

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - SALA CIVIL

Honorable Magistrada: Martha Isabel García Serrano

E.

S.

D.

Referencia: Radicado No. 11001310303720190035501

Demandante: Rosa Elena Páez y Jairo Hernández Nassar

Demandado: Darío Cárdenas Torres y Leonor Reyes Rincón

DIEGO FERNANDO GUZMAN OSPINA, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado especial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, en atención a lo establecido por el Despacho mediante Auto de fecha 22 de octubre de 2021, me permito allegar los mismos argumentos presentados en escrito de fecha 08 de octubre de 2021, incluyendo algunas consideraciones adicionales mencionadas en el numeral 2.8 en torno a la carga de la prueba por parte de los demandados, por lo cual ruego a su Despacho se tenga en cuenta el presente escrito, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES IMPORTANTES

La parte actora presentó demanda declarativa de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento de los señores Darío Cárdenas Torres y Leonor Reyes Rincón, frente a las obligaciones de pago a su cargo, derivadas del contrato de promesa de compraventa del edificio No. 16-01, No. 16-09 y 16-05 de la Calle 16 Sur con carrera 19, ubicado en el barrio Restrepo de la ciudad de Bogotá, D.C.

Durante la audiencia inicial llevada a cabo el día 14 de septiembre de 2021, el Despacho fijó el litigio (en el minuto minuto 2:31:35 de la grabación de la audiencia¹), de la siguiente forma:

1. ¿Cuál es el clausulado vigente entre las partes frente al cual debe analizarse el cumplimiento de las mismas?
2. ¿Cuál es el saldo real de la deuda a cargo de la parte demandada?
3. ¿Cuál es la incidencia del giro de cheques frente al pago de las obligaciones a cargo de los demandados?
4. ¿Existe habilitación de la parte demandante para solicitar la resolución del contrato de promesa de compraventa, habida cuenta del cumplimiento de sus obligaciones?

¹ “La discusión fundamental en este caso es:

- *Primero: qué clausulado o qué modificación o que otrosí, que ustedes llaman nuevas promesas o qué modificaciones a ese contrato, pero qué negocio de promesa o qué clausulado es el que sigue vigente y es el que ha otorgado carácter vinculante.*
- *Qué saldo quedó vigente para la última fecha, para la de enero de 2018 (...)¿Debe entenderse que es un saldo de 81 millones como aquí se ha alegado? o ¿se adeudan alrededor 850 millones como se alega por parte de la demandante?*
- *¿Se cumplieron con los pagos por parte de los demandados en la forma acordada?*
- *¿Qué incidencia tienen acá el giro y entrega de estos cheques en la forma en que se hayan hecho? ¿Qué incidencia tienen en el pago o en las obligaciones monetarias del precio acordado?*
- *¿Está habilitado el demandante para pedir la resolución del contrato en cuanto a que honró sus obligaciones o estuvo presto a honrarlas o podemos sucesivamente con base en estos elementos de juicio (...) endilgar en los demandados un incumplimiento que habilite a los primeros el reclamar esa resolución con todas las consecuencias que la ley otorga y lo que se está pidiendo en la demanda?*

Una vez agotada la etapa probatoria, en la cual se practicaron interrogatorios de partes, y valoración de la documental aportada con la demanda y la contestación de demanda, el juez fijó fecha para escuchar alegatos y dictar sentencia.

El juez resolvió los problemas jurídicos propuestos, estableciendo frente al primero, que los documentos contractuales vinculantes, eran básicamente el contrato de promesa de compraventa suscrito el día 5 de octubre de 2007 (fls. 10 - 13 reverso) y el otrosí suscrito el día 17 de enero de 2018 (fls. 89 y reverso), tal y como consta en la grabación del fallo desde el minuto (11:30) hasta el minuto (12:50).

