

Señores

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil

M.P. María Patricia Cruz Miranda

Despacho

Referencia: Acción de protección al consumidor financiero de Elvira Wasserman contra Acción Sociedad Fiduciaria

Radicación: 11001319900320190271801

Asunto: Recurso de súplica

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.155.991 expedida en Usaquén, abogado titulado portador de la tarjeta profesional No. 42.259 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA** (en adelante “**Acción Fiduciaria**”), y del **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**, según poder que obra en el expediente, interpongo recurso de súplica contra el auto del 23 de septiembre de 2021 mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá resolvió negar el incidente de nulidad presentado por Acción Fiduciaria con el propósito de efectuar las siguientes:

I. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE SÚPLICA

El presente recurso es procedente, conforme a lo establecido en el artículo 331 del Código General del Proceso, el cual dispone:

*“El recurso de súplica procede contra los autos **que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación y contra los autos que en el trámite de los recursos extraordinarios de casación o revisión proferiera el magistrado sustanciador y que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de apelación. No procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja (énfasis agregado).**”*

Por su parte, el numeral 5 del artículo 321 del Código General del Proceso establece que **son apelables los autos que resuelvan un incidente**¹.

El propósito del presente recurso es impugnar el auto del 23 de septiembre de 2021 mediante el cual el Tribuna Superior de Bogotá resolvió un incidente de nulidad presentado por mis poderdantes. Por ello, es claro que el recurso de súplica es

¹ Artículo 321. Procedencia. “*Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: 1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas. (...) 5. El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva (énfasis agregado).*”

procedente.

II. SOLICITUDES

1. Se revoque el auto del 23 de septiembre de 2021 mediante el cual se denegó la solicitud de nulidad interpuesta por Acción Fiduciaria y;
2. En su lugar, solicito que, conforme con los numerales 1, 2, 5, 6, y 7 del artículo 133 del Código General del Proceso y por la vulneración del derecho fundamental de contradicción y defensa de mis poderdantes (*nulidad por vicio constitucional*), se declare la nulidad de la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.
3. Como consecuencia de lo anterior, solicito que se retrotraiga el trámite a la ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y el mismo sea declarado desierto por ausencia de sustentación.
4. Subsidiariamente, solicito que se revoque el auto del 23 de septiembre de 2021 y que se retrotraiga el trámite con el fin de que se corra traslado de los reparos presentados por la parte apelante, con el fin de que mis poderdantes puedan pronunciarse sobre dichos reparos y se garantice el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada.

III. ANTECEDENTES

A. El trámite del recurso de apelación:

1. El 15 de febrero de 2021, en el marco del proceso que nos ocupa, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera profirió sentencia de primera instancia en la cual declaró probadas las excepciones presentadas por Acción Fiduciaria.
2. Dicha decisión fue apelada por la parte demandante, la cual presentó, **ante la Superintendencia Financiera**, un escrito exponiendo sus reparos a la providencia de primera instancia. Reparos frente a los cuales no se corrió traslado a mi poderdante, dado que el Código General del Proceso no tiene previsto que la parte no apelante se pueda pronunciar frente a los mismos.
3. Mediante auto del 3 de junio de 2021, el Tribunal resolvió admitir, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia. En la misma providencia, el Tribunal advirtió, conforme a lo indicado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, que *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, **el apelante deberá sustentar el recurso** a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, **vencidos los cuales la contraparte deberá descorrer, si a bien lo tiene, el correspondiente traslado**” (énfasis agregado).*

4. Es decir, el mismo Tribunal advirtió, al admitir el recurso de apelación, que este debía ser sustentado dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto admisorio. Y, además, que Acción Fiduciaria debía recorrer única y exclusivamente frente a la sustentación del recurso de apelación.
5. Ahora bien, Acción Fiduciaria y el Fideicomiso BD Cartagena Beach Club-Hotel interpusieron recurso de súplica contra el auto admisorio del recurso de apelación.
6. Mediante auto proferido el 30 de junio de 2021, el Tribunal resolvió confirmar el auto impugnado.
7. De esta forma, una vez resuelto el recurso de súplica, quedó ejecutoriado² el auto del 3 de junio de 2021, mediante el cual se admitió el recurso de apelación.
8. En consecuencia, la ejecutoria del auto del 3 de junio de 2021 implicó que (conforme a lo expresamente manifestado por el Tribunal) comenzara a correr el término de cinco días para que la parte demandante sustentara el recurso de apelación.
9. La parte demandante guardó silencio y no radicó escrito alguno en el cual se sustentara el recurso de apelación. Y, en tal virtud, no se sustentó el recurso de apelación incoado.
10. De hecho, ni siquiera se dio traslado de los reparos concretos que el apelante presentó, ante la Superintendencia Financiera, contra la sentencia de primera instancia.
11. El Tribunal Superior tampoco informó a mi poderdante que iba a tener la apelación por sustentada con fundamento en los reparos radicados en primera instancia. Es decir, Acción Fiduciaria nunca fue informada de la posibilidad de controvertir el memorial de reparos radicados por la parte actora (*recuérdese que el Código General del Proceso no tiene, ni permite, recorrer los reparos de la parte apelante, ni en la audiencia, ni con ocasión de los tres días posteriores a esta*).
12. El 15 de junio de 2020, sin haberse presentado sustentación alguna del recurso de apelación, y sin haberse si quiera corrido traslado de los reparos

² Artículo 302. Ejecutoria. *“Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud. Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos” (énfasis agregado).*

presentados ante el juez de primera instancia, el expediente ingresó al Despacho de la doctora María Patricia Cruz Miranda.

13. De acuerdo con lo anterior, al no haberse sustentado el recurso de apelación en los términos del Código General del Proceso y del Decreto 806 de 2020, el mismo debió declararse como desierto, pues la parte apelante no cumplió con las cargas procesales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.
14. Sin embargo, el 19 de agosto de 2021, el Tribunal profirió sentencia de segunda instancia en la cual resolvió: (i) revocar la sentencia proferida en primera instancia por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera; (ii) declarar no probadas las excepciones propuestas por Acción Fiduciaria; (iii) declarar que Acción Fiduciaria incumplió el contrato de vinculación suscrito con la demandante y, en consecuencia, condenar a Acción Fiduciaria a pagar la suma de \$76.596.643,58.
15. Esta decisión sorprendió a mi poderdante, puesto que nunca recibió un escrito de la parte demandante en el cual se sustentara el recurso de apelación y, mucho menos, el Tribunal Superior de Bogotá le dio traslado de los reparos debidamente sustentados contra la sentencia de primera instancia. Por tal motivo, **Acción Fiduciaria nunca tuvo la oportunidad de descorrer el traslado de la supuesta sustentación del recurso de apelación.**
16. Acción Fiduciaria no tuvo oportunidad alguna de ejercer su derecho de contradicción y defensa dentro del trámite de apelación adelantado por el Tribunal Superior de Bogotá. Y, no puede tratar de señalarse que si lo tuvo bajo presupuestos de asunción o de clarividencia, pues mi poderdante no podía adecuar su comportamiento a decisiones judiciales que no se ajustan a lo expresamente establecido en el Código General del Proceso, el Decreto 806 de 2020, y, mucho menos, el propio auto de 3 de junio de 2021 por medio del cual se admitió el recurso de apelación.
17. Como consecuencia de lo anterior, Acción Fiduciaria presentó un incidente de nulidad contra la sentencia de primera instancia, con miras a garantizar el debido proceso, las normas de orden público consagradas en el Código General del Proceso y el Decreto 806 de 2020, e, igualmente, el derecho de defensa y contradicción que le asiste.
18. El incidente de nulidad se fundamentó, principalmente, en la causal consagrada en el numeral 6 del artículo 133 del Código General del Proceso la cual dispone que el proceso es nulo *“Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado”*.

19. Adicionalmente, también se invocaron las causales consagradas en los numerales 1, 2, 5 y 7 del artículo 133³, puesto que (i) se cercenó una oportunidad para solicitar pruebas; (ii) el Tribunal Superior de Bogotá falló sin haber escuchado la sustentación de la apelación (puesto que no la hubo); (iii) se profirió sentencia en un proceso que se debió considerar terminado por la falta de sustentación del recurso, entre otros.
20. Finalmente, el hecho de haber limitado el derecho de defensa y contradicción a cargo de mis poderdantes conlleva, necesariamente, una vulneración a un derecho constitucional que implica una causal de orden constitucional para declarar la nulidad de lo actuado. Al respecto, el profesor Devis Echandía en su obra señala que la garantía al debido proceso permite alegar una nulidad derivada a la vulneración de dicho derecho de rango constitucional:⁴

B. *El auto del Tribunal Superior por medio del cual se negó la nulidad solicitada:*

21. El 23 de septiembre de 2021, el Tribunal profirió auto en el cual denegó la solicitud de nulidad presentada por Acción Fiduciaria.
22. El Tribunal fundamentó su providencia en que la parte demandante presentó, ante la Superintendencia Financiera, un escrito de reparos contra la decisión de primera instancia.
23. En ese sentido, el Tribunal señaló que con la expedición del Decreto 806 de 2020, y debido a la coyuntura generada por el Covid-19, se abandonó momentáneamente la necesidad de sustentar oralmente el recurso, motivo por el cual las sustentaciones deben formularse por escrito.
24. Así pues, el Tribunal declaró que la sustentación había sido surtida ante el juzgador de primer grado, es decir, ante la Superintendencia Financiera y que,

³ Artículo 133. Causales de nulidad. *“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia. 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia. (...) 5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria. 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado. 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación (énfasis agregado).*

⁴*“Esta norma consagra la garantía constitucional del debido proceso, que se descompone así: juzgamiento por juez competente y de acuerdo con la plenitud de las formas procesales establecidas por la ley para cada caso. Además establece la garantía sustancial de la no imposición de condenas con base en leyes inexistentes en el momento de ocurrir el acto que se impute, de aplicación principalmente en el ramo penal, y que establece más ampliamente el artículo 28 de la misma Carta. La ley procesal desarrolla la garantía constitucional del debido proceso al establecer los procedimientos y señalar las jurisdiccionales y competentes (...). Pero también se establece en los códigos procesales el trámite ordinario o especial que el legislador, considere mejor para cada especie de proceso, las instancias de que debe constar, la forma de practicarse las pruebas y los traslados necesarios para el ejercicio del derecho de defensa y de acción. (DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2009, páginas 833 y 834.)*

por tal motivo, no había lugar a correr un traslado para pronunciarse sobre la sustentación del recurso, distinto del mencionado en el auto admisorio del recurso de apelación.

25. Lo anterior resulta abiertamente contradictorio con lo manifestado por el mismo tribunal en el resuelve del auto admisorio del recurso de apelación, en el que se declaró expresamente que *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, vencidos los cuales la contraparte deberá descorrer, si a bien lo tiene, el correspondiente traslado” (énfasis agregado).*

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

A. **INTRODUCCIÓN: LA OMISIÓN DE UNA ETAPA PROCESAL Y NO DAR LA OPORTUNIDAD PARA DESCORRER UN RECURSO ES UNA CAUSAL DE NULIDAD PROCESAL**

26. El artículo 133 del Código General del Proceso establece un listado de causales de nulidad procesal. Entre dichas causales se encuentra aquella consagrada en el numeral 6 de la precitada disposición normativa que declara, sin matices ni condicionamientos, que el proceso es nulo en todo o en parte *“Cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado” (énfasis agregado).*
27. En el presente proceso, tras agotarse el plazo para sustentar el recurso de apelación, sin que la parte demandante hubiera remitido escrito alguno realizando dicha sustentación, el Tribunal procedió sorpresivamente a dictar sentencia.
28. En esta medida, la sentencia se dictó vulnerando el debido proceso y el derecho de contradicción y defensa de mi poderdante, puesto que: (i) no hubo sustentación del recurso de apelación, simplemente se presentaron reparos ante el juez de primera instancia; (ii) incluso si se considera que los reparos ante el *a quo* suplen la sustentación ante el juez de segunda instancia, de todas formas se configura la nulidad procesal puesto que nunca se corrió traslado del escrito de reparos presentado por la parte demandante.
29. Por tal motivo, Acción Fiduciaria nunca tuvo la oportunidad de descorrer el traslado del recurso de apelación, lo cual hace que se configure la nulidad procesal.
30. Así pues, dado que una vez ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación la parte apelante guardó total silencio, no radicó sustentación alguna, ni tan siquiera ratificó las manifestaciones realizadas en el escrito de reparos, el Tribunal Superior debió declarar desierto el recurso de apelación.
31. Empero, si el Tribunal consideraba que con los reparos dados en primera instancia se encontraba suplido dicho requisito (yendo en contravía de la

norma expresa del Decreto 806 de 2020), la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá, para garantizar el derecho de contradicción y defensa, debió cumplir con lo dispuesto en el artículo 110 del Código General del Proceso⁵ y correr traslado del escrito de reparos para que Acción Fiduciaria pudiera descorrer dicho traslado y efectuar las manifestaciones que considerara pertinentes.

