

Señor  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. – SALA CIVIL**  
E.                    S.                    D.

**RADICADO:**                    11001310303120150086202  
**PROCESO:**                    ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL  
**DEMANDANTE:**                HAMILTON HERNANDEZ TURRIAGO Y OTROS  
**DEMANDADA:**                NUEVA EPS, RENZO VILLA LARA Y FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS.

**ASUNTO:**                    **SUSTENTACION RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE FECHA 15 DE DICIEMBRE DE 2020**

**MARCELA AYALA BALAGUERA**, mayor de edad y también de esta vecindad identificada con la cedula de ciudadanía No 1.022.941.139 expedida en Bogotá D.C. y portadora de la Tarjeta Profesional No. 192.348 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada judicial de los demandantes, mediante la presente me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2020, de la siguiente manera:

1. A folio 15 del fallo proferido el día 15 de diciembre de 2020, el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá D.C. manifiesta exonerar a la NUEVA E.P.S. de cualquier tipo de responsabilidad teniendo en cuenta que no tuvo participación con los hechos acaecidos el día 9 de enero de 2013, con lo cual no me encuentro de acuerdo pues si bien la atención en urgencias debe ser obligatoria, aunque no exista contrato o convenio con la IPS, lo cierto es que al llamar a las líneas de atención o incluso en la misma página web de la NUEVA E.P.S. <https://www.nuevaeps.com.co/personas/regimen-contributivo/urgencias-citas>, se lee: “Para hacer uso del servicio de urgencias:

*1. Ubica una IPS que haga parte de nuestra red prestadora. Puedes consultarla [aquí](#) o en la App **NUEVA EPS Móvil**. También puedes llamar desde cualquier lugar del país sin costo al **01 8000 954400** o en Bogotá al **(1) 307 7022**.*

*2. La IPS te brindará atención, de acuerdo con el triage asignado por el cuerpo médico, y tramitará la autorización directamente para la prestación del servicio”.*

Lo cual, deduce que la NUEVA E.P.S. tiene responsabilidad en la presente demanda, pues son ellos mismos los que autorizan al HOSPITAL SAN CARLOS como IPS para que le prestara los servicios de urgencias, y atendiera a sus pacientes, independientemente de si se realiza o no el pago entre entidades al efectuar el triage, pues estos son trámites administrativos que no incumben al paciente ni a su derecho a la salud.

Al respecto, la Sentencia T-745 de 2013, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, menciona:

*“La libertad que tienen las EPS de suscribir convenios con cualquier IPS, está consagrada en la Ley 100 de 1993 en el artículo 178, que indica como una de sus funciones, la obligación de prestar el servicio de salud en aquellas instituciones prestadoras de salud con que se haya suscrito un convenio.*

*Sobre el tema, la Resolución 5261 de 1994, en su artículo 1° establece la responsabilidad que tienen las Entidades Promotoras de Salud de prestar los*

servicios de salud en aquellas IPS con las que establezcan convenios y sólo en casos específicos definidos por la misma Resolución y la Ley 1122 de 2007, se podrá acudir a otra IPS. Por ejemplo, en los siguientes eventos: i) que se necesite una atención de urgencias, ii) que haya una autorización expresa de la EPS y, iii) cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS.

Así las cosas, las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, **siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones**”.

De igual manera la Sentencia T-069 de 2018 menciona el derecho de la EPS a contratar con las Instituciones Prestadoras de Salud: “ *La libertad de escogencia puede ser limitada de manera válida, atendiendo a la configuración del SGSSS. Así, es cierto que los afiliados tienen derecho a elegir la I.P.S. que les prestará los servicios de salud, pero esa elección debe realizarse “dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, cuando la EPS expresamente lo autorice o cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios”* (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De esta manera, el SPITAL SAN CARLOS también debía estar incluido como demandado frente a una RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, pues como autorizado de la NUEVA E.P.S. tiene la responsabilidad de prestar los servicios de urgencias, a los afiliados de la E.P.S., de manera integral y de buena calidad, máximo cuando el derecho a la salud se encuentra constitucionalmente establecido:

**Sentencia No. T-484 de 1992 Magistrado Ponente: FABIO MORON DIAZ**

“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela. Como es necesario proteger el derecho a la salud del actor, no cabe duda de que él puede reclamarlo de cualquier institución de asistencia pública, donde se presten tales servicios, en forma gratuita, en virtud del deber general del Estado de garantizar la salud de este tipo de enfermos”.

Téngase en cuenta que en el interrogatorio realizado al representante legal del Hospital San Carlos el señor Juez de primera instancia pudo determinar la responsabilidad de ellos en el no cumplimiento ni manejo de los protocolos de manejo, pues dijo: *“¿qué protocolos maneja la clínica cuando se presenta una paciente con los síntomas que aparecen narrados en la historia clínica?”*, él responde *“su señoría frente a esa pregunta no me queda otro camino que expresar o manifestar que organización o la forma que está organizada la fundación hospital san Carlos en su interior en este orden de ideas si bien es cierto que frente la respuesta de la pregunta anterior hay protocolos guías etc., estos por mi profesión y por el conocimiento que tengo de ciertas situaciones del hospital se salen de mi resorte esto estaría en el resorte del director técnico científico o médico de la fundación hospital san Carlos”*, con lo cual se deduce con facilidad que se está negando a responder de conformidad con el artículo 198 del C.G.P. que en su párrafo tercero menciona *“Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, “sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente”*. por lo tanto se le debía aplicar la presunción impuesta en el artículo 205 del Código General del Proceso.

2. A folio 21 de fallo apelado también erra el despacho al concluir que el actuar del médico **RENZO VILLA LARA** está exento de culpa, pues con las pruebas aportadas al proceso y con el peritaje se pudo sustentar que el doctor no siguió los protocolos o guías de triage no demostrando diligencia ni cuidado en su obrar.

En la Guía de manejo del Hospital San Carlos para Enfermedad Cerebrovascular aportada se lee: *“cuadro clínico caracterizado por la aparición relativa súbita de cualquiera de los síntomas siguientes:*

1. *Debilidad o torpeza en un lado del cuerpo*
2. ***Dificultad en la visión por uno o ambos ojos***
3. *Severa cefalea no usual en el paciente*
4. *Vértigo o inestabilidad*
5. *Disartria y alteraciones del leguaje*
6. *Alteraciones de la sensibilidad” (...)*

Téngase en cuenta que la guía de manejo mencionaba que a CUALQUIERA de los síntomas debía descartarse una enfermedad cerebrovascular, limitándose el Doctor RENZO LARA solamente a hacer un examen de ojo, mas no de la función de la visión, pues el peritaje aportado por la suscrita, y al escuchar al perito Doctor **MARIO ROBERTO SANTAMARIA SANDOVAL** explico que el ojo puede percibir la luz, pero no crear en ello información, y por tanto para saber si el ojo como tal esta cumpliendo con su función de ver se tiene que examinar es el lóbulo celebrar, por lo tanto la prueba física, que realizo el galeno Villa Lara a la causante el día 9 de enero de 2013 era inútil para saber si en realidad ella veía o no, y por tanto para descartar una enfermedad cerebrovascular.

Téngase en cuenta además que incluso es deber del profesional de la salud realizar todo tipo de preguntas a su paciente frente a los síntomas, pues no se puede esperar que se limite solamente a lo que el paciente inicialmente manifiesta; al respecto obsérvese la Resolución 5596 DE 2015 expedida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL donde en su artículo 4 menciona: Objetivos del "Triage". *“Los objetivos del Triage, son:*

4.1. Asegurar una valoración rápida y ordenada de todos los pacientes que llegan a los servicios de urgencias, identificando a aquellos que requieren atención inmediata.

4.2. Seleccionar y clasificar los pacientes para su atención según su prioridad clínica y los recursos disponibles en la institución.

**4.3. Disminuir el riesgo de muerte, complicaciones o discapacidad de los pacientes que acuden a los servicios de urgencia.**

4.4. Brindar una comunicación inicial con información completa que lleve al paciente y a su familia a entender en qué consiste su clasificación de Triage, los tiempos de atención o de espera que se proponen y así disminuir su ansiedad

**Parágrafo. En ninguna circunstancia el "Triage" podrá ser empleado como un mecanismo para la negación de la atención de urgencias".**

**Y en su artículo 9 dice:** "Responsabilidades del personal que realiza el "Triage". El personal que realiza el Triage, en el marco de la presente resolución, es responsable de:

9.1 Organizar y garantizar el orden en el que se realizará el "Triage" a las personas que lleguen al servicio de urgencias.

**9.2 Entrevistar al paciente y/o acompañante." (Negrilla fuera del texto.)**

3. A folio 23 del fallo el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá D.C. refiere erróneamente que no existe prueba que para el día 9 de enero de 2013, la causante hubiera sufrido un accidente cerebro vascular, dejando sin valor alguno la prueba aportada por los demandantes, esto es la HISTORIA CLÍNICA DE LOS SÍNTOMAS QUE PRESENTÓ PARA DICHA FECHA DE LA VALORACIÓN DEL TRIAGE, Y EN EL QUE SE EVIDENCIA QUE EL 14 DE ENERO DE 2013, ELLA **YA TENÍA UN ACCIDENTE CEREBRO VASCULAR DE 4 DÍAS DE EVOLUCIÓN**, QUE INCLUSO CONTANDO LOS DÍAS COINCIDE CON EL MISMO 9 DE ENERO DE 2013.