En torno al documento inicial, la sentencia de primera instancia afirmó:

Lo que surte obligaciones es, principalmente el documento que data del 5 de octubre de 2007, pues en su cláusula décimo tercera está pactado que todas las promesas orales y/o escritas propuestas por cualquier otra comunicación, relacionada al edificio que aquí se promete en venta que hayan sido planteadas, con anterioridad a la firma del presente contrato, se entienden anuladas y quedan sin ningún valor entre las partes a partir de la firma del presente contrato de promesa de compraventa.

Sin embargo al resolver este problema jurídico, el juez incurre en un error al considerar que el otrosí de fecha 17 de enero de 2018 (fls. 89 y reverso) permite acreditar la inexistencia de las obligaciones anteriores en cabeza de los demandados, excediendo el tenor literal del documento, consolidando una indebida valoración probatoria, que será objeto de análisis en el capítulo 2. Motivos de inconformidad del presente escrito.

Posteriormente en lugar de continuar resolviendo los problemas jurídicos tal y como habían sido planteados en la fijación del litigio, el Juez decide cambiar la estructura propuesta, para establecer que la prosperidad de la acción resolutoria dependerá de la prueba de tres supuestos importantes:

- i) contrato válidamente celebrado por las partes;
- ii) el cumplimiento de las obligaciones por parte del demandante; y
- iii) el incumplimiento de las obligaciones por parte del demandado

Frente al primer supuesto, el Juez declara que existe claridad sobre la existencia de un contrato bilateral válidamente celebrado, (Min 8:50), así:

No admite discusión la existencia del contrato bilateral (...) el contrato es perfectamente válido, la promesa (...);

Frente al segundo supuesto, establece que en el caso en particular, existen dos obligaciones a cargo de la parte demandante:

- i) la entrega material del inmueble en los términos del contrato de promesa, la cual declaró probada a minuto (9:30), y
- ii) la firma de la escritura pública de venta.

Frente a la segunda, establece a minuto 9:47, que “*fundamentalmente quedó pendiente la obligación esencial, la cual fue a su cargo la de firmar la promesa de venta lo que se negó aduciendo el valor de saldo a su favor del precio acordado*“ (min 9:54)

Sobre el particular el juez dice al minuto 10:20 de la grabación, que:

“tenemos que mirar si existe la justificación para que se haya negado a firmar la escritura de venta (...) y la causa fundamental es el no pago de las sumas pactadas en el contrato de promesa y sus otrosi y el no pago de los cánones de arrendamiento..”

Concluye el Despacho, a minuto (13:40) la existencia del incumplimiento de los demandados, en el pago del precio así:

“los señores Darío Cárdenas y Leonor Reyes incumplieron el compromiso en lo que se refiere al pago de intereses, cuotas garantizadas mediante cheques, letras y cánones de arrendamiento.”

Es muy importante reiterar que el Despacho en este pronunciamiento declara el incumplimiento de los demandados en el pago del precio; circunstancia suficiente para establecer la inexistencia de la obligación de la demandante de suscribir la escritura pública de compraventa, en la medida en que existía incumplimiento previo de los demandados en el pago del precio.

En efecto, la demandante está amparada por la excepción de contrato no cumplido contemplado en el artículo 1609 del código civil, que establece lo siguiente:

“Artículo 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Así las cosas, los tres (3) presupuestos establecidos por el mismo despacho a minuto (8:30), se encontraban plenamente probados, de forma que lo procedente era declarar la procedencia de las pretensiones de la demanda, sin embargo, a pesar de encontrarse acreditados los tres elementos fijados por el despacho, éste decide negar las pretensiones.

Se reitera: **Aún cuando el despacho declaró probado el incumplimiento de los demandados en el pago del precio del inmueble (minuto 13:40), increíblemente, niega las pretensiones de la demanda.**

Para ello, continúa al minuto 14:30 con un giro inesperado de su argumentación estableciendo, en pocas palabras, que la tenencia por parte de la parte demandante de títulos valores girados por los demandados, solamente se puede entender como pago a la luz del artículo 882 del Código de Comercio.