32. Incluso, como se explica más adelante, lo apropiado hubiera sido que el Tribunal Superior prohiriera un auto por medio del cual expresamente le informara a las partes, en especial al no apelante, que iba a tener los reparos radicados ante la Superintendencia Financiera de Colombia como la sustentación escrita en segunda instancia.
33. Situación que ya lo ha realizado el Tribunal Superior de Bogotá (*ver auto de 29 de julio de 2021⁶, radicado 11001 31 99 003 2018 03108 01, M.P. Adriana Ayala Pulgarín*), pero debe tenerse en cuenta que, tanto antes como después de la expedición de este auto, se profirieron sentencias de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia en las que se manifestó expresamente que los reparos no suplen ni equivalen a la sustentación del recurso, declarándose que en tales casos la apelación debe declararse desierta)⁷.
34. Nada de lo anterior sucedió. El Tribunal Superior de Bogotá, sin haber permitido que Acción Fiduciaria ejerciera su derecho de defensa, procedió a dictar sentencia de segunda instancia.
35. Lo anterior constituye una violación del derecho fundamental al debido proceso y configura, sin asomo de dudas, la causal de nulidad consagrada en el numeral 6 del artículo 133 del Código General del Proceso, puesto que se omitió la oportunidad con la que contaba Acción Fiduciaria para descorrer el traslado de la sustentación del recurso de apelación.
36. Sobre la omisión de la oportunidad para descorrer el traslado del recurso de apelación como hecho que configura una nulidad procesal, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia manifestando que:

*“El debido proceso no está instituido solamente a favor del extremo impugnante, sino que **también es derecho de la contraparte oír cuáles son los fundamentos que sustentan la apelación para así poder darle réplica a través de sus contraargumentos, prerrogativa***

⁵**Artículo 110. Traslados.** *“Cualquier traslado que deba surtirse en audiencia se cumplirá permitiéndole a la parte respectiva que haga uso de la palabra. Salvo norma en contrario, todo traslado que deba surtirse **por fuera de audiencia, se surtirá en secretaría por el término de tres (3) días y no requerirá auto ni constancia en el expediente. Estos traslados se incluirán en una lista que se mantendrá a disposición de las partes en la secretaría del juzgado por un (1) día y correrán desde el siguiente.**”*

⁶ En todo caso, es necesario destacar que dicho auto se fundamentó en la sentencia STC5497-2021 la cual, como se expondrá en la Sección C del presente escrito, fue revocada en segunda instancia.

⁷ Al respecto ver, entre otras, las sentencias STL11496 del 25 de agosto de 2021, STL7317 del 16 de junio de 2021 y STL5683 del 19 de mayo de 2021.

*esta que sólo se colma cuando quien descorre el traslado del medio impugnativo vertical puede, lo mismo que los operadores judiciales, escuchar la sustentación que al efecto se realice en la audiencia que previamente fue fijada para así obrar» (Cfr. STC7917-2018); **de no procederse de ese modo, únicamente se engendra la invalidez que prescribe el numeral sexto (6º) del mentado precepto 133 de la Ley 1564 de 2012, cual expone que «[e]l proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: [...] 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado» (énfasis agregado)***⁸.

37. Así pues, teniendo en cuenta todo lo anterior, se solicita respetuosamente al Tribunal declarar la nulidad del proceso, y específicamente de la sentencia de segunda instancia.

B. EL ARTÍCULO 14 DEL DECRETO 806 DE 2020 NO ELIMINÓ LA NECESIDAD DE SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN, SIMPLEMENTE ESTABLECIÓ QUE ESTA YA NO SE SUSTENTA ORALMENTE SINO POR ESCRITO

38. Es claro que la interposición del recurso de apelación, y los reparos que se realizan ante el juez de primera instancia, no equivalen ni se equiparan a la sustentación del recurso de apelación que exige la ley procesal.

39. En efecto, el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 regula lo relativo al trámite de la apelación de sentencias en materia civil, disponiendo expresamente que:

Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. *El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:*

(...)

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto (énfasis agregado).

40. Nótese que en la anterior disposición normativa el Legislador jamás declaró que, debido a la coyuntura generada por el Covid-19, era posible subsumir o equiparar los reparos ante el juez de primera instancia con la sustentación del recurso que se realiza ante el *ad quem*. El Legislador simplemente manifestó que, como consecuencia de la coyuntura sanitaria, la sustentación debía realizarse por escrito **una vez quede ejecutoriado el auto que admite el recurso y, además, que de dicha sustentación se le corre traslado a la contraparte para que se pronuncie frente a dicha sustentación.**

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de enero de 2019. Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.

41. El que el artículo 14 del Decreto 806 disponga que la sustentación es una actuación que el apelante **debe realizar una vez que el juez de segunda instancia ha admitido el recurso de apelación** es una muestra clara de que los reparos y la sustentación no pueden confundirse, puesto que los reparos siempre se realizan ante el juez de primera instancia y, lógicamente, antes de que se profiera el auto admisorio del recurso.
42. Lo anterior, entre otras, ya que es con ocasión de estas dos etapas distintas que el juez de segunda instancia encuentra enmarcada su competencia y da ejecución al principio de congruencia⁹.
43. Así pues, una lectura integrada y holística de la normatividad procesal deja claro que los reparos a la sentencia de primera instancia y la sustentación del recurso de apelación son dos actuaciones independientes, que ocurren en momentos diferentes y que se desarrollan ante jueces distintos. Los reparos consisten en una manifestación concreta y breve de los aspectos que se rechazan de la sentencia de primera instancia. Por el contrario, la sustentación es un acto que implica un desarrollo argumentativo profundo y que se realiza en todos los casos ante el juez de segunda instancia.
44. En relación con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en fallo de julio de 2021, declaró que la interposición es un acto totalmente distinto al de la sustentación y que ambos se requieren necesariamente para el desarrollo del recurso de apelación. Veamos:¹⁰

⁹ En tal sentido, obsérvese que el artículo 328 del Código General del Proceso establece: “*El juez de segunda instancia **deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que debe adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.***” Al respecto, en sentencia del 28 de julio de 2021 (Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo) la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

“De modo que, si bien es verdad, las facultades decisorias que la ley atribuye a las distintas clases y jerarquías de funcionarios para asumir el impulso y definición de unos específicos conflictos, es en principio plena, también lo es que está condicionada al marco referencial que las partes definen para cada juicio en particular, según sus propios intereses, el cual siempre debe respetarse sin que, por lo tanto, sea factible a aquéllos dejar de desatar todo lo que está comprendido dentro de él, ni extender o ampliar sus límites, y mucho menos, actuar por fuera de ellos.

(...)

2. Si, como viene de observarse, el referido principio opera en frente de toda sentencia judicial, están sometidas a él, igualmente, las de segunda instancia, esto es, aquellas en las que se desata el recurso de apelación interpuesto contra las de primer grado.

(...)

Como se aprecia, cuando la apelación la introdujo una sola de las partes, o cuando a pesar de provenir de ambas, los recursos no abarcan la totalidad del fallo cuestionado, las facultades decisorias del superior quedan restringidas a los “argumentos expuestos” por el o los impugnantes, los cuales pueden y deben exponerse al momento de la interposición de la alzada y en la sustentación de la misma, según pasa a explicarse.” (Destaco)

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de julio de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

2.3. Conjuntadas esas normas, se colige que la apelación de sentencias supone, en resumen, dos actuaciones del recurrente:

2.3.1. La interposición de la impugnación ante el *a quo*, con expresa y concreta indicación de los “reparos concretos” que se formulen al fallo cuestionado, laborio que él deberá hacer oralmente en la audiencia donde se profiera el mismo, o por escrito, dentro de los tres días siguientes a la fecha de ese acto, o de la notificación, si la sentencia no se dictó en audiencia.

2.3.2. Y la sustentación, que debe guardar estricta armonía con los referidos reproches específicos indicados al interponerse el recurso y que, necesariamente, debe realizar ante el superior, en la audiencia contemplada por el artículo 327 del Código General del Proceso.

2.4. La insatisfacción de cualquiera de esas exigencias trae como consecuencia la deserción del recurso, determinación que adoptará el *a quo*, si se deriva del incumplimiento de la primera o, el *ad quem*, si de la segunda.

3. No obstante su estrecha relación, se trata de pasos o fases autónomas, en tanto que, como se observa, cada una tiene objetivos propios, se realiza de forma distinta, en momentos diversos y ante autoridades diferentes, amén que su desatención cuenta con una sanción independiente, pese a ser la misma.

De suyo entonces, tales requisitos no pueden confundirse, y por lo mismo, mal puede admitirse que uno suple el otro, o más específicamente, que el acatamiento del primero exime al recurrente del deber de atender el segundo, o en el supuesto de darse el caso, que el último comporte el inicial.

(...)

Así las cosas, corresponde a esta Sala de la Corte, en atención a los deberes que, como tribunal de casación, le asigna la ley de “defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico” y de “unificar la jurisprudencia nacional”, según el expreso mandato del artículo 333 del Código General del

Proceso, zanjar de forma definitiva esa discusión, en los términos que se dejan indicados, esto es, que las fases de interposición y sustentación de la apelación de sentencias son distintas, y por lo mismo, inconfundibles; que la una no supe la otra; y que, como consecuencia de lo anterior, cada una debe tener cabal y separado cumplimiento en la forma prevista por la ley, esto es:

-La interposición, ante el *a quo*, oralmente en la audiencia en la que se profiere la sentencia impugnada, o por escrito presentado dentro de los tres (3) días siguientes a ese acto, o a la notificación del respectivo fallo, cuando no se dictó en audiencia, precisando “de manera breve los reparos concretos” que se formulen a la determinación generadora de la inconformidad -inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General de Proceso-.

-Y la sustentación, ante el *ad quem*, oralmente en la audiencia consagrada por el artículo 327 de la precitada obra, siendo “suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada” -inciso 3º del numeral 3º del artículo 322 *ib.*- y en todo caso, sujetando “su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia” -inciso 3º del primero de los preceptos en precedencia invocados-.

(...)

6. Se sigue de todo lo hasta aquí expuesto, que las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, únicamente se extiende al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda instancia, practique el *ad quem*.

45. Sobre la anterior providencia es importante destacar que:

- (i) Se trata de una providencia en la que la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, manifestó expresamente que zanjaría de forma definitiva la discusión sobre las diferencias entre la fase de interposición y sustentación del recurso, con base en sus deberes en calidad de tribunal de casación que implican “*defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico*” y “*unificar la jurisprudencia nacional*”¹¹. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 333 del Código General del Proceso, “*El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida*”.
- (ii) El fallo fue proferido en julio de 2021, es decir, con posterioridad a la expedición del Decreto 806 de 2020. Y, contrario a las providencias en sede de tutela citadas en el auto que aquí se recurre, es una providencia judicial que resolvió un recurso extraordinario de casación.

46. En consecuencia, la falta de sustentación del recurso de apelación, unida al hecho de haberse proferido sentencia sin que se hubiera surtido dicha actuación procesal por parte de la actora (y sin que se hubiera corrido traslado alguno a los demandados), configura varias causales de nulidad procesal, además de la consagrada en el numeral 6 del artículo 133 del Código General del Proceso.

47. En efecto, es claro que la actuación del Tribunal vulneró el derecho de contradicción y defensa, impidió la solicitud de pruebas por parte de mis

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de julio de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

poderdantes y, además, generó que la sentencia fuera proferida por un juez que no conoció de la sustentación del recurso (dado que no la hubo).

48. En relación con lo anterior, resulta útil exponer las causales establecidas en el Código General del Proceso:

“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.

2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, *revive un proceso legalmente concluido* o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.”(Destaco)

49. Así pues, dado que la parte demandante no presentó la sustentación del recurso de apelación y que, en cualquier caso, nunca se le corrió traslado a Acción Fiduciaria de los reparos presentados, el Tribunal debe retrotraer el trámite procesal para declarar la nulidad de la sentencia y declarar desierto el recurso presentado por la demandante.