4. A folio 27 del fallo objeto de apelación, el Juzgado 31 Civil del Circuito realiza un silogismo mencionando que no se puede decir que la muerte de la señora **MARIA PRESENTA TURRIAGO CHAVARRO** hubiese ocurrido por un accidente cerebro vascular, pues aun si se hubiese descubierto, solo podía ser tratado junto con sus secuelas, es decir, que para el despacho judicial, no importa si el medico **RENZO VILLA LARA** siguió los protocolos establecidos o realizo bien su lex artis, lo importante es que sucediera la muerte o no.

Esta posición se rechaza completamente puesto que cuándo se habla de mala praxis o de responsabilidad médica, no importa si hay o no una muerte, con el solo hecho de causar un traumatismo, una lesión o una secuela en la salud de un paciente por un mal diagnóstico, se evidencia la falta de deber y cuidado que debe tener el profesional en salud, incluso si se examina el expediente se puede concluir que la muerte de la causante ocurre a raíz de no haberle dado un trato a las secuelas que tuvo por el accidente cerebro vascular del 9 de enero de 2013, cuando era el momento adecuado.

Pues según lo dicho por el perito **MARIO ROBERTO SANTAMARIA SANDOVAL**, y que además es de conocimiento público, un Accidente Cerebro Vascular hace que las neuronas fallen; y al ser estas quienes ordenan a los órganos funcionar o trabajar de manera correcta, el ACV propiamente no es el que termina con la vida de una persona, pero si hace que sus órganos fallen y naturalmente se termine produciendo su muerte, máximo si este no es tratado a tiempo para mitigar sus efectos negativos.

5. A lo largo de todo el fallo se observa que el despacho judicial le da total creencia al testigo técnico **OSCAR EDUARDO BELTRAN**, Y NI SIQUIERA SE TOMA EL TIEMPO PARA ANALIZAR QUE SE TRATA DE UN MEDICO GERIATRA, ES DECIR NO ESPECIALIZADO EN EL PRESENTE ASUNTO, incluso durante la audiencia se tachó como testigo sospechoso, por trabajar con el HOSPITAL SAN CARLOS, y poder tener intereses directos de beneficiar a su empleador, incluso con su interrogatorio el mismo afirma que solo reviso la historia clínica de la causante hasta el 9 de enero de 2013, y que desconocía la historia clínica posterior, sin embargo, menciona el doctor Oscar, que para que una persona pierda la vista por ambos ojos, debe ser que algo muy grave o severo lo que le debe estar sucediendo, (minuto 54:44) y resalta que el riesgo de sufrir otro accidente cerebro vascular en alguien que ya lo padeció es 3 o 4 veces mayor al resto de la población.

Así mismo acepta y reconoce que el examen físico a los ojos hecho por el medico demandado, no le permitía saber si en efecto ella podía ver; justifico el hecho que no se le realizo otro examen más profundo, porque si ella en realidad no veía, hubiera llegado inconsciente por el agravio de una amaurosis bilateral que seguramente estaba presentado, lo cual efecto así fue en realidad; incoherentemente y a la vez al servicio de mis pretensiones dice que seguramente lo que a la causante le paso, es que ella se levantó y no pudo ver y que a los 10 minutos ya vio, lo cual es ilógico teniendo en cuenta el trascurso del tiempo, que hay desde su casa a la IPS donde fue atendida, máximo cuando la historia clínica de la clínica Méderi refiere que la causante el 15 de enero aún estaba sin poder ver (folio 846 adverso).

El Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá D.C. olvida completamente evaluar el dictamen pericial realizado por la parte actora, el cual fue elaborado por el Doctor **MARIO ROBERTO SANTAMARIA SANDOVAL** EL CUAL ES EL PERITO IDÓNEO PARA ESE TIPO DE CASOS POR SER UN MEDICO AUDITOR, SIENDO LA ESPECIALIDAD QUE EVALÚA Y SUPERVISA EL ACTUAR DE LOS GALENOS, Y QUIEN TIENE EXPERIENCIA COMO JEFE DE URGENCIAS DEL MINISTERIO DE SALUD, CON POST GRADO EN GERENCIA EN INSTITUCIONES DE SALUD, Y PERTENECIENTE A LA LISTA DE AUXILIARES DE LA JUSTICIA DESDE 1983, sin embargo, a lo largo del fallo de 29 folios en total en ningún momento el despacho judicial hace referencia a este, pues de haberlo tenido en cuenta habría podido ver que con el peritaje se logró probar la negligencia médica en el diagnóstico realizado el 09 de febrero de 2013 a la señora **MARIA PRESENTA TURRIAGO**, toda vez que ello fue la causa esencial para que no se descubriera a tiempo el accidente cerebro vascular agudo que padecía, no se le diera tratamiento a tiempo, y terminara con su fatal muerte.

Con el peritaje e interrogatorio al perito se logró también probar que para dicha enfermedad si había tratamientos, que los considera la misma guía ya mencionada, con los cuales se hubiese podido lograr disminuir las secuelas de dicha enfermedad evitando que la paciente hubiese llegado a la muerte. Cuando lo intento la siguiente IPS que la atendió, ya era extemporáneo.

Se estableció además, que las guías de manejo probadas por el ministerio de salud, se hacen de la recopilación de las guías de manejo de 14 países, y se impuso como un requisito de cumplimiento para las IPS.

Debe resaltarse, que el perito aportado por la entidad demandada no es un testigo puesto que no fue colocado en esta calidad dentro de la contestación de demanda, como tampoco es un testigo técnico, pues no brindó un peritaje por escrito sobre el caso, y que se diera a conocer a la contraparte, para poder

contradecirlo conforme lo expone el Código General del Proceso; de manera que fue ingresado al proceso sin ni siquiera rendir una experticia sobre el caso.

6. Por último el Juzgado concluye que no hay nexo causal entre los sucesos o hechos narrados con la muerte de la señora **MARIA PRESENTA TURRIAGO**, lo cual no es cierto y es el resultado de no haber tenido en cuenta el peritaje, el testimonio del Doctor **MARIO ROBERTO SANTAMARIA SANDOVAL** y de todas las pruebas allegadas por la suscrita, donde se evidencia que el accidente cerebro vascular es el causante que el organismo falle a raíz de las secuelas que deja, produciendo diferentes enfermedades, así como lo determino el medico perito que estableció que la perdida súbita de la visión se debía a la patología aguda que padeció la causante, esto es a un ACV, el cual fue mal diagnosticado, por no haberle hecho los exámenes clínicos y paraclínicos que en su momento debió ordenar el doctor **RENZO VILLA**, y quien finalmente le dictamino control ambulatorio por psiquiatría, incumpliendo de este modo la lex artis, la guía de manejo de enfermedades cerebrovasculares y el Procedimiento de Triage en el servicio de urgencias, ambos emitidas por la misma Fundación Hospital San Carlos, que se basan en leyes del sistema General de Seguridad social en Salud y que son de obligatorio cumplimiento, lo cual le resto o anulo la oportunidad en el diagnóstico y manejo, no permitiendo brindarle cualquiera de las opciones terapéuticas o de tratamiento que tiene esa misma IPS hoy demandada, en la guía de manejo (trobosis o quirúrgica), con miras a aliviar o intentar curar la patología aguda y de urgencias que la señora padeció, la cual finalmente le comprometió la vida.

Además, con el peritaje e interrogatorio al perito se logró establecer que era muy fácil para el medico Renzo Villa, diagnosticar o por lo menos sospechar que podía ser un ACV, teniendo en cuenta los antecedentes médicos de la causante lo cuales eran vasculopatía, hipertensión arterial, miocardiopatía isquémica, infarto agudo de miocardio, ulcera en miembro inferior por vasculopatía crónica e insuficiencia venosa, aneurisma cerebral y además porque la guía de manejo para enfermedad cerebrovascular define dentro de su cuadro clínico la aparición relativamente súbita entre otros síntomas de la *“dificultad de la visión por uno o por ambos ojos”* . Y que a la letra dice *“El inicio súbito de los síntomas neurológicos es el marcador diagnóstico más importante en ECV”*. Por lo cual la negligencia es evidente que inclusive solo al comparar la historia clínica del 09 de enero de 2013 con la guía de manejo para la enfermedad emitida por la misma entidad, se deduce facilmente con la simple lectura sobre ella, sin necesidad inclusive de un peritaje.

También se estableció que para que un médico de urgencias prescriba una interconsulta por el servicio de consulta externa ambulatoria, como único manejo de un paciente al menos debe haber practicado consulta de urgencias, lo cual no sucedió en este caso, y con mayor razón si es enviada a la especialidad de psiquiatría, pues primero se deberá descartar la existencia de patología con sustrato anatómico y/o que haya suficiente evidencia clínica de patología mental aguda en el examen que registra la historia, que coloque la vida del paciente o de las personas del medio ambiente en algún peligro. Adicionalmente en las afirmaciones del perito se mencionó que no hay alguna enfermedad de psiquiatría que tenga como síntoma la perdida súbita de la visión.