Aun cuando el Despacho declara probado el incumplimiento de los demandados en el pago del precio del inmueble, decide injustificadamente, exculpar ese incumplimiento a los demandados, y establece sin ningún argumento jurídico, que los demandados se exoneran de las consecuencias de su incumplimiento y de hacer el pago real o efectivo del precio, por haber entregado títulos valores a los acreedores.

En otras palabras, el juez aun teniendo claridad de la realidad probada sobre el no pago del precio por parte de los demandados, tal y como lo afirmó a minuto (13:40) de la grabación, aplica erróneamente el artículo 882, estableciendo que un deudor incumplido se exonera de su obligación de pago, cuando entrega títulos valores al acreedor.

Para el juez de primera instancia, ninguna importancia tiene el hecho de que el valor del derecho literalizado en tales títulos valores no haya sido efectivamente pagado por el deudor. Para el juez es suficiente con la entrega de títulos valores para extinguir obligaciones.

Interpretación que analizamos en detalle en el siguiente numeral, a la luz de las normas que regulan los títulos valores y la jurisprudencia aplicable, en la medida en que constituye uno de los más graves motivos de inconformidad de la sentencia, porque se aparta del sentido literal de la norma, sin otorgar justificación alguna, y la interpreta caprichosamente, aun en contra de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

Así las cosas, interponemos el presente recurso de apelación, como quiera que el fallo, en lugar de proveer justicia en debida forma, genera nuevas condiciones de empobrecimiento sin causa para los demandantes y un correspondiente beneficio ilegítimo para los demandados, con base en los siguientes:

2. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

A fin de facilitar el análisis de los motivos de inconformidad, se ha decidido presentar cada uno de ellos, en el mismo orden cronológico en que fueron pronunciados en la audiencia de fallo, como se expone en los siguientes subnumerales.

2.1. Indebida valoración probatoria del otrosí de fecha 17 de enero de 2018.

Tal y como se estableció en la demanda, los permanentes incumplimientos de los compradores y la estrecha relación de amistad que existía entre los extremos contractuales, dio lugar a la modificación continua de las condiciones del contrato, particularmente, sobre la forma de pago.

La ampliación de los plazos previamente establecidos, demuestra el incumplimiento reiterado por parte de los compradores y su falta de capacidad de pago, en efecto, se encuentra acreditado con los soportes documentales obrantes en el expediente, así como en el interrogatorio de la parte demandante, que los compradores solicitaban frecuentemente la modificación de las condiciones.

Así las cosas, existía una obligación principal en cabeza de los demandados, consistente en pagar el precio en las fechas y por los montos discriminados del literal a) al literal w). Sin embargo, hoy en el expediente se puede apreciar con total claridad la inexistencia de prueba alguna del pago total de dicha suma, al punto que el despacho declara probado el incumplimiento de los demandados, a minuto (13:40), así:

“los señores Darío Cárdenas y Leonor Reyes incumplieron el compromiso en lo que se refiere al pago de intereses, cuotas garantizadas mediante cheques, letras y canones de arrendamiento.

Ahora bien, este contrato en su integridad se mantuvo vigente hasta el día 7 de enero de 2018, fecha en la cual las partes suscribieron Otrosí al contrato de promesa, en el que única y exclusivamente se modificó el literal w) de la cláusula cuarta:

CLÁUSULA CUARTA: PRECIO Y FORMA DE PAGO. Por medio del presente OTROSÍ se hace constar que se modifica la cláusula: CUARTA. PRECIO Y FORMA DE PAGO específicamente en su literal W en lo que respecta a la fecha de pago (17 de febrero

de 2018) de la suma de la obligación descrita en dicho literal (W); Ochenta y Un millones de pesos m/cte. (\$81.000.000 m/cte) a nombre de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR (...) Resaltado nuestro.