C. LA SENTENCIA CITADA POR EL TRIBUNAL, PARA FUNDAMENTAR SU DECISIÓN, FUE REVOCADA

50. Con el propósito de fundamentar su decisión de no declarar desierto el recurso y de sustentar la posibilidad de equiparar los reparos realizados a la sentencia de primera instancia con la sustentación del recurso, el Tribunal Superior de Bogotá hizo referencia a la sentencia **STC5497-2021** del 18 de mayo de 2021.

51. Con fundamento en dicha providencia, el Tribunal manifestó que “no era (...) procedente declarar desierto el recurso, habida cuenta de que los reparos concretos fueron objeto de sustentación ante la autoridad de primer grado”.
52. Sin embargo, mediante providencia del 30 de junio de 2021¹², **la Corte Suprema de Justicia resolvió revocar la sentencia STC5497-2021** y declarar que no es admisible equiparar los reparos concretos realizados en sede inicial a la sustentación obligatoria que se realiza en segunda instancia, puesto que el legislador impuso al apelante el deber de argumentar y desarrollar en segundo grado los reparos concretos que se formularon ante el *a quo*.

“Ahora, es menester señalar que, esta Sala difiere del criterio expuesto en primera instancia constitucional, según el cual, la sustentación del recurso en segunda instancia constituye un «exceso rigorismo jurídico», pues si bien esta Corporación en oportunidad anterior encontraba que tal exigencia violaba el debido proceso, lo cierto es que de conformidad con la sentencia CC SU418-2019, esta colegiatura modificó su criterio, tal como se indicó en la sentencia STL2791-2021.

Cabe precisar que, en un caso de idénticos contornos esta Sala ya se pronunció al respecto, esto es, en la sentencia CSJ STL7317-2021 en la que se dijo:

Ahora bien, al descender al sublite, observa la Sala que, de conformidad con la impugnación, el problema jurídico a resolver se contrae a dilucidar si la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales vulneró los derechos fundamentales de la sociedad actora al emitir la providencia de 9 de marzo de 2021, a través de la cual mantuvo incólume la determinación que declaró desierta la alzada.

(...)

***Adviértase como el fallador convocado empezó por indicar que el Decreto 806 de 2020 impone a la parte recurrente el deber de sustentar el recurso de apelación ante el juzgador de segundo grado, una vez ejecutoriado el auto que admitió la alzada.** La omisión de dicha carga conlleva a la declaratoria de desierto, normativa que «guarda relación con el precepto 322 del CGP, eso sí, estructurándose ahora un trámite escritural en el evento de no ser necesario el decreto de pruebas en segundo nivel».*

*A continuación, el Colegiado enjuiciado sostuvo que «**si bien existió una alusión a los reparos concretos cuando el asunto aún se hallaba en la sede inicial, proclamados a su turno en contra de la decisión replicada, no es admisible equiparar***

¹² Corte Suprema de Justicia, Sentencia STL8304 del 30 de junio de 2021. Magistrado Ponente: Fernando Castillo Cadena.

sus efectos a la sustentación obligatoria en segunda instancia». Lo anterior, comoquiera que, para el juez de apelaciones, el legislador no solo impuso al apelante el deber de «edificar en primera sede la pretensión impugnativa», sino también la obligación de «argumentar y desarrollar en segundo grado esos reparos concretos que debieron formularse ante el a quo» (énfasis agregado)”.

53. Así pues, no sólo el texto del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 es claro al señalar que la sustentación debe realizarse por escrito, **tras la ejecutoria del auto que admite el recurso**, sino que, además, la providencia utilizada por el Tribunal para sustentar su decisión de no declarar desierto el recurso fue revocada por la Corte Suprema.
54. Adicionalmente, no sobra destacar que son varios los pronunciamientos recientes de la Corte Suprema de Justicia, tanto la sala Laboral como Civil, en los que se corrigió la postura expuesta por el Tribunal Superior de Bogotá y, por ende, revocando la decisión inicial de equiparar los reparos a la sustentación de la apelación y declarándose desierto el recurso¹³.
55. Finalmente, resalto que las sentencias referidas han sido citadas expresamente por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá con el propósito de sustentar y fundamentar providencias en las que se ha declarado desierto el recurso de apelación por ausencia de sustentación.
56. En efecto, en auto del 22 de septiembre de 2021, proferido por la Sala Civil del Tribunal (Magistrado Ponente Alfonso Zamudio Mora), se declaró desierto un recurso de apelación por falta de sustentación y se hizo referencia expresa a las sentencias STL2791-2021, **STL8304-2021 (que revocó la STC5497-2021)**, STL7317-2021, STL6362-2021, STL5683-2021, STL11496-2021, STC13242/2017, STC705-2021 y STC3472-2021¹⁴.

D. EL MISMO TRIBUNAL DECLARÓ QUE, TRAS LA EJECUTORIA DEL AUTO ADMISORIO DEL RECURSO, EL APELANTE DEBÍA PRESENTAR LA SUSTENTACIÓN. A ACCIÓN FIDUCIARIA NUNCA SE LE CORRIÓ TRASLADO PARA QUE EJERCIERA SU DERECHO DE DEFENSA

57. En relación con todo lo previamente expuesto, y específicamente con la regulación del trámite del recurso de apelación establecida en el Decreto 806 de 2020, es necesario destacar que el mismo Tribunal, al proferir el auto admisorio del recurso de apelación, manifestó que *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”*,

¹³ Al respecto ver, entre otras, sentencias STL11496 del 25 de agosto de 2021, STL7317 del 16 de junio de 2021 y STL5683 del 19 de mayo de 2021.

¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto del 22 de septiembre de 2021. Magistrado Ponente Alfonso Zamudio Mora, Radicado 110013103004202000127 01

*vencidos los cuales la contraparte deberá descorrer, si a bien lo tiene, el correspondiente traslado*¹⁵.

58. En efecto, en ningún momento el Tribunal manifestó que se podría tener como sustentación del recurso los reparos presentados ante el juez de primera instancia. Todo lo contrario, el Tribunal indicó que, tras la ejecutoria del auto admisorio, el apelante debía (sin matices ni condicionamientos) sustentar el recurso, tras lo cual la contraparte tendría la oportunidad de descorrer dicha sustentación.
 59. Como ya ha sido mencionado a lo largo de este escrito, nada de lo mencionado por el Tribunal en el auto del 3 de junio de 2021 sucedió. La parte apelante no presentó la sustentación del recurso, ni siquiera radicó un escrito ratificando lo alegado en los reparos. Por su parte, el Tribunal tampoco realizó manifestación alguna, nunca declaró que se tendría como sustentación el escrito de reparos y, en cualquier caso, no cumplió con su deber de correr traslado a mis poderdantes para que ejercieran su derecho de defensa.
 60. Por ello, resulta cuanto menos contradictorio que el Tribunal profiera un auto manifestando que tras la ejecutoria de una providencia se **deberá sustentar el recurso** y que, posteriormente, ante la omisión del apelante, resuelva tener como sustentación un escrito que fue presentado meses antes de la ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación.
 61. Así mismo, también es contraproducente que el Tribunal sustente y fundamente el auto que es objeto de este recurso de súplica, proferido el 23 de septiembre de 2021, a partir de una providencia que se encontraba revocada desde el mes junio del mismo año.
 62. Por todo lo anterior, es claro que se configuró una nulidad procesal que requiere retrotraer el curso del proceso y, posteriormente, declarar desierto el recurso de apelación.
- E. INCLUSO SI SE CONSIDERA QUE EL RECURSO NO DEBE DECLARARSE DESIERTO, ELLO NO CAMBIA QUE EL TRIBUNAL HAYA OMITIDO SU DEBER DE CORRER TRASLADO A LA PARTE DEMANDADA CON EL PROPÓSITO DE QUE ESTA EJERCIERA SU DERECHO DE DEFENSA**
63. En el citado auto del 23 de septiembre de 2021, mediante el cual se resolvió el incidente de nulidad, el Tribunal manifestó que la oportunidad con la que contaban mis poderdantes para descorrer el traslado del recurso era tras la ejecutoria del auto admisorio.
 64. Sin embargo, dicho planteamiento del Tribunal resulta problemático por varios motivos y, evidentemente, vulnera el derecho al debido proceso de mis poderdantes.

¹⁵ Auto del 3 de junio de 2021 mediante el cual el Tribunal admitió el recurso de apelación.

65. En primer lugar, se insiste en que el Tribunal declaró que, tras la ejecutoria del auto admisorio, se debía sustentar el recurso. Dicha sustentación nunca ocurrió, motivo por el cual mis poderdantes nunca recibieron de la parte apelante un escrito que descorrer y esperaron en vano a que el Tribunal cumpliera con su deber de correrles traslado, cosa que, como ya se ha visto, nunca sucedió.
66. En segundo lugar, el Tribunal nunca manifestó, tras la ejecutoria del auto admisorio y la expiración del término de cinco días con que contaba el apelante para sustentar el recurso, que tomaría como sustentación del recurso los reparos presentados ante el juez de primera instancia. Si el Tribunal quería equiparar los reparos a la sustentación del recurso lo debió haber manifestado y comunicado a las partes.
67. Al respecto, por ejemplo, en auto de 29 de julio de 2021¹⁶ el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la H. Magistrada Adriana Ayala Pulgarín, señaló la necesidad de notificar expresamente a la parte no apelante de la decisión del *ad quem* de tener por cumplida la carga de sustentación con los reparos efectuados en primera instancia¹⁷:

De cara al informe secretarial que antecede, sería del caso declarar desierta la alzada en estudio, sino fuera porque el extremo recurrente sustentó suficientemente su recurso ante la autoridad de primera instancia, motivo por el cual, siguiendo los lineamientos demarcados por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia STC5497-2021 de 18 de mayo de 2021 y con el fin de garantizar a las partes su derecho fundamental al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, se tendrá por cumplida la carga echada de menos y, en consecuencia, de aquella argumentación se ordena dar traslado a la parte no apelante, para que, si a bien lo tiene, dentro del término legal, se pronuncie sobre la misma.

68. Ahora bien, advierto que tanto antes como después de la expedición del referido auto, se profirieron sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se manifestó expresamente que los reparos no suplen ni equivalen a la sustentación del recurso, declarándose que en tales casos la apelación debe declararse desierta. En particular la sentencia de 28 de julio de 2021 proferida en sede casacional y desarrollada en párrafos anteriores.
69. En su lugar, el Tribunal Superior de Bogotá guardó absoluto silencio, no realizó manifestación alguna y procedió a dictar sentencia sin haberle permitido a mis poderdantes ejercer su derecho de defensa.
70. En tercer lugar, el Tribunal Superior de Bogotá parece ignorar que a Acción Fiduciaria nunca se le corrió traslado, ni en primera ni en segunda instancia,

¹⁶ En todo caso, es necesario destacar que dicho auto se fundamentó en la sentencia STC5497-2021 la cual fue revocada en segunda instancia.

¹⁷ Al respecto ver, entre otras, las sentencias STL11496 del 25 de agosto de 2021, STL7317 del 16 de junio de 2021 y STL5683 del 19 de mayo de 2021.

de los reparos efectuados por la parte demandante, sencillamente porque la ley procesal no lo contempla ni lo exige. De ahí que fuese esencial que, una vez agotado el término de cinco días con el que contaba el apelante para sustentar el recurso, se le hubiese corrido traslado a mis poderdantes.

71. Así pues, en términos prácticos el planteamiento del *ad quem* implica que Acción Fiduciaria debía descorrer un traslado de un escrito de sustentación que nunca se presentó y asumir, sin que se efectuara traslado secretarial alguno, que el Tribunal Superior tomaría como sustentación el escrito de reparos (frente al cual el Código General del Proceso no tiene previsto traslado alguno). Todo ello a pesar de que el mismo Tribunal Superior en el auto admisorio del recurso de apelación había ordenado al apelante efectuar la sustentación del recurso una vez ejecutoriado el auto admisorio de la apelación.
72. Por ello, bajo el planteamiento no informado del Tribunal Superior de Bogotá, mis poderdantes estaban obligados a descorrer en segunda instancia un escrito de reparos presentado ante el juez de primera instancia, escrito del que nunca se les corrió traslado y del que jamás se manifestó que iba a ser tenido como sustentación de la apelación.
73. Todo ello, además, tras haber proferido el Tribunal un auto en el que instruía a la parte apelante a sustentar el recurso tras la ejecutoria del auto admisorio de la apelación, sustentación que nunca se presentó y frente a la que no se ordenó realizar traslado secretarial alguno.
74. Por todo lo anterior, debe concluirse que se incurrió en una nulidad al cercenarse por completo la oportunidad con la que contaban mis poderdantes para descorrer la supuesta sustentación del recurso.

