultad del juez de decretar oficiosamente excepciones probadas que expresamente no se plantearon en la fijación del litigio exclusivamente aplica para aquellas que son de mérito o fondo, o en el hipotético caso que no se hubiera pronunciado sobre alguna excepción previa contra el mandamiento pago, situación que para el presente caso no aplica ya que sobre la EXIGIBILIDAD del título, al ser un requisito formal, si existió un pronunciamiento

fundamentado, claro y contundente desde el 18 de febrero del 2019 cuando se resolvió en definitiva el recurso contra el mandamiento de pago, decisión ejecutoriada y en firme.

Se afirma de tal decisión su firmeza conforme a lo dispuesto en el artículo 430 del CGP, así como la ausencia de otros recursos frente a la misma según lo desarrollado en la Sentencia C-1193/05, que consideró:

“La decisión del legislador de establecer la posibilidad de impugnar el mandamiento de pago solamente mediante el recurso de reposición, es decir, suprimiendo respecto de esa providencia el recurso de apelación que antes existía, ha de entenderse como una decisión de política legislativa dentro del propósito de descongestionar la administración de justicia, pues es evidente que de esa manera el proceso de ejecución en su fase inicial que comienza justamente con la intimación al deudor para el pago de la obligación, no llegará al juzgador de segunda instancia, con lo cual no sólo se aplica el principio de la celeridad, sino también se permite la agilización de otros procesos al suprimir un trámite no indispensable. Se observa por la Corte, adicionalmente, que al demandado en el proceso ejecutivo no se le desconoce ni disminuye el derecho de defensa, por la circunstancia de haber previsto el legislador que los hechos constitutivos de excepciones previas solo puedan ser alegados mediante la interposición del recurso de reposición. En definitiva, lo que esto significa, es que ellas no serán tramitadas como un incidente de previo y especial pronunciamiento, en el que, además, la providencia que lo resolvía era susceptible de impugnación con el recurso de apelación. De esta suerte, si los hechos constitutivos de excepciones previas de todas maneras pueden ser alegados, resulta evidente que no le asiste la razón a la actora sobre la supuesta violación del derecho de defensa como sucedería si se le impidiera por completo su alegación. Finalmente, en relación con la posible vulneración del derecho a la igualdad, planteada por la ciudadana demandante al considerar que la posición del demandado en un proceso ejecutivo, frente a la posición de éste en un proceso ordinario, es menos ventajosa, la Sala considera que estas actuaciones no pueden ser comparadas, pues no sólo la naturaleza de las dos especies de procesos es diferente, como quiera que en un proceso de conocimiento se busca la certeza del derecho incierto en tanto que el ejecutivo se persigue la realización coactiva de un derecho cierto al menos en apariencia, pero insatisfecho, sino que, además, precisamente por esa diferencia no puede aducirse quebranto alguno a la igualdad por establecer regulaciones distintas, como lo pretende la actora”

En la misma línea anterior, el Consejo de Estado Sección Segunda, en Sentencia 13001233100020080066902 (06632014), 8/6/2015. C.P. Sandra Lisset Ibarra ha manifestado:

“La norma contempla los recursos procedentes contra el mandamiento ejecutivo. La primera parte de la norma es perentoria en señalar que “el mandamiento ejecutivo no es apelable”. Es decir, la providencia que profiera el juez de conocimiento del proceso ejecutivo que libre mandamiento de pago no tiene recurso de apelación, con lo cual se pretende la realización de la pronta y cumplida justicia.”

Entonces, al haberse resuelto su alegación de excepción previa sobre la exigibilidad título, podía el demandado inclusive recurrir la decisión si así lo consideraba interponiendo una acción de tutela en virtud del principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, al no existir más recursos contra la providencia del 18 de febrero del 2018 que confirmó el mandamiento de pago, y que debía interponerse dentro de los 6 meses siguientes al hecho, venciendo el 6 de agosto del 2019 como fecha máxima para cumplir el principio de inmediatez.

En conclusión, la acción de tutela sería entonces el medio que tenía el demandado para continuar atacando la exigibilidad del título ejecutivo aquí demandado una vez se fue confirmado el mandamiento de pago como sucedió el 18 de febrero del 2019 y no como se pretendió por el aquo, reabriendo en la sentencia este debate al acoger la insistencia del demandado en la exigibilidad del título en las pruebas y alegatos de conclusión, etapas siguientes a la fijación de litigio donde ya el debate estaba zanjado y clausurado.

Ante la decisión en firme y ejecutoriada del 18 de febrero del 2019 que resuelve sobre la exigibilidad mediante el presente trámite de apelación no procede inclusive que el TRIBUNAL se pronuncie en contrario, pues deberá éste propender porque se respete el debido proceso ordenando mantener la citada decisión sobre la formalidad del título que hizo tránsito a cosa juzgada.

Más aún, se señala en la sentencia atacada como sustento de su decisión que el presente proceso ejecutivo debe condicionarse o no puede resolverse por esperar a las resultas de procesos judiciales de carácter declarativo que no fueron indicados como pleitos pendientes como es el caso del proceso que se del Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá con radicado 2017-081 y acumulado 2017-111, cuando se observa no solo que no son las mismas partes y tampoco el mismo objeto

pues en uno de ellos actúa el fideicomiso Zenit y no la fiduciaria en su propio nombre como es vinculada en el presente trámite.

Se reitera y se confirma al revisar el fallo que eran las excepciones DE FONDO o de MÉRITO las que debían resolverse en sentencia, conforme a la fijación del litigio, por lo que la decisión atacada constituye una vía de hecho sal ser no solo una sentencia extra petita sino también al adolecer de **“deficiencias graves de motivación”** pues ni siquiera fue propuesta por el demandado la bien conocida excepción genérica que pudieren dar lugar a establecer una excepción no formulada por la parte demandada.

En consonancia con todo lo anterior, podemos afirmar igualmente que la providencia aquí apelada contiene una **“nulidad generada en sentencia”** tal como es establecida tal figura en el numeral 8 del artículo 355 del CGP y la cual se ha desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Suprema De Justicia, con ponencia del Magistrado Octavio Augusto Tejeiro en sentencia SC 5408-2018, rad. 11001-02-03-000-201-00691-00 del 11 de diciembre del 2018 que al resolver sobre un proceso ejecutivo hipotecario consideró:

4.- Se acude en esta ocasión a la causal octava del artículo 380 del estatuto de los ritos civiles, consistente en «existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso», siendo dos los aspectos a tener en cuenta para su procedencia. En primer lugar, que haya incurrido el funcionario en un vicio de nulidad al momento mismo de pronunciar la sentencia y, adicionalmente, que no existan medios de contradicción que permitan discutirlo dentro del proceso, último aspecto que se encuentra allanado pues tratándose de un proceso ejecutivo, dada su naturaleza, la sentencia de segunda instancia no admitía recurso de casación.

Por otra parte, la razón específica de nulidad que puede alegarse por esta vía, exige que no tenga su génesis en el devenir litigioso sino que emerja del mismo fallo, con la salvedad que, a tono con en el numeral 7 del citado artículo 380, la indebida representación, la falta de notificación o el emplazamiento inadecuado constituyen

(...)

5.1 Deficiencias graves de motivación como causa de nulidad originada en la sentencia en la jurisprudencia de la Corte.

En CSJ SC 29 ago. 2008, rad. 2004-00729-01, la Corte por vía de interpretación, introdujo la tesis referente a que dentro de las posibles causas de nulidad generadas en la sentencia se encuentra la concerniente a las «deficiencias graves de motivación».

En esa oportunidad se abordó el estudio de la causal de revisión consagrada en el numeral 8° del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, en orden a lo cual la Corte se refirió en retrospectiva a sus antecedentes y se centró en el deber de motivación de las sentencias judiciales como

En consideración de todo lo anterior, se encuentra que el a-quo comete una vía hecho que constituye según el desarrollo de la sentencia atacada, inclusive una causal de nulidad por una grave deficiencia de motivación al reabrir y someter nuevamente, sin justificación válida, a debate la exigibilidad del título supuestamente con base en una falta de requerimiento y aceptación, lo cual en todo caso no es cierto tal como se ha desvirtuado ampliamente en los argumentos antes citados en los reparos primero, segundo, tercero y cuarto anterior.

3.9 No Se Expusieron De Forma Detallada Los Elementos Probatorios Que Fundamentan Las Excepciones De Mérito Fijadas Por El Despacho En Audiencia Inicial.

A continuación, nos manifestaremos en particular sobre cada elemento del litigio conforme fue establecido expresamente por el juzgado y aceptado por las partes en audiencia inicial y que el despacho omitió tenerlos en cuenta y/o pronunciarse de forma clara, detallada y contundente en las consideraciones de la sentencia impugnada, así:

9.1 Frente a que “no existieron prácticas abusivas en esas facturas”.

El despacho no evaluó y tampoco se pronunció respecto a lo probado en el plenario, que al no existir prueba distinta o adicional que lo contradiga demuestran lo siguiente:

- 9.1.1** Los requisitos de ejecución de la obligación de hacer, consistente en registrar la cesión de posición contractual, adquirida por expresa aceptación de la demandada, fueron cumplidos a cabalidad mediante la suscripción del contrato de cesión, las cartas de instrucción de carácter IRREVOCABLE emitida por PRABYC INGENIEROS y la radicación de estas en debida forma y mediante comunicación expresa de la sociedad Prabyc Ingenieros a Acción Fiduciaria.
- 9.1.2** El 25 de julio del 2016 el demandado acepta la aceptación de la cesión al enviarse desde el correo electrónico Adriana.caldas@accion.com.co se ENVIO UNICAMENTE Y EXCLUSIVAMENTE a los correos electrónicos de PRABYC INGENIEROS en particular a la representante legal de esta, la DRA AMPARO CHIRIVI PINZÓN la rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 con corte a 30 de junio; la cual está **EN FIRME Y SIN OBJECIÓN ALGUNA DE PRABYC INGENIEROS A LA FECHA**, donde se cumplen las condiciones de ser el ÚNICO FIDEICOMITENTE Y BENEFICIARIO del fideicomiso, siendo aquellas las condiciones establecidas en la carta de instrucción de carácter IRREVOCABLE firmada por PRABYC INGENIEROS y notificada al demandado desde el 17 de Marzo del 2015.
- 9.1.3** La rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 está en firme y sin ninguna objeción de PRABYC INGENIEROS hasta la fecha.
- 9.1.4** Aser Ingeniería procedió a radicar el 28 de julio del 2016 ante la fiduciaria la cuenta de cobro correspondiente al saldo del valor del lote transferido al fideicomiso pesar de que

Acción Fiduciaria ya había registrado en las dos rendiciones de cuentas del 2015 a Prabyc Ingenieros como Único Beneficiario del Fideicomiso, incluyendo la rendición del primer semestre del 2016 con corte a 30 de junio del 2016 donde el único fideicomitente y beneficiario es PRABYC INGENIEROS.

9.1.5 Solamente hasta notificarse de la presente demanda ejecutiva, ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA decide consultar con Prabyc Ingenieros cuál es su mejor interés frente a lo ocurrido, ignorando los efectos legales de sus acciones y el tiempo transcurrido.

9.1.6 Entre Acción Fiduciaria y Prabyc se celebra una reunión el 14 de junio del 2017, posteriormente a la notificación del mandamiento de pago del presente proceso, sin presencia de Aser Ingeniería y en la cual se trata el estado del fideicomiso, tras la cual Prabyc expide una carta a Acción Fiduciaria indicando que no ha radicado el requerimiento para la cesión, para amañadamente protegerse de lo que debidamente le correspondía que era asumir el pago de comisiones, de la cuenta de cobro y demás deberes que como fideicomitente tradente cesionario le correspondían.

9.1.7 Posteriormente, transcurrido más de un año desde la radicación de los documentos citados, sin que frente a ellos hubiese existido negación, oposición o siquiera observaciones a los documentos de parte de Acción Fiduciaria, dicha sociedad decide desconocer lo sucedido para actuar de manera parcializada en desmedro de los derechos de Aser Ingeniería y favoreciendo evidentemente los intereses de Prabyc Ingenieros, al negarse a registrar la cuenta por pagar a favor de mi representada.

9.1.8 La anterior situación se comprueba y justifica en la existencia de otros negocios fiduciarios entre ACCIÓN FIDUCIARIA Y PRABYC INGENIEROS, distintos al fideicomiso Zenit; por los cuales la demandada para evitar afectar su regular relación comercial con el cliente PRABYC INGENIEROS por otros fideicomisos, le interesa favorecerlo no registrando la cesión ni la cuenta de cobro y en consecuencia afectar ASER INGENIERIA. Cuando se interroga al representante legal de la demandada sobre la existencia de otros negocios fiduciarios con PRABYC INGENIEROS y la parte demandada respondió: “*si tenemos algunos negocios con PRABYC*”.

3.10 Extralimitación Del Despacho En Evaluar Un Acuerdo Privado Denominado “Memorando De Entendimiento” De Diciembre Del 2014 Entre Prabyc Ingenieros Y Aser Ingeniería, Donde La Parte Demandada (Accion Fiduciaria Sa) No Está Vinculada.

Se ha establecido a lo largo del trámite y aún aceptado por las partes que el elemento condicional para la EXIGIBILIDAD del título ejecutivo es el primer requerimiento que obra en el **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), según confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018.

Además, lo confirma en la sentencia en el minuto 11:43 del video de la audiencia al indicar lo siguiente:

“Debe concluir el juzgado entonces que la CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL objeto de este proceso como obligación de hacer, dependía necesariamente del contrato constitutivo de fiducia ya que con el documento que contiene la cesión se estableció que esta debía provenir de PRABYC INGENIEROS en su calidad fideicomitente gerente constructor, como un primer requerimiento a la demandada ACCION FIDUCIARIA, si bien es cierto existe una obligación a cargo de la fiduciaria demandada de registrar todo tipo de modificaciones condiciones o cambios del proyecto fideicomiso zenit, inclusive la cesión que nos ocupa la misma estaba restringida a la aceptación por parte de esta_(...)”

Pero la misma sentencia impugnada, en párrafos más adelante el despacho concluye- cambiando su posición para incluir una nueva condición para la exigibilidad del título ejecutivo - que además se depende de las resultas del proceso declarativo con radicado 2018-154 que se tramita en el Juzgado Tercero Civil Del Circuito De Bogotá, omitiendo que él mismo resolvió que no era posible decretar la prejudicialidad el 14 de noviembre del 2019 a solicitud de la demandada, y gravemente también lo sujetó a las resultas del proceso declarativo radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 que se tramita en el Juzgado 29 Civil Del Circuito De Bogotá, al manifestar en el minuto 11:44:15 del video lo siguiente:

“ Siguiendo entonces el hilo argumentativo en la legitimación en la causa por pasiva, si está demostrado al interior del plenario pues la demandada acción fiduciaria al momento de suscripción del contrato constitutivo de fiducia de administrativo del proyecto fideicomiso zenit, asumió el total de obligación allí impuestas inclusive las que se genera en adiciones y otrosí del mismo, no obstante revisando la naturaleza del título se advierte que la obligación en él contenida se encuentra condicionada por un acuerdo privado memorial de entendimiento en donde se asumen una serie de compromisos por las parte contratantes , los cuales no quedó evidenciado en el plenario se encuentren bajo el criterio de la jurisdicción civil en procesos declarativos tales como el juzgado 3 y 29 civil de circuito de Bogotá. Bajo ese entendido desaparece uno de los requisitos para continuar con la ejecución como es la exigibilidad del título donde se encuentra en discusión las circunstancias donde emana.”

Posteriormente, en una clara extralimitación del objeto del litigio el despacho manifiesta lo siguiente en el minuto 11:46:00 del video:

“ Dicho sea de paso el contrato de entendimiento no se ha cumplido, pues tal como lo ha firman las partes y en especial la representante legal de la parte actora en su declaración, no se expidió por parte la curaduría respectiva la licencia construcción correspondiente, lo que impidió la transferencia de uno de los dos inmueble compromiso asumido en el acuerdo privado por la parte demandante y que al no cumplirse inexorablemente lleva consigo que la cesión aquí reclamaba la cual no se ha dicho está condicionada no tenga la autonomía que caracteriza los títulos ejecutivos.”

Lo anterior es un prejuzgamiento del despacho de instancia respecto del cumplimiento del Memorando de Entendimiento y afirmando erróneamente que la demandante había asumido el compromiso de obtener una licencia de construcción lo cual fue explicado ampliamente por la representante legal de Aser Ingeniería y expuesto detalladamente en la contestación de la demanda con radicado 2017-087 como también en la demanda acumulada con radicado 2017-111, ambos procesos declarativos adelantados ante el Juzgado 29 Civil de Circuito Bogotá, pues mi demandante precisamente ha afirmado en todos los procesos que la responsabilidad de la licencia de Construcción era de Prabyc Ingenieros SAS y por ello inició proceso judicial para reclamarle por la responsabilidad profesional que endilga a la misma mediante la citada acción declarativa. De tal manera, el fallo no solo se basa en la errónea afirmación de que ello era una obligación de la demandante, sino que se llega incluso a dictaminar que se incumplió, a pesar de tener los elementos de juicio necesarios en el expediente para saber que ello y la nulidad del acuerdo privado denominado MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO firmado entre PRABYC INGENIEROS y ASER

INGENIERÍA son el objeto de debate judicial ante el Juzgado 29 Civil del Circuito.

Adicionalmente, la sentencia impugnada omite evaluar que la pérdida de licencia de construcción sucede el 27 de marzo del 2015 con resolución N002R de 2015 de la curaduría primera de Bucaramanga, conforme obra en las pruebas trasladadas del Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, lo anterior sucedió cuando ya se había notificado el 17 de marzo del 2015 la cesión de posición contractual objeto del presente litigio y descontado la comisión del registro por parte de la fiduciaria, conforme a lo ampliamente expuesto en el escrito de complemento al traslado de excepciones.

Es una evidente extralimitación del objeto del litigio evaluar el cumplimiento o no de las obligaciones del memorando de entendimiento por el despacho y además contradice su propia posición frente a la posibilidad de ceder la posición contractual, independientemente del estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales cuando en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2015, en el folio 333 y 334, manifestó lo siguiente:

“ Al respecto ha de señalarse que un contrario que facilita la circulación de los bienes objeto del contrato brindando estabilidad y flexibilidad a los contratantes iniciales y al cesionario agilización el tráfico comercial, en razón a que no se necesita esperar hasta el cumplimiento perfecto del contrato , para obtener un beneficio , sino por el contrario permite que se realicen otra clase de inversión sobre negocio ya celebrados pero no cumplidos en todo o en parte” Negrilla y subrayado fuera de texto

Más aún, cuando la parte demandada le solicitó vincular a la sociedad PRABYC INGENIEROS SAS el despacho en la mencionada providencia que confirmó el mandamiento de pago manifestó:

“La vinculación de Prabyc ingenieros S.A., no se hace necesaria en el presente trámite, por cuanto no es obligada dentro de los documentos allegados al plenario y la pretensión primera está dirigida concretamente al ejecutado sin que prenda su cumplimiento del tercero cesionario”

3.11 Error En Las Consideraciones De Las Desconocidas Excepciones De Fondo O Mérito Que Prosperaron

Respecto de las desconocidas e imprecisas excepciones de fondo o de mérito que al parecer erróneamente prosperaron, adolece el fallo de una indebida interpretación de la realidad del Memorando de Entendimiento.

Sobre del estado del contrato suscrito entre Aser Ingeniería y Prabyc Ingenieros: un acuerdo privado denominado Memorando de Entendimiento y suscrito el 23 diciembre del 2014; es necesario reiterar lo indicado previamente y que se probó con suficiencia en el presente proceso, así:

- 11.1 La existencia de un proceso ordinario entre ASER INGENIERIA y PRABYC INGENIEROS no condiciona ni afecta de forma alguna la ejecución de la obligación de hacer contenida en el CONTRATO FIDUCIARIO: en primer lugar, según disposición legal del artículo 161 del CGP y, en segundo lugar, porque se trata de contratos y negocios jurídicos independientes entre sí, pues lo aquí ejecutado corresponde a las obligaciones y deberes profesionales de la fiduciaria.
- 11.2 No se ha declarado por autoridad judicial hasta la fecha incumplimiento alguno de Aser Ingeniería al ACUERDO PRIVADO, contrario a lo indebidamente manifestado por el demandado a la fecha tal contrato y sus obligaciones son objeto de un litigio de naturaleza ordinaria en el cual se han acumulado las demandas que ambas partes entablaron entre sí.
- 11.3 El contrato de cesión de posición contractual y OTROSÍ del 26 de febrero del 2015 hace parte de un negocio jurídico de cesión del cual con toda claridad se predica ser: independiente, celebrado en legal y debida forma, con plenos efectos entre sus partes y a la fecha sin litigio alguno en su singularidad. Este negocio, cuya existencia y texto contractual fuera notificado, como se demostró con total claridad, por parte de Prabyc Ingenieros a Acción Fiduciaria le es oponible a la aquí demandada desde el 17 de marzo de 2015 y ante ello nunca presentaron oposición alguna tal como lo requerido por el despacho en la confirmación del mandamiento de pago, del 18 de febrero del 2018 así:

“Si bien es cierto, la cláusula octava del otrosí dispone que ACCIÓN se reserva el derecho de aceptar o no la cesión, lo concreto es que no se aportó con el recurso de reposición documento alguno que permita establecer que no fue aceptada la cesión comunicada por los cedente y acá demandante” Negrilla y subrayado fuera de texto.