De manera que no se entiende cómo el Despacho puede determinar que la modificación de una sola de las cuotas, uno solo de los literales de la cláusula, dé lugar a que se presuman satisfechos los pagos anteriores o las obligaciones de pago contenidas del literal a) al v) del contrato de promesa de compraventa. Menos aún, cuando textualmente las partes determinaron el alcance de la modificación en la misma cláusula:

“(…) todos los demás términos y condiciones de la presente CLÁUSULA CUARTA, *no se modifican y continúan vigentes*”

El hecho de que las partes modifiquen un único literal, bajo ninguna circunstancia permite al Juez acreditar que todos los pagos anteriores se realizaron en los términos que se había pactado en el clausulado original. No obstante, con base en una presunción absolutamente ilegal y alejada del tenor literal del contrato de promesa de compraventa, el Despacho afirmó a minuto (7:00):

Con todo y las modificaciones *la que tiene sus efectos y vincula acá, es la última modificación de fecha 27 de enero de 2018 porque es la que señala las obligaciones cumplidas.* (…)

Se evidencia que el Despacho llega a una conclusión absolutamente errada y no brinda ningún fundamento ni legal ni probatorio que respalde la misma; pues no existe ni siquiera un indicio que le permita al despacho afirmar que el otrosí modificatorio de fecha 7 de enero de 2018 establece cuáles son “las obligaciones cumplidas”.

Para acreditar la improcedencia de tal aseveración basta leer el texto del documento obrante a folio 89 y reverso, pues en ninguno de sus cláusulas se establece que las obligaciones contenidas en los literal a) al v) hayan sido pagadas, y mucho menos que se modifique el literal w) por ser la única cuota pendiente de pago por parte de los compradores.

Contrario a ello, existe prueba en contra de la presunción que el Despacho pretende aducir, y es que literalmente las partes determinaron en el otrosí, que se modificaría **exclusivamente** el literal w), **manteniendo vigentes todos los demás términos y condiciones de la cláusula.**

En igual sentido se pronunció la demandante bajo la gravedad de juramento, quien en su interrogatorio de parte a minuto (29) declaró el incumplimiento de los demandados, así:

“Yo nunca estuve de acuerdo pero sin embargo pues quisimos hacer una compra de un local en gran estación y por eso vendimos el edificio pero en ningún momento lo que se habló en la promesa de venta se cumplió, todo eso cambió entonces por eso firmamos varias promesas de venta y en las promesas de venta por eso se giraron cheques en las que nos decían los pagos.”

Al respecto, en sentencia C - 731 de 2005, la Corte Constitucional señala:

“En el caso de las presunciones iuris tantum, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción”.

Lo anterior indica que la presunción únicamente operará cuando no exista prueba en contrario, así lo ha reconocido también la Corte Constitucional²:

“La presunción iuris tantum admite prueba en contrario, o sea la inferencia vale hasta prueba en contrario.”

Ignorar la prueba documental y testimonial existente en contra de la presunción sustentada por el Despacho, constituye una vía de hecho por indebida valoración probatoria, pues sería tanto como validar una decisión contraria a todo el material probatorio citado.

El Código General del Proceso, establece en su artículo 280, la necesidad de motivar el fallo con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, en los siguientes términos:

*“La motivación de la sentencia deberá limitarse al **examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas**, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente **necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión**, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.”*

A pesar de ello, el Despacho prefirió tomar una decisión omitiendo el acervo probatorio y centrando su decisión en meras presunciones sin ningún fundamento legal. Por tanto, es importante que el juez de segunda instancia evidencie que el material probatorio documental permitía acreditar los hechos y la procedencia de las pretensiones.

Especialmente frente a este problema jurídico, existe prueba documental y testimonial en contrario, que hace improcedente la presunción aducida por el Despacho, con la que pretende hacer ver que el otrosí de enero de 2018 liberaba a los compradores de todos los pagos contenidos en los demás literales.

Una vez expuesto el material probatorio que desvirtúa la presunción del Despacho, es necesario evidenciar que su decisión consolida una vía de hecho por defecto fáctico derivado de la indebida valoración probatoria, en los términos establecidos por la Corte Constitucional en sentencia T - 117 de 2013:

*El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) **Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido;** (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.*

² Corte Constitucional. Sentencia C - 43 de 1985. M.P. Ricardo Medina. 13 de junio de 1985.