F. CONCLUSIONES

75. Para finalizar, es pertinente reiterar una serie de asuntos que fueron señalados previamente en el presente escrito.
76. Es claro que el Decreto 806 no eliminó la obligación de sustentar el recurso de apelación tras la ejecutoria del auto admisorio. La referida norma simplemente dispuso que la sustentación debe realizarse de forma escrita y no oral.
77. La jurisprudencia es clara al señalar que los reparos a la sentencia de primera instancia no equivalen a la sustentación de la apelación.
78. La providencia citada por el Tribunal para sustentar una supuesta equivalencia entre los reparos y la sustentación fue revocada por la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, la Corte ha proferido diversas sentencias en las que declara la imposibilidad de suplir y equiparar la sustentación con los reparos.

79. Al admitir el recurso de apelación, el Tribunal fue claro al expresar que, tras la ejecutoria del auto admisorio, el apelante debía sustentar el recurso. Luego, sin efectuar manifestación alguna, decidió tomar como sustentación el escrito de reparos, lo cual contradice el Decreto 806 de 2020 y la propia manifestación del Tribunal.

V. ANEXOS

1. Sentencia STL8304 del 30 de junio de 2021.
2. Auto del 22 de septiembre de 2021 proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, Magistrado Ponente Manuel Alfonso Zamudio Mora, en el marco del proceso con radicado No. 110013103004202000127 01.
3. Auto del 29 de julio de 2021 proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, Magistrada Ponente Adriana Ayala Pulgarín, en el marco del proceso con radicado No. 11001 31 99 003 2018 03108 01.

Con mi acostumbrado respeto,



DANIEL POSSE VELÁSQUEZ
C.C. No. 79.155.991 de Usaquén
T.P No. 42.259 del C.S. de la J.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Rad. N° 11001 31 99 003 2018 03108 01

De cara al informe secretarial que antecede, sería del caso declarar desierta la alzada en estudio, sino fuera porque el extremo recurrente sustentó suficientemente su recurso ante la autoridad de primera instancia, motivo por el cual, siguiendo los lineamientos demarcados por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia STC5497-2021 de 18 de mayo de 2021¹ y con el fin de garantizar a las partes su derecho fundamental al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, **se tendrá por cumplida la carga echada de menos** y, en consecuencia, de aquella argumentación **se ordena** dar traslado a la parte no apelante, para que, si a bien lo tiene, dentro del término legal, se pronuncie sobre la misma.

Secretaría obre de conformidad y, acaecido el lapso correspondiente, ingrese el expediente para proveer.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE²,

Firmado Por:

**ADRIANA AYALA PULGARIN
MAGISTRADO**

TRIBUNAL 017 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **106e6b4e682aa21ef3d2e71b4996e840a32200b1d68519aecbf19102a755534b**
Documento generado en 29/07/2021 01:44:04 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ M.P. Álvaro Fernando García Restrepo Exp. 11001020300020210113200.

² Para consultar el expediente: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso N.º 110013103004202000127 01
Clase: VERBAL – NULIDAD
Demandante: WELLNESS CENTER MDI MARINO S.A.S.
Demandados: LUIS ERNESTO y YANIBE CABRERA MEJÍA

Comoquiera que la demandante, dentro de la oportunidad que consagra el penúltimo inciso del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 (cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que negó su solicitud probatoria), cuyo plazo feneció el 30 de agosto de 2021, por su habilitación que tuvo lugar en proveído de 17 de ese mismo mes y año¹, no sustentó el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia virtual que el 5 de mayo de 2021 profirió el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, se declara DESIERTO su alzamiento, de conformidad con la norma reseñada en precedencia², en concordancia con los artículos 322 (*in fine*³), 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias SU418 de 2019 y C-420 de 2020), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencias STC13242/2017; STC705-2021; y STC3472-2021) y la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación (sentencias STL2791-2021, rad. 92191; STL8304, rad. 93787; STL7317-2021, rad. 93665; STL6362-2021, rad. 93129; STL5683-2021, rad. 93211; y STL11496-2021, rad. 94387).

Sin costas por no aparecer causadas (art. 365. 8, *ib.*).

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al juzgado de primera instancia, previas las constancias de rigor.

¹ Notificado por estado electrónico n.º 142 de 18 de agosto de 2021, consultable en los siguientes enlaces: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/82306944/E-142+AGOSTO+18+DE+2021.pdf/5a1a78af-c2fb-4494-ac2c-3294470419c9> (pág. 3 del listado) y <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/82306944/MEMORIALES+E-142+AGOSTO+18+DE+2021.pdf/dda67b61-d2bb-4ea6-97d0-5ef63fc4910e> (págs. 205 a 209, *ib.*).

² Según la cual “**ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. (...) Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto” (se subraya y resalta).**

³ Norma según la cual “**el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d95fa08422352f28a55ccd29def26946804f539ccdfdea037b2c84754df7f34

Documento generado en 22/09/2021 04:37:00 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

STL8304-2021

Radicación n.° 93787

Acta 24

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala la impugnación interpuesta por **LUIS ALBERTO RUBIANO GONZÁLEZ** contra la decisión proferida el 18 de mayo de 2021 por la Sala de Casación Civil, dentro de la acción de tutela que promovió **MARTHA CECILIA MUJICA DUARTE** frente a la **SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, asunto que se hizo extensivo a las partes e intervinientes dentro del asunto objeto de debate constitucional.

I. ANTECEDENTES

La parte accionante acudió a este mecanismo excepcional en procura de que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, doble instancia e igualdad, presuntamente vulnerados por la autoridad judicial tutelada.

Del escrito inaugural y de los documentos aportados se extrae, en síntesis, que Luis Alberto Rubiano impetró proceso de pertenencia en contra de la aquí accionante, respecto del predio con matrícula inmobiliaria 50N-538425, asunto que conoció el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá.

Que mediante sentencia de 28 de septiembre de 2020, el juzgador cognoscente acogió las pretensiones de la demanda y, por ello, la parte vencida interpuso recurso de apelación de forma escrita, oportunidad en la que expuso las razones por las que disentía de ésta.

Que en auto del 16 de diciembre siguiente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá admitió la alzada y ordenó correr traslado para sustentarla por el término de cinco (5) días, conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Adujo la promotora a través de su apoderada, que se revisó el proceso en la página judicial y al observar el auto que corrió traslado, después de una larga búsqueda toda vez que, no era fácil acceder a dicha plataforma, el día 25 de enero de 2021 informó a la Secretaría del despacho que el recurso ya se había sustentado ante el juzgador de origen.

Sin embargo, en proveído de 29 de enero de 2021, el colegiado denunciado declaró desierto el recurso de apelación, decisión que fue objeto de reposición, empero, que con auto de 5 de abril siguiente no prosperó.

Se quejó la accionante de lo anterior, toda vez que, sustentó debidamente su alzada desde el momento de su interposición, por lo que, resultaba innecesario exponer de nuevo las razones de su inconformidad ante el superior, pues *«si se presenta la sustentación ante el juez de primera instancia, sea de manera verbal o escrita, dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la sentencia (tal como ocurrió), se considera que se cumplió con el requisito de sustentación, no pudiéndose declarar desierto el recurso en caso de no sustentarte ante el juez de segunda instancia»*.

La actora agregó que el artículo 322 del CGP dejaba abierta la posibilidad de sustentar ante el juez de primera instancia o ante el superior jerárquico; que dicha norma no mencionaba la duplicidad de la sustentación, situación que sería un exceso ritual manifiesto; que a su criterio, *«si al momento de interponer el recurso de apelación ante el juez de primera instancia, no hubiese hecho la sustentación debida del recurso, tendría razón por parte del Honorable Tribunal, para declararlo desierto por la causal interpuesta en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020. Pero la misma queda sin efecto ya que DICHO RECURSO FUE SUSTENTADO DE MANERA ESCRITA, LA CUAL ES LA FINALIDAD DEL DECRETO 806 DE 2020»*.

Enfatizó la libelista que no solo había formulado los reparos concretos en su apelación contra la determinación de primer grado, sino que expuso *«suficientemente las razones de [su] inconformidad con la providencia apelada que es en lo que según el artículo 322 del CGP consiste la*

sustentación», por lo que, no era prudente exigirle una doble sustentación, máxime cuando por mandato del canon 228 de la Carta Política, en consonancia con el artículo 11 del Código General del Proceso, debía el director del proceso «al interpretar la ley procesal, (...) tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial».

Así las cosas, la actora solicitó la protección de sus derechos incoados y, en consecuencia, se deje sin efecto el auto de 29 de enero de 2021 dictado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el que se declaró desierto el recurso de apelación y, en su lugar, se dé el trámite correspondiente frente a resolver aquel medio de impugnación.

II. TRÁMITE Y DECISIÓN DE INSTANCIA

Mediante auto de 13 de mayo de 2021, la Sala de Casación Civil admitió la tutela, vinculó a los arriba mencionados y dispuso el traslado respectivo a las partes para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

En su momento, el apoderado judicial de Luis Alberto Rubiano González, vinculado al presente asunto y quien ostenta la calidad de demandante dentro del proceso verbal de pertenencia objeto de análisis, adujo que no compartía lo mencionado por la actora, toda vez que, la autoridad denunciada se sujetó a las normas pertinentes para declarar desierto el recurso de apelación instaurado, pues este debía sustentarse ante el superior y de no hacerlo se

debía declarar desierto. Citó normas al respecto como jurisprudencia del tema particular y dijo que no se habían vulnerado derechos fundamentales.

El Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá informó que en dicho despacho cursó, en primera instancia, el proceso verbal de pertenencia iniciado por Luis Alberto Rubiano González contra la señora Martha Cecilia Mujica Duarte y demás personas indeterminadas, en el que, una vez surtido el trámite correspondiente, se profirió sentencia escrita el 28 de septiembre de 2020, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

Que mediante proveído de fecha 12 de noviembre de 2020, se concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación formulado por la demandada Martha Cecilia Mujica Duarte, por lo que se remitió el expediente al superior.

Finalmente, indicó que en esta oportunidad, se cuestionaba la decisión de 29 de enero de 2021 en la que el tribunal declaró desierto el recurso de alzada como el auto de 5 de abril siguiente que no repuso la anterior, por lo que, en lo que tenía que ver con esa autoridad, no se había vulnerado derecho alguno.

Surtido el trámite de rigor, la Sala de Casación Civil mediante decisión de 18 de mayo de 2021, concedió el amparo pretendido y dispuso *«DEJAR sin valor ni efecto la providencia proferida el 5 de abril de 2021 por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de*

Bogotá, en el marco de la acción de usucapión que en contra de la tutelante instauró Luis Alberto Rubiano González, con radicado No. 2019-00116-00, así como las demás que dependan de ella» y, ordenó a la autoridad denunciada que «dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a resolver nuevamente el recurso de reposición propuesto por la aquí interesada contra el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado dictada al interior del proceso en comento, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en el presente fallo».

Para tal efecto, primero hizo un recuento de las actuaciones adelantadas dentro del asunto, posteriormente citó apartes de la decisión de 5 de abril de 2021, por medio de la cual el colegiado denunciado no repuso el proveído que declaró desierto el recurso de apelación e indicó:

No se equivoca el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, al citar varios pronunciamientos de esta Sala sobre el deber del recurrente de sustentar oralmente el recurso de apelación formulado frente a las sentencias judiciales ante el superior, conforme lo dispuesto en el artículo 322 del Código General del Proceso.

[...].

[...] la Sala ha considerado que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la exposición de los motivos de la alzada frente a una sentencia judicial, no exime al recurrente de la carga de sustentar oralmente sus inconformidades ante el superior. Y es que, ello se justifica porque el sistema procesal contemplado en aquella obra propende por el respeto y la garantía del principio de oralidad, así como de otros valores importantes como la celeridad y la concentración de los actos judiciales.

Sin embargo, la difícil situación por la que atraviesa actualmente la sociedad a causa de la pandemia generada por el covid-19, obligó a que el Estado se adaptara a los retos impuestos por la propagación de éste. Así por ejemplo, en el

campo jurídico, se promulgaron varias normas de carácter transitorio sobre la ritualidad de los procesos judiciales, de esta manera, respecto de la sustentación del recurso de apelación el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, dispuso que: (...).

Citó la norma arriba mencionada y dijo:

De este modo, cierto es que el cambio de la realidad que trajo la emergencia sanitaria conllevó a que se abandonara, momentáneamente, la necesidad de sustentar oralmente el recurso de apelación, para ser suplida por el sistema de antaño, esto es, que las inconformidades de los apelantes contra las providencias judiciales se formularan por escrito y así proteger bienes tan trascendentales como la vida y la salud de los usuarios y funcionarios de la justicia.