En consecuencia a lo anterior, de acuerdo a lo dictaminado en el peritaje y el interrogatorio al perito se estableció que la causa de la muerte de **MARIA TURRIAGO** es la severidad de las lesiones por ella padecidas, ENTRE ELLAS LA TROBOSIS DE LA ARTERIA CERBRAL POSTERIOR BILATERAL y sus secuelas. Que cuando se sufre de un ACV posterior y no se recibe tratamiento, la ordenes que emite el cerebro no son perfectas, recibándose aún más imperfectas,

tanto así que los microorganismos no son manejados de la mejor manera, tomando la vía sanguínea y convirtiéndose en una sepsis, siendo esta una causa de su muerte.

En este sentido Señor Juez dejo expresados mis sustentos frente al fallo de fecha 15 de diciembre de 2020.

Del Señor Juez,

Cordialmente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'MAB', written over a horizontal line.

**MARCELA AYALA BALAGUERA**  
**C.C. No. 1.022.941.139 de Bogotá D.C.**  
**T.P. No. 192.348 del C.S de la J.**

Honorable Magistrada

Doctora

**RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA CIVIL**

E. S. D.

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

**Radicado:** 2018-01217-01

**Asunto:** Sustentación del recurso de apelación

**ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS**, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, “Acción” o “mi representada”) en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la “Delegatura”) el 24 de diciembre de 2020 y notificada el 28 de diciembre de 2020.

#### **ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO**

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



1. En primer lugar, se hará un breve resumen de los hechos, antecedentes y relaciones negocials que motivaron este proceso. Lo anterior, con el propósito de que el Tribunal pueda analizar los argumentos de este recurso a la luz de las particularidades del caso, sin caer en los errores e imprecisiones que cometió la Delegatura al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.
2. En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió la Delegatura entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que la Delegatura realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación **INVERSIONES DARIÉN S.A.** (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que, en últimas, derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal y que desconocen su objeto mismo (esto es, realizar y fallar un juicio de responsabilidad civil propio de la acción de protección al consumidor financiero y no, como se terminó haciendo, adelantar una actuación administrativa sancionatoria).
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil contractual que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debido fallar en contra de mi representada.

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

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

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

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

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

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

### **1. Contrato Inicial**

**Fecha:** 17 de diciembre de 2013

**Promotor:** Urbo Colombia S.A.S.

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

**Proyecto:** 340 unidades, 139 oficinas y 1800 parqueaderos

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

## **2. Cesión**

Fecha: 20 de Enero de 2014

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

La fiduciaria firma en señal de aceptación.

## **3. Vinculación:**

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

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

### **Otrosí 1**

Fecha: 2 de Marzo de 2014

Modifica:

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

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

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

### **Otrosí 2**

Fecha: 21 de Mayo de 2014

Modifica:

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

A través de este otrosí se agregó la expresión “si es el caso”, en las condiciones

1,2.,3, y 4.

**Otrosí 3**

Fecha: 28 de octubre 2014

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

Modifica:

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

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

**Otrosí 4** Fecha: 24 de Diciembre de 2014

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

Se incluye clausulado de reglamentación de ejecución de la garantía.

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

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

Fecha documento: 04 de Noviembre de 2014

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

- No se requiere permiso de ventas por ser comercial
- Resolución 76001-2-14-021 del 4 de noviembre de 2014-licencia de construcción. Titulares: Jorge Ernesto Contreras Mayorga y Laboratorios Baxter
- Carta de promotora marcas mall, certificando que no necesita crédito constructor, por que será construido directamente con recursos de la venta de las unidades, suscrita por revisor fiscal.
- Se constituyeron 91 encargos por la suma de \$92.336.645.306

- La promotora marcas mall suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto aprobados por el interventor y el promotor
- La promotora marcas mall suministro certificado de tradición del folio 370-695292 correspondiente al lote Baxter, debidamente registrado a favor del FA-2351 Marcas Mall

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

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

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

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

Con el propósito de que se lograra la comercialización del proyecto Marcas Mall, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor— asumió labores de promoción y comercialización directa con los potenciales inversionistas. Así, en gran medida, el Promotor fue el encargado de mantener los contactos directos con los inversionistas, absolver sus dudas, bríndales información del proyecto, y establecer con ellos los términos en los que se vincularían al proyecto y a los respectivos vínculos comerciales. Esta situación fue suficientemente desarrollada y reconocida por la parte demandante en el interrogatorio de parte.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la experiencia profesional de MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor—, conforme a la normatividad legal aplicable para ese momento —tal y como se explicará en detalle en este escrito—, esta sociedad y mi representada acordaron que MARCAS MALL CALI sería la encargada de evaluar y definir el momento en el que se cumpliría el “punto de equilibrio”, para que enseguida Acción transfiriera los recursos de los encargos fiduciarios individuales de los inversionistas al fideicomiso FA-2351. Hay que decirlo con total contundencia desde

ahora: la fijación del “punto de equilibrio” y de las condiciones respectivas fue un asunto que asumió contractualmente el Promotor, frente a lo cual mi representada solo debía transferir los recursos cuando el Promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos.

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

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

### **ENCARGO FIDUCIARIO**

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el 24 de octubre de 2014, se suscribió el contrato de encargo fiduciario 0001100010269 entre la Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vinculara como inversionista del proyecto Marcas Mall. En dicho contrato, Acción asumió la obligación de actuar única y exclusivamente como administradora del encargo fiduciario y, por esa vía, transferir los recursos económicos que lo componían al fideicomiso FA-2351 Marcas Mall cuando el Promotor acreditara, informara e instruyera el cumplimiento de las condiciones técnicas previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”—.

Posteriormente, la Demandante firmó el Otrosí No. 01 de fecha 24 de agosto de 2015. En él se modificó el plan de pagos y se estableció que, para el mes de agosto de 2016, la Demandante debía cancelar **MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 1.851.946.200 M/CTE)**.

El plazo que disponía el Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 0001100010269 del 24 de octubre de 2014 para que el FIDEICOMITENTE PROMOTOR acreditara el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos vencía el día 20 de

mayo de 2015. Al respecto, debe aclararse que, conforme a lo establecido en el Contrato de Encargo Fiduciario, dicho término podía prorrogarse hasta por un año más, es decir, hasta el día 19 de mayo de 2016.

## **ARGUMENTOS DE LA DEMANDA**

A su turno, y de conformidad con los hechos antes anotados, la Demandante interpuso la acción de protección al consumidor financiero que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la Demandante mi representada “*incumplió gravemente*” y de “*manera descuidada*” las condiciones establecidas en el contrato de encargo fiduciario No. 0001100010269 del 24 de octubre de 2014.

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

La Demandante fue enfática en su demanda en manifestar que Acción incumplió el contrato de encargo fiduciario 0001100010269, restringiendo sus argumentos a unas inconsistencias que alega observar entre una serie de documentos y uno denominado “*Acta de Verificación de Cumplimiento de Requisitos Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL*”.

Teniendo en cuenta que el 24 de octubre de 2014 se suscribió el contrato de encargo fiduciario 0001100010269 entre la Demandante y mi representada, es importante poner de presente a este Tribunal que los requisitos y el punto de equilibrio habían sido acreditados por el promotor del proyecto (MARCAS MALL CALI) con anterioridad, tal y como le correspondía conforme a las obligaciones contractuales que ella asumió. En ese sentido, el planteamiento del cual partió la demanda y, por contera, la sentencia de primera instancia es groseramente equivocado:

- En primer lugar, al momento de firmar el contrato de encargo fiduciario 0001100010269, la Demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones y

de los requisitos para la transferencia de recursos, pues el contrato que firmó contenía toda la información y en el interrogatorio de parte la propia Demandante reconoció que había leído y entendido el clausulado del mentado contrato (derivado 02). De igual manera, en el interrogatorio rendido por la representante legal de Acción y por la documental obrante a derivado 00 (acta de verificación) aportada por la Demandante, se dio cuenta de la acreditación de la totalidad de los requisitos de conformidad con los soportes presentados por el Promotor del Proyecto.

- En segundo lugar, quien funge en el presente proceso como Demandante, gozaba y aún hoy goza de las calidades y cualidades que lo acreditan como un profesional en este tipo de negocios. Por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, la Demandante era plenamente consciente de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ella misma le correspondían. Por ende, es contradictorio la forma en la que se analizó su participación en la sentencia de primera instancia, partiendo de una premisa errada. Por sus calidades profesionales, la Demandante estaba obligada a comportarse como tal y con la posibilidad de exigirle con mayor rigurosidad las conductas propias de un experto al firmar estos negocios fiduciarios. Esta situación está suficientemente probada con la declaración rendida por el propio Representante Legal de la Demandante, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe (interrogatorio de parte – audiencia inicial).

Además, debe recordarse que, en el transcurrir del proceso, quedó claro también que la Demandante no entregó la totalidad de los recursos que se acordaron contractualmente en el Encargo Fiduciario Individual, pues mediante Otrosí No. 01 de fecha 15 de julio de 2015, se modificó el plan de pagos y conforme a ello, se dispuso que para el mes de septiembre de 2016 la sociedad LEASIGN BANCOLOMBIA S.A. debía haber pagado **MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$1.465.689.000)**, pero como la misma Demandante reconoce en su escrito, solo consignaron en el Encargo parte de los recursos acordados, esto es **MIL CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON CERO PUNTO TRES CENTAVOS DE PESO (\$ 1.162.882.951.03)**, lo que deja en evidencia un incumplimiento contractual al no haber pagado la totalidad de lo acordado.