Lo anterior, como quiera que los jueces se encuentran llamados a fallar en favor de la parte que logre probar bien, sus pretensiones o en el caso del demandado, sus excepciones; para el caso particular no existía mérito para declarar probadas las excepciones, como quiera que, para este aspecto en concreto, el otrosí de enero de 2018 constituía plena prueba documental del reiterado incumplimiento de los demandados.

Continúa la sentencia de primera instancia:

“Las partes son libres de hacer las modificaciones que corresponda al contrato, las partes son libres de establecer qué se adiciona, qué se complementa y de qué manera cumplir la obligación fundamental de toda promesa

Si para el Despacho es claro que son las partes quienes definen el alcance de las estipulaciones contractuales, ¿por qué entonces decide apartarse del tenor literal del otrosí de fecha 7 de enero de 2018, en el cual se estipula que las demás condiciones continúan vigentes, para interpretar en contra del tenor literal que sólo el último otrosí define las obligaciones cumplidas a la fecha?

Con ello no solo configuró una vía de hecho por indebida valoración probatoria, sino que además pretermite de principios fundamentales como el principio de la autonomía de la voluntad privada, reconocida por la jurisprudencia como:

La facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones.³

De ahí que resulta inadecuado considerar que el último otrosí contiene la totalidad de las condiciones del contrato de promesa o que la modificación de una de las cuotas a cargo de los demandados, implique o pruebe por sí sola el pago total de las cuotas anteriores; como quiera que el otrosí suscrito el día 7 de enero de 2018, no puede ser entendido como un paz y salvo de las obligaciones de pago preexistentes, obligaciones mismas que como se probó, a la fecha se encuentran insatisfechas.

Por el contrario, lo que acreditan todas las modificaciones suscritas, es que los compradores nunca se han allanado al cumplimiento de sus obligaciones dentro los términos pactados y que han abusado de la buena fe de mis representados.

Muestra de ello es que el plazo inicial pactado en el contrato de fecha 23 de septiembre de 2007 (fls. 2-5), se extendía hasta el 17 de diciembre de 2012, pero finalmente se amplió hasta el 17 de febrero de 2019, evidenciando así las dilaciones por incumplimiento del contrato, por situaciones atribuibles única y exclusivamente a los demandados.

El Despacho no puede ignorar la capacidad probatoria de las piezas documentales que fueron reconocidas por las partes, para llegar a la errada conclusión que un negocio después de más de diez años de modificaciones se concentre únicamente en el último documento modificadorio.

2.2. Violación al principio de congruencia y al debido proceso

³ Corte Constitucional. Sentencia C - 934 de 2013. M.P. Nilson Pinilla.

El principio de congruencia establece la obligación del juez, especialmente en la jurisdicción civil, de atenerse en la sentencia a la fijación del litigio establecida en la audiencia inicial. Así lo explica la jurisprudencia:

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

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

*La finalidad de esta diligencia durante la audiencia inicial, no es otra que la de racionalizar y delimitar la actuación procesal y circunscribir los problemas jurídicos a lo estrictamente requerido por las partes, por ser esta **una etapa preclusiva, en donde se fija la litis en forma definitiva, a partir de la cual las partes deben dirigir su conducta procesal y el juez pronunciar la sentencia** (Consejo de Estado, 11001-03-28-000-2014-00139-00, 2015).*

Al momento de fijar el litigio, el declara en primer lugar, los hechos probados, sobre los cuales no versará el litigio por estar suficientemente acreditados o confesados. Seguidamente, el juez hace la fijación del litigio, estableciendo los problemas jurídicos que serán objeto de debate a lo largo de la actuación procesal.

Lo anterior garantiza a las partes no ser sorprendidas con un fallo que verse sobre aspectos que no fueron definidos en la fijación, que no fueron informados a las partes y que no fueron objeto de debate. En tal sentido, los hechos probados no pueden ser posteriormente desvirtuados en el fallo, porque vulnera el derecho de contradicción y de defensa de las partes, sobre aspectos que el mismo Despacho ya había definido.