No obstante, aquí es pertinente hacer claridad en algo, y es que la exigencia de exponer de manera oral los reproches frente a los pronunciamientos judiciales no ha desaparecido, pues, se reitera, las medidas tomadas por el Gobierno Nacional son temporales debido a la emergencia sanitaria, además, por motivos de salubridad pública, la oralidad actualmente no es indispensable, por eso es que, por ahora los recurrentes deben presentar sus disensos de manera escrita.

Bajo esa perspectiva, en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación, de lo contrario, si los reproches realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada.

Como se recuerda, en el caso concreto, la señora Martha Cecilia Mujica Duarte instauró recurso de apelación contra la sentencia del 28 de septiembre de 2020, y por escrito, expuso cada una de las inconformidades por las que estimaba debía revocarse aquella decisión. Luego, en auto del 5 de octubre de 2020 el Tribunal accionado admitió el remedio vertical, así que procedió a correr traslado por el término de cinco (5) días a la recurrente, aquí actora, para que sustentara por escrito dicho remedio de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 14 del mentado Decreto Legislativo, determinación frente a la cual, la aquí interesada, puso de presente que en el expediente ya obraba un escrito a través del cual procedió a cumplir con la carga que le fue impuesta, la cual, al calificarse insatisfecha, produjo la declaración de la deserción del citado mecanismo el 29 de enero hogaño, decisión que recurrida, se mantuvo en providencia del 5 de abril siguiente.

En esas condiciones, no puede desconocerse, entonces, que erró el Tribunal accionado al declarar la deserción de la alzada propuesta por la parte demandada, acá interesada, por ausencia de sustentación, dado que desde la interposición de dicho medio aquélla expuso con detalle las razones por las cuales disenta de la sentencia de primera instancia proferida dentro del asunto objeto de revisión constitucional; y como ese escrito se hallaba dentro del expediente, la Sala Civil de Decisión criticada pudo tener por agotada la sustentación de la apelación, y de esta manera, dar prelación al derecho sustancial sobre las formas, por virtud del principio de economía procesal.

Acto seguido, citó un aparte de la sentencia CSJ STC-2680-2020 que toca el tema del «*exceso rigorismo jurídico*» y concluyó que:

[...] es claro que ante el defectuoso trámite impartido por la Colegiatura accionada respecto del recurso vertical propuesto por la parte demandada en el litigio tantas veces referido, se justifica la intervención del Juez de tutela en aras de restablecer la garantía superior al debido proceso que le fue conculcada a la aquí interesada, por lo que se dejará sin valor ni efecto las providencias cuestionadas, para que la citada autoridad proceda nuevamente a tramitar, en lo que corresponda, el mencionado remedio.

III. IMPUGNACIÓN

Luis Alberto Rubiano González vinculado a la presente acción impugnó; expuso que no compartía lo dicho por el *a quo* constitucional por cuanto el fallo se apartó de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia SU418-2019, como también de decisiones de la Sala de Casación Laboral y de la misma Sala de Casación Civil. Citó las normas que regulan el trámite de la apelación de las sentencias y, señaló que de ello era claro que el recurso de apelación debía sustentarse ante el superior.

Acto seguido, citó varias decisiones dictadas por la Sala de Casación Civil en lo atinente a la sustentación del recurso de alzada, para así decir que era obligación sustentar el medio vertical, sin que ello pudiese verse como una carga adicional, pues ello estaba normado y, que de no realizarse tal argumentación, el fallador debía aplicar el inciso 4 numeral 3 del artículo 322 del CGP, esto era, declarar desierto el mismo, como bien lo hizo el tribunal denunciado.

Por lo anterior, solicitó que se revocara la decisión de primer grado, por cuanto, no se avizoraba una vulneración de derechos a la parte accionante.

IV. CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y los decretos que reglamentaron su ejercicio, la acción de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento de trámite preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso *sub examine*, la parte accionante pretende que se deje sin efecto el auto de 29 de enero de 2021 dictado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá, en el que se declaró desierto el recurso de apelación que aquella instauró, pues a su juicio, dicha determinación le afectó sus garantías.

El juzgador de primer grado amparó los derechos invocados por la parte actora y, dejó sin efecto la providencia de 5 de abril de 2021, dictada por la autoridad accionada que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del auto que declaró desierto el recurso de apelación, para que, en su lugar, se resolviera nuevamente tal recurso teniendo en cuenta lo expuesto en dicha sentencia.

El vinculado Luis Alberto Rubiano González impugnó y argumentó que no compartía lo dicho por el *a quo* constitucional por cuanto el fallo se apartó de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia SU418-2019, como también de las decisiones de la Sala de Casación Laboral y de la misma Sala de Casación Civil, pues era claro que se debía hacer la respectiva sustentación del recurso ante el superior.

En primer lugar, cabe precisar que, la providencia fustigada no sobrepasa el tiempo prudencial que ha dicho la jurisprudencia para interponer la tutela y, al no existir otros mecanismos que tuviese la actora para agotar, pues agotó el recurso de reposición que tenía a su alcance, se cumplen con los presupuestos de inmediatez y residualidad.

De ahí que, en aras de garantizar la protección de los derechos invocados, la Sala revisará la determinación de 5 de abril de 2021 la cual zanjó el asunto. En su momento

dijo la autoridad denunciada:

Una de las modificaciones que al régimen de las impugnaciones en materia civil implementó el Código General del Proceso y que, de paso, acabó con discusiones bizantinas en torno a la instancia en la cual el apelante debía sustentar la alzada, fue justamente la contenida en su artículo 322, al disponer el cumplimiento de dos (2) cargas bien diferenciadas.

La primera, que al interponerse el recurso el impugnante exprese ante el juzgado de conocimiento ‘los reparos concretos’ sobre los cuales versará la sustentación, la cual podrá cumplirse inmediatamente si la decisión se toma en audiencia o dentro de los tres (3) días siguientes a su realización, ora a la notificación de la que se hubiera dictado por fuera de ésta.

La segunda, la de acudir ante el juzgador ad quem a realizar la sustentación en la audiencia que para ese preciso fin y dictar el fallo correspondiente contempla el artículo 327 del mismo ordenamiento, oportunidad en la que deberá ‘desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia’.

Fue tal el querer del legislador de 2012 de que ante el juzgador que ha de dirimir la instancia se expongan las alegaciones de las partes que desde el artículo 107 fue perentorio al indicar, que ‘cuando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales’.

Incluso, esa dualidad de actuaciones del inconforme con la sentencia de primera instancia no fue objeto de modificación con la medida temporal adoptada en el Decreto 806 de 2020, -bajo cuya cuerda se tramitó la alzada por este colegiado- pues éste, en orden al recurso de apelación en materia civil y de familia, dispuso lo siguiente: ‘Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes. Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso’.

Es irrefutable que el mentado decreto no eliminó la obligación a cargo del apelante de sustentar su impugnación ante el juzgador de segundo grado y, mucho menos, la consecuencia sancionatoria que su omisión conlleva.

Citó apartes de la sentencia STC7646 de 2020 en la que dijo que se pronunciaban en esa misma dirección como también trajo a colación la providencia SU418 de 2019 en la que se señaló: *«De este modo, es evidente que, tratándose de la apelación de sentencias, ante el juez de primera instancia se interpone el recurso y se precisan de manera breve los reparos concretos que se le hacen a la decisión, pero la sustentación del recurso debe hacerse ante el superior»; y, finalmente concluyó: «Si ello es así, como evidentemente lo es, al no concurrir el recurrente a satisfacer la carga procesal de sustentar ante esta Colegiatura su recurso vertical, devenía insoslayable la consecuencia sancionatoria prevista en la normativa antes reseñada, como era declarar desierto el recurso de alzada».*

De lo expuesto, resulta evidente que el tribunal no incurrió en una vía de hecho que conlleve al desconocimiento de los derechos alegados por la accionante, estos son, el debido proceso, defensa, contradicción, doble instancia e igualdad, por el contrario, garantizó tales prerrogativas, pues el director de la respectiva actuación judicial o administrativa debe ceñir sus actos al procedimiento que previamente la ley estableció con el objeto de preservar los derechos y vigilar el cumplimiento de las obligaciones por parte de quienes estén involucrados en el correspondiente trámite, tal como aconteció en este caso.

En consecuencia, es evidente que la autoridad judicial accionada está lejos de configurar una violación constitucional, dado que su decisión es producto de una interpretación jurídica respetable, con apego a las normas y la jurisprudencia que gobiernan el asunto sometido a su consideración, sin que se avizore una actuación irregular por parte de dicho juzgador y resulta improcedente fundamentar la solicitud de amparo en discrepancias de criterio frente a interpretaciones normativas o valoraciones probatorias realizadas por los jueces naturales, como si se tratara de una instancia más y pretender que el juez constitucional sustituya en su propia apreciación, el análisis que al efecto hicieron los funcionarios designados por el legislador para tomar la decisión correspondiente dentro de los litigios sometidos a su consideración.

Ahora, es menester señalar que, esta Sala difiere del criterio expuesto en primera instancia constitucional, según el cual, la sustentación del recurso en segunda instancia constituye un «*exceso rigorismo jurídico*», pues si bien esta Corporación en oportunidad anterior encontraba que tal exigencia violaba el debido proceso, lo cierto es que de conformidad con la sentencia CC SU418-2019, esta colegiatura modificó su criterio, tal como se indicó en la sentencia STL2791-2021.

Cabe precisar que, en un caso de idénticos contornos esta Sala ya se pronunció al respecto, esto es, en la sentencia CSJ STL7317-2021 en la que se dijo:

Ahora bien, al descender al sub lite, observa la Sala que, de conformidad con la impugnación, el problema jurídico a resolver se contrae a dilucidar si la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales vulneró los derechos fundamentales de la sociedad actora al emitir la providencia de 9 de marzo de 2021, a través de la cual mantuvo incólume la determinación que declaró desierta la alzada.

Al respecto, importa precisar que revisada la providencia en mención, se evidencia que no hay nada que reprocharle al Tribunal encartado, pues, contrario a lo aducido por el a quo constitucional, la decisión estuvo fundamentada en la valoración de los medios de convicción presentes en el proceso, la aplicación de las normas y jurisprudencia que rigen el asunto y su libre formación del convencimiento, así como en la apreciación racional del caso sometido a su estudio.

Adviértase como el fallador convocado empezó por indicar que el Decreto 806 de 2020 impone a la parte recurrente el deber de sustentar el recurso de apelación ante el juzgador de segundo grado, una vez ejecutoriado el auto que admitió la alzada. La omisión de dicha carga conlleva a la declaratoria de desierto, normativa que «guarda relación con el precepto 322 del CGP, eso sí, estructurándose ahora un trámite escritural en el evento de no ser necesario el decreto de pruebas en segundo nivel».

A continuación, el Colegiado enjuiciado sostuvo que «si bien existió una alusión a los reparos concretos cuando el asunto aún se hallaba en la sede inicial, proclamados a su turno en contra de la decisión replicada, no es admisible equiparar sus efectos a la sustentación obligatoria en segunda instancia».

Lo anterior, comoquiera que, para el juez de apelaciones, el legislador no solo impuso al apelante el deber de «edificar en primera sede la pretensión impugnativa», sino también la obligación de «argumentar y desarrollar en segundo grado esos reparos concretos que debieron formularse ante el a quo». Afirmó que sobre el particular, la homóloga Civil se pronunció en sentencia CSJ STC10405-2017.

(...)

Así las cosas, se advierte que, contrario a lo considerado por el a quo constitucional, la Magistratura enjuiciada realizó un estudio de la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso para, con base en su sana crítica, concluir que la falta de sustentación en segunda instancia acarrea la declaratoria de desierto del recurso de alzada.

En ese orden, no le asiste razón a la parte actora cuando pretende que se revoque la providencia censurada, toda vez que no se observa que haya sido caprichosa e inconsulta; por el contrario, no puede perderse de vista que el trámite cuestionado se adelantó con el análisis de los elementos de juicio presentes

en el plenario, con la aplicación de la norma que rige el caso y con la percepción razonable del Colegiado convocado. De ahí, se observa que dicha autoridad actuó dentro del marco de la autonomía e independencia que le es otorgada por la Constitución y la ley.

En efecto, observa esta Corporación que los argumentos esbozados por la promotora no son de recibo en sede de tutela, puesto que con ellos se buscan controvertir el fondo de una decisión en derecho. No puede entonces, el fallador de tutela bajo el supuesto de la vulneración de garantías fundamentales, lo cual cabe anotar ni si quiera fue probado por la sociedad petente, entrar a dejar sin efecto la determinación adoptada por el juez natural del asunto, quien denegó sus súplicas, luego de un análisis juicioso y racional de la situación sometida a su escrutinio y de la formación libre de su convencimiento.