Por lo anterior, quien realmente incumplió el contrato fue la aquí Demandante, pues se



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

En suma, la Demandante conocía y entendía la realidad del negocio fiduciario y el proyecto inmobiliario —en su estado real y actual para ese entonces— al momento de firmar el encargo fiduciario 0001100010269. Además, contaba con todas las herramientas para firmar el contrato; más aún, teniendo el grado de experiencia en este tipo de negocios, por lo que ello ha debido ser considerado en la sentencia de primera instancia.

#### **ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ADELANTADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**

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

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

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

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

En síntesis, la decisión de la Delegatura es errada porque, más que responder a un juicio

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

Tal y como se desprende del fallo, el análisis de la Delegatura se circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en las que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria, en el desarrollo de (i) el encargo fiduciario MR-799, (ii) el contrato de fiducia de administración FA-2351, y (iii) el encargo fiduciario 0001100010269 que se suscribió con la Demandante; dejando de lado el real propósito que le correspondía: analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la Demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una sanción a cargo de Acción.

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

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

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

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

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

Al respecto, el artículo 90 del CGP establece que:

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

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

Lo realmente desconcertante de esto es que incluso, en su sentencia, la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351 y el encargo fiduciario individual

0001100010269; por lo que entonces no se entiende cómo ella podría decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes de esos contratos hubieran participado en este proceso.

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

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

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

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

*“9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”*

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

*“Así, la facultad *extra petita* – por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que*

*los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio”<sup>1</sup>*

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

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

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

*“Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”<sup>2</sup> (Se subraya)*

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

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de julio de 2018. Radicado No. 69550. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Ely del Pilar Cuello Calderón

lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos.

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

En línea con lo que se ha dicho hasta aquí, en tercer lugar, conviene precisar los yerros que cometió la Delegatura al momento de estudiar y valorar la conducta contractual que desplegó mi representada a la luz de lo establecido en el encargo fiduciario MR-799, el encargo fiduciario 0001100010269 y el contrato de fiducia de administración FA-2351. Si bien este será un punto que se explicará ampliamente en el siguiente acápite de este escrito de sustentación, debe mencionarse que, en su valoración, la Delegatura desconoció y decidió abiertamente en contra de lo que la propia Superintendencia Financiera había dictaminado de forma paralela.

Tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, en términos generales, los reparos que se hicieron frente a la conducta de Acción y de los que se concluyó su supuesta responsabilidad contractual, recaen en que ella no contaba con un adecuado Sistema de Control Interno (en adelante, el “SIC”). En síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SIC por parte de mi representada se tradujo en que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

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

competentes y expertas para adelantar tales actuaciones administrativas.

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

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

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

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

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

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

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

*“Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos que se pueden fallar en conciencia, está excluido de la aplicación del sistema anterior (sistema de la sana crítica), (...)”<sup>3</sup>*

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

En primer lugar, con el interrogatorio se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.

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

Adicionalmente, allí quedó claro que la Demandante ni siquiera sabía cuáles fueron los incumplimientos legales y contractuales en los que supuestamente habría incurrido mi representada. Si bien la Delegatura arbitrariamente decidió desconocer el interrogatorio de parte como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en

---

<sup>3</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.



su sentencia—, nadie puede desconocer que este mostró que para la propia Demandante mi representada no incurrió en ninguna falencia según las obligaciones que tenía, siendo en realidad el Promotor del proyecto u otro el realmente responsable de los daños que supuestamente se le generaron.

Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la Demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del negocio. Frente a esto, lo que no puede pasar, es que ante ese silencio y negligencia, se concluya que entonces Acción debe asumir el pago de unos perjuicios desconociendo el grado de profesionalidad, responsabilidad y conocimiento que le correspondía al Demandante en el marco del negocio fiduciario que se desarrolló.

Ahora, en virtud de la errada calificación probatoria realizada por la Delegatura del informe de auditoría, se extrajo información que no tiene relación con los hechos de la demanda; como por ejemplo la información de los certificados de garantía. Inclusive, en el mencionado informe, no se hace relación de los recursos aportados por la Demandante, por lo que no se entiende la razón de motivar el fallo en estos apartes del informe.

Mas allá que el presente negocio no tenía certificado de garantía y el mismo no incluía un clausulado excepcional a los ya conocidos, no es plausible que la Delegatura haya utilizado una declaración del auditor para endilgar responsabilidades que escapan al objeto del litigio.

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

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

Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ con la Circular Externa 007 de marzo de 2017:

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

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

*Negocios fiduciarios de “preventas”*

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

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

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

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

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

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

*Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de una*

*cartera colectiva o a través de cualquier otro mecanismo.*

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

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

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

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

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

Dicho razonamiento incluso ha sido reafirmado y convalidado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando, en casos similares, ha reconocido y dado plena validez a las cláusulas que se acuerdan en negocios fiduciarios para desarrollar proyectos urbanísticos en los que las fiduciarias limitan su responsabilidad. Y esto justamente bajo el entendido de que el ordenamiento legal sí permite que ello suceda

y, más importante aún, porque en el marco de tales proyectos urbanísticos es completamente razonable que todo lo relacionado con aspectos técnicos sean asumidos por las empresas constructoras que son expertas en la materia. Así, por ejemplo, la Corte ha dicho lo siguiente<sup>4</sup>:

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

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

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

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

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

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

*Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del*

---

<sup>4</sup> Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-041-2007-00128-01

*negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.*

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

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

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

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

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

Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caeren redundancia: las acciones de protección al consumidor financiero no están diseñadas para que la Delegatura simplemente reproche las conductas de las entidades financieras para posteriormente imponerles

una sanción —para esto existen las actuaciones administrativas sancionatorias—; por el contrario, en realidad, este tipo de acciones están concebidas para que la Delegatura defina si, en el marco de una determinada relación contractual, una entidad financiera comete un acto antijurídico a la luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño cierto, directo y determinado o determinable.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la Demandante no resulta posible extraer varios de los elementos de la responsabilidad contractual. Hay que decirlo con total contundencia: (i) Acción nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) Acción nunca actuó a partir de una conducta antijurídica —conforme al grado de diligencia que le era exigible—; (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante; y (iv) con base en lo anterior, no existe ningún nexo causal del que se desprenda una responsabilidad para Acción.

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

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

- No se habría informado a la Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado a la Demandante que con los dineros de los encargos fiduciarios se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado a la Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.
- Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con

un adecuado y oportuno SIC.

- Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

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

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

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

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

Es importante decir que la certificación de 4 de noviembre de 2014 es prueba suficiente para la acreditación de los requisitos establecidos en el encargo fiduciario 0001100010269. En dicho documento se establecen y se anexan los documentos que el promotor presentó para la transferencia de recursos. En lo

que respecta a la transferencia del inmueble, dicho requisito fue satisfecho en el lapso de tiempo estipulado en el contrato fiduciario (15 de junio de 2015), más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto.

Debe tenerse en cuenta que la transferencia del inmueble se dio unos días después a la firma del acta.

Adicionalmente, en lo referente al punto de equilibrio y como se desprende de la evidencia aportada por mi representada: los recursos fueron aportados al Promotor del proyecto después de que se cumplió con el punto de equilibrio que había sido establecido y por tanto dicho promotor ya contaba con los recursos para dar inicio al proyecto, no como lo afirmó la delegatura, refiriéndose a que los recursos habían sido entregados para la compra del inmueble en el que se iba a ubicar el proyecto, pues, la compra del mismo era requisito para el cumplimiento del punto de equilibrio. Por lo tanto, carece de lógica lo mencionado por la Superintendencia Financiera Colombia cuando indica:

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

De la sentencia de primera instancia no es claro cuáles fueron los soportes probatorios para señalar que: “los recursos recaudados a los adquirentes a través de los encargos individuales y trasladados una vez “acreditado el punto de equilibrio” fueron utilizados para financiar al fideicomitente para adquirir uno de los lotes en el cual se iba a desarrollar el proyecto, generando un descalce en la estructura de liquidez de más de \$14.000.000.000 de pesos, cuando la obligación de aportar el inmueble estaba en cabeza del fideicomitente”. ¿Cuál es el soporte para señalar que el pago de los 14 mil millones fue la causa para afectar la liquidez del negocio?

2. Por otro lado, frente a los deberes de protección y defensa de los bienes del fideicomiso, mi representada solo obedeció a las voluntades de los titulares del negocio, permitiéndoles el ejercicio de sus derechos en la forma acordada. En



esta medida, Acción no estaba en deber de ir más allá de lo convenido por las partes y las normas imperativas vigentes para la época.