- 11.4 Sobre los contratos fiduciarios denominados como cesión de posición contractual y OTROSÍ del 26 de febrero del 2015 no existe proceso judicial que esté demandando o solicite declaración de nulidad o terminación alguna como erróneamente pretende fundamentar el despacho en la sentencia impugnada al establecer que la exigibilidad del título está sujeta a las resultas de un proceso que no existe pues se insiste que los procesos citados por el juzgado no versan sobre ellos en lo absoluto.
- 11.5 Más aún, independientemente de las resultas del proceso declarativo del 2017-081 y acumulado 2017-111 que se tramita en el Juzgado 29 Civil Circuito de Bogotá, el contrato de fiducia de OTROSI y CONTRATO DE CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL, se han de mantener incólumes ya que las pretensiones de ambas acciones no apuntan a su nulidad, validez o terminación.
- 11.6 Tras hacérsele oponible la cesión, debía la fiduciaria, en virtud de los principios del contrato de mandato que subyace el negocio fiduciario, haberse manifestado en tiempo, registrando la cesión y de haberse negado debía haberlo hecho expresamente conforme a los preceptos que rigen la actividad financiera y profesional que ejecuta; de la misma forma que lo hizo en la comunicación dirigida a MPH SAS por parte de la

fiduciaria, en carta del 8 de noviembre del 2017 de la cual se indicó que: **“rechazo la nueva cesión expresamente y devolvió los documentos”** según se probó con los documentos aportados en el interrogatorio de la representante legal de ASER INGENIERÍA. En consecuencia, ante la inobservancia de sus deberes legales y contractuales, tendrá que responder con su propio patrimonio y no con los de los fideicomisos que administra.

11.7 Siendo una cesión de posición contractual, que incluía la transferencia derechos fiduciarios entre dos sociedades que ya eran parte contractual en el fideicomiso, las causas para negar la cesión no son ilimitadas. Sobre dichas razones han sido enfáticas la doctrina de la Superintendencia Financiera, así como la jurisprudencia arbitral en señalar que en el marco de la actividad fiduciaria las razones para negar el registro de una cesión deben ser debidamente fundadas y no arbitrarias, y deben obedecer a razones objetivas, lo cual no sucedió en el presente caso, más aún cuando el despacho al interrogar a la parte demandada sobre las facultades para negarse a registrar la cesión obtuvo respuesta del representante legal y del funcionario de la demandada de forma genérica y evasiva sin ninguna precisión ni claridad al respecto.

11.8 No es cierto, como pretendió señalarse en el testimonio JOSE ALEJANDRO SALAMANCA, que de “haber evaluado el cumplimiento del contrato de fiducia” Acción fiduciaria hubiera podido negar la cesión ya que Prabyc Ingenieros no hubiera podido hacer la transferencia del inmueble faltante. Esto ya que en el contrato fiduciario del 26 de febrero del 2015 se estableció expresamente que los inmuebles podrían transferirse **por terceros por cuenta de los fideicomitentes** según se lee en el numeral 1.8 del contrato fiduciario del 26 de febrero 2015, lo cual hubiera podido hacerse si Prabyc Ingenieros hubiera cumplido con su deber de obtener la licencia de construcción del proyecto inmobiliario y NO requería en ningún caso una nueva disposición contractual o modificación de lo ya acordado pues ello ya se preveía en tal contrato.

Así mismo, es claro que según la normatividad nacional la obligación de transferir un inmueble puede ser válidamente asumida por personas que no figuren como sus propietarios tal como se permite en la reconocida figura de la venta de la cosa ajena prevista en el artículo 907 del Código de Comercio, aplicable por analogía al caso que nos ocupa.

En todo caso, de haberse negado la cesión con base en tal argumento se estaría en contravía de lo establecido en la norma imperativa establecida el artículo 887 del código del comercio que el despacho lo explico de forma detallada en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018, en el folio del plenario 333 y 334 así:

*“ Al respecto ha de señalarse que un contrario que facilita la circulación de los bienes objeto del contrato brindando estabilidad y flexibilidad a los contratantes iniciales y al cesionario agilización el tráfico comercial, **en razón a que no se necesita esperar hasta el cumplimiento perfecto del contrato , para obtener un beneficio , sino por el contrario permite que se realicen otra clase de inversión sobre negocio ya celebrados pero no cumplidos en todo o en parte**” Negrilla y subrayado fuera de texto*

11.9 La carta de Prabyc del 14 de junio del 2017 así como la negación extemporánea de Acción Fiduciaria han sido el derrotero constante de esta última para persistir en el incumplimiento de la obligación de hacer cuya ejecución se persigue con la presente acción; la cual se fundamenta esencialmente en las pruebas documentales aportadas y que validan la legitimidad en la causa al contar con todos los elementos establecidos contractualmente para registrar la cesión celebrada entre Aser Ingeniería y Prabyc Ingenieros.

Se confirmó en el proceso que el fin de la carta de remisoría es registrar la cesión según se lo indicado en el testimonio del subgerente jurídico de PRABYC INGENIEROS, JOSE SEBASTIAN CACERES, conforme se citó anteriormente el extracto de la audiencia adelantada ante el despacho de instancia.

Adicionalmente, en comunicación allegada el 6 de agosto del 2019 al proceso en virtud del artículo 167 del CGP, de fecha 10 de julio del 2019 con número de radicado 201907102200357281, firmada por el señor EDWARD ALFONSO GONZÁLEZ, Subdirector

Administrativo y Operativo de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA y se refirió en respuesta a la pregunta “13- Cuáles fueron los motivos para que la fiduciaria no respondiera la carta del 17 de marzo del 2015 en la que le adjuntaba entre otros el CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL y las cartas de instrucción de ASER INGENIERÍA y PRABYC INGENIEROS” donde señaló:

*“Teniendo en cuenta que dicha comunicación correspondía a una **INSTRUCCIÓN**, la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO ZENIT, procedió a tomar atenta nota.”*

11.10 No existe fundamento legal para que la demandada se niegue a registrar la cesión, tal como se confirma cuando el despacho interroga al representante legal de la fiduciaria: “bajo que normatividad tiene las facultades para rechazar o admitir la cesión de esa naturaleza respaldo jurídico”, frente a lo cual se responde de forma evasiva, desconociendo la obligación que tenía de no tener actuaciones dominantes, parcializadas y/o abusivas al decir que actuaban en la “égida de domino de la fiduciaria”, estando esta expresión una contravía a lo establecido en concepto la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA así:

Concepto 2015017527-002 del 5 de marzo de 2015. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

(...) la negativa para prestar tales servicios, no puede obedecer a una decisión caprichosa de la entidad vigilada, sino a una decisión debidamente analizada y sustentada en hechos y parámetros definidos, evitando de así prácticas discriminatorias que se traduzcan en la no prestación injustificada del servicio financiero a determinadas personas, actividades o sectores[4].

(...)

En todo caso y como se ha desarrollado ampliamente por parte de diversos doctrinantes y jurisprudencialmente, las razones del actuar de la Fiduciaria y en particular las relativas a la reserva que normalmente se incluye en los contratos para que sobre las cesiones deba contarse con la aceptación del fiduciario no son ilimitadas a lo que la Fiduciaria arbitrariamente considere. En tal sentido, el desarrollo de este tema en sentencias y pronunciamientos de académicos ha indicado que en caso de oposición debe obedecer a razones objetivas y medibles, tales como el caso de la necesaria verificación dentro del sistema SARLAFT u otras para la prevención del lavado de activos y terrorismo.

Laudo Arbitral de 2003 enero 29 Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. vs Fiducolombia S.A. Cesión de los derechos fiduciarios de los señores Herrera Díaz en favor de Comerintegral Limitada

(..)En la legislación colombiana, la figura de la cesión de derechos se encuentra regulada por nuestro Código Civil en los artículos 1959 a 1961. En particular, establece el artículo 1960:

“ART. 1960. —La cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este”.

Tal como lo afirma el profesor Guillermo Ospina Fernández en su “Régimen general de las obligaciones” ⁽⁷⁾, la cesión de derechos implica la transferencia o el traspaso de derechos u obligaciones de unas personas a otras por acto entre vivos. Se da esta figura cuando el acreedor, mediante un contrato, traspasa su derecho crediticio a otra persona que entra a ocupar su lugar en el vínculo obligatorio. Ahora bien, para que tal cesión produzca sus efectos contra el deudor, presupone su notificación al mismo, de donde resulta que el verdadero y único requisito legal para que sea oponible a dicho deudor, es esta notificación, tal como lo prevé la propia ley.

Finalmente, debemos de destacar que además de contar con los suficientes fundamentos de hecho y de derecho que permiten continuar con la presente ejecución con independencia de las resultas de los procesos judiciales alegados por el demandado extemporáneamente y validados por el despacho, debemos indicar que este mismo en auto que confirmó el mandamiento de pago de fecha 18 de febrero del 2018, indicó:

**En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

Al respecto, ha de señalarse que es un contrato que facilita la circulación de los bienes objeto del contrato brindando estabilidad y flexibilidad a los contratantes iniciales y al cesionario agilizando el tráfico comercial, en razón a que no se

necesita esperar hasta el cumplimiento perfecto del contrato, para poder obtener un beneficio, sino que por el contrario permite que se realicen otra clase de inversión sobre negocios ya celebrados pero no cumplidos en todo o en parte.

Ahora bien, el artículo 1496 de Código Civil, señala que un contrato es bilateral cuando los contratantes se obligan reciprocamente, o en otras palabras cuando los contratantes actúan como parte activa y pasiva al mismo tiempo en la relación contractual, al adquirir obligaciones mutuas que se derivan del contrato, en ese sentido la cesión de la posición contractual se caracterizaría por ser bilateral.

(Subrayado fuera de texto original)

En tal sentido, una vez más el juzgado contraría su misma postura al exigir que para poder registrar la cesión se tuviera que cumplir el contrato denominado Memorando de Entendimiento y al parecer asumiendo que al no contar con una licencia de construcción no se podía transferir la posición contractual entre las partes del contrato INDEPENDIENTE de fiducia mercantil.

Adicionalmente, el OTROSÍ de fecha 26 de febrero del 2015, establece que PRABYC INGENIEROS es el responsable de gestionar y obtener la licencia de construcción en la cláusula 5.2.1, así:

5.2. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR: EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR ejecutará las obligaciones de gerencia y construcción del PROYECTO que en general involucran aspectos de índole administrativa, legal, ética, comercial y económica-financiera y son todas las relacionadas en el Decreto 2090 de 1.989, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen. Además de las relacionadas en el mencionado Decreto serán obligaciones especiales del FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR, las siguientes:

5.2.1. Solicitar las licencias de construcción que se requieran para el desarrollo del PROYECTO.

PARÁGRAFO PRIMERO: EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR declara que ni ACCIÓN, ni el FIDEICOMISO, responden por la construcción, ejecución y terminación de EL PROYECTO, estabilidad y calidad del mismo, viabilidad financiera de EL PROYECTO, daños a terceros, plazos de entrega, precio y demás obligaciones relacionadas con éste, así como tampoco contra responsabilidad de ninguna naturaleza relacionada con todos y cada uno de los documentos técnicos y legales requeridos para adelantar EL PROYECTO.

Así las cosas, se omite considerar que la representante legal de la demandante expuso al despacho que ya no era necesario transferir un segundo inmueble pues se perdió la licencia de construcción por responsabilidad de Prabyc Ingenieros con posterioridad a la notificación de la cesión, tal como ella misma sustentó con los documentos aportados y aceptados por el despacho en su interrogatorio de parte, los cuales a su vez sustentan la demanda que mi representada inicio y aún tiene contra la citada sociedad.

3.12 No Se Analizaron Las Pretensiones Obrantes En La Prueba Trasladada Proveniente De Los Juzgados 29 Y 3 Civil Del Circuito De Bogotá Con Radicado 2017-087, Acumulado 2017-111 Y 2018-154.

Además de lo ya manifestado en el punto anterior, es una contradicción del despacho y fallo en la valoración probatoria de la prueba allegada por los Juzgados 29 y 3 Civil Del Circuito De Bogotá, la decisión consignada en la sentencia impugnada por lo siguiente:

- En el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá se resolverá exclusivamente sobre la declaración de terminación del acuerdo privado denominado “memorando de entendimiento” de diciembre del 2014 firmado entre PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERIA y sobre la responsabilidad profesional y contractual frente a la pérdida de la licencia de construcción.
- En el Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá se resolverá sobre el pago de una cuenta de cobro a cargo del FIDEICOMISO ZENIT.
- ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA como fiduciaria demandada en este proceso, no es parte firmante del memorando de entendimiento del 23 de diciembre del 2014.
- ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA en su propio nombre no es parte en el proceso declarativo con radicado 2017-0087 y acumulado 2017-111 en el JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ siendo vinculado de oficio para vincular a la Litis al FIDEICOMISO ZENIT, por lo cual en calidad de vocero actúa su administrador fiduciario. Las pretensiones de dichas demandas no solicitan en ningún momento la declaración de terminación o rescisión del contrato fiduciario y tampoco de la cesión de posición contractual.
- El 14 de noviembre del 2019, el despacho en providencia escrita decreta la no prejudicialidad del presente proceso ejecutivo por la existencia del proceso declarativo en el juzgado 3 Civil del Circuito con radicado 2018-154; decisión que se encuentra en firme al no ser objeto de recurso.

Se insiste: el despacho incurre en un grave error al condicionar la continuidad del presente proceso ejecutivo a un **proceso declarativo que NO EXISTE ya que se indica que es una acción que supuestamente versa sobre la validez, nulidad y resolución del OTROSÍ FIDUCIARIO del 26 de febrero del 2015**, conforme se plasmó en los minutos 11:45:15 del video de la audiencia de la sentencia impugnada, al manifestar el despacho:

“(...). En esa lógica la decisión que resuelva acerca la validez, nulidad o resolución del contrato de fiducia, repercutirá directamente sobre la procedencia del registro de la cesión de posición contractual se vería revelado de cualquier orden que dicte en ese sentido.”
Resaltado fuera de texto

Lo anterior es una clara violación al debido proceso en la sentencia impugnada: primero, al **NO EXISTIR PROCESO DECLARATIVO “que resuelva acerca la validez, nulidad o resolución del contrato de fiducia”**, es decir del título ejecutivo de fecha 26 de febrero del 2015 que se ejecuta en el presente trámite y segundo, va en contra de las costumbres judiciales y la doctrina tal como es puesta por el tratadista HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, quien ha señalado:

*Se debe resaltar que es indiferente que la existencia del proceso ordinario sea anterior o posterior a la iniciación de la ejecución; en cualquiera de las hipótesis es deber de la parte demandada en la ejecución proponer los hechos pertinentes como excepción, con el objeto de que el asunto se debata y decida por la vía propia de la ejecución, de donde se infiere el cuidado que deben tener los jueces que conocen el proceso de ejecución, **de analizar el contenido de las pretensiones** en la demanda ordinaria y **si ésta versa sobre aspectos concernientes a validez y autenticidad del documento aportado como título ejecutivo, no se podrá paralizar la decisión en espera del fallo proceso ordinario**, pues esos aspectos han debido ser alegados como excepción.*

Ahora bien, surge el problema referente a qué sucede cuando está iniciado el proceso ordinario en orden a que se declare, por ejemplo, carente de validez el título ejecutivo por estar afectado por nulidad y se promueve la ejecución. En esta hipótesis es deber del demandado proponer los mismos hechos que son base de sus pretensiones en el ordinario ahora como fundamento de la excepción de nulidad el título ejecutivo, pues ante el claro mandato legal que comentamos le está vedado solicitar en su oportunidad la aplicación de la suspensión por prejudicialidad del ordinario para la ejecución; como se están debatiendo en dos procesos diversos que no admiten acumulación unas mismas circunstancias opinamos que la prejudicialidad operará del proceso de ejecución al proceso ordinario que será el que se paralice mientras se definen las excepciones dentro del ejecutivo, solución que se impone con el objeto de evitar contradictorias determinaciones.

Si el proceso ordinario no versa ni sobre la validez o autenticidad del título ejecutivo, ya el juez que conoce de éste deberá analizar las circunstancias y caso de que así lo amerite decretar la suspensión por prejudicialidad dentro de la ejecución, aun cuando esta hipótesis la vemos de rara ocurrencia. PROCEDIMIENTO CIVIL – TOMO I-PARTE GENERAL AÑO 2002 (INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO) HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO PÁGS. 988-989 “negrilla resaltado fuera de texto

Se evidencia en el plenario que la demanda alegada por PRABYC INGENIEROS SAS en contra de ASER INGENIERIA LTDA con radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 del Juzgado 29 Civil de Circuito de Bogotá, no es una demanda en la que se discuta la validez y autenticidad de los documentos que en su conjunto dan lugar a la conformación del título ejecutivo. Además, debe reiterarse que ACCIÓN FIDUCIARIA SA como sociedad fiduciaria directamente no hace parte del proceso declarativo al cual se pretende relacionar para prosperar la excepción fundamento de la sentencia impugnada sino como vocero del fideicomiso, contrario a como si se le vincula al presente proceso.

Por tanto, no es procedente decretar un vicio o falta de exigibilidad del título por una supuesta prejudicialidad frente a las resultas de los procesos declarativos que se tramitan en el Juzgado 29 Civil Del Circuito De Bogotá, ya que la solicitud no se ajusta a derecho por no existir identidad de partes y porque la materia tratada en ambos procesos corresponde a contratos independientes entre sí.

Además de lo anterior, es importante indicar que en el proceso abreviado de conocimiento de la Superintendencia Financiera con radicado 2016-134776-018-000 según manifestaciones de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA No 20170303-460-3246161 (obrante en el expediente), dice:

Por lo anterior, es menester advertir al despacho que gran parte de las pretensiones enervadas en demanda procuran que la Superintendencia Financiera de Colombia ordene el cumplimiento a una obligación de hacer de la cual es, supuestamente, deudor el demandado.

En efecto, lo anterior es fácilmente evidenciable al analizar las pretensiones principales 1, 3, 4 y 6, pues en ellas la parte actora solicita al despacho que, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, **OBLIGUE**, a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a desplegar determinadas conductas, verbi gratia, la pretensión primera (1), solicita, a tenor literal:

“Que se obligue ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a registrar la cesión de posición contractual como beneficiario del fideicomiso Zenit, que le fue notificada el 17 de Marzo de 2015”

Se colige entonces que el demandante pretende el cumplimiento de una obligación de hacer, la cual es aquella obligación que “impone al deudor la necesidad de realizar, en sentido positivo, una conducta (factum)”¹, bien sea el registro de la cesión, el registro de la cuenta de cobro o requerir a PRABYC INGENIEROS S.A.S.

Debe entonces tenerse en consideración para aquellos procesos que pretenden el cumplimiento de una obligación de hacer la legislación ha previsto una cuerda procesal que difiere sustancialmente del proceso dentro del cual se despliegan las presentes actuaciones, en estricto sentido, esas pretensiones son propias de un proceso ejecutivo de hacer.

Sobre el particular ha conceptuado el profesor Azula Camacho:

*“Obligaciones de hacer: Se presenta en estas obligaciones una situación semejante a las de dar por cuanto la petición principal se concreta a que el juez señale el término que considere prudencial para que el deudor realice el hecho...”*²

Y en adición a preceptuado el Código General del Proceso, en su artículo 426, que ha de tramitarse por proceso ejecutivo aquellas pretensiones que procuren el cumplimiento de una obligación de hacer.

En conclusión, toda vez que las pretensiones enervadas por el demandante corresponden al cumplimiento de obligaciones de hacer, debe rechazarse el libelo petitorio por cuanto el despacho no puede conocer de este tipo de procesos.