De modo que la decisión combatida en nada riñe con la efectividad de las garantías superiores de la empresa interesada, pues, aceptar lo contrario, generaría una intromisión injustificada del juez constitucional en los asuntos propios de la jurisdicción ordinaria e implicaría desconocer principios rectores del sistema jurídico, como lo son la cosa juzgada y la autonomía judicial.

Oportunidad en la que también se resaltó:

Ahora, es menester precisar que si bien, esta Sala de la Corte en casos de similares contornos consideró que no era dable declarar desierto del recurso de apelación que había sido sustentado en primera instancia, pues ello vulneraba el derecho fundamental al debido proceso del interesado, lo cierto es que dicho criterio se recogió en sentencia CSJ STL2791-2021 en la que se indicó:

En el caso particular que se revisa, debe indicarse que esta Sala al realizar un nuevo estudio del artículo 322 del Código General del Proceso, considera que en efecto la consecuencia de la no sustentación del recurso de apelación en segunda instancia, al margen de que los reparos concretos se hubieren presentado en la audiencia y la sustentación se haya hecho por escrito ante el juez singular, es la declaratoria de desierto de la alzada, pues así lo dejó consagrado el legislador cuando dijo en la referida norma:

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. (subrayas para resaltar).

Así lo consideró la Corte Constitucional cuando, al resolver varios asuntos como el que nos ocupa, expidió la sentencia CC SU 418-2019, y consideró que «De acuerdo con esa metodología de interpretación, el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y el efecto de no hacerlo así es la declaratoria de desierto del recurso» (negrillas en el texto original).

Conforme a lo anterior, se recoge el criterio que se venía sosteniendo hasta el momento por este juez constitucional, por ello, se estima que la colegiatura convocada a este trámite excepcional, no incurrió en el dislate que le enrostra la recurrente [...].

Las anteriores razones conllevan a concluir que erró el a quo constitucional al conceder la solicitud de amparo, razón por la cual esta Colegiatura revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, la negará.

Sin necesidad de más consideraciones, se revocará la determinación de primer grado, para en su lugar, negar la presente acción, por lo expuesto anteriormente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo impugnado, para en su lugar, **NEGAR** la presente acción, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

FERNANDO CASTILLO CADENA

No Firma por Ausencia Justificada

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Honorable Magistrada
ADRIANA AYALA PULGARIN
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

E. S. D.

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

Radicado: 11001 31 99 003 2019 02728 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 22 de febrero de 2021.

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 negociales 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 entre **Comercializadora RAGGED Y CIA 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. La Delegatura parece haber olvidado este presupuesto por completo.

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 justamente para analizar y decidir 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 del llamamiento en garantía.

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

Documentos contractuales para el desarrollo del proyecto:

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, se celebraban promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. A raíz de 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, porque 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. (Álvaro Salazar).

Breve explicación de los hechos que motivaron este proceso:

Tal y como se desprende de las etapas y documentos contractuales identificados en los 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 negociales. 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 sólo debía transferir los recursos cuando el Promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos —situación que, tal y como se explicará en detalle más adelante, era por completo concordante con el ordenamiento jurídico vigente—.

Hasta el año 2015, el señor German Puerto Castañeda, en su calidad de interventor, suministró 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.

ENCARGOS FIDUCIARIOS

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el día 3 de septiembre de 2014 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273, entre el Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vincularan como inversionistas 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”—.

En el Contrato de Encargo Fiduciario individual inicial se dispuso que el plazo que tenía el Fideicomitente Promotor para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos vencía el día 15 de diciembre de 2014, término que podría prorrogarse por seis meses más, es decir, hasta el día 14 de junio de 2015.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

A su turno, y de conformidad con los hechos antes anotados, el 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 parte Demandante mi representada “*incumplió gravemente*” y de “*manera descuidada*” las condiciones establecidas en el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273.

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 enfático en su demanda en manifestar que Acción incumplió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273, restringiendo sus argumentos a unas inconsistencias que alegan 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*”.

En línea con lo que se anunció antes, teniendo en cuenta que en septiembre del año 2014 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273 entre el Demandante y mi representada, es importante en este punto 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 equivocado:

- En primer lugar, al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273, el Demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de recursos, pues el contrato que firmaron contenía toda la información y en el interrogatorio de parte el aquí 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 parte 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 las acreditan como personas expertas en este tipo de negocios. Por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, el Demandante era plenamente conscientes de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ellas mismas les 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, el demandante estaba obligado 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 la demandante, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe (interrogatorio de parte – audiencia inicial).

En suma, el 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 contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010273. 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 y lo acontecido en el Proyecto Marcas Mall —entre otros—, 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 contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010273 que se suscribió con el 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 parte 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 el proceso administrativo sancionatorio antes referenciado 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 parte 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 aldecidir 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 el 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, el 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 contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273; por lo que entonces no se entiende cómo ella podía decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes de esos contratos hubieran participado en este proceso.

Al respecto, en un caso en el que se están ventilando hechos y pretensiones similares a las que nos ocupan, la honorable Sala Civil del Tribunal Superior de Cali decretó la **NULIDAD** de lo actuado con base en los siguientes argumentos:

*“Dicho con otras palabras, la naturaleza de la relación sustancial debatida **imponía integrar el contradictorio con el referido promotor - PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., como parte que fue del negocio jurídico, quien tenía a su cargo varias obligaciones y quien evidentemente resultara afectado con el fallo si se declara la***

resolución del plurimencionado contrato, por lo que, sin su presencia en el proceso no era -ni es- posible resolver de mérito sobre las pretensiones formuladas.

En efecto, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste.” (C.S.J. Cas. Civil. de 8 de mayo de 1992.) (resalta la Sala)”¹

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 parte 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 de los vínculos correspondientes objeto de análisis.

Como dicha integración no sucedió, en nuestro respetuoso criterio, este Tribunal debe entonces reversar 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.”*

¹ Auto, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala de Decisión Singular, Santiago de Cali, primero de junio de dos mil veintiuno. Exp. No. 007-2018-00187-01

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”²

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

² 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

contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”³ (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 del demandante 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 trascurso del proceso se probó —más allá de todaduda— que los hechos que daban 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 parte 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 parte 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 contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273, 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

³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Elsy del Pilar Cuello Calderón

que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la parte Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

Como se indicó antes, 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 el 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 valorar 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 se pudiera considerar 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), (...)”⁴

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 parte Demandante. Basta detenerse en el mismo, para constatar varias cosas importantes para acreditar la improcedencia de las pretensiones:

1. En primer lugar, con los interrogatorios 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

⁴ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.

2. Asimismo, en esos interrogatorios se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió el Demandante fueron negociados por el 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 el 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 el 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 los interrogatorios de parte del demandante como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en su sentencia—, nadie puede desconocer que estos mostraron que para el propio extremo 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.

3. Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la parte demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del mismo. Frente a esto, lo que no puede pasar, es que ante ese silencio y negligencia, se concluya que entonces que Acción debe asumir el pago de unos perjuicios desconociendo el grado de profesionalidad, responsabilidad y conocimiento que le correspondía a la parte Demandante en el marco del negocio fiduciario que se desarrolló.
4. 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 el 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 era viable que la Delegatura haya utilizado una declaración del auditor para endilgar responsabilidades que escapan al objeto del litigio. Más aún cuando decidió trasladar la prueba de otro proceso que en nada comparte la situación fáctica aquí reclamada.

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 parte 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 en 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 parte demandante no haya participado directamente en los contratos en donde dicho esquema se pactó, toda vez que, por una parte, ellos sí conocían 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 éstos no suscribieron 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 siguiente⁵:

“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.”

⁵ Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-041-2007-00128-01

“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 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 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, Acción sí cumplió con todos sus deberes legales y contractuales, razón de más paradesechar 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 PARTE 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 el Demandante, sin ahondar en un real juicio de responsabilidad civil contractual.

Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caer en 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 ala luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño antijurídico cierto, directo y determinado o determinable que le sea imputable (nexo causal) y que, por consiguiente, deba reparar.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la parte 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 al Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al Demandante que con el dinero del encargo fiduciario se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al 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 al Demandante ni configurando un ejercicio errado o negligente de mi representada. Esto, más aún, si se tiene en cuenta que la parte Demandante se vinculó al proceso 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, la parte 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 contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273. 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 los contratos fiduciarios (15 de diciembre de 2014). Más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto, por lo que esa falla no es causa del supuesto daño que sufrió el demandante. Al respecto, 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. Ello, a diferencia de lo que 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 Delegatura 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? Lo cierto es que la liquidez del negocio se dio porque todos los inversionistas —incluyendo el Demandante— decidieron unilateral e injustificadamente no seguir cumpliendo con el pago de los aportes a los que se habían comprometido.

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. Así 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, para achacársela a mi representada.

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 con el principio de separación patrimonial.

No obstante lo anterior, Acción se ha hecho parte de los procedimientos policivos para preservar 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—.

3. 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 el 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**¹⁰ (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 los contratos suscritos entre Acción y el 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 por la parte 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.

8

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 contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010273 (medios idóneos), con estos documentos 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 parte 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 al 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 el Demandante no pudieran obtener los beneficios correspondientes.

La conclusión a la que arribó la Delegatura es equivocada porque, como se explicará a continuación, en realidad la parte 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 parte 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'»⁶.

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»⁷.

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

En el presente caso no se 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, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, reiteró:

⁶ Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

⁷ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

“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 2016, Rad. n.º2000-00196-01).

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.”⁸

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.

⁸ 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.º2000-00196-01.

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 el Demandante en sus 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 de la mano de la 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 ser 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 al Demandante lo que le corresponde. Por consiguiente, no puede reconocerse ningún tipo de daño en favor del 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 el 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 señalarse con total respeto que en la sentencia de primera instancia la Delegatura ni siquiera se detuvo ni hizo mención alguna con respecto a este punto del análisis, concluyendo así una responsabilidad civil contractual que no era entonces procedente. No debe olvidarse que la existencia 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 debido 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. Por solo ello, la sentencia debe ser revocada.

Al margen de lo anterior, en lo fundamental, de la demanda 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 parte acá demandante no es correcto. Esto, sobre todo, porque como se explicó en detalle, el punto de equilibrio ya había sido declarado cuando el Demandante se vinculó al negocio de Marcas Mall a través del encargo fiduciario.

Si bien el hecho de que el Demandante se haya vinculado con posterioridad a la declaratoria del punto de equilibrio es razón más que suficiente para que se concluya la inexistencia de un nexo causal; lo cierto es que, a la luz de los contratos 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 parte 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 parte 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, tenía a su vez que 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 Acción; 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 del negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 y el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 11000102735 que se suscribió con la parte 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 del 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 su demanda y hechos, el plazo que disponía el Contrato 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 de diciembre de 2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por el 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 traduciéndose en un enriquecimiento sin causa del 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, el 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, al 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 Parte 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 las Demandantes.

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, FRAUDULENTE, 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 del 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 ineficaz⁹ por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

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 los Demandantes.

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 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.”¹⁰

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.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Bogotá en sala civil, en otros procesos que se han tramitado de manera simultánea al presente:

1. Radicado: 110013199003201801254-01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Mejía Álvarez Sabogal S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

2. Radicado: 110013199003 2019 02252 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por María Asunción Tertre Gimeno en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

3. Radicado: 11001 3199 003 2018 01213 02
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

4. Radicado: 110013199003201801694 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por KBJ S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

5. Radicado: 110013199003201801590 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por FEMME INTERNATIONAL S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

6. Radicado: 110013199003201872845 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones Uropan y Cía. S. en C. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

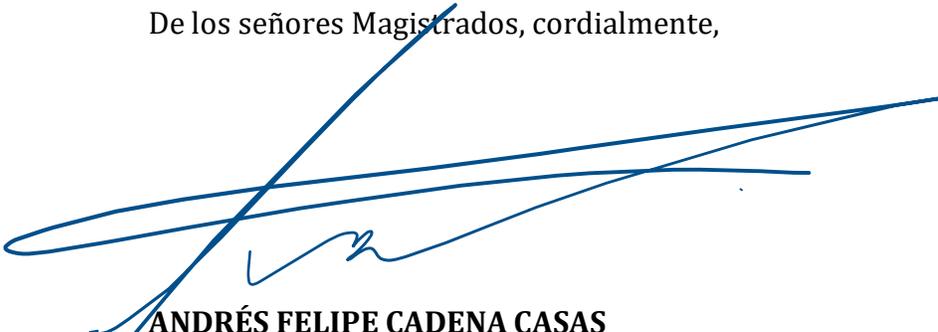
SOLICITUDES

Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 22 de febrero del 2021.