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

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

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

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

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

- Ahora, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente caso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones, Acción no tenía ninguna obligación en relación con deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo, y los demás aspectos que se indicaron en la sentencia. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en la cartilla para negocios inmobiliarios en los siguientes términos:

## 2. Esquema de preventas

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

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

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

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

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

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

## 5. Créditos Bancarios

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

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

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

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información manifestado por la delegatura se entiende satisfecho con la firma del encargo primigenio 0001100010269 del 24 de octubre de 2014 (medio idóneo), con este documento se informó al hoy demandante la situación actual del proyecto y se dio a conocer el clausulado con los requisitos que debían y fueron acreditados de manera oportuna por parte del promotor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.*

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

*«[...] la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba’»<sup>5</sup>.*

Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»<sup>6</sup>.

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

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

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

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

---

<sup>5</sup> Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

<sup>6</sup> Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

2016, Rad. n°2000-00196-01).

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

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

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

*No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”<sup>7</sup>*

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

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

Ahora bien, si el presunto daño que concluyó la Delegatura concomitante con la

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n°2000-00196-01.

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

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

### **3. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL**

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

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

Al margen de lo anterior, en lo fundamental, de la demanda de la Demandante se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no verificó de manera correcta los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario individual para que fuera procedente la transferencia de los

recursos de los inversionistas al Fideicomiso FA-2351. Sin embargo, no hay nexo de causalidad entre este hecho y el daño que se alegó, toda vez que el supuesto del cual partió la Demandante no es correcto.

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

**“El(los) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario “MARCAS MALL”, ni en la determinación de viabilidad o factibilidad financiera o técnica de del citado proyecto inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable por su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios que la no ejecución de dicho proyecto ocasione(n) al INVERSIONISTA(S) o terceros, responsabilidad que el(los) INVERSIONISTA(S) entiende(n) es única y exclusivamente del PROMOTOR del proyecto inmobiliario que se pretende desarrollar, quedando claro entonces que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad (...)”** (Se subraya)

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

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



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

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

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

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

*«Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez*

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

*No todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema de sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como causas jurídicamente relevantes habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de atribución o de exoneración de responsabilidad; mientras que si la “muestra causal” es pequeña habrá grandes probabilidades de que el juicio de imputación quede a merced de la intuición o la suerte. Las valoraciones causales, en suma, no recaen sobre “lo dado” por la experiencia sino más bien en lo que de ella logra seleccionarse con dificultad. Esta caracterización del nexo causal supone, además, la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás.”*

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

Frente a esto no puede llegarse al absurdo —tal y como lo sugirió la Delegatura— de que mi representada, más allá de que el Promotor debía verificar y acreditar las condiciones del punto de equilibrio, debía a su vez realizar una verificación directa de las mismas. Si contractualmente se estableció que el Promotor era el responsable de

ello, atendiendo para el efecto el marco normativo que permitía válidamente que ello sucediera según se explicó arriba, no es cierto que Acción tuviera entonces que hacer un nuevo ejercicio para revalidarlo. Si esto fuera procedente, entonces simplemente no se aceptaría la posibilidad de que las fiduciarias pacten que la verificación la hará un tercero. En ese sentido, La fiduciaria si bien no era la llamada de acreditar los requisitos, esta si se ocupó de su verificación de conformidad con los documentos entregados por el Promotor del Proyecto.

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

De acuerdo con esto, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal de le negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 y 0001100010269 que se suscribió con la Demandante—: era en realidad el de lograr que estas personas adquirieran unos locales comerciales dentro del Centro Comercial Marcas Mall. Si en realidad existiese un nexo de causalidad entre el supuesto accionar de mi representada y el supuesto daño alegado, el centro comercial ni siquiera se habría empezado a construir, pues no se habría siquiera logrado adquirir el lote destinado a dicha construcción. Frente a esto, en su decisión, la Delegatura olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. En esa medida, con ese simple hecho se rompe cualquier nexo de causalidad entre el actuar de mi representada el daño alegado.

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

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en sus hechos, el plazo que disponían los Contratos de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de modificación mediante varios otrosíes; entre ellos, uno que las extendió al

modificar el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 /12/2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por la Demandante—esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños.. De la misma demanda se puede extraer esta conclusión, con lo que no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilgó a mi representada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor*

*posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*

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

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

El anterior artículo leído a las voces de la jurisprudencia citada, no dicen otra cosa diferente a que la carga de la prueba en estos procesos de naturaleza declarativa corresponden a quien persigue la declaración, esto es, a la Demandante, quien es la parte que también probar el actuar doloso de mi representada.

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

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

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

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

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

## **V. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

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

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

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

*(...) 3.7. CUALQUIER RECLAMO BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, CRIMINAL, DESHONESTA, FRAUDULENTO, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL ASEGURADO O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LA LEY POR PARTE DEL ASEGURADO SIEMPRE*

*QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL **ASEGURADO** HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS." (Se subraya)*

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

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

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

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



Adicionalmente, la Delegatura pasó por alto que, en lo que respecta a la póliza de seguros No. 1000099, mi representada tiene la condición de consumidor financiero de la Llamada en Garantía, en los términos de la Ley 1328 de 2009 y el artículo 78 de la Constitución Política. No debe olvidarse que esa condición no se pierde por el hecho de que Acción sea una sociedad fiduciaria. Por consiguiente, al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura ha debido declararla nula o ineficaz<sup>8</sup> por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

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

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

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

---

<sup>8</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

Orgánico del Sistema Financiero:

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

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

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

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

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

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

*“son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”<sup>9</sup>*

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

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

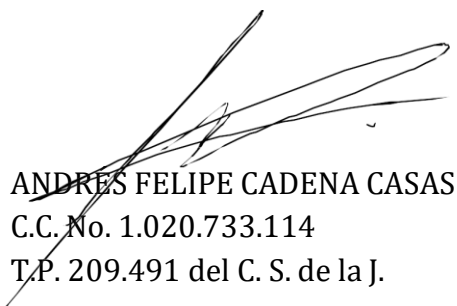
## SOLICITUDES

Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 24 de diciembre de 2020 y notificada el 28 de diciembre de 2020.

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

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

De los señores Magistrados, cordialmente,



ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS  
C.C. No. 1.020.733.114  
T.P. 209.491 del C. S. de la J.

Bogotá D.C, Mayo de 2.021.

Doctor:

**JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA**  
**MAGISTRADO PONENTE.**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**  
**E. S. D.**

**RADICADO:** 11001310301020170041100  
**PROCESO:** LIQUIDACIÓN - VERBAL  
**DEMANDANTE:** MAX COHEN ARBOLEDA - SARAH COHE ARBOLDA Y OTROS  
**DEMANDADOS:** OCTAVIA COHEN Y CIA LTDA., en liquidación y DORA COHEN

**JOSE LUIS SUAREZ PARRA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.053.325.334 de Chiquinquirá y portador de la tarjeta profesional No. 189.974 del Consejo Superior de la judicatura , mayor de edad y domiciliado en esta ciudad, abogado en ejercicio, obrando como apoderado judicial de la demandada **DORA CECILIA COHEN VIVARES** en calidad de representante legal y socia, encontrándome en el término legal me permito presentar **RECURSO DE APELACION**, contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2020, notificado mediante estado el 14 de diciembre de 2020, en los siguientes términos:

De entrada manifiesto que me opongo a lo resuelto en la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, solicito que se revoque y se proceda a dar prosperidad a las excepciones propuestas y que fueron negadas como quiera que la mencionada decisión carece de hacedero jurídico.

### **1.SOLICITUD**

Solicito respetuosamente a al Despacho **REVOCAR** en su totalidad la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2020 y en consecuencia proceda a declarar las excepciones propuestas mediante el escrito de contestación de la demanda y en consecuencia condenar en costas a las parte actora.

## 2. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

Los demandantes Max Cohen Arboleda, Sarah Cohen Arboleda y Pablo Cohen Vivares, promovieron el presente proceso de liquidación de sociedad contra Octavio Cohen y Cia Ltda, en liquidación, pretendiendo: **1.** declarar que la sociedad Octavio Cohen y Cia Ltda

- en liquidación, debe liquidarse conforme los parámetros o reglas establecidas en el artículo 530 del Código General del Proceso, **2.** designar liquidador de la lista de auxiliares y ordenar su inscripción en el registro mercantil de la sociedad demandada, **3.** ordenar al liquidador que en el término que el despacho señale preste caución para el manejo de los bienes sociales, **4.** ordenar al liquidador realizar el proceso de liquidación de los activos de la demandada. **5.** inscribir la sentencia en el registro mercantil correspondiente y, (vi) condenar en costas a la demandada en caso de oposición.

Al respecto la fijación del litigio se contrae a determinar si la sociedad Octavio Cohen y Cia Ltda debe liquidarse, sin embargo es pertinente tener en cuenta que mi representada la señora DORA CECILIA COHEN VIVARE, ha ejercido la posesión de manera pacífica actos de señor y dueño sobre el bien inmueble con numero de matricula inmobiliaria 50C-927047 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, desde el 2 de octubre de 2001 hasta la fecha, sin que sobre tal posesión existe alguna oposición por parte de los señores MAX COHEN ARBOLEDA y SARAH COHE ARBOLEDA, demandantes en el proceso que nos ocupa.