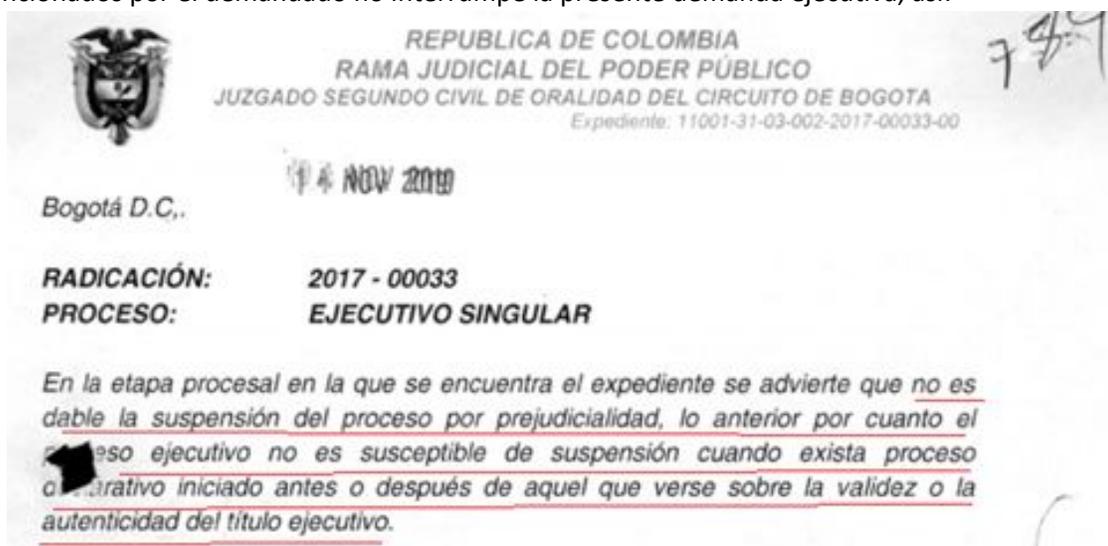
Así inclusive la misma entidad demanda ha reconocido que la obligación de hacer ejecutada es procedente por la vía que nos ocupa, al tenerse claro en todo caso que conforma a la normatividad

procesal la existencia de un proceso ordinario no condiciona o excluye la posibilidad de los procesos ejecutivos.

Hasta la fecha no se ha alegado por el demandado prueba alguna de que hasta el 17 de marzo del 2015 Aser Ingeniería, quien hasta esa fecha fuera el fideicomitente tradente y beneficiario del fideicomiso, fuera requerido, reclamado o que según sus obligaciones hubiera incumplido el contrato fiduciario o del denominado ACUERDO PRIVADO y/o MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.

3.13 La Prejudicialidad No Es Una Excepción

El juzgado de origen mediante auto de fecha 14 de noviembre del 2019 obrante en el folio 789 del expediente, manifestó que los procesos declarativos del 3 y 29 Civil del Circuito de Bogotá mencionados por el demandado no interrumpe la presente demanda ejecutiva, así:



En la sentencia impugnada se contradice y establece la condicionalidad a las resultas de los procesos del JUZGADO 29 CIRCUITO DE BOGOTÁ, en la manifestación del despacho en el minuto 11:42:00 lo siguiente:

“Señala la demandada que la cesión contractual dependía una serie de obligaciones se habían pactado en el contrato fiduciario mercantil, y su otrosí entre otros un acuerdo privado memorando de entendimiento de incluir dos inmuebles en el proyecto fideicomiso Zenit uno de los inmuebles, no obstante, uno de los inmuebles pudo concluirse por falta de licencia de construcción que debía expedir la curaduría correspondiente, y de esa forma el proyecto desarrollar.

La anterior argumentación fue ratificada por los testimonios recepcionados en audiencia de instrucción y juzgamiento de 27 de mayo del 2019, los cuales se encuentra de manera muy detallada los inconvenientes presentadas al interior dentro del proyecto zenit. De igual manera se aportaron copia de dos procesos de resolución de contrato y de responsabilidad civil extracontractual, en donde son parte los sujetos aquí intervinientes alegándose la prejudicialidad puesto que en este proceso depende de las resultas de las demás” NEGRILLA Y SUBRAYADO FUERA DE TEXTO

Además, el hipotético evento de que el despacho considerase, como al parecer menciona a lo largo de la sentencia impugnada, una supuesta prejudicialidad que al parecer indica supeditar la exigibilidad del título ejecutivo a las resultas del proceso declarativo con radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 que se tramita en el Juzgado 29 Civil Del Circuito De Bogotá, según manifestación del despacho el de 2 diciembre del 2019 así:

En el minuto 11:27:51:

*“**manifiesta que existe una prejudicialidad** por cuanto la obligación que pretende hacer exigible a la parte demandante no deriva únicamente de lo establecido en el OTROSÍ modificatorio del contrato de fiducia constitutivo del fideicomiso lo Zenit de ASER INGENIERÍA a favor Prabyc Ingenieros SAS por cuanto al guardar una íntima relación del contrato de entendimiento suscrito entre dichas sociedades en el mes diciembre del 2014 documento denominado acuerdo privado, dentro del otrosí modificatorio del contrato de fiducia mercantil suscrito 26 de febrero del 2015, y dicho contrato es objeto de un proceso judicial que cursa en el juzgado 29 civil de circuito de Bogotá 2017—084”*

En el minuto 11:46:55:

*“Finalmente respecto de la cuenta cobro objeto de ejecución, se debe señalar que revisada por este juzgado se encontró que la misma tiene una base de licencia de construcción que a la postre fue negada por la curaduría urbana de Bucaramanga, por lo tanto la existencia de las sumas deprecadas en materia de un proceso declarativo que en sus resultas tendría que pronunciarse al respecto por ende dejaría sin seguridad jurídica que debe caracterizar las providencias judiciales cualquier orden que se disponga en este trámite judicial, **en esa medida al existir bajo el conocimiento de los jueces republica procesos que versan sobre la nulidad del contrato de fiducia las pretensiones de esta demanda se deberán someter a las consecuencias que deriven se dicten en dichos expedientes.**”*
Negrilla y subrayado fuera de texto.

Claramente se observa una contradicción en los dos párrafos en la misma sentencia, e insistimos como ya se demostró en líneas anteriores, que **NO EXISTE PROCESO JUDICIAL QUE VERSE SOBRE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA** denominado OTROSÍ de fecha 16 de febrero del 2016 que es el título ejecutivo en el presente trámite como tampoco del contrato cesión de posición contractual notificada a la fiducia desde el 17 de marzo del 2015, de forma simple se pueden revisar cada una de las pretensiones de las demandas declarativas con radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 del juzgado 29 civil del Circuito de Bogotá, que obran como prueba de oficio trasladada en el presente trámite.

Además, con toda claridad se vislumbra que la prejudicialidad no es una excepción, es un derecho del demandado y/o solicitante que debe tramitarse vía suspensión del proceso y no al resolverse en la sentencia.

Más aún, el despacho se pronunció el 14 de noviembre del 2019 sobre esta figura al haberse solicitado expresamente por el demandado hace menos de un mes, e igualmente en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018 cuando lo solicitaron respecto únicamente de un proceso adelantado ante la superintendencia de sociedades que ya tuvo fallo.

Adicionalmente, si se consideraba que la obligación se afectaba por tales procesos judiciales el despacho debió decretarla antes de fallo procediendo a la suspensión del proceso por conforme lo establece y sus efectos en el artículo 161 CGP y subsiguientes, así:

“Artículo 161. Suspensión del proceso El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos: 1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.”

Ahora bien, al sujetarse a procesos de naturaleza declarativa y tratarse el presente de un proceso ejecutivo debemos destacar lo considerado por el tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, quien ha señalado:

*“Así, si se adelanta un ejecutivo con base en un contrato de compraventa y se quiere que aquél sea suspendido alegando que existe otro ordinario en el cual se busca la declaratoria de nulidad en ese contrato, **no habrá lugar a suspensión de ninguna índole porque lo que se ventila en el proceso ordinario ventila en el proceso ordinario ha podido proponerse en el ejecutivo como excepción.**”*

Tal como lo expresan los redactores del Código, Profesores MORALES y DEVIS, la idea es que únicamente cabe la suspensión cuando la cuestión debatida en el segundo proceso no puede ventilarse conjuntamente con la debatida en el primero, y la sentencia que se va a dictar en uno de los juicios influya necesariamente en el otro, como sucedería con un proceso de sucesión y uno de carácter ordinario, donde se pretende la declaración de indignidad de uno de los herederos reconocidos dentro del primero: la determinación acerca de si el heredero es o no indigno influye necesariamente en el resultado del juicio de sucesión, habida cuenta de que no se podrá, Si se declara la indignidad, adjudicársele ningún bien por cuanto carecería de vocación sucesoral. Otro ejemplo de prejudicialidad

de proceso civil sería cuando se adelanta un ordinario buscando la resolución de un contrato por incumplimiento de lo pactado y está pendiente de lo pactado y está pendiente de decisión de otro proceso (abreviado) de pago por consignación, pues si se declara válido el pago no podría en el ordinario hablarse de incumplimiento.

En relación con la prejudicialidad dentro de los procesos de ejecución, dispone el inciso segundo del numeral 2 del artículo 170 y con el fin de poner fin a una muy frecuente maniobra de iniciar procesos ordinarios para tratar de paralizar el de ejecución sobre la base de circunstancias que se han debido alegar dentro de aquél a manera de excepción, que **“No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá por que exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos derechos como excepción.”**

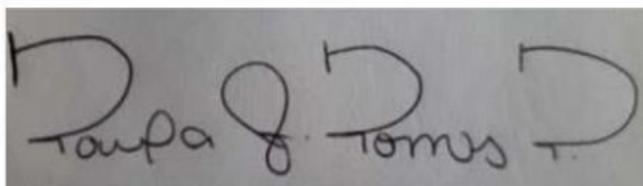
PROCEDIMIENTO CIVIL – TOMO I-PARTE GENERAL AÑO 2002 (INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO) HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO PÁGS. 988-989
“negrilla resaltado fuera de texto

Se concluye de todo lo anterior que el título complejo arrimado al proceso cuenta con los requisitos legales de contener una obligación clara, expresa y exigible de registrar la cesión de posición contractual debidamente notificada y aceptada por la parte ejecutada y que no son procedentes las excepciones de mérito.

4. PETICIÓN

Por lo anterior expuesto respetuosamente solicito a su señoría se sirva, revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia impugnada y en consecuencia decretar la continuidad del proceso ejecutivo.

De la Honorable Magistrada,



PAULA JIMENA PORRAS PEREZ

CC 53.166.694

T.P 174.237

HONORABLE MAGISTRADA
DRA. LIANA AIDA LIZARAZO VACA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DE RECURSO SEGÚN ARTÍCULO 14 DECRETO 806 DEL 2020.
REF. PROCESO EJECUTIVO
RAD. 110013103 002 2017 00033 01
DDTE. ASER INGENIERIA
DDO. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA

EMMA STEFFENS PAEZ, identificada conforme se detalla al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderada judicial de la parte demandante, estando dentro del término legal conforme lo establece el artículo 14 del decreto 806 del 2020, con todo respeto sustento el recurso de apelación ante el honorable Tribunal presentando las razones por las cuales la sentencia proferida por el a-quo deberá revocarse en su totalidad y en consecuencia se deberá ordenar la continuidad del mandamiento ejecutivo que dio lugar a la presente acción judicial, así:

En la sentencia impugnada el juzgado resuelve **“declarar probadas las excepciones propuestas por la demandada”**; sin embargo, no es claro ni expreso en indicar puntualmente cuál de ellas da lugar a tal declaratoria e igualmente se evidencia una falta del debido análisis que la fundamenta; pues como resume el mismo despacho, se plantearon a lo largo del proceso una multiplicidad de medios exceptivos. Ello implica entonces que al no enmarcarse la decisión judicial en lo pedido por las partes se constituya en una sentencia extra petita y evidentemente incongruente entre las consideraciones y el resuelve.

En la sentencia impugnada el despacho de origen desconoció y sesgó lo consignado en el artículo 422 y siguientes del CGP sobre el proceso y el título ejecutivo pues, como lo afirmó el mismo Juzgado, en el auto de confirmación de mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018, el ejecutante aportó el **“título ejecutivo”**, que fue básicamente el contrato fiduciario 28 de febrero del 2015) y el documento privado suscrito por el director jurídico de PRABYC INGENIEROS el 17 de marzo del 2015 visible a folio 52 del plenario del cual dijo el despacho: **“cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión (...) Y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige su cumplimiento”**.

Contar con este primer pronunciamiento entonces obligaba a hacer un análisis detallado del mismo en la sentencia de primera instancia a fin de justificar la decisión de mantener o no el mandamiento bajo esos derroteros y así poder examinar objetiva y sustancialmente las excepciones de mérito que determinarían la continuidad o no de la ejecución.

En el mismo sentido, el despacho de origen en tres pronunciamientos judiciales distintos ratificó que los documentos obrantes en el expediente que conforman el título ejecutivo cumplen los requisitos del artículo 422 del CGP de ser claro, expreso y exigible, haciendo especial referencia al folio 52 del expediente y la aceptación de la fiduciaria; ello fue objeto de la sentencia impugnada cuando el despacho manifestó en el minuto 11:41:23 de la audiencia lo siguiente: **“Conforme a lo anterior, ratificando las conclusiones del auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago, se debe manifestar que la obligación de hacer solicitada en la demanda se encuentra determinada de manera contundente, pues la misma se concreta en registrar una cesión de posición contractual contenida en un contrato de fiducia mercantil.(..)”**.

En el auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago de fecha 18 de febrero de 2018, donde ratifica las conclusiones anteriores, el despacho manifiesta lo siguiente:

- **“Bajo ese entendido el juzgado encuentra que la orden de librar mandamiento de pago se ajusta a los requisitos del artículo 422 del Código general del Proceso como lo son contar con una obligación clara, expresa y exigible de documentos que provengan del deudor”**.

- ***“Es necesario resaltar que el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión soportada en los documentos suscritos por las partes acá intervinientes y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige el cumplimiento”***
- ***“Si bien es cierto, la cláusula octava del otrosí dispone que ACCIÓN se reserva el derecho de aceptar o no la cesión, lo concreto es que no se aportó junto con el recurso de reposición documento alguno que permita establecer que no fue aceptada la cesión comunicada por los cedentes y acá demandante”,***

Es importante destacar que la carta de Prabyc del 14 junio del 2017 fue allegada en el recurso contra el mandamiento y el despacho resolvió sobre ella y la excepción propuesta con base en ella al confirmar en el auto del 18 de febrero del 2018 que existió aceptación de la cesión por parte de la fiduciaria al no haberse presentado prueba en contrario. Así mismo, durante el proceso se probó que el objeto de la instrucción impartida mediante comunicación de fecha 17 de marzo del 2015, obrante en el folio 52 del plenario no es otro que el de requerir el registro de la cesión y durante el curso del proceso se probó igualmente la aceptación de la fiduciaria, así:

- Durante la etapa de testimonios, mediante lo manifestado por el subgerente jurídico de PRABYC INGENIEROS, el abogado JOSE SEBASTIAN CACERES, quien firma el mencionado documento del 17 de marzo del 2015 y ante la pregunta de la apoderada de la parte demandante sobre los fines de la notificación realizada, respondió: ***“el fin era entregarle esa cesión a la fiduciaria”***, respuesta que fue ampliada conforme se citará más adelante en el reparo número 4.
- En el documento de fecha 10 de julio del 2019 con número de radicado 201907102200357281, firmada por el señor EDWARD ALFONSO GONZÁLEZ, Subdirector Administrativo y Operativo de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, donde confirma haber recibido una instrucción y la aceptación de la Fiduciaria así: ***“13- Cuáles fueron los motivos para que la fiduciaria no respondiera la carta del 17 de marzo del 2015 en la que le adjuntaba entre otros el CONTRATO DE CESION DE POSICIÓN CONTRACTUAL y las cartas de instrucción de ASER INGENIERÍA y PRABYC INGENIEROS”*** donde señaló: ***“Teniendo en cuenta que dicha comunicación correspondía a una INSTRUCCIÓN, la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO ZENIT, procedió a tomar atenta nota.”*** Este documento fue allegado al proceso el 6 de agosto del 2019 en virtud del artículo 167 del CGP, y el Juzgado de origen omitió relacionar y analizar en la sentencia que recurro, por esta razón solicito al honorable tribunal en virtud del artículo 327 CGP, se sirva permitirme allegar la copia de dicha comunicación en este momento.
- En la comunicación de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA de fecha 12 de febrero del 2020 obrante con radicado 2020-01-043456 de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES intendencia Santander dentro del proceso de reorganización de ASER INGENIERÍA con radicado 68896, cuya copia puedo entregar al honorable tribunal si me es permitido en virtud del artículo 327 CGP pues en ella se confirma en los numerales 1.8 y 1.9 que la fiduciaria asume como primer requerimiento el documento obrante a folio 52 al supeditar el registro de la cesión al pago de la comisión fiduciaria. En el mismo documento numeral 1.20, reconoce los pagos de comisiones fiduciarias del fideicomiso Zenit por la suma de \$10.459.000, con lo cual se confirma y prueba ampliamente lo expuesto en los memoriales que recorrieron traslados de excepciones, así como en los alegatos de conclusión.
- En el interrogatorio de parte de la demandante el día 19 de febrero del 2019, se allegaron al proceso las rendiciones de cuentas del 1 y 2 semestre del 2015 y 1 semestre del 2016 donde acepta la fiduciaria la cesión notificada 17 de marzo del 2015 al modificar las partes contractuales registrándose como único beneficiario y tradente a PRABYC INGENIEROS, y proceder a hacer el descuento automático de 1 SMMLV en el mes de marzo del 2015, y luego se hace nuevamente pago de 0.5 SMMLV el 30 de agosto del 2016. Los documentos anteriormente mencionados se encuentran en firme y sin ninguna objeción a la fecha, además fueron ingresados por el juez en el expediente el día del interrogatorio, pero no los relaciona en la sentencia en ninguna parte, respetuosamente los allego con el presente **con fundamento en el numeral 3 del artículo 327 del CGP.**

Debemos indicar igualmente que en la providencia impugnada no existe fundamento alguno para omitir el documento obrante en el folio 52, pues es parte integral del título ejecutivo, así como tampoco las rendiciones de cuenta del 1,2 semestre del 2015 y 1 semestre del 2016 y el pago de las comisiones fiduciarias hechas por la cesión, tal como evidenció el mismo despacho pues todos ellos sustentan la exigibilidad del título. Sin embargo, este importantísimo elemento se omite a lo largo de toda la providencia recurrida pues en ninguno de los apartes el despacho siquiera lo menciona desconociendo así el deber establecido en la jurisprudencia de sustentar tal cambio de posición pues de no hacerlo se está afectando la seguridad jurídica del proceso ya que la actuación del juzgado de origen decreta la falta de exigibilidad del título sin haber realizado el mínimo debido **“análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo” o lo contrario**, a través del estudio de los documentos que integran el título y que fueron aportados con la demanda.

Además, falta a la verdad el despacho en la sentencia impugnada, así como el apoderado de la parte demandada en sus alegatos de conclusión al manifestar que el contrato fiduciario del 28 de enero del 2015, el contrato de cesión de posición contractual y la comunicación obrante al folio 52 documentos que conforman es el título ejecutivo están siendo objeto de debate respecto de su veracidad, legalidad o nulidad, y de manera sorprendente buscar decretar una supuesta prejudicialidad cuando dichas consideraciones no tienen ningún sustento pues NO EXISTE a la fecha proceso alguno que verse sobre la legalidad de dicho contrato.