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 el 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 del 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.

SEÑORA

H. MAGISTRADA

CLARA INES MARQUEZ BULLA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTA D.C.

SALA CIVIL

E. S. D.

<u>REF.</u> RADICACIÓN	:	027 - 2018 - 00129 - 01
DEMANDANTE	:	EDISON WILLIAM GOMEZ ALARCON
DEMANDADO	:	SIZU S.A.S
ASUNTO	:	SUSTENTACION APELACION

JENNY CARRILLO ARIAS, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en mi condición de apoderada de la demandante dentro del presente proceso, por medio del presente escrito y encontrándome en el término legal para ello me permito presentar los argumentos base de la apelación interpuesta por la suscrita en contra de la sentencia proferida en primera instancia de acuerdo con las siguientes consideraciones:

La coexistencia de una situación visible a los ojos de terceros con una realidad de trasfondo que queda oculta si no para todos, al menos para la mayoría de las personas, demarca la esencia de la simulación en los negocios jurídicos.

Se evidencia allí un contraste u oposición entre dos facetas de un único comportamiento negocial: la que se exterioriza y aquella que permanece reservada o en la penumbra, pero ambas igualmente previstas y deseadas por las partes.

El acto simulado, refirió el célebre autor italiano Francesco Ferrara, es aquel *“que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Ese negocio está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato”*.

Situación que en el presente caso sucedió, pues mi representado junto con la demandada té efectuaron un negocio ficticio a fin de adelantar un proyecto de construcción de una copropiedad y requería que existiera venta del inmueble de propiedad de mi representado al aquí demandado, para que éste pudiese obtener las licencias de construcción y este a su vez adquirir préstamo para la construcción de dicho proceso, sin que el demandado SIZU o Silvio Zuluaga hubiesen adquirido de su peculio dicho bien objeto de simulación.

La jurisprudencia de la Sala Civil, de manera consistente, ha reconocido que se está en presencia de *«un negocio jurídico, cuya estructura genética se conforma por un designio común, convergente y unitario proyectado en dos aspectos de una misma conducta compleja e integrada por la realidad y la apariencia de realidad, esto es, la creación de una situación exterior aparente explicada por la realidad reservada, única prevalente y cierta para las partes»* (CSJ SC 30 jul. 2008, rad. 1998-00363-01; CSJ 30 ago. 2010, rad. 2004-00148-01; CSJ 16 dic. 2010, rad. 2005-00181-01; CSJ 13 oct. 2011, rad. 200200083-01; CSJ

SC11197-2015, 25 ago., rad. 200800390-01; CSJ SC21801-2017, 15 dic. 2017, rad. 2011-00097-01 y CSJ SC3467-2020, 21 sep., rad. 2004-00247-01, entre otras).

Con base en la anterior definición, se tiene decantado que, cuando se urde una simulación absoluta, lo real es la ausencia del acto de disposición de derechos presentado al exterior; en cambio, si aparece en la modalidad relativa, el acuerdo cierto de los partícipes se esconde a terceros, a quienes se exhibe un negocio diferente del que nace de la voluntad real de sus autores, ante lo cual es exigible la prevalencia de la especie convencional pactada sobre aquella puramente ficticia.

En el primer evento, las partes quedan atadas *«por la ausencia del negocio inmerso en la apariencia»*, y en el segundo, adquieren entre sí *«los derechos y obligaciones inherentes al tipo negocial resultante de la realidad»* (CSJ SC1807-2015, 24 feb., rad. 2000-01503-01; CSJ SC775-2021, 15 mar., rad. 2004-00160-01).

En lo íntimo de la estructura jurídica del proceso simulatorio tanto absoluto como relativo, se advierten los siguientes elementos constitutivos: i) La presencia de dos o más personas que acuerdan dar una falsa apariencia a su voluntad; ii) El propósito de engañar a otros y iii) Una disconformidad intencional entre lo querido y las atestaciones realizadas.

Respecto del primero, memórense las palabras del citado tratadista:

“Dos contratantes, para sus fines particulares, se proponen engañar a terceros haciéndoles creer que realizan un acto que realmente no quieren efectuar. Para ejecutar su acuerdo llevan a cabo, exteriormente, el acto ficticio, es decir, declaran querer cuando en realidad, no quieren: y esta declaración deliberadamente disconforme con su secreta intención, va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer”.

Es tan creíble esa mascarada que los terceros, ignorantes del concierto subrepticio de los pactantes, creen en la seriedad del acto y en que las declaraciones realizadas por las partes del negocio generan una transformación real en sus relaciones jurídicas.

El acuerdo de los participantes en el acto ficticio es, entonces, cardinal en el andamiaje de la simulación, pues la ficción presupone un nexo entre las personas que unen sus voluntades en el negocio, de modo que cooperan en la creación de la apariencia a fin de extender un velo sobre su verdadera intención. A la par que convienen llevar adelante el fingimiento, *“limitan la eficacia del negocio simulado, al privarle de su aparente función económico jurídica”*.

En esa dirección, ha explicado esta Corporación que el *«concierto simulatorio entre los partícipes, esto es, la colaboración de las partes contratantes para la creación del acto aparente»*, es presupuesto de la figura que se estudia y encuentra justificación en la imposibilidad de un contrato de ser *“simultáneamente simulado para una de las partes y verdadero para la otra, de manera que si uno de los partícipes oculta al otro que al negociar tiene un propósito diferente del expresado, esto es, si su oculta intención no trasciende su fuero interno, no existe otra cosa que una reserva mental por parte suya (propósito in mente retenti), insuficiente desde luego para afectar la validez de la convención, o para endilgar a la misma efectos diferentes de los acordados con el otro contratante que de buena fe se atuvo a la declaración que se le hizo»* (CSJ SC 16 dic. 2003, rad. 7593, reiterada en CSJ 24 sep 2012, rad. 2001-00055-01 y CSJ SC5631-2014, 8 may., rad. 2012-00036-01).

No interesa, sin embargo, que uno de los concertantes lleve la dirección del ardid y el otro tan solo se preste o contribuya con su comportamiento a perfeccionar el artificio, porque, aún en ese caso, se configura el acuerdo simulatorio, bajo el

entendido de que su complicidad y auxilio a los intereses del copartícipe, produce el efecto de esconder la verdad.

De ahí que ese acuerdo o inteligencia entre las partes del convenio, pueda manifestarse bajo la forma de la simple conformidad o aquiescencia de uno de ellos con lo deseado por el otro, aun sin conocer los pormenores de la negociación empleada como disfraz y de aquella pretendida en realidad cuando de simulación relativa se trata, o de la que se ajusta en apariencia cuando no se quiere ninguna.

En cambio, sin el concurso de los intervinientes, la simulación no se estructura; por tal razón, si la declaración engañosa y la finalidad de burlar o defraudar los derechos de otros provienen únicamente de uno de ellos y el otro no otorga su asistencia emitiendo una declaración negocial no verídica, se tipifica reserva mental, más no un acto simulado.

La reserva mental carece de efectos jurídicos, pues todo lo que ocurre en el fuero interno de uno de los contratantes se queda en ese ámbito íntimo, y únicamente su volición exteriorizada es merecedora de reconocimiento, de ahí que el negocio celebrado en esas condiciones se mantenga enhiesto, y la divergencia entre la manifestación pública y el propósito oculto de quien actúa con *reservatio mentalis*, es incapaz de generar algún tipo de repercusión. Situación que en el presente caso no sucede, toda vez que tanto demandante como demandado decidieron efectuar un negocio ficticio.

Como lo acotó la Corte, el fingimiento en un convenio ocurre cuando quienes participan en él «*se conciertan para crear una declaración aparente que oculte ante terceros su verdadera intención*», pero si «*uno solo de los agentes, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno*

simulatorio, porque esta reserva mental (propositum in mente retento) no convierte en irreal el contrato celebrado, en forma tal que este pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos de los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte», la cual «carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención de su autor, y esa buena fe merece protección» (CSJ SC5631-2014, 8 may., rad. 2012-00036-01; CSJ2582-2020, 27 jul., rad. 2008-00133-01 y CSJ SC4857-2020, 7 dic., rad. 2006-00042-01).

En cuanto atañe al designio de engañar, debe atenderse que no es un mero capricho lo que motiva a los simuladores, sino el *animus decipiendi*, es decir el propósito encaminado a falsear la realidad ante los demás, quienes toman por real la apariencia exhibida ante su vista, aunque no siempre los artífices de la treta tengan la intención de causarles daño, de ahí que el *eventus damni* no sea un elemento definitorio de la figura.

Su propósito es disimular, aparentar, recrear un vínculo jurídico inexistente, o encubrir el convenido a través de otra tipología contractual; los autores de la simulación aúnan sus voluntades de manera torticera, conducta que puede ir en detrimento de los intereses legítimos de terceros afectados por el engaño, pero no siempre como en el caso de aquellas simulaciones en fraude de la ley, pero no de intereses particulares.

El último elemento, consistente en la disconformidad entre la representación ofrecida a terceros y lo realmente deseado por los negociantes, bien sea que su finalidad fuera no celebrar el acto que dijeron realizar o acordar uno diferente, presupone que la discordancia sea voluntaria y consciente, esto es, querida por los intervinientes.

En la providencia CSJ SC837-2019, la Corte recordó que los instrumentos escriturarios otorgados para el perfeccionamiento de los acuerdos de voluntad entre particulares no siempre son reflejo fiel del querer de los sujetos concernidos por estos, bien porque fue su designio común el de desfigurar la materialidad del pacto o el de hacer figurar como cierto un acto jurídico que no tuvo ocurrencia.

Por ello, a partir de la previsión consagrada en el precepto 1766 de la codificación civil, gestó la teoría de la simulación de las convenciones contractuales y negocios jurídicos *«en virtud de la cual, quien se vea seriamente lesionado con el negocio aparente, tiene acción para que salga a la luz su genuino alcance, con el fin de que desaparezca la fachada que impide hacer efectivos los derechos del afectado, siendo un medio tendiente a que se revele la esencia de lo que resulta ajeno a la realidad, ya sea por mera suposición o por desfiguración y prevalezca la verdad»*.

La doctrina ha encontrado en este tipo de comportamiento dos indicios de simulación correlacionados, que denomina *“inertia”* y *“nescientia”*, los cuales también dejan en escena el presupuesto axiológico del *consilium simulandis*, cuya configuración extrañó el juzgador de la segunda instancia.

El primero corresponde a la conducta pasiva de una de las partes del acuerdo de voluntades fingido, en oposición al liderazgo ejercido por el determinador del procedimiento dirigido a falsear la realidad.

La pasividad del cómplice en los negocios simulados apuntó Muñoz Sabaté- *“es una consecuencia natural del mero papel de comparsa que para complacer al autor de la simulación se ve limitado a desempeñar, y además diremos que lo desempeña a gusto (...)”*.

En tanto se manifiesta en elementos de tipo conductual, muestra de este indicio simulatorio y a la vez indicador del pacto secreto entre las partes, es el desentendimiento y despreocupación del copartícipe frente a las cosas objeto de la farsa presentada al exterior y su falta de contacto con ellas.

La "*nescientia*", por su parte, radica en la notoria ignorancia que aduce el secundador del simulador principal sobre la naturaleza, contenido esencial del negocio jurídico, o acerca de las prestaciones acordadas.

Esta supuesta ignorancia exhibida por uno de los intervinientes en la convención es, la mayoría de las veces, una estrategia defensiva que persigue desvirtuar la estructuración del concierto simulatorio, a la vez que evitar incurrir en contradicciones con otros deponentes en el juicio. sin embargo, el alegado oscurantismo, incluso sobre el objeto contractual, elemento que es tal vez el de mayor fijación en la memoria de los concertantes, torna inverosímil el relato, y por ello, tal como acontece en este asunto, además de indicio contra la seriedad del negocio, corrobora la existencia de un acuerdo subyacente para distorsionar la voluntad real o dar apariencia a la falta de volición.

La sala Civil de la Corte, en casos de análogos contornos, ha catalogado ese presunto desconocimiento de la tipología contractual, las condiciones y términos pactados, y la insuficiencia en las explicaciones relativas al objeto y finalidad del convenio, como hechos reveladores de la falta de seriedad del negocio jurídico (véase CSJ SC 27 ago. 2002, rad. 7539 y CSJ SC 5 ago. 2013, rad. 2004-00103-01).