Pues bien, aquí se violó ese principio, en efecto, en la audiencia inicial, al momento de fijar los hechos probados que no serían objeto de debate, el Juez listó a las dos (2) horas y veintiséis (26) minutos como hecho probado, la entrega de títulos valores en garantía del pago del precio acordado, así:

*“y los siguientes pagos en diferentes contados, eso sí, a través de como lo llamaron ustedes, **garantizados por unos cheques**”*

Lo anterior era un hecho probado, no solo a través de los interrogatorios de parte de la demandante (minuto 35:40) y de la parte demandada (hora y 29 minutos), sino que estaba plenamente acreditado en la prueba documental.

En efecto, en la cláusula cuarta de la promesa de compraventa suscrita el día 5 de octubre de 2007, se estableció la entrega de títulos valores en garantía de la obligación; por tanto, este hecho nunca fue objeto de debate.

Sin embargo, el fallo del juez de primera instancia, decide a partir del minuto (14:10) de la grabación, eliminar injustificadamente el status de hecho probado a “la entrega de títulos valores en garantía”, para sorpresivamente cuestionar si es posible entregar títulos valores en garantía, así:

Pero es que aquí se ha alegado es que estos cheques se otorgaron a mero título de garantía, pero esa entrega de cheques como garantía es una modalidad que el estatuto mercantil en ningún momento ha previsto. Los cheques están creados para ser otorgados y circular y surtir todos sus efectos (...)

Omite el Despacho reconocer que las letras y cheques, en poder de mi representada y allegados con la demanda, fueron entregados por los promitentes compradores a título de garantía, hecho que se encuentra probado, en primer lugar, con el texto mismo del contrato de promesa de compraventa.

Así lo establece textualmente la cláusula cuarta “*Precio y forma de pago*” del contrato de fecha 05 de octubre de 2007 (fls. 10-13 reverso), en el cual se modificó el precio del inmueble a la suma de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.200.000.000,00), que serían pagados de la siguiente de forma:

- A. *CIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$100.000.000) que los PROMETIENTES VENEDORES, declaran haber recibido a satisfacción a la firma del documento.*
- B. *La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$25.000.000), el día 17 de octubre de 2007, **garantizados con el cheque** No. 00287343 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- C. *La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$25.000.000), el día 25 de octubre de 2007, **garantizados con el cheque** No. 00287344 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- D. *La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$25.000.000), el día 20 de junio de 2008, **garantizados con el cheque** No. 00287349 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- E. *La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$25.000.000), el día 01 de julio de 2008, **garantizados con el cheque** No. 00287350 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- F. *La suma de SETENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$70.000.000), el día 17 de julio de 2008, **garantizados con el cheque** No. 00858052 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- G. *La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000), el día 17 de diciembre de 2008, **garantizados con el cheque** No. 00858053 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- H. *La suma de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$145.000.000), el día 17 de diciembre de 2009, **garantizados con el cheque** No. 00858054 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- I. *La suma de CIENTO QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$115.000.000), el día 17 de diciembre de 2009, **garantizados con el cheque** No. 01920974 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*

- J. La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000), el día 17 de diciembre de 2010, **garantizados en el cheque** No. 62752929 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.
- K. La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000), el día 17 de diciembre de 2011, **garantizados en el cheque** No. 62752931 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.
- L. La suma de CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$120.000.000), el día 17 de diciembre de 2011, **garantizados en el cheque** No. 62752932 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.
- M. La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$25.000.000), el día 17 de junio de 2012, **garantizados en el cheque** No. J837250 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.
- N. La suma de SESENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$60.000.000) el día 17 de diciembre de 2012, **garantizados en el cheque** No. J837249 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.
- Ñ. La suma de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000), el día 17 de junio de 2013, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- O. La suma de TREINTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$37.000.000), el día 17 de diciembre de 2013, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- P. La suma de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000), el día 17 de junio de 2014, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- Q. La suma de TREINTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$37.000.000), el día 17 de diciembre de 2014, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- R. La suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (\$10.000.000), el día 17 de junio de 2015, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- RR. La suma de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000), el día 17 de diciembre de 2015, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- S. La suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (\$10.000.000), el día 17 de junio de 2016, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- T. La suma de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000), el día 17 de diciembre de 2016, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.
- U. La suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (\$10.000.000), el día 17 de junio de 2017, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.