Con base en lo anterior, las actuaciones obrantes en el expediente, se concluye inicialmente lo siguiente:

- Existen contradicciones en la sentencia impugnada que se adecuan entonces a lo indicado en la sentencia STC7623-2018, es decir en **“un error grosero o u yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercenando el ordenamiento positivo; y tienen un lugar a un ostensible e inadmisibles resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico”**.
- Verificadas las pretensiones de las demandas que se tramitan en el Juzgado 3 y 29 Civil Del Circuito De Bogotá según radicados mencionados anteriormente, que obran como prueba trasladada en el presente trámite no existe proceso judicial o providencia que declare la nulidad, rescisión o terminación de los contratos o documentos que conforman el título ejecutivo, es decir el contrato fiduciario de 26 de febrero del 2015, el requerimiento del folio 52 y la cesión de posición contractual notificada al fiduciaria desde el 17 de marzo del 2015.
- El documento obrante en el folio 52 del plenario confirma la exigibilidad del título ejecutivo, según lo establecido por el tratadista Hernando Morales Molina en su libro Compendio de Derecho procesal: El Proceso Civil Tomo II, donde explica que: **“La obligación es exigible cuando puede demandarse el cumplimiento de las misma por no estar pendiente de un plazo o condición. Dicho de otro modo la exigibilidad de la obligación se debe, a la que debía cumplirse dentro de cierto termino ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acontecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, (...)”**.
- La cesión de posición contractual fue aceptada por la fiduciaria, tal como fue ratificado en la sentencia al manifestar el despacho la confirmación de lo expuesto en el mandamiento de pago, como consecuencia de ello la fiduciaria descontó la comisión de 1 smmlv en el mes de marzo del 2015 y registró a Prabyc Ingenieros como único beneficiario y fideicomitente en las rendiciones de cuenta del 1 y 2 semestre del 2015 y semestre del 2016. No hay que olvidar que, en todo caso, el demandante pagó 0.5 SMMLV en el mes de agosto del 2016 nuevamente por la cesión registrada ampliamente expuesto en el escrito que complemento el memorial que recorrió el traslado de excepciones de fecha 15 de mayo del 2018.
- En la sentencia impugnada, el despacho de origen incumplió, como indica la sentencia STC7764-2018, con **“el deber de motivar toda providencia que no tenga por única finalidad impulsar el trámite, reclama, como presupuesto sine qua non, que la jurisdicción haga públicas las razones que ha tenido en cuenta al adoptar la respectiva resolución, de tal manera que tras conocerlas se tenga noticia de su contenido para que no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo, amen reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados al plenario y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso.”**

- Los documentos que conforman el título ejecutivo arrimados al proceso cuentan con los requisitos legales de contener una obligación clara, expresa y exigible de registrar la cesión de posición contractual debidamente notificada y aceptada por la parte ejecutada y en consecuencia no deben prosperar las excepciones de mérito del demandado.

Así mismo, tal como fue demandado, probado con suficiencia y verificado por el despacho en el auto que confirmó el mandamiento ejecutivo de fecha 18 de febrero del 2018, el párrafo primero del folio 333 del expediente, al manifestar el operador judicial lo siguiente:

*“Dejado a un lado lo anterior, **de la lectura dada al contenido de los documentos aportados al plenario** se anota que tanto Contrato de fiducia mercantil de administración de fideicomiso proyecto Zenit como el Contrato de Cesión de posición contractual de fideicomitente tradente y beneficiario del contrato de fiducia mercantil de administración fideicomiso Zenit cumplen los requisitos arriba reseñados, tales como la solemnidad, su bilateralidad, la conmutación de obligación y la aceptación por parte de los sujetos procesales aquí contrincantes. Bajo ese entendido el juzgado encuentra que la orden de librar mandamiento de pago **se ajusta a los requisitos del artículo 422 del Código general del Proceso como lo son contar con una obligación clara, expresa y exigible** de documentos que provengan del deudor”* negrilla y subrayado fuera de texto.

Se confirma entonces que los documentos aportados como base de la presente acción constituyen en su totalidad los elementos acordados en el otrosí al contrato fiduciario como requisitos para el registro de la cesión de la posición contractual prevista en la cláusula cuarta numeral 4.1.2 del citado otrosí. Era claro, y así se estipuló expresamente, que para las partes de dicho contrato la cesión sucedería entre Aser Ingeniería y Prabyc Ingenieros, por lo cual la presente demanda reclama un derecho legítimo que le asiste a Aser Ingeniería y que se materializa en las pretensiones de esta.

Lo anterior nuevamente es confirmado en la sentencia impugnada, en la cual el despacho en el minuto 11:41:23 del video de la audiencia indicó lo siguiente:

*“Conforme a lo anterior, **ratificando las conclusiones del auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago, se debe manifestar que la obligación de hacer solicitada en la demanda se encuentra determinada de manera contundente**, pues la misma se concreta en registrar una cesión de posición contractual contenida en un contrato de fiducia mercantil. Bajo ese entendido es necesario revisar la argumentación de la defensa en el sentido de señalar que nunca se hizo un primer requerimiento por parte de PRABYC INGENIEROS SAS a la acá demandada, para efectos de registro la cesión y no se pagó el valor de la inscripción”* subrayado y negrilla fuera de texto

Por lo tanto, se encuentra que la sentencia de primera instancia impugnada, se fundamenta en dos aspectos principales; 1) En la falta de primer requerimiento para ser EXIGIBLE el título cobrado y 2) En el condicionamiento de las pretensiones de la presente acción a la supuesta existencia de proceso declarativo que según el despacho versa sobre la nulidad y validez del título ejecutivo, con lo que está cometiendo graves errores de hecho y derecho que incluso pueden constituir violación derechos constitucionales al debido proceso y contradicción, por lo que, teniendo en cuenta la complejidad de asunto respetuosamente ruego al despacho que previo a la diligencia para resolver la apelación se sirva evaluar el fundamento de hecho y derecho que se expone en los **los trece reparos** que **a continuación procedo a sustentar de forma más detallada, así:**

1. ERROR DEL DESPACHO EN LA VALORACIÓN DE LOS ANTECEDENTES y OBJETO DEL TÍTULO EJECUTIVO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO FIDUCIARIO DENOMINADO OTROSÍ DE FECHA 26 DE FEBRERO DEL 2015.

El documento que sirve como título ejecutivo del presente proceso, de fecha 26 de febrero del 2016, denominado “OTROSÍ de modificación integral de CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PROYECTO ZENIT” emana EXCLUSIVAMENTE de un contrato fiduciario suscrito el 28 enero del 2015, conforme se indica en los antecedentes establecidos en el citado título, así:

“PRIMERO: Mediante documento privado de fecha 28 de enero de 2015 suscrito entre ASESORÍAS Y SERVICIOS DE INGENIERIA LIMITADA, PRABYC INGENIEROS S.A.S y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA, se constituyó el FIDEICOMISO ZENIT”

Establece el OTROSÍ de fecha 26 de febrero del 2016 que la modificación en su integralidad del contrato del 28 de enero del 2015, quedando como nuevo objeto en el documento el que obra en el título ejecutivo que aquí se pretende, así:

“CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO: El presente contrato tiene por objeto que ACCIÓN, como vocera del FIDEICOMISO:

2.1 Reciba por cuenta del FIDEICOMITENTE TRADENTE los INMUEBLES para incremento del FIDEICOMISO

2.2 Otorgue la custodia de los INMUEBLES que serán fideicomitidos al FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR, a título de comodatario precario

2.3 Permita a EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR por su cuenta y riesgo, promueva el PROYECTO en los inmuebles que sean transferidos al FIDEICOMISO ZENIT.

2.4 Permita la constitución de hipoteca sobre los INMUEBLES para respaldar el crédito constructor que solicite el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR.

PARÁGRAFO PRIMERO: En desarrollo del objeto del presente contrato, la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO podrá realizar los actos de disposición y administración de los bienes que conforman el Patrimonio Autónomo, necesarios para el cumplimiento del mismo, quedando ampliamente facultada para la realización de todo acto o contrato necesario para lograr la finalidad prevista.”

De lo anterior se concluye inicialmente que es un error del despacho considerar como objeto del título ejecutivo el establecido en el contrato de 28 enero del 2015 tal como lo expresó en la sentencia impugnada y no determinar que el objeto del título ejecutivo se encuentra en el OTROSÍ de fecha 26 de febrero del 2015, siendo que el objeto fiduciario y demás antecedentes planteados inicialmente el 28 de enero del 2015, SE MODIFICARON INTEGRALMENTE quedando como objeto la administración única y exclusivamente de los terrenos 300—209281 y 300-113919, lo que comercialmente se conoce como FIDUCIA DE PARQUEO, que no tiene como fin la administración o el desarrollo de un proyecto inmobiliario como sucede en la famosa fiducia inmobiliaria en los proyectos de construcción. Más aún, en las cláusulas siguientes establece que se conformarán nuevos fideicomisos recursos según los numerales 1.7, 1.8, 1.9, 1.10 y 1.11 del contrato del 26 de febrero del 2015, que indican:

- 1.7. **BENEFICIARIOS DE ÁREA:** Serán quienes suscriban un CONTRATO DE VINCULACIÓN al desarrollo específico que se determine, con el fin de obtener los derechos que se establezcan en él, una vez cumplidas las estipulaciones establecidas en el contrato de vinculación estos recibirán la transferencia de dominio de las áreas determinadas en el mencionado contrato.
- 1.8. **INMUEBLES:** Se entenderá por tal los inmuebles ubicados en la ciudad de Bucaramanga, identificados con el folio de matrícula inmobiliaria número: 300-209281 y 300-113919 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, que serán transferidos por el FIDEICOMITENTE TRADENTE por cuenta de un tercero para incremento del FIDEICOMISO.
- 1.9. **CONTRATO DE VINCULACIÓN:** Contrato que celebrarán el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR y la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO, con los terceros que se vincularán a cada Etapa del PROYECTO.
- 1.10. **PROYECTO:** Se trata de un complejo inmobiliario que se desarrollará por Etapas, la descripción detallada de cada Etapa será definida en el correspondiente contrato de fiducia mercantil a través del cual se administren los recursos de la Etapa correspondiente. El FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR desde ya se reserva el derecho a desarrollar o no las Etapas del Proyecto que consideren necesarias. En el evento que el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR decida comercializar alguna de las Etapas del PROYECTO a través del mecanismo de derechos fiduciaros, el fideicomiso en el que se encuentre el área correspondiente se registrará, en todo por lo establecido en el correspondiente fideicomiso de recursos a través del cual se administren los recursos de la correspondiente etapa. Sin perjuicio de lo referido, el PROYECTO podrá, sufrir variaciones o modificaciones en todo aquello que no contrarie la normatividad vigente y siempre que no afecte de manera sustancial el derecho específico adquirido de algún BENEFICIARIO DE ÁREA, evento en el cual se requerirá aceptación expresa mediante documento escrito del respectivo BENEFICIARIO DE ÁREA afectado.
- 1.11. **FIDEICOMISOS RECURSOS:** Serán los FIDEICOMISOS a los que ingresarán los recursos para el desarrollo de cada etapa del PROYECTO, los cuales serán constituidos por EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR.

También es un error del despacho establecer en sus consideraciones en distintas partes de la sentencia impugnada, que el título de ejecutivo del presente proceso proviene y/o “emana” del MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, cuando se observan claramente en los antecedentes del contrato denominado OTROSÍ de fecha 26 que NO ES CIERTO lo afirmado por el operador judicial.

2. NO SE EVALÚA POR EL DESPACHO DESDE CUANDO PRODUCE LOS “efectos legales EL CESIONARIO asume la calidad de FIDEICOMITENTE TRADENTE Y BENEFICIARIO en el FIDEICOMISO ZENIT” entre ASER INGENIERIA y PRABYC INGENIEROS establecidos EN LA CLÁUSULA CUARTA Y QUINTA DEL CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL NOTIFICADO A LA FIDUCIARIA.

Establece la cláusula quinta del contrato de cesión de posición contractual firmada entre PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERÍA, notificado el 17 de marzo del 2015 a la fiducia, lo siguiente:

*“CUARTA. - En virtud de la presente, EL CESIONARIO adquiere los derechos que le corresponden al CEDENTE en el contrato de fiducia mercantil señalado en la consideración primera anterior y, en consecuencia, **se entenderá que para todos los efectos legales EL CESIONARIO asume la calidad de FIDEICOMITENTE TRADENTE Y BENEFICIARIO en el FIDEICOMISO ZENIT.**”*

Además, se estableció que los efectos del mencionado documento comenzaban a partir de la suscripción del documento, así:

*“QUINTA. - EFECTOS DE LA CESIÓN: El presente contrato de **Cesión produce efectos entre EL CEDENTE y CESIONARIO desde la fecha de celebración del presente acto**, y respecto del contratante cedido, solo produce efectos desde su notificación y aceptación por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., sociedad, que se reserva el derecho de aceptarla o no”*

Teniendo en cuenta que no existe proceso judicial a través de una demanda declarativa que verse sobre nulidad, veracidad o terminación del contrato denominado “CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL”. A partir de la firma del mencionado documento de cesión se establece que PRABYC INGENIEROS es quien ***“asume la calidad de FIDEICOMITENTE TRADENTE Y BENEFICIARIO en el FIDEICOMISO ZENIT.”*** establecido en el documento de 26 de febrero del 2015 denominado “OTROSÍ DE MODIFICACIÓN INTEGRAL AL CONTRATO FIDEICOMISO ZENIT”.

3. “LOS DEFECTOS FORMALES DEL TÍTULO EJECUTIVO NO PODRÁN RECONOCERSE O DECLARARSE POR EL JUEZ EN LA SENTENCIA” inciso 2 del artículo 430 CGP.

Establece el artículo 422 del CGP, lo siguiente:

*“**Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184”** Subrayado y Negrilla fuera de texto.*

Conforme se planteó en el escrito de traslado de las excepciones de fondo, muchas de estas son la clonación exacta en su literalidad de varias planteadas en el escrito de excepciones previas ya que se cambiaron simplemente sus títulos para buscar darle una apariencia irreal de excepciones de mérito, a pesar de que ya el juzgado se había pronunciado de fondo y contundente sobre las mismas en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018.

No es dable legalmente que en la sentencia apelada el despacho nuevamente se pronunciara y modificara su decisión sobre la EXIGIBILIDAD del título ejecutivo para negar las pretensiones de la demanda, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 430 del CGP, así:

*“Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. **No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso.** En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.” Negrilla y subrayado fuera de texto.*

De lo anterior se destaca que los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso y además que la revocatoria del mandamiento se da como **“consecuencia del recurso de reposición”**, lo cual se contradice en la sentencia de primera instancia, violando el debido proceso que le asiste a la parte de la demandante, pues se están reviviendo etapas procesales ya superadas y específicamente establecidas en la norma procesal.

Nos referimos con toda claridad y sin perjuicio de ser reiterativos, a las excepciones denominadas en los escritos del apoderado del demandado como:

Excepción de Fondo	Excepción Previa/Recurso al Mandamiento de Pago
Falta de legitimación en la causa por pasiva	Falta de legitimación en la causa por pasiva
Carencia de derecho sustancial en cabeza de la parte actora ante la ausencia del requisito denominado “primer requerimiento	Falta de título ejecutivo
Inexistencia del derecho sustancial pretendido por la parte actora ante la ausencia de aceptación de la cesión por parte de la fiduciaria	

Por lo tanto, no es procedente que en la sentencia impugnada el despacho se pronunciara sobre la **“exigibilidad”** del título ejecutivo al ser un elemento formal dirigido al documento de primer requerimiento establecido en el del contrato fiducia, cuando con anterioridad el juzgado en auto de fecha 16 de febrero de 2018 resolvió mediante auto en firme sobre las excepciones previas, siendo claro el auto que confirma el mandamiento ejecutivo en indicar, lo obrante en el párrafo primero del folio 333 del expediente lo siguiente:

*“**Bajo ese entendido el juzgado encuentra que la orden de librar mandamiento de pago se ajusta a los requisitos del artículo 422 del Código general del Proceso como lo son contar con una obligación clara, expresa y exigible de documentos que provengan del deudor**” negrilla y subrayado fuera de texto.*

En la misma confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018, obrante en el expediente al folio 333 párrafo quinto, el despacho confirma sobre la exigibilidad del título ejecutivo, así:

*“**En conclusión al encontrar los requisitos formales del título se ajustan de manera íntegra al articulado del Código general del Proceso,** el despacho no revocara el mandamiento de pago” subrayado y fuera de texto.*

Se confirma igualmente la exigibilidad del título ejecutivo demandado cuando en el minuto 11:41:23 de la sentencia impugnada del 2 de diciembre del 2019, al despacho manifestar lo siguiente:

“Conforme a lo anterior **ratificando las conclusiones del auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago, se debe manifestar que la obligación de hacer solicitada en la demanda se encuentra determinada de manera contundente, (..)**”

No obstante, en las partes finales de la sentencia impugnada el despacho cambio extrañamente lo que se había desarrollado en todas las etapas procesales anteriores y aun en el mismo documento conforme al párrafo anterior en particular cuando manifiesta lo siguiente:

*“Por lo brevemente expuesto el juzgado declarará prósperas las excepciones propuestas y en consecuencia se negará el mandamiento de pago. **RESUELVE-, primero** Declarar probada las excepciones formuladas por la pasiva conforme a lo expuesto, segundo **Negar el mandamiento de pago conforme a lo manifestado anteriormente**”.*

Establece el CGP en el inciso tercero del artículo 430 del CGP, lo siguiente:

*“Cuando **como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.**”*

De lo anterior se concluye que no es la sentencia del proceso ejecutivo la etapa procesal pertinente para negar el mandamiento ejecutivo o revocarlo, se debe hacer al librarse por primera vez o cuando se resuelve la reposición a esta, ya que claramente lo que se debe ordenar es no continuar con la ejecución conforme lo establece la citada norma.

En apoyo de lo anterior consideramos relevante citar lo indicado por la jurisprudencia en la Acción de tutela con número de expediente T- 6.131.714 instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB- S.A. E.S.P. contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Magistrada Sustanciadora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO ,Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018), que considero:

“65. En el presente asunto, la Sala considera que la Corporación accionada al haber revocado el auto que negó mandamiento de pago y proferir directamente la orden de cancelar la acreencia, actúo por fuera de los márgenes que le otorga su competencia funcional y material, por lo que dicha actuación configuró un defecto orgánico al desconocer los márgenes de decisión del inferior en materias relacionadas con las condiciones formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas, pues aquellas solo pueden invocarse con la presentación de recurso de reposición contra la providencia que ordenó el pago

(..)

66.1 La orden de pago proferida en segunda instancia por la Corporación judicial accionada está revestida de la garantía de seguridad jurídica, pues aquella constituyó un acto cierre en el objeto de discusión del recurso de alzada, por lo que a la luz del artículo 348 del C.P.C., no procede la reposición contra autos que resuelven una apelación. Sin embargo, en el marco del proceso ejecutivo, esta disposición se impone como una barrera infranqueable para el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción del demandado, que hacen parte del contenido fundamental del debido proceso, ya que el complejo sistema de garantías que la legislación le otorga al ejecutado se activa con: i) el mandamiento de pago; y ii) la oportunidad de formular el recurso de reposición en su contra, con lo que puede cuestionar los requisitos formales del título ejecutivo, presentar excepciones previas y ejercer el derecho de excusión.

(...)

De esa manera, tal como se advirtió previamente, el ad quem al momento de revisar la actuación del juez de primera instancia, no puede desconocer los escenarios de decisión del a quo, los cuales, particularmente en el marco del proceso ejecutivo y del auto que libró la orden de pago, se concretan en el análisis de las condiciones formales del título ejecutivo, el beneficio de excusión y las excepciones previas, a cuyo discernimiento llega con la formulación del recurso de reposición que presente el ejecutado. Conforme a lo expuesto, cuando el superior libra el mandamiento de pago en el marco de un proceso ejecutivo, desconoce el principio de autonomía judicial del funcionario cuya actuación se revisa, puesto que vacía sus competencias en asuntos sobre los cuales mantiene un margen de decisión trascendental para el proceso y para el ejercicio de los derechos fundamentales de defensa y de contradicción del ejecutado como garantía del contenido esencial del debido proceso”

Así las cosas, la norma positiva y la jurisprudencia nacional son claras en establecer las etapas procesales en donde debe el juez de conocimiento evaluar determinados elementos del título ejecutivo, así como la necesaria congruencia que debe existir entre los fundamentos ya probados y analizados por el despacho. Por lo cual, en el presente caso se encuentra que la sentencia reevalúa aspectos ya decididos por el mismo despacho, sin indicar cómo ello se ajusta a una excepción de fondo y ni siquiera aún, cuál es la excepción que se probó supuestamente por el demandado, sin notar siquiera que no puede a esta hora controvertirse la exigibilidad del título como indica el fallo ni que la prejudicialidad pueda ser una excepción de fondo como más adelante en el presente escrito expongo de manera detallada.

4. Omite la valoración probatoria realizada por el mismo despacho el 18 de febrero del 2018 al documento obrante en “el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”

En la providencia del 18 de febrero del 2018 obrante en el folio 336 párrafo tercero, donde se confirma el mandamiento de pago, el documento obrante en el folio 52 es el afirmado como el primer requerimiento de Prabyc Ingenieros por parte del juzgado al considerar lo siguiente:

“Es necesario resaltar que el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión soportada en los documentos suscritos por las partes acá intervinientes y permite darle trámite a los documentos que integran el título ejecutivo del que se exige el cumplimiento” Negrilla y resaltado fuera de texto.