Lo mencionado anteriormente se encuentra probado por lo cual resulta contrario a derecho pretender desconocer tal situación, en este sentido me permito manifestar que si bien es cierto que mi representada tenía la tenencia del inmueble por el cargo designado por la Sociedad OCTAVIO COHEN Y CIA LTDA, es importante aclarar que fue necesario actuar como propietaria del inmueble como quiera que los socios desatendieron totalmente la sociedad y las obligaciones en relación con el objeto social y la carga de pasivos, que tenían a su cargo ante el fallecimiento del padre el señor BENJAMIN JOSE COHEN VIVARES (Q. E. P. D) el 02 de octubre del 2003, es decir hace más de 16 años.

Que los demandantes manifestaron su interés sobre la sociedad hasta el año 2017 por medio de un proceso de rendición de cuentas que cursó en el Juzgado 36 Civil del Circuito, mismo en el cual las pretensiones de la demanda fueron negadas en primera y segunda instancia.

## **RESPECTO DE LA POSESION**

El concepto de la posesión se encuentra consagrada en el artículo 762 del Código Civil, que al literal señala:

*“Código Civil . Artículo 762. Definición de posesion.*

*La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.*

*El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”*

La Corte Constitucional mediante sentencia C-466 del 2014 con ponencia de la Magistrada Dra. Maria Victoria Calle Correa, se refirió a la prescripción adquisitiva ordinario y extraordinaria.

*“La legislación colombiana contempla dos especies de usurpación: la ordinaria y la extraordinaria (CC art 2527). Para ganar una cosa por prescripción ordinaria se necesita “posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren” (CC art 2528), lo cual significa que es necesario contar con una posesión sin interrupciones, por el tiempo previsto en la ley, y que además proceda de justo título y haya sido adquirida de buena fe (CC art 764). La adquisición de las cosas por usucapión extraordinaria requiere asimismo posesión no interrumpida por el término que fije la ley, pero no exige título alguno, y en ella se presume de derecho la buena fe, lo cual quiere decir que no puede desvirtuarse (CC art 66). No obstante, la ley civil contempla la posibilidad de presumir la “mala fe” del poseedor cuando exista un título de mera tenencia. Esta última presunción puede desvirtuarse (CC art 2531).”*

Así las cosas, la demandada DORA CECILIA COHEN VIVARE no es la administradora del activo de la sociedad puesto que ostenta la calidad de poseedora del inmueble con numero de matricula inmobiliaria 50C-927047 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, pues ante la operaria de la prescripción adquisitiva, los cañones y contratos que se aluden en el proceso no corresponden de forma alguna a la sociedad OCTAVIO COHEN Y CIALTDA sino a mi representada quien ha ejercido actos de señor y dueño.

Por otro lado la sentencia T-751 de 2004 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, sobre la inversión del título señala lo siguiente:

No obstante, el mero tenedor de la cosa, en el caso dado el usufructuario, puede mudar su condición en la de poseedor. Ello cuando opera la llamada interversión o inversión del título; es decir, cuando el tenedor se rebela expresa y públicamente contra el derecho del propietario o contra la posición del poseedor, desconociendo la calidad de señor de éstos y empezando una nueva etapa de señorío en su propio nombre<sup>[9]</sup>. De forma concordante con ello, el artículo 777 del Código Civil prescribe que el mero transcurso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión.

Finalmente, como quiera que la señora DORA CECILIA COHEN VIVARE no era la administradora del bien, la interversión se materializa al momento en que murió su padre puesto que los socios se desinteresaron de la sociedad OCTAVIO COHEN Y CIA LTDA, la demandada empezó a actuar como propietaria plena del bien y hacer efectiva su posesión. La interversión o inversión del título se encuentra probado con las mejoras realizadas, el pago de los impuestos y demás pruebas que se encuentran en el plenario.

Por tanto, la acción incoada se torna inepta puesto que la acción que se debe tramitar es la acción reivindicatoria, puesto que la señora DORA CECILIA COHEN VIVARES ante la operaria de la prescripción adquisitiva, los cánones y contratos que se aluden en el proceso no corresponden de forma alguna a la sociedad OCTAVIO COHEN Y CIA LTDA sino a mi representada quien ha ejercido actos de señor y dueño, pues ante la operaria de la prescripción adquisitiva, los cánones y contratos que se aluden en el proceso no corresponden de forma alguna a la sociedad OCTAVIO COHEN Y CIA LTDA sino a mi representada quien ha ejercido actos de señor y dueño.

### **3. PRUEBAS.**

Solicito se tengan como pruebas las documentales aportadas por las partes de la demanda y aquellas que provengan de la parte actora, sea porque fueron aportadas en el escrito de defensa o requeridas por el honorable Despacho conforme su

faculta

d oficiosa, además.

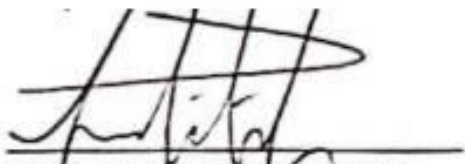
#### **3.1 DOCUMENTALES**

Las documentales existentes en el proceso.

#### 4. NOTIFICACIONES

Mi representada en la Calle 74 número 10-07 de Bogotá, al suscrito apoderado en la Carrera 7 No. 71-21 Torre A Piso 5 de Bogotá. Al correo electrónico [zrabogadossas@gmail.com](mailto:zrabogadossas@gmail.com).

Cordialmente,



**JOSE LUIS SUAREZ PARRA**  
C.C. 1.053.325.334 de Chiquinquirá  
T.P. No. 189.974 C.S.JUD.



**Señores:**  
**HONORABLES MAGISTRADOS SALA CIVIL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**Atn. Honorabe Magistrada ADRIANA AYALA PULGARIN**  
**E. S. D.**

**Ref.: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**  
**RADICADO: 110013199001-2018- 167944-01**

**DEMANDANTES:**

**WILLIAM ALEJANDRO MENDIETA RODRIGUEZ Y ANDREA RIVERA PEREZ, CUIDAMEP SAS, LILIANA DEL PILAR PEREZ PARRA, ANA ELSA BARRERA MORA Y MERCEDES GALEANO NITOLA, JORGE ALEJANDRO CHAPARRO MAHECHA y LYDA PAOLA MONROY GONZALEZ**

**DEMANDADOS: PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ADM LA MESA Y LIRICOM INVESTMENT LTD.**

ADEODATO JAIME MURILLO, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.239.510 de La Uvita (Boyacá), y portador de la Tarjeta Profesional N° 90.248 expedida por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura, obrando en condición de apoderado de los demandantes, respetuosamente acudo ante su Despacho con el fin de INTERPONER RECURSO DE REPOSICIÓN en contra del auto mediante el cual se suspende el proceso, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

El artículo 161 del Código General del Proceso, de manera precisa determina que la suspensión del proceso, se hace a solicitud de parte así lo prevé de manera taxativa la norma: *“El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:”* (Se subraya para resaltar), por ende es improcedente la decisión adoptada por el Honorable tribunal, y excede a las facultades previstas por la ley en estos casos, además de ello, en constituir una vía de hecho por parte del operador judicial.

Por otra parte, es menester precisar que la causal invocada de manera oficiosa por el fallador de segunda instancia, no se ajusta a la realidad, toda vez que de manera clara y diáfana el legislador dijo al respecto: *“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.”* (Se subraya para resaltar), aspecto que en este caso no se cumple en ninguna de sus alternativas y motivos generadores de la suspensión

En primer lugar, Este asunto ya fue ventilado y decidido de forma precisa por la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, como decidió de manera desfavorable la excepción de pleito pendiente, y fue tan clara la decisión, que determinó que no se daban los elementos fácticos ni jurídicos para el caso.

Ahora bien, no es entendible como el Tribunal aduce que *“Se estableció con claridad que el caso sub judice no podrá decidirse hasta tanto medie sentencia dentro de estos,”* pero no expresa cuales son los motivos o la caridad deprecada que hace que no se pueda decidir de fondo, y es si claro, que no lo determinan en el auto, porque no existe motivo para ello, habida cuenta que se tratan de dos cuestiones totalmente diferentes.

Es así como el proceso que está para fallar en segunda instancia es de protección al consumidor, en donde sus normas, procedimientos y requisitos son diferentes a los de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Es imposible desde el punto de vista legal, que se ate o supedite una decisión de segunda instancia a las resultas de un proceso en primera instancia, que en nada tiene que ver el objeto de los procesos.

El proceso fallado en la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, se fincó en el hecho de verificar si se habían violado los derechos de los consumidores, indistintamente si existe una responsabilidad civil contractual o extracontractual de los involucrados.

Por otra parte, el Tribunal desconoce la prelación y preferencia que la ley de protección al consumidor tiene respecto de las normas generales de la responsabilidad civil, por ser esta una norma específica y especial, por tanto, no está supeditada o subyugada a las normas generales.

En caso extremo lo procedente en este caso estaría la suspensión de los procesos de responsabilidad civil, frente a la decisión adoptada por la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual está en trámite del recurso, aunque como he indicado, las dos decisiones son totalmente independientes y no depende la decisión de un proceso, frente a la decisión que se adopte en otro.