V. La suma de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000), el día 17 de diciembre de 2017, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.

W. La suma de OCHENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$81.000.000), el día 17 de febrero de 2018, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.

Era absolutamente clara y expresa la voluntad de las partes, de entregar títulos valores en garantía del pago, y por tanto, el compromiso de los demandantes al momento de recibirlos no era presentarlos para cobro. Dicho carácter de los títulos entregados fue confesado por la parte demandada, quien en su interrogatorio de parte a la hora y cuarenta y tres minutos de la diligencia afirmó:

*“Los cheques se recogieron por parte del señor Jairo y le dimos el dinero a veces nos daba los cheques otras veces no; nos devuelve los cheques **CHEQUES PARA EL RESPALDO DEL EDIFICIO**”.*

Innegable era entonces que los demandados habían entregado dichos títulos valores única y exclusivamente para garantizar el pago que harían con posterioridad; aun así, el Despacho afirma:

*(...) pero (...) es que estos se otorgaron a título de garantía, pero **esa entrega de cheques como garantía es una modalidad que el estatuto mercantil en ningún momento ha previsto**. Los cheques están creados para ser otorgados y circular, y surtir todas sus efectos y servir de medio de pago, no como una mera garantía que puede o no puede utilizar el acreedor o una mera garantía que ante alguna circunstancia deja sin efectos, tienen plenos efectos y tienen consecuencias el giro y otorgamiento de títulos valores.*

Como se observa, el Despacho sorprendió a las partes pronunciándose sobre un hecho que ya se encontraba acreditado desde la audiencia inicial, para convertirlo en un problema jurídico a resolver, del cual las partes no tuvieron la oportunidad de controvertir, ni de practicar pruebas, ni pronunciarse.

Si bien en el siguiente numeral se establecen las razones por las cuales las conclusiones del Despacho son legalmente equivocadas, por ahora queremos hacer énfasis en la vulneración al derecho fundamental al debido proceso en el que incurrió el juez al modificar el status de un “hecho probado” y convertirlo en un “problema jurídico” a resolver en la sentencia.

El Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2019, explicó que la principal función de la fijación del litigio apunta a:

*“Concretar los hechos probados y determinar los aspectos fácticos que son objeto de debate. Se busca que allí se delimiten las actuaciones del juez y de las partes, se fije el alcance de las pretensiones y los hechos en que se fundamentan y se precise el acervo probatorio que permita llegar a una acertada solución jurídica de la controversia. Adicionalmente, **constituye una garantía del debido proceso pues define el marco en el cual se ha de desarrollar el debate y los aspectos sobre los que los sujetos procesales ejercen el derecho de defensa y contradicción**” (Consejo De Estado, 11001-03-28-000-2018-00035-00, 2018).*

En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL 25844 del 13 sep. 2006, mismo que fuera reiterado, así:

*“Además, obviamente que el sentenciador, al revisar toda la actuación procesal surtida, **tendrá que ceñirse a lo plasmado en la audiencia de conciliación, y a la forma como quedó en definitiva la fijación del litigio,***

Finalmente la Corte Constitucional en sentencia T-466 de 2016, establece que:

El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.

El Código General del Proceso establece expresamente este principio, en el artículo 281, así:

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

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.”

En tal sentido, el Juez de primera instancia, violó el principio de congruencia, vulnerando el derecho al debido proceso de mis representados, y con ello incurrió en una violación directa de la Constitución y los demás principios del derecho procesal, que exige la revocatoria de su decisión, como garantía de los derechos de las partes y el respeto a la Constitución y la ley.