Revivir el debate sobre el primer requerimiento contando ya con un pronunciamiento expreso, ejecutoriado y en firme, constituye una vía de hecho al reabrir la etapa procesal de contradicción del PRIMER REQUERIMIENTO por parte de la demandada, buscando reevaluar supuestamente la exigibilidad del título y proceder a cambiar sin ningún fundamento la propia decisión del 18 de febrero del 2018 dictada por el mismo juzgador cuando en la sentencia impugnada manifiesta en el minuto 11:43 del video de la audiencia del 2 de diciembre del 2019 lo siguiente:

“Debe concluir el juzgado entonces que la CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL objeto de este proceso como obligación de hacer, dependía necesariamente del contrato constitutivo de fiducia ya que con el documento que contiene la cesión se estableció que esta debía provenir de PRABYC INGENIEROS en su calidad fideicomitente gerente constructor, como un primer requerimiento a la demandada ACCION FIDUCIARIA.

*Si bien es cierto existe una obligación a cargo de la fiduciaria demandada de registrar todo tipo de modificaciones condiciones o cambios del proyecto fideicomiso zenit, inclusive la cesión que nos ocupa, la misma estaba restringida a la aceptación por parte de esta, **la cual no ocurrió por la razón principal que no se allegó al plenario ningún documento que proviniera del fideicomitente constructor que de manera específica, detallada y concreta informara en ese sentido primer requerimiento a la acá demandada la voluntad de registrar la cesión que nos ocupa,** por ende no hubo pronunciamiento de ningún sentido por el contrario se adjuntó comunicación emanada de prabyc Ingenieros en el sentido de no registrar dicha cesión.”* Negrilla y resaltado fuera de texto.

De lo anterior se permite concluir que no solo hay una manifiesta contradicción del despacho en la sentencia impugnada al desconocer y omitir dar las razones del cambio extraño de posición para ahora no considerar que **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), como ya lo había expresamente señalado al confirmar el mandamiento ejecutivo.

En el fallo recurrido el despacho se limita solamente a indicar que el título no es exigible por supuestamente no haber aportado el requerimiento de Prabyc Ingenieros, lo cual al parecer se sustenta únicamente en una carta de Prabyc Ingenieros de 14 de junio del 2017 (más de un año después de haber radicado el documento obrante a folio 52), sin embargo dicha comunicación igualmente ya había sido evaluada por el despacho en la confirmación del mandamiento ya que se allegó en el recurso de reposición por la parte demandada, según obra en el folio 329, así:

“Se allega comunicación del 14 de junio de 2017 remitida por el representante legal de PRABYC INGENIEROS S.A.S, a la sociedad ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A , en la cual certifica que no la ha instruido para que registre ninguna clase cesión de posición contractual, que si bien no ha renunciado a la facultad de hacerlo, tampoco ha considerado hacerla efectiva debido al incumplimiento de ASER INGENIERIA S.A.S, concluye que el fideicomitente tridente y beneficiario sigue siendo la hoy demandante y PRABYC INGENIEROS S.A.S, sigue siendo el FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR únicamente”

De otro lado, el objeto de la mencionada carta de remisoría obrante en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), lo cual fue probado mediante el testimonio del subgerente jurídico de PRABYC INGENIEROS, el abogado JOSE SEBASTIAN CACERES, quien firma el mencionado documento del 17 de marzo del 2015 y ante la pregunta de la apoderada de la parte demandante sobre los fines de la notificación realizada, respondió:

“básicamente doctora el fin era entregarle esa cesión a la fiduciaria”,

Y tras solicitarle precisar su respuesta del objeto de la remisión manifestó:

“como le mencionaba doctora simplemente era para entregársela a ACCION FIDUCIARIA, ahora yo creo que la pregunta no sé, si me extralimito en mi respuesta tiene que estar vista a la luz de los demás documentos que se estaban entregando en esa carta remisoría, en esa carta remisoría iban dos cartas de instrucciones, una firmada por ASER INGENIERIA y otra firmada por PRABYC INGENIEROS, donde se establecía, pues que existía una instrucción para registrar esa cesión a primer requerimiento de Prabyc, creo que si se mira holísticamente los distintos documentos que se están aportando a través de esa carta remisoría se puede entender cuál era el objeto” Negrilla y subrayado fuera de texto.

Se prueba así que el fin de la carta obrante en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), era notificar al demandado del documento de cesión realizado el 17 de marzo del 2015; para hacerlo oponible al mismo y que procediera en consecuencia a registrar la cesión que era referenciada no solo en la carta sino en los demás documentos aportados con la misma, tal como indica el mismo testigo Cáceres, a ser analizados holísticamente.

En ese mismo sentido, en tal testimonio ante la pregunta del apoderado de la parte demandada sobre si ese documento es suscrito únicamente por PRABYC y por ASER y si la sociedad fiduciaria firmó ese documento, el Dr. Cáceres respondió:

“El documento estaba firmado por PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERIA. La idea del primer requerimiento era justamente cumplir ese requisito, de

notificar a ese tercero del registro de la cesión, ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA no firmaba la cesión”

Refuerza este hecho la confesión del funcionario de PRABYC INGENIEROS ante la siguiente pregunta del juez:

“Para usted qué documentos y que requisitos se necesitan para formalizar un requerimiento”

Frente a lo cual el Dr. Cáceres respondió

“ digamos señor juez que, el documento no exigía una formalidad específica, pero en mi sentir y digamos que era el, del espíritu del contrato de cesión ,que hubiese una notificación de ese registro de cesión, sin explicitar una formalidad, que entendería yo, que el documento tiene que ser por escrito para que opere y firmado por un representante legal o una persona que tuviera la capacidad de comprometer jurídicamente al requirente que en este caso era PRABYC INGENIEROS, si bien repito no exigía una formalidad, si debía ser una carta o se entendía que era una carta que estuviera firmada por un representante, donde se diera alcance a esa cesión y se hiciera explícito ese requerimiento de darle vida a la cesión”

Dejado en claro el propósito y requisitos formales de la comunicación mencionada, debe indicarse también y frente a las manifestaciones de los testigos y de los apoderados judiciales de la demandada respecto de la ausencia de facultades de representación legal de PrabyC Ingenieros por parte del señor José Sebastián Cáceres, con el fin de restarle fuerza vinculante a la comunicación del 17 de marzo de 2015, que La legislación comercial junto con la doctrina y la jurisprudencia han adoptado la teoría de la representación aparente consagrada en el artículo 640 del Código de Comercio, según el cual, quien con hechos positivos u omisiones graves haga creer conforme a los usos del comercio que un tercero está autorizado a consentir títulos en su nombre, no podrá utilizar para defenderse la figura de “representación del suscriptor”.

Es evidente que la carta suscrita por el subgerente jurídico de PrabyC Ingenieros obrante en el **folio 52 del plenario “cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión” (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero)**, quien fuese la persona encargada por dicha sociedad para múltiples efectos dentro del desarrollo de la relación contractual y que además con la citada carta allega un documento a su vez suscrito por el representante legal inscrito, son todas circunstancias que se enmarcan como hechos positivos que llevan a concluir que los actos por el suscritos se hacían con el fin de obligar a la sociedad de la cual aún a la fecha es funcionario de alto nivel ejecutivo, por lo cual no pueden ser de recibo los argumentos relativos a la necesidad de contar con la firma de un representante legal para constituir el requerimiento de registro de cesión.

5. Omite el despacho que al 17 de marzo del 2015 la sociedad PRABYC INGENIEROS manifiesta expresa e irrevocablemente que conoce el estado actual del contrato, los derechos y obligaciones que se desprenden del estado del FIDEICOMISO ZENIT y de los bienes que lo integran” SEGÚN LA CLÁUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL

PRABYC INGENIEROS al notificar la cesión el 17 de marzo del 2015 acepta “que conoce el estado actual del contrato, los derechos y obligaciones que se desprenden del estado del FIDEICOMISO ZENIT y de los bienes que lo integran” conforme lo establece en el mismo documento en la cláusula segunda, así:

“MANIFESTACIÓN ESPECIAL: EL CESIONARIO manifiesta que conoce y acepta los términos modalidades, reglamentación legal, derechos, obligaciones y condiciones y que, por lo tanto, se obligan al cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de dicho contrato quedando sujeta a sus reglas y obligaciones. Así mismo, manifiesta expresa e irrevocablemente que

conoce el estado actual del contrato, los derechos y obligaciones que se desprenden del estado del FIDEICOMISO ZENIT y de los bienes que lo integran”

Se concluye que, con la radicación del 17 de marzo del 2015, lo único que podía pretender PRABYC INGENIEROS es que la fiduciaria procediera a registrar la CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL, para hacerla de público conocimiento a través de las rendiciones de cuentas como se produjo en el 1, 2 semestre del 2015 y 1 semestre del 2016 conforme se observa en los documentos elaborados por la fiduciaria obrantes en el plenario y nuevamente anexados con el presente recurso. (INCISO 3 del art 327 CGP)

6. NO SE VALORÓ LA PRUEBA SOBREVINIENTE DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA CON RADICADO 201907102200357281 ALLEGADA EL 10 DE JULIO DEL 2019 AL DESPACHO DE PRIMERA INSTANCIA CONFORME AL ART 167 CGP.

En la misma línea argumentativa que se viene desarrollando al haberse probado desde la confirmación del mandamiento de pago y a lo largo del proceso que el documento en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”**(providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), situación confirmada por el testigo Cáceres y la manifestación especial e IRREVOCABLE de PRABYC INGENIEROS establecida en la cláusula según del contrato de cesión notificado a la fiduciario el 17 de marzo del 2015 conforme al numeral anterior 4 y 5 , se encuentra que en la relación de documentos que el despacho mencionó dentro las pruebas que valoró en la sentencia impugnada en el minuto 11:37: 05 del video donde se manifestó lo siguiente:

“El juzgado va relacionar una serie de pruebas que sirven de base para la posterior decisión, se ha allegado al expediente; Original del contrato de fiducia mercantil suscrito el 28 de enero del 2015 entre ASER INGENIERIA Ltda., PRABYC INGENIEROS SA y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA, Copia simple de la carta radicada ante ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA con numero interno 400393398 del 17 de marzo del 2015 por PRABYC INGENIEROS, Original del Otrosí del contrato fiducia mercantil del 26 de febrero del 2015, Copia simple del documento de cesión posición contractual de ASER INGENIERÍA a Prabyc ingenieros, notificado a la fiducia el 17 de marzo del 2015, Copia simple del escrito de fecha 30 de agosto del 2016 de ASER INGENIERÍA a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA por medio de la cual se radica en sus oficinas el soporte de consignación de 0.5 salarios mínimos requeridos según contrato para el registro de las cesiones, Se allega copia del memorando entendimiento suscrito entre PRABYC INGENIEROS y la demandante en el mes diciembre del 2014, Copia de la carta de septiembre 6 del 2016 remitida a ACCIÓN FIDUCIARIA a PRABYC INGENIEROS, Copia de comunicación 14 de junio del 2017 remitida por la sociedad PRABYC INGENIEROS a ACCION SOCIEDAD, Certificado de tradición y libertad de los inmuebles identificados con folio de matrícula inmobiliaria 300-209281 y 300-113919, Rendición de cuenta del fideicomiso Proyecto Zenit del periodo julio a diciembre del 2017, Prueba trasladada del proceso con número radicación 2017-0087 que curso o cursa en el Juzgado 29 Civil de Circuito Bogotá, De igual forma se recibieron los interrogatorios de parte de PAULA JIMENA PORRAS PAEZ, ALBERTO ANGARITA JIMENEZ en calidad representantes legales de las sociedades contendientes, Así mismo en audiencia anterior excepción de testigo JOSE SEBASTIAN CACERES, GILBERTO ALEJANDRO SALAMANCA PULIDO y el Interrogatorio del perito JHON FREDY MORENO GONZALEZ.”

De lo anterior se observa que el despacho en la sentencia impugnada omite incluir **la prueba sobreviniente allegada el 6 de agosto del 2019 al proceso en virtud del artículo 167 del CGP,** solicitud que no fue objeto de pronunciamiento expreso alguno según lo solicitado por la parte que represento, sin embargo el mencionado documento fue referenciado ampliamente en los alegatos de conclusión y se destaca en este recurso por tener una altísima relevancia en confirmar que el documento del 17 de marzo del 2015 obrante en el plenario al **“folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”**(folio 336 párrafo tercero AUTO 18/02/2018), con respecto a lo indicado en la sentencia como fundamento de su decisión respecto de la ausencia del requerimiento de registro por parte de Prabyc Ingenieros SAS.

Por lo tanto, me permito nuevamente allegar copia junto al presente memorial y respetuosamente solicitar sea tenido como prueba en la apelación según numeral 3 del artículo 327 del CGP.

El mencionado documento, fue allegado el 6 de agosto del 2019 al proceso y aunque no fue relacionado por el despacho dentro de las relacionadas pruebas base de sus consideraciones del fallo, se trata de una misiva de fecha 10 de julio del 2019 con número de radicado 201907102200357281, firmada por el señor EDWARD ALFONSO GONZÁLEZ, Subdirector Administrativo y Operativo de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA donde aclara el alcance de la carta del 17 de marzo del 2015 que se encuentra en **“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del

18/02/2018 folio 336 párrafo tercero) y me refiero en particular a la respuesta a la pregunta:

*“13- Cuáles fueron los motivos para que la fiduciaria **no respondiera la carta del 17 de marzo del 2015** en la que le adjuntaba entre otros el CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL y las cartas de instrucción de ASER INGENIERÍA y PRABYC INGENIEROS”* Negrilla y subrayado fuera de texto.

Donde respondió la parte demandada:

*“Teniendo en cuenta que **dicha comunicación correspondía a una INSTRUCCIÓN**, la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO ZENIT, procedió a tomar atenta nota.”* Negrilla y subrayado fuera de texto.

Este documento confirma de tal manera que no es dable argumentar que el título no es exigible por supuestamente no haber contado con el requerimiento de registro de la cesión como indica el despacho pues hasta la misma demandada lo confirma con fecha 17 de marzo del 2015 con radicado 20150317-400-3933982 es **“una INSTRUCCIÓN”** por escrito **el documento obrante en “el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del **18/02/2018 folio 336 párrafo tercero)**

7. NO SE VALORÓ LA PRUEBA LA RENDICIÓN DE CUENTAS DEL 1,2 SEMESTRE DEL 2015, 1 SEMESTRE DEL 2016 y CORREO ELECTRÓNICO DEL 25 DE JULIO DEL 2016 COMO ACEPTACIÓN DE LA CESIÓN.

Es importante destacar que adicionalmente a lo resuelto **por el despacho al indicar que “el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”** (providencia del **18/02/2018 folio 336 párrafo tercero**), en el tan citado auto del 18 de febrero del 2018 también se resolvió lo referente a la aceptación de la cesión por parte de la demandada , sobre el recurso al mandamiento de pago la parte demandada, en el folio 329 párrafo quinto del plenario, el despacho manifestó:

*“Señala el recurrente que **existe una ausencia de la aceptación de la cesión por parte de la fiducia**, a pesar de haberse incluido en el numeral 4.1.9 de la cláusula cuarta del documento denominado “Otrosí modificación integral contrato de fiducia mercantil de administración proyecto Zenit”, por lo tanto, los documentos aportados no cumplen con la totalidad de los requisitos necesarios para la ejecución”* subrayado fuera de texto.

A lo que el despacho en su providencia de fecha 18 de febrero del 2019 en el folio 336 párrafo cuarto, resuelve de forma contundente sobre la aceptación de la cesión lo siguiente, así:

*“Si bien es cierto, la cláusula octava del otrosí dispone que ACCIÓN se reserva el derecho de aceptar o no la cesión, **lo concreto es que no se aportó junto con el recurso de***

reposición documento alguno que permita establecer que no fue aceptada la cesión comunicada por los cedentes y acá demandante” negrilla y subrayado fuera de texto.

Por lo tanto la discusión sobre la aceptación de la cesión como el primer requerimiento para la exigibilidad ya había sido zanjado encontrándose en firme, ejecutoriado en la providencia judicial del 18 de febrero del 2015 y con el fin de confirmarse a largo del proceso que siempre ha existido una aceptación de la cesión por la parte demandada, se aportaron las rendiciones de cuenta del 1,2 semestre del 2015 , 1 semestre del 2016 junto con el correo electrónico 25 de julio del 2016 del demandado acepta la aceptación de la cesión al enviarse desde el correo electrónico Adriana.caldas@accion.com.co, cuando se ENVIO UNICAMENTE Y EXCLUSIVAMENTE la rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 a los correos electrónicos de PRABYC INGENIEROS en particular a la representante legal de esta, la DRA AMPARO CHIRIVI PINZON. En la rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 con corte a 30 de junio del 2016 se registra como único fideicomitente y beneficiario. Lo anterior allegado al plenario mediante memoriales que recorrieron traslado al recurso de reposición del mandamiento de pago, traslado de excepciones y en el interrogatorio de la representante legal de Aser Ingeniería, donde el despacho ordenó incluirlas como pruebas.

Pero en el fallo impugnado en la relación de documentos que se mencionó en el punto anterior, no se encuentra dentro de las pruebas documentales por lo que en consecuencia se concluye que no fue valorada por el despacho.

Por ello, y con fundamento en el numeral 3 del artículo 327 del CGP, allego con el presente escrito los mencionados documentos con el fin de solicitar sean incluidos y valorados en la sentencia de segunda instancia que resuelva la apelación.

Es menester reafirmar que los anteriores documentos confirman que siempre ha existido una aceptación de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA de la cesión al probar que en los mismos se registra que ASER INGENIERIA deja de ser fideicomitente y beneficiario del fideicomiso zenit a partir del año 2015, tal como se observa en las pruebas documentales arrimadas al proceso y correspondientes a las rendiciones de cuenta del primero y segundo semestre del 2015 y primer semestre del 2016.

En especial se confirma y destaca esta última rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 con corte 30 de junio del mismo año, donde **PRABYC INGENIEROS figura como único beneficiario y fideicomitente**, con lo cual se comprueba el cumplimiento de los supuestos de hecho establecidos en la carta de instrucción irrevocable emitida por el representante legal de dicha sociedad, fechada 25 de febrero del 2015 y notificada por parte del cesionario PRABYC INGENIEROS el 17 de marzo del 2015 a la entidad ACCION FIDUCIARIA.

En tal virtud, se concluye que al cumplirse los requisitos de la carta de instrucción y habiéndose incluido a Prabyc como único beneficiario desde 2015 en sus rendiciones de cuentas, y por tanto la cesión, lo que procedía entonces en tal momento, es decir, en el segundo semestre de 2016, era que la fiduciaria registrara contablemente una cuenta por pagar a cargo del fideicomiso Zenit y a favor de Aser Ingeniería conforme a la instrucción irrevocable proferida por el representante legal de Prabyc Ingenieros SAS de fecha 25 de febrero del 2015.

Ahora bien, el fideicomiso y la fiduciaria estaban debidamente facultados para registrar la cuenta de cobro pues, contrario a lo manifestado por el testigo Alejandro Salamanca, los inmuebles no son los únicos bienes fideicomitados tal como se indicó en la cláusula tercera del Otrosí al contrato de fiducia se entregaron igualmente recursos por 2 millones de pesos, y se podían seguir transfiriendo directamente al fideicomiso e incluso se podían hacer aportes industriales como expresamente se consignó en el referido otro sí. Así mismo, se estableció en el otrosí la posibilidad de invertir recursos que se encontraren en cuentas del fideicomiso al disponer dentro de las instrucciones a la fiduciaria:

4.1.10. Invertir temporalmente en el Fondo Abierto ACCIÓN UNO, administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. las sumas líquidas de dinero que se encuentren en el patrimonio autónomo.

En la diligencia de testimonio del Dr. José Sebastián Cáceres se confirma que se debía generar una cuenta por cobrar cuando PRABYC INGENIEROS fuese el único beneficiario y fideicomitente cuando ante la primera y segunda preguntas del juez el Dr. Cáceres, manifestó:

“la contraprestación a esa cesión anticipada se generaba una cuenta por pagar a favor de ASER INGENIERIA, (...)”

Y posteriormente ante la segunda parte manifestó

“digamos más que se hiciera el pago anticipado, lo que se generaba una obligación de pagar, lo que se decía Si Se registraba la cesión se generaba una cuenta por pagar a cargo del fideicomiso y ASER INGENIERIA, lo que ocurría o lo que ocurrió básicamente es que esa cesión al no registrarse no se generó la cuenta por pagar y adicionalmente para que existiera la cuenta por pagar existiera cumplir unos presupuesto de un memorando de entendimiento,....”

Así entonces, debía el despacho haberse pronunciado sobre la generación de la cuenta por pagar, al valorar los documentos existentes que comprobaban que la fiduciaria ajustaba sus comportamientos al mejor interés de Prabyc Ingenieros al retrotraer lo ya incluido en sus rendiciones de cuenta de 1,2 semestres del 2015 y 1 semestre del 2016.