La posición del Tribunal deroga de plano las facultades de la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en asuntos de protección al consumidor, por cuanto, las supedita a que primero haya una decisión de la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad civil a sabiendas que se tratan de dos aspectos que no se contraponen y su finalidad es diferente, lo mismo que las consecuencias que las decisiones de fondo que se dan en estas clases de procesos.

Con fundamento en lo anterior, respetuosamente solicito a los señores Magistrados, revocar el auto de fecha 7 de mayo de 2021, y proceder a dictar sentencia de segunda instancia.

De los señores Magistrados,



ADEODATO JAIME MURILLO

C. C. N° 4.239.510 de La Uvita Boyacá

T. P. N° 90248 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura



**DOCTORA**

**MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ.**

**MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**SALA CIVIL**

**E.S.D.**

**RADICACION: No.11001310300620170012101.**

**PROCESO EJECUTIVO.**

**DEMANDANTE: DISTRIBUIDORA NACIONAL DE LICORES S.A.**

**DEMANDADO: ROBERTO AURELIO SANIN DIAZ.**

Respetada señora Magistrada:

**CESAR AUGUSTO RODRIGUEZ PINILLA**, identificado con cédula de ciudadanía 79.692.198, expedida en Bogotá, portador de la tarjeta profesional de abogado 264402 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de la parte demandante, por sustitución de poder que me hiciera la doctora LILIA ESTHER DIAZ RODRIGUEZ y que obra al expediente, me permito presentar la sustentación del recurso interpuesto durante la respectiva audiencia de juzgamiento.

#### **PETICION**

Respetuosamente solicito a la señora Magistrada revocar la providencia proferida por el señor Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, solicitud que fundamento en lo siguiente:

- En forma clara y concisa al presentar el recurso de apelación se expuso, que no hay certeza de la obligación, manifestación que tiene apoyo probatorio así:
- Inicialmente la demandante, realiza un cobro pre- jurídico, el 12 de enero de 2017 por la suma de \$166.293.808: luego presenta demanda ejecutiva por \$160.950.177, posteriormente la reforma y la contrae a \$137.837.499. Desde este instante se avizora la imprecisión y errada imputación de los pagos realizados por el señor Roberto Aurelio Sanin Díaz. Durante el avance del proceso no se explicó la diferencia de estos valores, que se supone desde su inicio debió basarse en los fieles estados contables, no sujetos a ajustes e inclusión de soportes allegados con posterioridad como lo afirma el propio representante legal

La declaración rendida por el señor CARLOS HERNAN DIAZ MEJIA, en su condición de representante legal de Dialsa, confirma mi afirmación. Por la apoderada para ese momento de la parte demandada, se interroga a cerca del porqué de esta diferencia de valores y manifiesta que inicialmente se hizo tomando en cuenta un informe de cartera jurídica, posteriormente se hicieron unas revisiones, se conciliaron valores que posiblemente hacían falta, revisaron la parte contable; lo anterior revela que la contabilidad de la demandante, no es fiable, a pesar de los calificativos empleados por su apoderado ponderándola.

Considero importante resaltar otro aspecto que revela la inconsistencia de la contabilidad de la empresa demandante ya expuesta, en su oportunidad y se refiere a las consignaciones realizadas por el demandado por CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS y la de CINCO MILLONES , que arrojan un total consignado de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS, que se imputan a las facturas : a la 206505 (\$14.192.812); a la factura 206564 (\$140.016) quedando un saldo a favor del ejecutado por \$ 179.392.172); como abono a la factura 208076 por valor de \$247.209.300. Quedando dicha factura con un saldo por pagar de (\$67.817.128). Revisada la contabilidad allegada por la actora a ninguna de las facturas presentadas con la demanda se agrega esta suma.

Prosiguen las inconsistencias, las siguientes transacciones se refieren a las facturas objeto de ejecución. La siguiente factura 208223, por valor de (\$119.838,600), la debería en su totalidad el señor Sanin y de esta solo están cobrando CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO; arrojando una gran diferencia de CATORCE MILLONES CERO VEINTISEIS MIL CERO DOCE PESOS.

Debo hacer referencia a la declaración del señor MIGUEL ANGEL RAMIREZ de profesión contador y administrador del negocio del demandado, como tal fue testigo de todas las negociaciones que realizaba con Dialsa y Diago, que era el principal distribuidor; recibía los productos, liquidaba, hacia los descuentos según los acuerdos comerciales firmados entre el señor Sanin y Dialsa, vigentes hasta julio de 2016, hacia las consignaciones bancarias. Es enfático en manifestar que realizó los pagos conforme aparece en el expediente y los documentos que puso a disposición del Juzgado y del señor perito, para la rendición del dictamen.

FRANCISCO SANIN, posee negocios similares a los de Roberto Sanin, razón por la cual da razón de los acuerdos comerciales que firmaban con Dialsa, empresa que arbitrariamente los desconocía y cambiaba, razón por la que canceló su relación comercial con esta empresa.

El dictamen pericial, rendido por GUSTAVO GÓMEZ MORENO, profesional con vasta experiencia como perito auxiliar de la justicia, sin parentesco ni relación con las partes.

Interrogado por el señor Juez, es claro al explicar la forma como realizó el trabajo encomendado, teniendo en cuenta la contabilidad dejada a su estudio, los acuerdos comerciales vigentes y los soportes de pago de las facturas objeto de ejecución.

La contabilidad de la parte demandada fue presentada por uno de sus empleados, hace una relación general, pero no desvirtúa el dictamen, presentado por el contador GOMEZ MORENO,

De conformidad con las políticas de la empresa a ningún cliente que ha incurrido en mora se le hacen despachos de mercancía, y al demandado siempre le hicieron, está probado y aceptado por la parte actora, esto indica que el demandado se encontraba al día en sus obligaciones, no tenía cartera vencida con Dialsa, por eso además tenía derecho a los descuentos consignados en el acuerdo comercial, como se consignó y evidenció vigente hasta julio de 2016.

Roberto Sanin pago las facturas, antes de los 14 días calendario contados desde la recepción del producto, comunicación que obra a folio 133. Tenía derecho a los descuentos, basta la confrontación de documentos factura y

consignación, luego si tenía derecho a los descuentos, por un valor del 24.56%.

Demuestran las cifras contables y pruebas obrantes al proceso, que no es posible hacer la imputación de pago por parte de la demandante, razón por la cual reitero Señora Magistrada, se digne revocar la providencia impugnada proferida por el Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá el 28 de octubre de 2020, en el proceso de la referencia.

Con mí acostumbrado respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C.A.R.P.', is written over a long, thin horizontal line that extends across the width of the signature.

**CESAR AUGUSTO RODRIGUEZ PINILLA**

C.C. 79.692.198 expedida en Bogotá.

T.P. 264.402 del Consejo Superior de la Judicatura

Correo: juristacolombia2015@gmail.com

Telefono: 3102371707.

Doctor

**MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Honorable Magistrado 005 Sala Civil Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá. D. C.

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

**Asunto: Proceso verbal declarativo rescisión por lesión enorme de: EQUIPEM ATLAS OIL SAS EN LIQUIDACIÓN contra BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S. A. Radicación número 1100 1310 3012 2017 00439 01.**

**Asunto: recurso de apelación contra sentencia de fecha 22 de octubre de 2.020.**

**VICTOR MANUEL FONSECA**, ciudadano colombiano, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía y tarjeta profesional números 19`252.449 y 33.219 respectivamente, abogado en ejercicio, obrando como apoderado especial de la sociedad demandante **EQUIPEM ATLAS OIL S. A. S. EN LIQUIDACION**, por medio del presente escrito manifiesto que conforme a lo prevenido en el artículo 14 inciso 2° del decreto legislativo 806 de 2.020, oportunamente paso a **SUSTENTAR** el recurso de apelación formulado frente a la sentencia fechada 22 de octubre de 2.020, notificada por anotación en estado del 23 del mismo mes y año, dictada por el operador judicial de instancia.

#### **FUNDAMENTOS DE ORDEN LEGAL Y CONSTITUCIONAL**

1°-. De entrada, respetuosamente pido del Honorable Tribunal observe que, si, la respuesta a la demanda se verificó el 14 de marzo de 2.018 y el proceso ingresa al despacho con fórmula de excepciones el 16 del mismo mes y año, vencido el traslado que consagra el artículo 369 del código general del proceso (20 días), no habiendo su signatario dentro de este término legal y perentorio acreditado la calidad que invoca, pues viene a hacerlo en forma tardía y

obviamente extemporánea, aún más gravoso, previo requerimiento que sobre el particular por auto que le hace el a-quo ordenándole probar la calidad que de abogado exhorta, es natural y obvio que ese acto es extemporáneo, toda vez que conforme al artículo 117 del C. G. P., que versa sobre perentoriedad de los términos y oportunidades procesales: “Los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.” (subrayo fuera del texto).

De otro lado, debe aplicarse igualmente el artículo 13 ídem, que consagra el precepto sobre observancia de normas procesales cuyo texto es del siguiente tenor: “Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”

2º.- Lo anterior indica que la respuesta a la demanda fue extemporánea, dado que con el escrito que la contiene debió acreditarse la calidad que se invoca. Hecho que se omitió, sin tener en cuenta que conforme al artículo 73 ídem, que versa sobre el derecho de postulación: **“Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.”** (subraya y negrilla fuera del texto).