Aun de considerar plausible la agnosia de los copartícipes, el ordenamiento jurídico no admite la "*ignorancia supina*", es decir, la de «*aquel negligente que no quiere saber lo que está a su alcance, o la del que se niega a conocer lo que debe saber*», pues en estas

circunstancias, como lo ha sostenido la Sala, un desentendimiento de ese talante equivale a incurrir en engaño (CSJ SC 4 jul. 2012, rad. 2010-00904-00; CSJ AC5444-2017, 25 ago., rad. 2017-01633-00; CSJ AC6216-2017, 21 sep., rad. 2017-02097-00).

De lo expuesto, ninguna duda alberga al fallador como a su sala sobre la existencia de un "*consilium simulandis*" entre los pactantes EDISON WILLIAM GOMEZ ALARCON y SIZU S.A.S., este ultimo que dijo propietario concierto que pasó inadvertido ante la vista del fallador de primera instancia, por causa del yerro de suposición de prueba denunciado en la censura.

Memórese que, aunque en la acción de prevalencia rige el principio de libertad probatoria y de ahí la pertinencia de los diversos medios persuasivos que conduzcan a establecer si la convención celebrada por las partes es seria o fingida absoluta o parcialmente, o que sean útiles al propósito de hacer aflorar la voluntad real subyacente sobre la exteriorizada en el acto público, los indicios ocupan un destacado lugar en la heurística del *iter* simulatorio. Y del arsenal probatorio recaudado se logró demostrar que el negocio de compraventa aquí atacado como tal es meramente simulado.

Lo anterior, porque quienes pretenden encubrir sus verdaderas intenciones a través de un acto simulado, se preocupan por no dejar, en lo posible, vestigios de la voluntad secretamente expresada y de las circunstancias que rodearon la negociación, y en tal virtud, son las pruebas indirectas el mecanismo más útil para encontrar las huellas del fingimiento. Adicional qué en presente caso uno de los anexos demandatorios demuestran el fingimiento documento este qué no fuera tachado de falsos, queriendo así decir; qué se encuentran dados como documentos probados.

En ese orden, tomando como punto de partida un hecho conocido (indicador), el cual fue fehacientemente demostrado en el proceso, el administrador de justicia, recurriendo a las reglas de la experiencia, de la ciencia y de la lógica, realiza un ejercicio inferencial, resultado del cual extrae un hecho desconocido (indicado).

Sobre el particular, ha referenciado esta la Corte en escenario de Casación:

Es a través de la inferencia indiciaria como el sentenciador puede, a partir de hechos debidamente comprobados y valorados como signos, arribar a conclusiones que no podrían jamás revelarse de no ser por la mediación del razonamiento deductivo. De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial o indirecta, pues el juez no tiene ningún contacto sensible (empírico) con el hecho desconocido, pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero (SC7274-2015, 10 jun., rad. 1996-24325-01; CSJ SC2582-2020, 27 jul., rad. 2008-00133-01).

Para demostrar la simulación no bastará, sin embargo, un solo indicio. Se requiere de un cúmulo apreciable de aquellos que sean graves, precisos y concordantes, cuya evaluación corresponde realizar de manera conjunta, acorde con la previsión consagrada en el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil (actualmente 242 del Código General del Proceso), que impone al juzgador de la causa apreciar los indicios *“en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”*.

Jurisprudencial y doctrinalmente se ha compendiado un catálogo enunciativo de supuestos fácticos (hechos indicadores) que, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, permiten identificar un negocio ficticio, de modo que pueda elucidarse si el sometido a estudio amerita ese calificativo. La Corte reseñó, entre otros, los de:

(...) causa o motivo para simular - falta de necesidad de enajenar o gravar - venta de todo el patrimonio o de lo mejor - relaciones parentales, amistosas o de dependencia - falta de medios económicos del adquirente - ausencia de movimientos en las cuentas corrientes bancarias - precio bajo - precio no entregado de presente - precio diferido o a plazos - no justificación del destino dado al precio - persistencia del enajenante en la posesión - tiempo sospechoso del negocio - ocultación del negocio - falsificaciones, captaciones de voluntad, otras maniobras torticeras - documentación sospechosa - precauciones sospechosas - falta de equivalencia en el juego de prestaciones y contraprestaciones - dejadez - pasividad del cómplice - intervención preponderante del simulador - falta de contradocumento - intentos de arreglo amistoso - conducta procesal de las partes (CSJ SC16608-2015, 7 dic., rad. 200100585-02; CSJ SC3365-2020, 21 sep., rad. 1999-00358-01).

También señaló como indicativos del pacto simulado las circunstancias de *«estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la intervención del adquirente en una operación simulada anterior, el lugar sospechoso del negocio (locus), la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz»*, por citar algunas (CSJ SC11197-2015, 25 ago., rad. 2008-00390-01; CSJ SC3598-2020, 28 sep. 2020, rad. 2011-00139-01).

El error de hecho respecto de este elemento de persuasión, se estructura *«en primer lugar, por la incorrecta apreciación de los hechos indicadores, ya sea por preterirse los efectivamente demostrados, o por desfigurárseles al punto de hacerles perder los efectos que de ellos se derivan, o por suponerse unos inexistentes; y, en segundo lugar, porque el raciocinio del sentenciador al deducir el hecho indicado, contradiga abierta y notoriamente el sentido común o las leyes de la naturaleza»* (CSJ, SC12469-2016, 6 sep., rad. 1999-00301-01; CSJ SC3140-2019, 13 ago, rad. 2008-00867-01; CSJ SC2582-2020, 27 jul., rad. 2008-00133-01).

La situación que acaba de describirse es, como lo apuntó la censura, un indicio arquetípico de la simulación conocido como "*affectio*", pues en las convenciones y actos fingidos, se suele recurrir a sujetos con los cuales se haya construido un ligamen de confianza, independientemente de si su origen radica en la existencia de un nexo familiar, emocional, amoroso, de amistad, de negocios, profesionales, de dependencia o de otra índole, de ahí que se busque, como ocurrió en este caso, radicar la titularidad del dominio del bien involucrado, en cabeza de quien se pueda confiar para transferirles ficticiamente ese derecho. Sería exótica la connivencia con un extraño al enajenante o transferente, no sólo por la inexistencia de un trato del talante enunciado, sino porque probablemente ese tercero no se prestaría a la confabulación y el despliegue de actuaciones torticeras.

Ha señalado esta la Sala Civil, refiriéndose al acto dispositivo de la compraventa que «*la confianza originada en las relaciones familiares entre vendedor [y] comprador*» es «*un ambiente propicio para concertar negocios aparentes*» (CSJ SC16608-2015, 7 dic., rad. 200100585-02; CSJ SC2582-2020, 27 jul., rad. 2008-00133-01), «*pues es lógico que se elija para urdir la simulación a una persona de confianza y no a un extraño*» (CSJ SC7274-2015, 10 jun., rad. 1996-24325-01).

No obstante, este indicio de naturaleza personal, por sí solo, no es suficiente para eclipsar la seriedad y sinceridad de los convenios, de allí que deba confluír con otros para constatar la irrealidad de las declaraciones de voluntad manifestadas exteriormente, y lleven a descubrir la intención real de los concertantes.

Ocultación del acto a terceros: Es evidente el marcado interés de los simulantes en ocultar el negocio jurídico y obrar de forma secreta (*actus clam et occulte celebratus*),

configurándose el indicio de “*silentio*”, que comprende las labores desplegadas con el fin de esconder provisionalmente la convención simulada.

Causa simulandi: Ha definido la jurisprudencia de la Sala que por ésta debe entenderse «*el interés serio e importante que condujo a las partes a realizar el negocio disfrazado*», siendo que generalmente, la simulación se origina en la intención de «*sustraerse al cumplimiento de una obligación, evadir una disposición legal, guardar o aparentar una posición social o económica, etc., independientemente de que el fin sea lícito o no*» (CSJ SC7274-2015, 10 jun., rad. 1996-2432501). Situación que a todas luces se dio en el presente caso.

El análisis conjunto de los interrogatorios practicados y las pruebas documentales incorporadas al plenario, tornan claro qué se disfrazó una compraventa al aquí demandado que demostrara solvencia de la actora para la practica del proyecto mencionado, sin que la realidad o verdad lo fuera pues el bien salió del patrimonio de mi representado pero sin recibir contraprestación alguna como quedo extensamente demostrado.

Con base en la exposición precedente, sé puede encontrar que la simulación de la compraventa constituido por el demandante, mediante la escritura aquí atacada se halla demostrada con los indicios relacionados con anterioridad, obtenidos a partir de las pruebas recaudadas en el proceso.

En resumen, los hechos debidamente probados que a continuación se relacionan, analizados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, entre ellas las máximas de la experiencia, permiten inferir que el negocio jurídico fue simulado:

- Entre el otorgante y los aceptantes existía una relación social y de amistad, de confianza y especial cuasi familiaridad.
- En el negocio se adoptaron medidas precautorias extrañas a la figura contractual, tales como prohibir la enajenación a terceros, sin previa la construcción que se pretendía adelantar como fin del negocio realmente pactado.
- Los pactantes efectuaron un documento paralelo advirtiendo el negocio disfrazo por la escritura de compraventa aquí simulada.

De lo precedente se deduce que el *ad quem* quebrantó de forma indirecta el artículo 1766 de la codificación civil, producto de los errores de hecho denunciados por lo que la sentencia de primer grado abra de ser revocada en su integridad y por el contrario acceder a mis pretensiones enunciadas en la demanda.

De Usted Señora Magistrada,

JENNY CARRILLO ARIAS

C.C. 65.557.128

T.P. 266.645 del C.S. de la J.

110013103038201800191 03

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**

Procedencia : 038 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103038201800191 03

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Apelación de Auto

Grupo : 31

Repartido_Abonado : ABONADO

Demandante : ALDO AUGUSTO RODRIGUEZ CASAS

Demandado : HEREDEROS DE GEORGINA PRIAS DE SIERRA

Fecha de reparto : 23/09/2021

C U A D E R N O : 2

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Ref.: Proceso verbal de Aldo Augusto Rodríguez Casas contra los herederos determinados e indeterminados de Georgina Prias de Sierra.

Para resolver el recurso de queja que la parte demandante interpuso contra la providencia de 13 de mayo de 2021, en virtud de la cual el Juzgado 38 Civil del Circuito se abstuvo de conceder –por improcedente- la apelación formulada dentro del proceso de la referencia respecto del auto proferido el 3 de marzo anterior, que declaró –de oficio- la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda por indebida notificación, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

El recurrente tiene razón. Que el auto aludido es apelable se deduce del numeral 6º del artículo 321 del CGP, en el que se estableció que la providencia “que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva” es susceptible de dicho medio de impugnación (se subraya), siendo claro que el legislador no hizo distinción alguna en cuanto a si la referida decisión se profiere a instancia de parte o de oficio. En cualquiera de esos casos, el auto que “resuelva” sobre ella es pasible de revisión por el superior funcional.

Que ello es así lo confirma la doctrina al señalar que,

“la nulidad... puede decretarse en diversas oportunidades y por distinto tipo de providencias, que se hace mediante sentencia en los recursos de casación y revisión, mientras que por auto se decide en el curso del proceso o durante el cumplimiento de la sentencia. En numeral en comento se refiere al auto, pues la sentencia que decide los mencionados recursos no es susceptible de apelación. Además, como no hace referencia al auto que se dicte en determinada oportunidad, se entiende que los cobija a todos, tanto al que se profiere a instancia de parte como al que dicta de oficio el juez.”¹

¹ AZULA CAMACHO, “Manual de derecho procesal, tomo II, parte general”, Novena edición, Editorial Temis, 2015, p. 298.

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

Por consiguiente, como el auto censurado resolvió sobre una nulidad procesal, se declarará mal denegado el recurso para concederlo en el efecto devolutivo. No se impondrá condena en costas, por la prosperidad del recurso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala civil, **DECLARA MAL DENEGADO** el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la providencia de 3 de marzo de 2021, proferido por el Juzgado 38 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, lo **CONCEDE** en el efecto devolutivo.

Como las copias que se acompañaron son suficientes para tramitar y decidir el alzamiento, la secretaría del Tribunal surta el trámite de traslados previsto en el numeral 3º del artículo 322 (el apelante para agregar nuevos argumentos, si lo considera), y a la parte contraria, conforme al artículo 326 del CGP.

Igualmente, la secretaría abonará el recurso a este Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

Código de verificación:

f11583c06f71993cd28e3c5255e19f9d96966a3b5957aaa1ccbfbab14f05689f

Documento generado en 22/09/2021 04:55:10 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>