8. EL DESPACHO NO SE PRONUNCIA SOBRE LAS EXCEPCIONES QUE ESTABLECIO EN LA ETAPA DE FIJACIÓN DEL LITIGIO

En la audiencia celebrada el 19 de febrero del 2019, en la etapa de FIJACIÓN DEL LITIGIO el despacho estableció los puntos sobre los cuales exactamente se pronunciaría y fue aprobado por las partes, y en especial sobre las excepciones de mérito del demandado indicando textualmente lo siguiente:

*“SIGUIENDO CON EL ORDEN DE LA AUDIENCIA EL PASO SIGUIENTE es LA FIJACIÓN DEL LITIGIO, Tratándose UN PROCESO EJECUTIVO COMO ES EL PRESENTE DE OBLIGACIÓN DE HACER, pues EL JUZGADO TENDRÁ EN CUENTA y mirara si a través de las pruebas aportadas al proceso las practicadas hasta el momento y las por practicar, da mérito para que se siga con o se dicte seguir adelante con la ejecución de acuerdo al mandamiento de pago librado el 5 DE JUNIO DE 2017 donde se ordenara a ACCIÓN FIDUCIARIA a registrar la cesión posición contractual, IGUALMENTE SE TENDRÁ EN CUENTA ALLI si se (sic) hay lugar de ordenar a PRABYC DE ORDENAR ENTREGAR UNOS DINEROS QUE ALLÍ SE solicitan ASÍ como la cuantía de indemnización de perjuicios en la calidad de \$21.362`729.809.oo. o POR SI LO CONTRARIO DA PROSPERIDAD A LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA DEFENSA, LAS LIMITA O SEÑALA, **A QUE NO EXISTIERON PRÁCTICAS ABUSIVAS EN ESAS FACTURAS, QUE NO HUBO ALTERACIÓN EN LAS COMISIONES QUE SE COBRABAN, QUE HUBO TERMINACION Y LIQUIDACION DEL FIDEICOMISO EN LEGAL FORMA**, A ESTO SE CIRCUNSCRIBE EL LITIGIO A DETERMINAR A TRAVÉS DE LAS PRUEBAS SI HAY RAZÓN PARA SEGUIR CON EL MANDAMIENTO EJECUTIVO O POR LO CONTRARIO NEGARLO DARLE PROSPERIDAD A LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA DEMANDADA, A ESTO EL JUZGADO LIMITA EL OBJETO DE ESTE PROCESO SOBRE LO CUAL SE DEBE PRONUNCIAR” **subrayado y negrilla fuera de texto***
(Transcripción textual del audio)

En consideración de lo anterior, el despacho comete una vía hecho al pronunciarse en la sentencia impugnada sometiendo nuevamente a debate la exigibilidad del título supuestamente a la falta de requerimiento y aceptación, que se ha desvirtuado ampliamente en los argumentos antes citados en los reparos primero, segundo, tercero y cuarto anterior.

Más aún, se señala que el presente proceso ejecutivo debe condicionarse o no puede resolverse por esperar a las resultas de procesos judiciales de carácter declarativo que no fueron indicados como pleitos pendientes como es el caso del proceso que se del Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá con radicado 2017-081 y acumulado 2017-111, cuando se observa no solo que no son

las mismas partes y tampoco el mismo objeto pues en uno de ellos actúa el fideicomiso Zenit y no la fiduciaria en su propio nombre como es vinculada en el presente trámite.

Se reitera y se confirma al revisar el fallo frente a las excepciones DE FONDO o de MÉRITO que debían resolverse en sentencia, así como la fijación del litigio, que la decisión atacada se enmarca en los supuestos de la figura de una sentencia extra petita pues ni siquiera fue propuesta por el demandado la bien conocida excepción genérica que pudieren dar lugar a establecer una excepción no formulada por la parte demandada.

9. NO SE EXPUSIERON DE FORMA DETALLADA LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE FUNDAMENTAN DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO FIJADAS POR EL DESPACHO EN AUDIENCIA INICIAL.

A continuación, nos manifestaremos en particular sobre cada elemento del litigio conforme fue establecido expresamente por el juzgado y aceptado por las partes en audiencia inicial y que el despacho omitió tenerlos en cuenta y/o pronunciarse de forma clara, detallada y contundente en las consideraciones de la sentencia impugnada, así:

9.1 Frente a que “no existieron prácticas abusivas en esas facturas”.

El despacho no evaluó y tampoco se pronunció respecto a lo probado en el plenario, que al no existir prueba distinta o adicional que lo contradiga demuestran lo siguiente:

9.1.1 Los requisitos de ejecución de la obligación de hacer, consistente en registrar la cesión de posición contractual, adquirida por expresa aceptación de la demandada, fueron cumplidos a cabalidad mediante la suscripción del contrato de cesión, las cartas de instrucción de carácter IRREVOCABLE emitida por PRABYC INGENIEROS y la radicación de estas en debida forma y mediante comunicación expresa de la sociedad Prabyc Ingenieros a Acción Fiduciaria.

9.1.2 El 25 de julio del 2016 el demandado acepta la aceptación de la cesión al enviarse desde el correo electrónico Adriana.caldas@accion.com.co se ENVIO UNICAMENTE Y EXCLUSIVAMENTE a los correos electrónicos de PRABYC INGENIEROS en particular a la representante legal de esta, la DRA AMPARO CHIRIVI PINZÓN la rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 con corte a 30 de junio; la cual está **EN FIRME Y SIN OBJECIÓN ALGUNA DE PRABYC INGENIEROS A LA FECHA**, donde se cumplen las condiciones de ser el ÚNICO FIDEICOMITENTE Y BENEFICIARIO del fideicomiso, siendo aquellas las condiciones establecidas en la carta de instrucción de carácter IRREVOCABLE firmada por PRABYC INGENIEROS y notificada al demandado desde el 17 de Marzo del 2015. **(anexo según artículo 327 CGP)**

9.1.3 La rendición de cuentas del 1 semestre del 2016 está en firme y sin ninguna objeción de PRABYC INGENIEROS hasta la fecha.

9.1.4 Aser Ingeniería procedió a radicar el 28 de julio del 2016 ante la fiduciaria la cuenta de cobro correspondiente al saldo del valor del lote transferido al fideicomiso pesar de que Acción Fiduciaria ya había registrado en las dos rendiciones de cuentas del 2015 a Prabyc Ingenieros como Único Beneficiario del Fideicomiso, incluyendo la rendición del primer semestre del 2016 con corte a 30 de junio del 2016 donde el único fideicomitente y beneficiario es PRABYC INGENIEROS.

9.1.5 Solamente hasta notificarse de la presente demanda ejecutiva, ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA decide consultar con Prabyc Ingenieros cuál es su mejor interés frente a lo ocurrido, ignorando los efectos legales de sus acciones y el tiempo transcurrido.

9.1.6 Entre Acción Fiduciaria y Prabyc se celebra una reunión el 14 de junio del 2017, posteriormente a la notificación del mandamiento de pago del presente proceso, sin presencia de Aser Ingeniería y en la cual se trata el estado del fideicomiso, tras la cual

Prabyc expide una carta a Acción Fiduciaria indicando que no ha radicado el requerimiento para la cesión, para amañadamente protegerse de lo que debidamente les correspondía que era asumir el pago de comisiones, de la cuenta de cobro y demás deberes que como fideicomitente tradente cesionario le correspondían.

9.1.7 Posteriormente, transcurrido más de un año desde la radicación de los documentos citados, sin que frente a ellos hubiese existido negación, oposición o siquiera observaciones a los documentos de parte de Acción Fiduciaria, dicha sociedad decide desconocer lo sucedido para actuar de manera parcializada en desmedro de los derechos de Aser Ingeniería y favoreciendo evidentemente los intereses de Prabyc Ingenieros, al negarse a registrar la cuenta por pagar a favor de mi representada.

9.1.8 La anterior situación se comprueba y justifica en la existencia de otros negocios fiduciarios entre ACCIÓN FIDUCIARIA Y PRABYC INGENIEROS, distintos al fideicomiso Zenit; por los cuales la demandada para evitar afectar su regular relación comercial con el cliente PRABYC INGENIEROS por otros fideicomisos, le interesa favorecerlo no registrando la cesión ni la cuenta de cobro y en consecuencia afectar ASER INGENIERIA. Cuando se interroga al representante legal de la demandada sobre la existencia de otros negocios fiduciarios con PRABYC INGENIEROS y la parte demandada respondió: *“si tenemos algunos negocios con PRABYC “.*

10. EXTRALIMITACIÓN DEL DESPACHO EN EVALUAR UN ACUERDO PRIVADO DENOMINADO “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO” DE DICIEMBRE DEL 2014 ENTRE PRABYC INGENIEROS Y ASER INGENIERÍA, DONDE LA PARTE DEMANDADA (ACCION FIDUCIARIA SA) NO ESTÁ VINCULADA.

Se ha establecido a lo largo del trámite y aún aceptado por las partes que el elemento condicional para la EXIGIBILIDAD del título ejecutivo es el primer requerimiento que obra en el ***“el folio 52 del plenario cumple con el contenido requerido para hacer sus veces de primer requerimiento de registro de la cesión”*** (providencia del 18/02/2018 folio 336 párrafo tercero), según confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018.

Además, lo confirma en la sentencia en el minuto 11:43 del video de la audiencia al indicar lo siguiente:

“Debe concluir el juzgado entonces que la CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL objeto de este proceso como obligación de hacer, dependía necesariamente del contrato constitutivo de fiducia ya que con el documento que contiene la cesión se estableció que esta debía provenir de PRABYC INGENIEROS en su calidad fideicomitente gerente constructor, como un primer requerimiento a la demandada ACCION FIDUCIARIA, si bien es cierto existe una obligación a cargo de la fiduciaria demandada de registrar todo tipo de modificaciones condiciones o cambios del proyecto fideicomiso zenit, inclusive la cesión que nos ocupa la misma estaba restringida a la aceptación por parte de esta_...”

Pero la misma sentencia impugnada, en párrafos más adelante el despacho concluye- cambiando su posición para incluir una nueva condición para la exigibilidad del título ejecutivo - que además se depende de las resultados del proceso declarativo con radicado 2018-154 que se tramita en el Juzgado Tercero Civil Del Circuito De Bogotá, omitiendo que él mismo resolvió que no era posible decretar la prejudicialidad el 14 de noviembre del 2019 a solicitud de la demandada, y gravemente también lo sujetó a las resultados del proceso declarativo radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 que se tramita en el Juzgado 29 Civil Del Circuito De Bogotá, al manifestar en el minuto 11:44:15 del video lo siguiente:

“ Siguiendo entonces el hilo argumentativo en la legitimación en la causa por pasiva, si está demostrado al interior del plenario pues la demandada acción fiduciaria al momento de suscripción del contrato constitutivo de fiducia de administrativo del proyecto fideicomiso zenit, asumió el total de obligación allí impuestas inclusive las que se genera en adiciones y otrosí del mismo, no obstante revisando la naturaleza del título se advierte que la obligación en él contenida se encuentra condicionada por un acuerdo privado memorial de entendimiento en donde se asumen una serie de compromisos por las parte contratantes , los cuales no quedó evidenciado en el plenario se encuentren bajo el criterio de la jurisdicción

civil en procesos declarativos tales como el juzgado 3 y 29 civil de circuito de Bogotá. Bajo ese entendido desaparece uno de los requisitos para continuar con la ejecución como es la exigibilidad del título donde se encuentra en discusión las circunstancias donde emana."

Posteriormente, en una clara extralimitación del objeto del litigio el despacho manifiesta lo siguiente en el minuto 11:46:00 del video:

*" Dicho sea de paso el contrato de entendimiento no se ha cumplido, pues tal como lo ha firman las partes y en especial la representante legal de la parte actora en su declaración, no se expidió por parte la curaduría respectiva la licencia construcción correspondiente, **lo que impidió la transferencia de uno de los dos inmueble compromiso asumido en el acuerdo privado por la parte demandante** y que al no cumplirse inexorablemente lleva consigo que la cesión aquí reclamaba la cual no se ha dicho está condicionada no tenga la autonomía que caracteriza los títulos ejecutivos."*

Lo anterior es un prejuzgamiento del despacho de instancia respecto del cumplimiento del Memorando de Entendimiento y afirmando erróneamente que la demandante había asumido el compromiso de obtener una licencia de construcción lo cual fue explicado ampliamente por la representante legal de Aser Ingeniería y expuesto detalladamente en la contestación de la demanda con radicado 2017-087 como también en la demanda acumulada con radicado 2017-111, ambos procesos declarativos adelantados ante el Juzgado 29 Civil de Circuito Bogotá, pues mi demandante precisamente ha afirmado en todos los procesos que la responsabilidad de la licencia de Construcción era de Prabyc Ingenieros SAS y por ello inició proceso judicial para reclamarle por la responsabilidad profesional que endilga a la misma mediante la citada acción declarativa. De tal manera, el fallo no solo se basa en la errónea afirmación de que ello era una obligación de la demandante, sino que se llega incluso a dictaminar que se incumplió, a pesar de tener los elementos de juicio necesarios en el expediente para saber que ello y la nulidad del acuerdo privado denominado MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO firmado entre PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERÍA son el objeto de debate judicial ante el Juzgado 29 Civil del Circuito.

Adicionalmente, la sentencia impugnada omite evaluar que la pérdida de licencia de construcción sucede el 27 de marzo del 2015 con resolución N002R de 2015 de la curaduría primera de Bucaramanga, conforme obra en las pruebas trasladadas del Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, lo anterior sucedió cuando ya se había notificado el 17 de marzo del 2015 la cesión de posición contractual objeto del presente litigio y descontado la comisión del registro por parte de la fiduciaria, conforme a lo ampliamente expuesto en el escrito de complemento al traslado de excepciones.

Es una evidente extralimitación del objeto del litigio evaluar el cumplimiento o no de las obligaciones del memorando de entendimiento por el despacho y además contradice su propia posición frente a la posibilidad de ceder la posición contractual, independientemente del estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales cuando en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2015, en el folio 333 y 334, manifestó lo siguiente:

*" Al respecto ha de señalarse que un contrario que facilita la circulación de los bienes objeto del contrato brindando estabilidad y flexibilidad a los contratantes iniciales y al cesionario agilización el tráfico comercial, **en razón a que no se necesita esperar hasta el cumplimiento perfecto del contrato , para obtener un beneficio , sino por el contrario permite que se realicen otra clase de inversión sobre negocio ya celebrados pero no cumplidos en todo o en parte**" Negrilla y subrayado fuera de texto*

Más aún, cuando la parte demandada le solicitó vincular a la sociedad PRABYC INGENIEROS SAS el despacho en la mencionada providencia que confirmó el mandamiento de pago manifestó:

*"La vinculación de Prabyc ingenieros S.A., no se hace necesaria en el presente trámite, por cuanto no es obligada dentro de los documentos allegados al plenario y la pretensión primera está dirigida concretamente al ejecutado **sin que prenda su cumplimiento del tercero cesionario**"*

11. ERROR EN LAS CONSIDERACIONES DE LAS DESCONOCIDAS EXCEPCIONES DE FONDO O MÉRITO QUE PROSPERARON

Respecto de las desconocidas e imprecisas excepciones de fondo o de mérito que al parecer erróneamente prosperaron, adolece el fallo de una indebida interpretación de la realidad del Memorando de Entendimiento.

Sobre del estado del contrato suscrito entre Aser Ingeniería y Prabyc Ingenieros: un acuerdo privado denominado Memorando de Entendimiento y suscrito el 23 diciembre del 2014; es necesario reiterar lo indicado previamente y que se probó con suficiencia en el presente proceso, así:

- 11.1 La existencia de un proceso ordinario entre ASER INGENIERIA y PRABYC INGENIEROS no condiciona ni afecta de forma alguna la ejecución de la obligación de hacer contenida en el CONTRATO FIDUCIARIO: en primer lugar, según disposición legal del artículo 161 del CGP y, en segundo lugar, porque se trata de contratos y negocios jurídicos independientes entre sí, pues lo aquí ejecutado corresponde a las obligaciones y deberes profesionales de la fiduciaria.
- 11.2 No se ha declarado por autoridad judicial hasta la fecha incumplimiento alguno de Aser Ingeniería al ACUERDO PRIVADO, contrario a lo indebidamente manifestado por el demandado a la fecha tal contrato y sus obligaciones son objeto de un litigio de naturaleza ordinaria en el cual se han acumulado las demandas que ambas partes entablaron entre sí.
- 11.3 El contrato de cesión de posición contractual y OTROSÍ del 26 de febrero del 2015 hace parte de un negocio jurídico de cesión del cual con toda claridad se predica ser: independiente, celebrado en legal y debida forma, con plenos efectos entre sus partes y a la fecha sin litigio alguno en su singularidad. Este negocio, cuya existencia y texto contractual fuera notificado, como se demostró con total claridad, por parte de Prabyc Ingenieros a Acción Fiduciaria le es oponible a la aquí demandada desde el 17 de marzo de 2015 y ante ello nunca presentaron oposición alguna tal como lo requerido por el despacho en la confirmación del mandamiento de pago, del 18 de febrero del 2018 así:

*“Si bien es cierto, la cláusula octava del otrosí dispone que ACCIÓN se reserva el derecho de aceptar o no la cesión, lo concreto es que **no se aportó con el recurso de reposición documento alguno que permita establecer que no fue aceptada la cesión comunicada por los cedente y acá demandante**”* Negrilla y subrayado fuera de texto.
- 11.4 Sobre los contratos fiduciarios denominados como cesión de posición contractual y OTROSÍ del 26 de febrero del 2015 no existe proceso judicial que esté demandando o solicite declaración de nulidad o terminación alguna como erróneamente pretende fundamentar el despacho en la sentencia impugnada al establecer que la exigibilidad del título está sujeta a las resultas de un proceso que no existe pues se insiste que los procesos citados por el juzgado no versan sobre ellos en lo absoluto.
- 11.5 Más aún, independientemente de las resultas del proceso declarativo del 2017-081 y acumulado 2017-111 que se tramita en el Juzgado 29 Civil Circuito de Bogotá, el contrato de fiducia de OTROSI y CONTRATO DE CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL, se han de mantener incólumes ya que las pretensiones de ambas acciones no apuntan a su nulidad, validez o terminación.
- 11.6 Tras hacérsele oponible la cesión, debía la fiduciaria, en virtud de los principios del contrato de mandato que subyace el negocio fiduciario, haberse manifestado en tiempo, registrando la cesión y de haberse negado debía haberlo hecho expresamente conforme a los preceptos que rigen la actividad financiera y profesional que ejecuta; de la misma forma que lo hizo en la comunicación dirigida a MPH SAS por parte de la fiduciaria, en carta del 8 de noviembre del 2017 de la cual se indicó que: ***“rechazo la***

nueva cesión expresamente y devolvió los documentos” según se probó con los documentos aportados en el interrogatorio de la representante legal de ASER INGENIERÍA. En consecuencia, ante la inobservancia de sus deberes legales y contractuales, tendrá que responder con su propio patrimonio y no con los de los fideicomisos que administra.

11.7 Siendo una cesión de posición contractual, que incluía la transferencia derechos fiduciarios entre dos sociedades que ya eran parte contractual en el fideicomiso, las causas para negar la cesión no son ilimitadas. Sobre dichas razones han sido enfáticas la doctrina de la Superintendencia Financiera, así como la jurisprudencia arbitral en señalar que en el marco de la actividad fiduciaria las razones para negar el registro de una cesión deben ser debidamente fundadas y no arbitrarias, y deben obedecer a razones objetivas, lo cual no sucedió en el presente caso, más aún cuando el despacho al interrogar a la parte demandada sobre las facultades para negarse a registrar la cesión obtuvo respuesta del representante legal y del funcionario de la demandada de forma genérica y evasiva sin ninguna precisión ni claridad al respecto.

11.8 No es cierto, como pretendió señalarse en el testimonio JOSE ALEJANDRO SALAMANCA, que de “haber evaluado el cumplimiento del contrato de fiducia” Acción fiduciaria hubiera podido negar la cesión ya que Prabyc Ingenieros no hubiera podido hacer la transferencia del inmueble faltante. Esto ya que en el contrato fiduciario del 26 de febrero del 2015 se estableció expresamente que los inmuebles podrían transferirse **por terceros por cuenta de los fideicomitentes** según se lee en el numeral 1.8 del contrato fiduciario del 26 de febrero 2015, lo cual hubiera podido hacerse si Prabyc Ingenieros hubiera cumplido con su deber de obtener la licencia de construcción del proyecto inmobiliario y NO requería en ningún caso una nueva disposición contractual o modificación de lo ya acordado pues ello ya se preveía en tal contrato.