Hecho que debió hacerse y no se hizo en su primera actuación como lo ordena el estatuto del abogado; por ende, la contestación demanda es extemporánea, lo que implica que el juzgado de instancia no ha debido tenerla en cuenta, mucho menos darle curso, cualquier actuación de su parte a posteriori solo se debe tener en cuenta una vez acreditara ese requisito perentorio y legal. **ANTES NO.**

3º.- Conforme al “ARTÍCULO 97. FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA DEMANDA. La falta de



contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto." (subrayo fuera del texto).

4º-. De tal manera, pido de su despacho reexaminar la situación para que reemplace el criterio del adquem, en donde, como se sabe la apreciación del juzgador de instancia debe derruirse como quiera que raya en lo absurdo, cosa que, por lo visto, aquí claramente sucede. El operador judicial de instancia debió dar aplicación al artículo 278 del Código General del Proceso, que versa sobre sentencia anticipada, haberla dictado como quiera que se estructuran los presupuestos procesales para ello.

5º-. En el campo fáctico, el juzgador de primer grado se equivocó al apreciar las pruebas, habiéndose limitado al análisis de los dictámenes, tanto de la parte que represento, como de la demandada cuya prueba a todas luces es extemporánea, que lo llevaron a declarar que mi representada no sufrió lesión enorme, sobre la base del análisis subjetivo que hace el perito del dictamen que allegó extemporáneamente el sujeto pasivo de la relación procesal.

6º- Ahora bien y en gracia de discusión, los fundamentos base de la sentencia de instancia, los reparos y razones de inconformidad acorde con aquellos que esboqué en el escrito de apelación son los **siguientes**:

**a-**. El precio del inmueble objeto de las pretensiones de la demanda, según escritura pública 6680 de 24 de octubre de 2.013, otorgada ante la Notaría Sesenta y Dos del Círculo de esta ciudad, referido al inmueble identificado bajo el folio de matrícula inmobiliaria número 50N-20038415; tipo predio rural ubicado en la vereda del Hato, jurisdicción del Municipio de la Calera (Cundinamarca), finca sobre la cual se desarrolló el proyecto urbanístico de la Agrupación de Viviendas que se denominó Parque Residencial El Danubio, hoy **CONDominio CAMPESTRE SIKASUE**, lote 35 con un área

de 2.555.02 MTS.2, alinderado correctamente como consta en la referida escritura contrato de venta **AL MOMENTO DE SU CELEBRACIÓN FUE POR LA SUMA DE MIL CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$1´140.000.000.00), ES DECIR, MENOS DE SU JUSTO PRECIO PARA LA FECHA DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.**

En ese momento 24 de octubre de 2.013, el valor del inmueble, según dictamen pericial en firme allegado con la demanda, junto con sus mejoras, anexidades, y todos sus derechos que de él hacen parte, tenía como valor la suma de: **CUATRO MIL CIENTO OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/CTE. \$4´108.944. 447.00**), precio del cual la demandada sólo pagó la suma de **\$1´140.000. 000.00**, es decir, **\$2´968.944. 447.00.**, menos de su justo precio para la fecha de celebración del contrato. Todo lo cual indica que hubo total engaño de parte de la entidad bancaria demandada, pues del estudio pericial salta a la vista la desproporción económica entre el justo precio y el efectivamente recibido o pagado.

Dictamen rendido por persona idónea, claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicaron los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones, como lo predica el artículo 226 del estatuto ritual.

**b.-** Según la Ley, el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, lo cual acaeció en este asunto.

**c.-** Según avalúo que acompañé con la demanda claramente se infiere que el comprador abusando de su posesión dominante pagó un valor muy inferior al justo precio que es lo que determina la ley y reiterada jurisprudencia sobre el punto, por lo que mi procurada ha sufrido lesión enorme al suscribir el mencionado contrato de compraventa limitado a un precio inferior a la mitad del valor real o comercial del predio.

**d-**. El análisis del juzgado para emitir el fallo de instancia tuvo como fundamento las pruebas periciales presentadas Inter partes, para concluir que el dictamen allegado por la parte demandante, al realizar la comparación de precios, no establece con claridad la fórmula que aplicó para su determinación. Por contraste, solo basta una lectura de su texto para inferir claramente que al tenor del artículo 232 ibidem, que toca el punto inherente a la apreciación del dictamen, se evidencia que nuestro dictamen aportado con la demanda cumple los requisitos que están acordes con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta su solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, así mismo la idoneidad del perito.

**e-**. La falta de motivación verdadera denota en este caso, que el juez omitió mostrar cuál fue el método y el camino recorrido para arribar a una decisión que opta entre las muchas disyuntivas admisibles. Esta tiene como función de máxima importancia, no solo procurar el acierto, sino también demostrar que el juez tiene el genuino propósito de proscribir la arbitrariedad, adherir al ordenamiento jurídico y facilitar la crítica externa, en particular de las instancias encargadas de controlar la decisión, mediante una labor de contraste con el sistema de normas y valores que el ordenamiento consagra.

**f-**. Por diferencia, igualmente sin argumentos, nótese, reitero, que la sentencia mira el dictamen de la parte demandada, que en esencia no es el dictamen que busca esta clase de acciones, sino se presenta como una crítica jurídico legal que hace el dictamen al dictamen de la parte demandante. Es decir, no presenta un dictamen, sino un concepto jurídico que analiza el primero.

Es así como, la providencia denota una ausencia total de motivación, error de orden sustancial, pues no hay duda de que no exhibe razones que soporten lo resuelto desde el punto de vista sustancial.

**g-**. Por manera que, atendidos los anteriores razonamientos, debe tenerse en cuenta nuestro dictamen que se ajusta a los presupuestos del artículo 232 del Código General del Proceso.

Punto de análisis que pasó por alto el operador judicial de instancia, para acoger un dictamen que solo tiene el nombre de dictamen, y no cumple con los requisitos de orden procesal y legal.

Contrario a la realidad procesal ello resulta indiscutible, dada la total ausencia de motivación en este punto de la sentencia, pues obsérvese que en tan solo cuatro renglones el juzgado sustenta su decisión para concluir que el dictamen parte demandante **LE RESTA CLARIDAD**. Mientras que el de la parte demandada que es titular de una posición dominante afirma el juzgado es perfecto y claro.

Se nota una ausencia total de motivación en el análisis de las pruebas lo cual pone en evidencia una violación al debido proceso y al derecho de defensa, pues se sabe que, ella es inherente al debido proceso, lo cual a su vez explica la ineficacia de la sentencia donde no se ha cumplido la perentoria obligación de poner al descubierto la razón de la decisión, para permitir el examen público de ellas y el ejercicio de los controles que el ordenamiento tiene establecidos. Presupuesto metodológico para el hallazgo de la verdad, del cual no se ocupó el operador judicial de instancia.

**h-**. Es suficiente para concluir que la lesión enorme aconteció como que el precio dado al bien para el momento en que se celebró el contrato, no cumplió con el justo precio que exige la ley.

**i-**. La sentencia que estoy apelando se fundamenta en que, según la jurisprudencia y la ley, la lesión enorme ha sido estructurada en el derecho colombiano bajo un pilar estrictamente objetivo, como es el relativo a la determinación del justo precio. Fundamento legal que está claramente demostrado, contrario al análisis errado del juzgador de instancia. Prueba pericial que como elemento probatorio se torna irrecusable, irrefutable, luego no queda la más mínima duda de que el fenómeno alegado de rescisión por lesión enorme se configura plenamente en este asunto.

**j-**. En el presente caso, el vendedor se vió lesionado, toda vez que el vicio se estructuró, pues el precio que recibió fue inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vendió (artículo 1.497 del Código Civil).

El desequilibrio prestacional entre el valor acordado y el justo precio ha dado lugar a la rescisión del contrato por lesión enorme. En efecto, sucedió a la par con la demostración de los siguientes elementos: (1) Existencia de la desproporción económica en los términos establecidos por el artículo 1.947 del Código Civil ; y, (2) Se trató de una venta admitidas por el legislador, según el código civil en su artículo 1.949.

**k-** Con estos hechos antecedentes, sustento el recurso de alzada, frente a los reparos aducidos en su oportunidad, para que por el Honorable Tribunal se **REVOQUE** la decisión de instancia de fecha 22 de octubre de 2.020, notificada por anotación en estado del 23 del mismo mes y año. En su lugar se acojan las pretensiones de mi representada, declarando la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, disponiendo que las cosas vuelvan a su estado anterior, salvo que la entidad bancaria demandada opte por completar el justo precio.

### **PETICIÓN**

Con fundamento en los reparos expuestos ante el juzgado de instancia y la sustentación que complemento ante su Honorable Despacho, **RUEGO SE REVOQUE EL FALLO APELADO** y se concedan las pretensiones incoadas en la demanda.

Del Señor Juez, atentamente.

**VICTOR MANUEL FONSECA**

C. C. No 19`252.449

T. P. No 33.219

E-mail: [vimafoabogado@hotmail.com](mailto:vimafoabogado@hotmail.com)

Celular: 314 382 92 29

Con copia para la parte demandada, acorde con lo establecido en el decreto 806 de 2.020, artículo 9°.