Así mismo, es claro que según la normatividad nacional la obligación de transferir un inmueble puede ser válidamente asumida por personas que no figuren como sus propietarios tal como se permite en la reconocida figura de la venta de la cosa ajena prevista en el artículo 907 del Código de Comercio, aplicable por analogía al caso que nos ocupa.

En todo caso, de haberse negado la cesión con base en tal argumento se estaría en contravía de lo establecido en la norma imperativa establecida el artículo 887 del código del comercio que el despacho lo explico de forma detallada en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018, en el folio del plenario 333 y 334 así:

*“Al respecto ha de señalarse que un contrario que facilita la circulación de los bienes objeto del contrato brindando estabilidad y flexibilidad a los contratantes iniciales y al cesionario agilización el tráfico comercial, **en razón a que no se necesita esperar hasta el cumplimiento perfecto del contrato , para obtener un beneficio , sino por el contrario permite que se realicen otra clase de inversión sobre negocio ya celebrados pero no cumplidos en todo o en parte**” Negrilla y subrayado fuera de texto*

11.9 La carta de Prabyc del 14 de junio del 2017 así como la negación extemporánea de Acción Fiduciaria han sido el derrotero constante de esta última para persistir en el incumplimiento de la obligación de hacer cuya ejecución se persigue con la presente acción; la cual se fundamenta esencialmente en las pruebas documentales aportadas y que validan la legitimidad en la causa al contar con todos los elementos establecidos contractualmente para registrar la cesión celebrada entre Aser Ingeniería y Prabyc Ingenieros.

Se confirmó en el proceso que el fin de la carta de remisoría es registrar la cesión según se lo indicado en el testimonio del subgerente jurídico de PRABYC INGENIEROS, JOSE SEBASTIAN CACERES, conforme se citó anteriormente el extracto de la audiencia adelantada ante el despacho de instancia.

Adicionalmente, en comunicación allegada el 6 de agosto del 2019 al proceso en virtud del artículo 167 del CGP, de fecha 10 de julio del 2019 con número de radicado 201907102200357281, firmada por el señor EDWARD ALFONSO GONZÁLEZ, Subdirector Administrativo y Operativo de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA y se refirió en respuesta a la pregunta “13- Cuáles fueron los motivos para que la fiduciaria no respondiera la carta del 17 de marzo del 2015 en la que le adjuntaba entre otros el CONTRATO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL y las cartas de instrucción de ASER INGENIERÍA y PRABYC INGENIEROS” donde señaló:

*“Teniendo en cuenta que dicha comunicación correspondía a una **INSTRUCCIÓN**, la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO ZENIT, procedió a tomar atenta nota.”*

11.10 No existe fundamento legal para que la demandada se niegue a registrar la cesión, tal como se confirma cuando el despacho interroga al representante legal de la fiduciaria: “bajo que normatividad tiene las facultades para rechazar o admitir la cesión de esa naturaleza respaldo jurídico”, frente a lo cual se responde de forma evasiva, desconociendo la obligación que tenía de no tener actuaciones dominantes, parcializadas y/o abusivas al decir que actuaban en la “égida de domino de la fiduciaria”, estando esta expresión una contravía a lo establecido en concepto la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA así:

Concepto 2015017527-002 del 5 de marzo de 2015. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

(...) la negativa para prestar tales servicios, no puede obedecer a una decisión caprichosa de la entidad vigilada, sino a una decisión debidamente analizada y sustentada en hechos y parámetros definidos, evitando de así prácticas discriminatorias que se traduzcan en la no prestación injustificada del servicio financiero a determinadas personas, actividades o sectores[4].

(...)

En todo caso y como se ha desarrollado ampliamente por parte de diversos doctrinantes y jurisprudencialmente, las razones del actuar de la Fiduciaria y en particular las relativas a la reserva que normalmente se incluye en los contratos para que sobre las cesiones deba contarse con la aceptación del fiduciario no son ilimitadas a lo que la Fiduciaria arbitrariamente considere. En tal sentido, el desarrollo de este tema en sentencias y pronunciamientos de académicos ha indicado que en caso de oposición debe obedecer a razones objetivas y medibles, tales como el caso de la necesaria verificación dentro del sistema SARLAFT u otras para la prevención del lavado de activos y terrorismo.

Laudo Arbitral de 2003 enero 29 Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. vs Fiducolombia S.A. Cesión de los derechos fiduciarios de los señores Herrera Díaz en favor de Comerintegral Limitada

(..)En la legislación colombiana, la figura de la cesión de derechos se encuentra regulada por nuestro Código Civil en los artículos 1959 a 1961. En particular, establece el artículo 1960:

“ART. 1960. —La cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este”.

Tal como lo afirma el profesor Guillermo Ospina Fernández en su “Régimen general de las obligaciones” ⁽⁷⁾, la cesión de derechos implica la transferencia o el traspaso de derechos u obligaciones de unas personas a otras por acto entre vivos. Se da esta figura cuando el acreedor, mediante un contrato, traspasa su derecho crediticio a otra persona que entra a ocupar su lugar en el vínculo obligatorio. Ahora bien, para que tal cesión produzca sus efectos contra el deudor, presupone su notificación al mismo, de donde resulta que el verdadero y único requisito legal para que sea oponible a dicho deudor, es esta notificación, tal como lo prevé la propia ley.

Finalmente, debemos de destacar que además de contar con los suficientes fundamentos de hecho y de derecho que permiten continuar con la presente ejecución con independencia de las resultas de los procesos judiciales alegados por el demandado extemporáneamente y validados por el despacho, debemos indicar que este mismo en auto que confirmó el mandamiento de pago de fecha 18 de febrero del 2018, indicó:

"En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

Al respecto, ha de señalarse que es un contrato que facilita la circulación de los bienes objeto del contrato brindando estabilidad y flexibilidad a los contratantes iniciales y al cesionario agilizando el tráfico comercial, en razón a que no se

necesita esperar hasta el cumplimiento perfecto del contrato, para poder obtener un beneficio, sino que por el contrario permite que se realicen otra clase de inversión sobre negocios ya celebrados pero no cumplidos en todo o en parte.

Ahora bien, el artículo 1496 de Código Civil, señala que un contrato es bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente, o en otras palabras cuando los contratantes actúan como parte activa y pasiva al mismo tiempo en la relación contractual, al adquirir obligaciones mutuas que se derivan del contrato, en ese sentido la cesión de la posición contractual se caracterizaría por ser bilateral.

(Subrayado fuera de texto original)

En tal sentido, una vez más el juzgado contraría su misma postura al exigir que para poder registrar la cesión se tuviera que cumplir el contrato denominado Memorando de Entendimiento y al parecer asumiendo que al no contar con una licencia de construcción no se podía transferir la posición contractual entre las partes del contrato INDEPENDIENTE de fiducia mercantil.

Adicionalmente, el OTROSÍ de fecha 26 de febrero del 2015, establece que PRABYC INGENIEROS es el responsable de gestionar y obtener la licencia de construcción en la cláusula 5.2.1, así:

5.2. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR: EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR ejecutará las obligaciones de gerencia y construcción del PROYECTO que en general involucran aspectos de índole administrativa, legal, ética, comercial y económica-financiera y son todas las relacionadas en el Decreto 2090 de 1.989, y demás normas que lo modifiquen, adición o complementen. Además de las relacionadas en el mencionado Decreto serán obligaciones especiales del FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR, las siguientes:

5.2.1. Solicitar las licencias de construcción que se requieran para el desarrollo del PROYECTO.

PARÁGRAFO PRIMERO: EL FIDEICOMITENTE GERENTE CONSTRUCTOR declara que ni ACCIÓN, ni el FIDEICOMISO, responden por la construcción, ejecución y terminación de EL PROYECTO, estabilidad y calidad del mismo, viabilidad financiera de EL PROYECTO, daños a terceros, plazos de entrega, precio y demás obligaciones relacionadas con éste, así como tampoco contra responsabilidad de ninguna naturaleza relacionada con todos y cada uno de los documentos técnicos y legales requeridos para adelantar EL PROYECTO.

Así las cosas, se omite considerar que la representante legal de la demandante expuso al despacho que ya no era necesario transferir un segundo inmueble pues se perdió la licencia de construcción por responsabilidad de Prabyng Ingenieros con posterioridad a la notificación de la cesión, tal como ella misma sustentó con los documentos aportados y aceptados por el despacho en su interrogatorio

de parte, los cuales a su vez sustentan la demanda que mi representada inicio y aún tiene contra la citada sociedad.

12. NO SE ANALIZARON LAS PRETENSIONES OBRANTES EN LA PRUEBA TRASLADADA PROVENIENTE DE LOS JUZGADOS 29 Y 3 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ CON RADICADO 2017-087, ACUMULADO 2017-111 Y 2018-154.

Además de lo ya manifestado en el punto anterior, es una contradicción del despacho y fallo en la valoración probatoria de la prueba allegada por los Juzgados 29 y 3 Civil Del Circuito De Bogotá, la decisión consignada en la sentencia impugnada por lo siguiente:

- En el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá se resolverá exclusivamente sobre la declaración de terminación del acuerdo privado denominado “memorando de entendimiento” de diciembre del 2014 firmado entre PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERIA y sobre la responsabilidad profesional y contractual frente a la pérdida de la licencia de construcción.
- En el Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá se resolverá sobre el pago de una cuenta de cobro a cargo del FIDEICOMISO ZENIT.
- ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA como fiduciaria demandada en este proceso, no es parte firmante del memorando de entendimiento del 23 de diciembre del 2014.
- ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA en su propio nombre no es parte en el proceso declarativo con radicado 2017-0087 y acumulado 2017-111 en el JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ siendo vinculado de oficio para vincular a la Litis al FIDEICOMISO ZENIT, por lo cual en calidad de vocero actúa su administrador fiduciario. Las pretensiones de dichas demandas no solicitan en ningún momento la declaración de terminación o rescisión del contrato fiduciario y tampoco de la cesión de posición contractual.
- El 14 de noviembre del 2019, el despacho en providencia escrita decreta la no prejudicialidad del presente proceso ejecutivo por la existencia del proceso declarativo en el juzgado 3 Civil del Circuito con radicado 2018-154; decisión que se encuentra en firme al no ser objeto de recurso.

Se insiste: el despacho incurre en un grave error al condicionar la continuidad del presente proceso ejecutivo a un **proceso declarativo que NO EXISTE ya que se indica que es una acción que supuestamente versa sobre la validez, nulidad y resolución del OTROSÍ FIDUCIARIO del 26 de febrero del 2015**, conforme se plasmó en los minutos 11:45:15 del video de la audiencia de la sentencia impugnada, al manifestar el despacho:

“(…). En esa lógica la decisión que resuelva acerca la validez, nulidad o resolución del contrato de fiducia, repercutirá directamente sobre la procedencia del registro de la cesión de posición contractual se vería revelado de cualquier orden que dicte en ese sentido.” Resaltado fuera de texto

Lo anterior es una clara violación al debido proceso en la sentencia impugnada: primero, al **NO EXISTIR PROCESO DECLARATIVO “que resuelva acerca la validez, nulidad o resolución del contrato de fiducia”**, es decir del título ejecutivo de fecha 26 de febrero del 2015 que se ejecuta en el presente trámite y segundo, va en contra de las costumbres judiciales y la doctrina tal como es expuesta por el tratadista HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, quien ha señalado:

Se debe resaltar que es indiferente que la existencia del proceso ordinario sea anterior o posterior a la iniciación del de ejecución; en cualquiera de las hipótesis es deber de la parte demandada en la ejecución proponer lo hechos pertinentes como excepción, con el objeto de que el asunto se debata y decida por la vía propia de la ejecución, de donde se infiere el

*cuidado que deben tener los jueces que conocen el proceso de ejecución, **de analizar el contenido de las pretensiones** en la demanda ordinaria y **si ésta versa sobre aspectos concernientes a validez y autenticidad del documento aportado como título ejecutivo, no se podrá paralizar la decisión en espera del fallo proceso ordinario**, pues esos aspectos han debido ser alegados como excepción.*

Ahora bien, surge el problema referente a qué sucede cuando está iniciado el proceso ordinario en orden a que se declare, por ejemplo, carente de validez el título ejecutivo por estar afectado por nulidad y se promueve la ejecución. En esta hipótesis es deber del demandado proponer los mismos hechos que son base de sus pretensiones en el ordinario ahora como fundamento de la excepción de nulidad el título ejecutivo, pues ante el claro mandato legal que comentamos le está vedado solicitar en su oportunidad la aplicación de la suspensión por prejudicialidad del ordinario para la ejecución; como se están debatiendo en dos procesos diversos que no admiten acumulación unas mismas circunstancias opinamos que la prejudicialidad operará del proceso de ejecución al proceso ordinario que será el que se paralice mientras se definen las excepciones dentro del ejecutivo, solución que se impone con el objeto de evitar contradictorias determinaciones .

Si el proceso ordinario no versa ni sobre la validez o autenticidad del título ejecutivo, ya el juez que conoce de éste deberá analizar las circunstancias y caso de que así lo amerite decretar la suspensión por prejudicialidad dentro de la ejecución, aun cuando esta hipótesis la vemos de rara ocurrencia. PROCEDIMIENTO CIVIL – TOMO I-PARTE GENERAL AÑO 2002 (INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO) HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO PÁGS. 988-989 “negrilla resaltado fuera de texto

Se evidencia en el plenario que la demanda alegada por PRABYC INGENIEROS SAS en contra de ASER INGENIERIA LTDA con radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 del Juzgado 29 Civil de Circuito de Bogotá, no es una demanda en la que se discuta la validez y autenticidad de los documentos que en su conjunto dan lugar a la conformación del título ejecutivo. Además, debe reiterarse que ACCIÓN FIDUCIARIA SA como sociedad fiduciaria directamente no hace parte del proceso declarativo al cual se pretende relacionar para prosperar la excepción fundamento de la sentencia impugnada sino como vocero del fideicomiso, contrario a como si se le vincula al presente proceso.

Por tanto, no es procedente decretar un vicio o falta de exigibilidad del título por una supuesta prejudicialidad frente a las resultas de los procesos declarativos que se tramitan en el Juzgado 29 Civil Del Circuito De Bogotá, ya que la solicitud no se ajusta a derecho por no existir identidad de partes y porque la materia tratada en ambos procesos corresponde a contratos independientes entre sí.

Además de lo anterior, es importante indicar que en el proceso abreviado de conocimiento de la Superintendencia Financiera con radicado 2016-134776-018-000 según manifestaciones de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA No 20170303-460-3246161 (adjunto a la presente), dice:

Por lo anterior, es menester advertir al despacho que gran parte de las pretensiones enervadas en demanda procuran que la Superintendencia Financiera de Colombia ordene el cumplimiento a una obligación de hacer de la cual es, supuestamente, deudor el demandado.

En efecto, lo anterior es fácilmente evidenciable al analizar las pretensiones principales 1, 3, 4 y 6, pues en ellas la parte actora solicita al despacho que, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, **OBLIGUE**, a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a desplegar determinadas conductas, *verbi gratia*, la pretensión primera (1), solicita, a tenor literal:

"Que se obligue ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a registrar la cesión de posición contractual como beneficiario del fideicomiso Zenit, que le fue notificada el 17 de Marzo de 2015"

Se colige entonces que el demandante pretende el cumplimiento de una obligación de hacer, la cual es aquella obligación que "impone al deudor la necesidad de realizar, en sentido positivo, una conducta (factum)"¹, bien sea el registro de la cesión, el registro de la cuenta de cobro o requerir a PRABYC INGENIEROS S.A.S.

Debe entonces tenerse en consideración para aquellos procesos que pretenden el cumplimiento de una obligación de hacer la legislación ha previsto una cuerda procesal que difiere sustancialmente del proceso dentro del cual se despliegan las presentes actuaciones, en estricto sentido, esas pretensiones son propias de un proceso ejecutivo de hacer.

Sobre el particular ha conceptuado el profesor Azula Camacho:

"Obligaciones de hacer: Se presenta en estas obligaciones una situación semejante a las de dar por cuanto la petición principal se concreta a que el juez señale el término que considere prudencial para que el deudor realice el hecho..."²

Y en adición a preceptuado el Código General del Proceso, en su artículo 426, que ha de tramitarse por proceso ejecutivo aquellas pretensiones que procuren el cumplimiento de una obligación de hacer.

En conclusión, toda vez que las pretensiones enervadas por el demandante corresponden al cumplimiento de obligaciones de hacer, debe rechazarse el libelo petitorio por cuanto el despacho no puede conocer de este tipo de procesos.

Así, inclusive la misma entidad demandada ha reconocido que la obligación de hacer ejecutada aquí es procedente por la vía que nos ocupa, al tenerse claro en todo caso que conforme a la normatividad procesal la existencia de un proceso ordinario no condiciona o excluye la posibilidad de los procesos ejecutivos.

Hasta la fecha no se ha allegado por el demandado prueba de que hasta el 17 de marzo del 2015 Aser Ingeniería, quien hasta esa fecha fuera el fideicomitente tradente y beneficiario del fideicomiso, fuera requerido, reclamado o que según sus obligaciones hubiera incumplido el contrato fiduciario o del denominado ACUERDO PRIVADO y/o MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.

13. LA PREJUDICIALIDAD NO ES UNA EXCEPCIÓN

En la sentencia impugnada establece la condicionalidad a las resultas de los procesos del JUZGADO 29 CIRCUITO DE BOGOTÁ, en la manifestación del despacho en el minuto 11:42:00 lo siguiente:

"Señala la demandada que la cesión contractual dependía una serie de obligaciones se habían pactado en el contrato fiduciario mercantil, y su otrosí entre otros un acuerdo privado memorando de entendimiento de incluir dos inmuebles en el proyecto fideicomiso Zenit uno de los inmuebles, no obstante, uno de los inmuebles pudo concluirse por falta de licencia de construcción que debía expedir la curaduría correspondiente, y de esa forma el proyecto desarrollar.

La anterior argumentación fue ratificada por los testimonios recepcionados en audiencia de instrucción y juzgamiento de 27 de mayo del 2019, los cuales se encuentra de manera muy detallada los inconvenientes presentadas al interior dentro del proyecto zenit. De igual manera se aportaron copia de dos procesos de resolución de contrato y de responsabilidad civil extracontractual, en donde son parte los sujetos aquí intervinientes alegándose la prejudicialidad puesto que en este proceso depende de las resulta de las demás" NEGRILLA Y SUBRAYADO FUERA DE TEXTO

Además, el hipotético evento de que el despacho considerase, como al parecer menciona a lo largo de la sentencia impugnada, una supuesta prejudicialidad que al parecer indica supeditar la exigibilidad del título ejecutivo a las resultas del proceso declarativo con radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 que se tramita en el Juzgado 29 Civil Del Circuito De Bogotá, según manifestación del despacho el de 2 diciembre del 2019 así:

en el minuto 11:27:51:

“manifiesta que existe una prejudicialidad por cuanto la obligación que pretende hacer exigible a la parte demandante no deriva únicamente de lo establecido en el OTROSÍ modificatorio del contrato de fiducia constitutivo del fideicomiso lo Zenit de ASER INGENIERÍA a favor Prabyc Ingenieros SAS por cuanto al guardar una íntima relación del contrato de entendimiento suscrito entre dichas sociedades en el mes diciembre del 2014 documento denominado acuerdo privado, dentro del otrosí modificatorio del contrato de fiducia mercantil suscrito 26 de febrero del 2015, y dicho contrato es objeto de un proceso judicial que cursa en el juzgado 29 civil de circuito de Bogotá 2017—084”

en el minuto 11:46:55:

“Finalmente respecto de la cuenta cobro objeto de ejecución, se debe señalar que revisada por este juzgado se encontró que la misma tiene una base de licencia de construcción que a la postre fue negada por la curaduría urbana de Bucaramanga, por lo tanto la existencia de las sumas deprecadas en materia de un proceso declarativo que en sus resultas tendría que pronunciarse al respecto por ende dejaría sin seguridad jurídica que debe caracterizar las providencias judiciales cualquier orden que se disponga en este trámite judicial, **en esa medida al existir bajo el conocimiento de los jueces republica procesos que versan sobre la nulidad del contrato de fiducia las pretensiones de esta demanda se deberán someter a las consecuencias que deriven se dicten en dichos expedientes.**” Negrilla y subrayado fuera de texto.

Claramente se observa una contradicción en los dos párrafos en la misma sentencia, e insistimos como ya se demostró en líneas anteriores, que **NO EXISTE PROCESO JUDICIAL QUE VERSE SOBRE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA** denominado OTROSÍ de fecha 16 de febrero del 2016 que es el título ejecutivo en el presente trámite como tampoco del contrato cesión de posición contractual notificada a la fiducia desde el 17 de marzo del 2015, de forma simple se pueden revisar cada una de las pretensiones de las demandas declarativas con radicado 2017-087 y acumulado 2017-111 del juzgado 29 civil del Circuito de Bogotá, que obran como prueba de oficio traslada en el presente trámite.

Con el fin de probar y confirmar lo anterior, conforme al art 327 del CGP solicito se decrete por el honorable Tribunal, prueba de oficio al Juzgado 29 Civil Del Circuito De Bogotá para que certifique y establezca si los procesos que se adelantan con radicado 2017-087 y acumulado 2017-111, las pretensiones apuntan a la declaración de nulidad de los siguientes documentos contratos fiduciario denominado OTROSÍ de fecha 26 de febrero del 2015 firmado entre PRABYC INGENIEROS, ASER INGENIERIA y ACCIÓN FIDUCIARIA, como también el contrato fiduciario denominado CESIÓN DE POSICIÓN Contractual firmado entre PRABYC INGENIEROS y ASER INGENIERÍA, notificado al fiduciario el 17 de marzo del 2015.

Además, con toda claridad se vislumbra que la prejudicialidad no es una excepción, es un derecho del demandado y/o solicitante que debe tramitarse vía suspensión del proceso y no al resolverse en la sentencia.

Más aún, el despacho se pronunció el 14 de noviembre del 2019 sobre esta figura al haberse solicitado expresamente por el demandado hace menos de un mes, e igualmente en la confirmación del mandamiento de pago del 18 de febrero del 2018 cuando lo solicitaron respecto únicamente de un proceso adelantado ante la superintendencia de sociedades que ya tuvo fallo.

Adicionalmente, si se consideraba que la obligación se afectaba por tales procesos judiciales el despacho debió decretarla antes de fallo procediendo a la suspensión del proceso por conforme lo establece y sus efectos en el artículo 161 CGP y subsiguientes, así:

“Artículo 161. Suspensión del proceso El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos: 1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.”

Ahora bien, al sujetarse a procesos de naturaleza declarativa y tratarse el presente de un proceso ejecutivo debemos destacar lo considerado por el tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, quien ha señalado:

“Así, si se adelanta un ejecutivo con base en un contrato de compraventa y se quiere que aquél sea suspendido alegando que existe otro ordinario en el cual se busca la declaratoria de nulidad en ese contrato, no habrá lugar a suspensión de ninguna índole porque lo que se ventila en el proceso ordinario ventila en el proceso ordinario ha podido proponerse en el ejecutivo como excepción.”

Tal como lo expresan los redactores del Código, Profesores MORALES y DEVIS, la idea es que únicamente cabe la suspensión cuando la cuestión debatida en el segundo proceso no puede ventilarse conjuntamente con al debatida en el primero, y la sentencia que se va a dictar en uno de los juicios influya necesariamente en el otro, como sucedería con un proceso de sucesión y uno de carácter ordinario, donde se pretende la declaración de indignidad de uno de los herederos reconocidos dentro del primero: la determinación acerca de si el heredero es o no indigno influye necesariamente en el resultado del juicio de sucesión, habida cuenta de que no se podrá, Si se declara la indignidad, adjudicársele ningún bien por cuanto carecería de vocación sucesoral. Otro ejemplo de prejudicialidad de proceso civil sería cuando se adelanta un ordinario buscando la resolución de un contrato por incumplimiento de lo pactado y está pendiente de lo pactado y está pendiente de decisión de otro proceso (abreviado) de pago por consignación, pues si se declara válido el pago no podría en el ordinario hablarse de incumplimiento.

*En relación con la prejudicialidad dentro de los procesos de ejecución, dispone el inciso segundo del numeral 2 del artículo 170 y con el fin de poner fin a una muy frecuente maniobra de iniciar procesos ordinarios para tratar de paralizar el de ejecución sobre la base de circunstancias que se han debido alegar dentro de aquél a manera de excepción, que **“No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá por que exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos derechos como excepción.”***

PROCEDIMIENTO CIVIL – TOMO I-PARTE GENERAL AÑO 2002 (INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO) HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO PÁGS. 988-989 “negrilla resaltado fuera de texto

Se concluye de todo lo anterior que el título complejo arrimado al proceso cuenta con los requisitos legales de contener una obligación clara, expresa y exigible de registrar la cesión de posición contractual debidamente notificada y aceptada por la parte ejecutada.

Por lo anterior expuesto respetuosamente solicito a su señoría se sirva revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia impugnada y en consecuencia decretar la continuidad del proceso ejecutivo. En subsidio de confirmación de la decisión de primera instancia interpongo recurso de súplica, el cual sustentare una vez sea concedido.

De la Honorable Magistrada, cordialmente



EMMA STEFFENS PAEZ

C. C. No. 41.797.427 de Bogotá

T. P. No. 82.556 del Consejo Superior de la Judicatura

Señor:

Dr. Manuel Alfonso Zamudio Mora

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL.

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

E.

S.

D.

Expediente: 2018-00459 01
Demandantes: UNIÓN DE ÓPTICAS PROFESIONALES DE LA SALUD VISUAL S.A.S
Demandados: FERNANDO REY CUBILLOS
Asunto: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE FECHA 02 DE SEPTIEMBRE DE 2020

DIANA CATHERINE GONZÁLEZ MOLANO, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificada con cedula de ciudadanía 1.032.456.470 de Bogotá D.C., con tarjeta profesional No. 274.977 del Consejo Superior de la Judicatura; actuando en calidad de apoderada de **UNIÓN DE ÓPTICAS PROFESIONALES DE LA SALUD VISUAL S.A.S** (en adelante UNIÓN DE ÓPTICAS o mi representada), sociedad legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el **NIT. 900. 441.268-3**, estando en la oportunidad legal, comparezco para efectuar **LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia de fecha 02 de septiembre de 2020, conforme a la siguiente exposición:

Primero
OPORTUNIDAD

Dispone el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, sobre la apelación de sentencias en materia civil que, una vez ejecutoriado el auto que admite el recurso el apelante cuenta con el término de cinco (5) días para sustentar el mismo; por lo tanto, teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue admitido mediante auto de fecha 21 de octubre de 2020 y notificado por estado electrónico del día 22 del mismo mes y año, es claro que la presente sustentación resulta oportuna.

Segundo

HECHOS

1. Que el pasado 2 de septiembre de 2020, en audiencia dentro del proceso de responsabilidad del administrador iniciado por mi representada en contra del señor FERNANDO REY CUILLOS, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria II de la Superintendencia de Sociedades notificó, por estrado, sentencia en la cual negó la totalidad de pretensiones formuladas por la activa la cual se decretó así:

(...) PRIMERO: Desestimar las pretensiones de la demanda (...)

2. Que, en misma dicha audiencia, la suscrita apoderada de la sociedad demandante interpuso recurso de apelación indicando los reparos concretos en contra de la decisión adoptada.

Tercero

DECISIÓN ATACADA

Por medio de la decisión atacada, la Delegada de la Superintendencia de Sociedades, determinó, ante el problema jurídico planteado dentro del proceso y relativo a la existencia o no de autorización de la Junta Directiva al representante legal para la celebración del contrato de consultoría con el señor Lozano, que dicha autorización fue otorgada de manera tácita, lo anterior toda vez que según la juzgadora de los actos desplegados por el presidente de la Junta, señor Bolívar, y de lo manifestado por los testigos se podía deducir dicha autorización, indicando además que no podía tener como no otorgada la autorización cuando en su apreciación, las actas de la Junta y de la Asamblea General tenían falencias significativas que sobre dicha situación dejaban dudas.

Pues bien, tal como se indicó en renglones anteriores, considera la parte demandante que dicha decisión es errada, pues su argumentación principal es una falacia argumentativa en virtud de la cual la delegada tuvo como otorgada una autorización, no al haber encontrado pruebas de esta sino

al indicar que las pruebas no daban cuenta de dicha autorización, lo cual, entre otras cosas, escapa, de toda lógica.

QUINTO FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Tiene por finalidad el recurso interpuesto y el presente escrito viabilizar que el superior examine la decisión de primera instancia, al considerar la activa que, el *a quo* no tuvo en cuenta, al momento de proferir sentencia, el verdadero peso de las pruebas obrantes en el plenario, de suerte que añadió significado a los testimonios y restó del mismo las pruebas documentales aún más idóneas, las cuales por demás, **son el soporte fehaciente de la extralimitación en las funciones por parte de quien era el representante legal al momento de la celebración del negocio jurídico, el señor Fernando Rey Cubillos.**

1. De la valoración de las pruebas aportadas al proceso

Considera la apelante que la valoración efectuada por el juez de primera instancia, adolece de numerosas falencias, pues aunque claro es que las pruebas deben ser analizadas en conjunto y que para los hechos objeto de discusión no existe tarifa legal de prueba establecida, no es menos cierto que hay pruebas más idóneas que otras para demostrar determinados hechos; la anterior afirmación se hace en tanto, ya que en consideración de la demandante el asunto de la responsabilidad del señor REY CUBILLOS requería de la especial apreciación de los siguientes medios de prueba:

1. Por un lado, de los estatutos de la sociedad y particularmente de su artículo 36, **pues es este el contenido de la limitación al representante legal para la celebración de contratos cuya cuantía exceda de los 40 SMMLV.**

2. Seguidamente, resultaba imperante el análisis del contrato celebrado por el señor Rey Cubillos con el señor Lozano, del cual dieron cuenta un documento escrito denominado contrato de prestación de servicios y el testimonio de dicho contratista.
3. Finalmente, debía revisar el Juzgador la existencia o no de autorización otorgada por la Junta Directiva de mi representada, para la celebración del contrato.

Sobre el primer medio probatorio no hubo mayor discusión, pues son los estatutos de la sociedad; sobre el segundo se discutió que valores comprendían el valor del contrato, pues, sostuvo la pasiva en su defensa que el mismo era de tan solo **OCHO MILLONES DE PESOS (\$ 8.000.000)**; **sin embargo, se logró establecer con el contrato mismo y el testimonio del contratista que dicho vínculo contractual superó con creces la limitación al representante legal para la celebración de contratos superiores a los 40 SMMLV**; finalmente y probado el valor del contrato, era importante verificar la existencia de autorización, debiendo tener como premisa previa, la forma en que según los estatutos de la sociedad, dicha autorización debía ser otorgada (ver artículo 35 de los Estatutos respecto de la formalidad de las decisiones de la Junta Directiva).

Ahora bien, no existe discusión alguna sobre el potencial probatorio de los testimonios, sin embargo, ellos deben ser valorados como tal y en armonía con las demás pruebas, pues no resulta apropiado para la demandante, establecer, como lo hizo la delegada, que el testimonio del señor Bolívar aun con el millar de imprecisiones e incoherencias, tiene mayor validez que el documento escrito en que este mismo documenta (y reconoce), en su calidad de presidente de la Junta Directiva, la necesidad de revisión de las actuaciones del señor Rey Cubillos al establecerse indicios sobre extralimitación de funciones. Lo mismo ocurre con el testimonio de la señora LIZCANO, **pues de allí también derivó la delegada la existencia de autorización tácita, aun cuando no existió**, dentro las preguntas a esta formuladas, interrogante alguno sobre el verdadero valor del contrato, siendo que lo único sobre lo cual ella tenía claridad era lo económico de un contrato de consultoría especializada por tan solo **OCHO MILLONES DE PESOS (\$ 8.000.000)**, sin conocer el fondo de las demás cláusulas pactadas en dicho contrato, como lo es una cláusula

penal que asciende a la suma de **CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 50.000.000)**, suma que supera el límite establecido según lo dispuesto en el numeral 34.7 del artículo 34 en concordancia con el artículo 36 de los Estatutos Sociales de la compañía y el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

Es por ello que, en esta oportunidad, solicito que el superior no pase por alto, como el juzgador de primera instancia, el valor probatorio de los medios de prueba allegados al proceso, **en especial las documentales antes señaladas, las cuales, vale indicar fueron allegadas de manera conjunta y sobre ellas, en la oportunidad procesal para ello, la pasiva no tachó falsedad o desconocimiento.**

Por consiguiente, no existe duda alguna respecto de la extralimitación en las funciones por parte del representante legal y la fehaciente responsabilidad en la que incurrió, pues aun conociendo de los requisitos establecidos en los estatutos de la sociedad, que por el cargo que desempeñaba debía tener pleno entendimiento sobre los mismos y por ende, si el señor Rey no contó con la autorización expresa ni logró demostrarla, es porque esta misma es inexistente.

Por tanto, considero que yerra el despacho al otorgarle mayor peso y relevancia a una prueba testimonial como la de la señora FRANCY LIZCANO, cuando sobre los hechos que se mencionaron anteriormente no versa ningún vacío y se encuentran plenamente soportados en las pruebas documentales del proceso, más aun cuando ninguna pregunta hizo el Despacho a dicha testigo sobre el conocimiento efectivo del valor del contrato por cerca de **SETENTA MILLONES DE PESOS (\$ 70.000.000)**, siendo que de otro modo no es posible deducir de su testimonio que la Junta Directiva hubiese impartido autorización por el monto real de este.

Por lo anterior, ruego al superior tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU 131 de 2002, que resolvió lo siguiente:

(...) En la valoración probatoria efectuada por una autoridad judicial, prima la autonomía e independencia del juez que la realiza. **Lo que se rechaza de la misma es el posible exceso en que se pueda llegar a incurrir, por un ejercicio arbitrario de esa discrecionalidad.** Esto es lógico, puesto que como director del proceso, el juez de la causa es el que está llamado a determinar la utilidad, pertinencia y procedencia del material probatorio, a través de criterios objetivos y razonables, de manera que pueda formar su convencimiento y sustentar la decisión final, **utilizando las reglas de la sana crítica** (...).

Si bien es claro que el juez tiene autonomía para la valoración probatoria, también es claro que se rechaza el exceso en el que se puede incurrir y que es aplicable al caso *sub examine*, toda vez que tal como lo señaló la juez en la motivación para el fallo de la sentencia, le dio mayor peso probatorio a una prueba testimonial, **aun cuando a todas luces las pruebas documentales fundamentan la extralimitación de las funciones de quien en su momento era representante legal,** luego se soporta la imputación de responsabilidad por la cual debe responder el señor Rey Cubillos.

2. Del defecto fáctico

Honorable magistrado, es de tener en cuenta que la juez en primera instancia también incurrió en el defecto fáctico respecto de la valoración del acervo probatorio que atañe al caso objeto de estudio. La Corte Constitucional ha señalado que dicho defecto resulta evidente cuando se omitió decretar pruebas que eran necesarias, en el evento en que no se aprecia el acervo probatorio, o el mismo se valora inadecuadamente o en aquellas decisiones que se basan en una prueba obtenida ilícitamente. Adicional a ello, la Corte en la sentencia T-1065 de 2006 consideró que¹:

(...) En otras palabras, se presenta defecto fáctico **por omisión** cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia 'impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del

¹ Sentencia 1065 de 2006.

*asunto jurídico debatido'. Existe defecto fáctico **por no valoración del acervo probatorio**, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente. Hay lugar al defecto fáctico **por valoración defectuosa del material probatorio** cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva' dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una **prueba obtenida de manera ilícita** (...).*

Dicho esto, y lo señalado en el acápite anterior, se puede evidenciar que el fallo en primera instancia es el resultado del defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, toda vez que la juez omite considerar pruebas que obran en el expediente, pues no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión. Lo anterior, es claro, cuando las pruebas documentales son el soporte fehaciente del actuar del representante legal por la extralimitación a sus funciones, **al suscribir un contrato para el cual requería autorización expresa y que aún, teniendo conocimiento de ello lo realizó omitiendo dicho requisito**, causando un perjuicio a la compañía UNIÓN DE ÓPTICAS.

Por lo anterior, solicito respetuosamente al superior, tener en cuenta las pruebas documentales aportadas al proceso como prueba absoluta de la responsabilidad del señor Rey Cubillos.

3. La Junta Directiva como órgano colegiado

Por otra parte, honorable magistrado, reiteramos que la Junta Directiva es el órgano colegiado de administración por excelencia², es decir, que se encuentra compuesto por una pluralidad de

² Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-32204, 24 de junio de 2005.

personas que para adoptar acuerdos es necesario que se ajuste a las normas de funcionamiento de este tipo de órganos, de acuerdo con lo previsto en los estatutos sociales y en el ordenamiento jurídico comercial.

Adicionalmente, no se puede dejar de lado lo establecido en los estatutos de la sociedad UNIÓN DE ÓPTICAS, en cuanto disponen en el artículo 36 (vigente para la fecha en que se celebró el contrato) que *quien ejerza la representación legal, requiere aprobación de la junta directiva para celebrar actos o contratos cuya cuantía supere los cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes o para comprometer en garantía bienes de la sociedad*, artículo que nos permite observar la limitación de las potestades del anterior representante legal el señor FERNANDO REY CUBILLOS.

De igual forma, el artículo 34 de los estatutos es claro al señalar que:

(...) la **Junta Directiva deliberará y decidirá con la presencia mínima de cinco (5) de sus integrantes** y tendrá a su cargo las siguientes funciones:

34.7 Autorizar al Representante Legal para celebrar actos o contratos cuya cuantía sea superior a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes o para comprometer en garantía bienes de la sociedad. (...)

Por consiguiente, siendo los estatutos ley para las partes, yerra la juez al desconocer los mismos, toda vez que la decisión en primera instancia vulnera las garantías legales y procedimentales para las partes, especialmente para UNIÓN DE ÓPTICAS, pues dado el fallo de la sentencia, **es evidente que lo dispuesto en los estatutos no fue tenido en cuenta para motivar dicha decisión.**

Aunado a lo anterior, reitero lo dicho en los alegatos del presente proceso, sobre el hecho de que el 11 de julio de 2016, se llevó a cabo una reunión entre el representante legal Fernando Rey Cubillos, Julián Alberto Bolívar Fontecha presidente de la Junta Directiva en su momento y

Ricardo Lozano Pardo contratista, en donde se alega fueron discutidos términos legales de la negociación. No obstante, en ningún momento se dio autorización expresa al representante legal, pues si bien el presidente de la Junta Directiva se encontraba presente, esto no da a lugar a que se entienda que el mismo dio autorización, en primera medida porque no corresponde a sus facultades y en segunda medida, porque los estatutos son claros en requerir autorización, la cual sería deliberada y decidida con la presencia mínima de cinco (5) integrantes de la Junta Directiva, lo cual no sucedió en el presente caso.

Necesario también es, precisar la contradicción que versa sobre el testimonio del señor Julián Bolívar y las actuaciones del mismo como presidente de la Junta Directiva, **pues aun cuando este señala en su testimonio que si hubo autorización, no es menos cierto que en acta de la Junta Directiva de fecha 10 de noviembre de 2016, consta que los miembros de dicho órgano societario, dentro de sus decisiones dejaron plasmado revisar acta por acta del año 2016, para verificar la autorización de la firma del contrato con el contratista RICARDO LOZANO PARDO**; de manera que, el mismo señor Bolívar dio cuenta de la necesidad de llevar a cabo la revisión de los contratos y las gestiones realizadas por el representante legal, el señor Fernando Rey Cubillos. Cabe resaltar honorable magistrado, que el acta en mención, se le puso en presente y fue reconocida por el señor Bolívar cuando se encontraba rindiendo su testimonio.

Por lo tanto, solicito al Despacho considerar en el presente caso, si en gracia de discusión un único miembro de la Junta Directiva de una sociedad emitiese una autorización, la misma no tendría validez, toda vez que es contraria a las disposiciones estatutarias, pues la Junta Directiva al ser un órgano de administración colegiado debe actuar como tal.

SEXTO **PETICIÓN**

En ese sentido, solicito al H. Tribunal revocar la decisión del *a quo* y en su lugar conceder las pretensiones de la demandante, protegiendo los derechos de mi representada y declarando el

incumplimiento de los estatutos sociales de la compañía por parte de quien era su representante legal el señor FERNANDO REY CUBILLOS y por consiguiente la EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES y responsabilidad de este por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad UNIÓN DE ÓPTICAS como único obligado al pago de la suma reportada como perjuicios, además de condenarlo al pago de las costas del presente proceso, ello en atención a lo aquí sustentado y lo enunciado como reparos concretos en la audiencia del pasado 2 de septiembre de 2020.

Cordialmente;



DIANA CATHERINE GONZÁLEZ MOLANO
C.C No. 1.032.456.470 de Bogotá D.C.
T.P No. 274.977 del C. S de la J.