Como se observa, el juez incurre en un grave defecto procedimental, tal y como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T 367 - de 2018:

*“2.4.2. La jurisprudencia constitucional ha identificado que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto procedimental bajo dos modalidades: (a) el defecto procedimental absoluto ocurre **cuando “se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso”***

En tal medida, es necesario que el H. Tribunal corrija esta vía de hecho por defecto procedimental, revocando el fallo de primera instancia, por haber omitido la fijación del litigio establecido por el mismo juez en la audiencia inicial, y con ello, haber vulnerado las garantías constitucionales de mi representado.

2.3. Defecto sustantivo por omisión del marco legal aplicable

El Juez al minuto (14:30) de la sentencia, establece que los títulos valores no pueden ser entregados en garantía, porque esa figura no está contemplada en el Código de Comercio, así:

*“pero es que aquí se ha alegado que es que estos cheques se pagaron se otorgaron entregaron a mero título de garantía, pero **esta entrega de cheques como garantía es una modalidad que en el estatuto mercantil en ningún momento ha previsto**; los cheques están creados para ser otorgados y circular y surtir todos sus efectos, servir de medio de pago, ya me referiré a ello, no como una mera garantía que puede o no puede utilizar el acreedor o una mera garantía que ante algunas circunstancias dejan sin efectos, tienen plenos efectos y tiene consecuencias el giro y otorgamiento de títulos valores“*

Nada más alejado de la realidad, por el contrario, el artículo 656 del código de comercio establece con total claridad una de las modalidades a través de las cuales se entregan o circulan los títulos valores, es servir de garantía a las obligaciones del endosante, en favor del tenedor legítimo, veamos:

“El endoso puede hacerse en propiedad, en procuración o en garantía.“

El endoso es el mecanismo a través del cual se materializa la circulación del título valor, salvo que se trate de títulos al portador, la circulación de los títulos valores requiere endoso, y éste puede ser en garantía, y por tanto debe concluirse que si existe estipulación expresa en el estatuto mercantil que permita la entrega de títulos valores en garantía, contrariando la conclusión del juez de primera instancia sobre el particular.

El endoso contemplado en el artículo 656 del Código de Comercio es norma general para todos los títulos valores, y por tanto, también aplica para la ley de circulación de los cheques, de forma que nuevamente se equivoca el juez al desconocer esta disposición especial para los cheques, y concluir que no existe en el estatuto mercantil una norma que permita la modalidad de entrega de cheques en garantía.

Ahora bien, siendo un hecho probado, la entrega de cheques por parte de los demandados a la demandante, para servir como garantía de las obligaciones a su cargo, y estando plenamente facultada por la ley esta modalidad de entrega de títulos valores, correspondía al juez acreditar los efectos jurídicos pertinentes conforme a los hechos probados.

Sin embargo, el juez prefirió apartarse de los hechos probados y declarados como ciertos desde la fijación del litigio, para sorprender a las partes, argumentos efectos jurídicos diferentes a los informados a la demandante desde la audiencia inicial, sin darle la oportunidad de pronunciarse sobre el particular, ni de exponer argumento alguno y probar que la interpretación a la que sorpresivamente llegó en la sentencia, es contraria a las normas especiales que regulan los títulos valores.

Como se observa, el juez en dicha apreciación, incurre en un defecto sustantivo al afirmar la inexistencia de norma legal que permita la modalidad de entrega de cheques en garantía, omitiendo así, el artículo 656 del código de comercio, tal y como se ha explicado anteriormente, que permite con total claridad afirmar que si existe la modalidad y está expresamente reconocida en el estatuto mercantil.

También desconoce el juez que no solo es una alternativa facultada por la ley, sino que es un práctica muy común en nuestro país, donde se utiliza la entrega de cheques por parte del dueño

de la chequera, quien obra como girador de los títulos y los entrega como garantía de obligaciones sometidas a plazo de las cuales éste es deudor.

Ahora consideramos necesario evidenciar otra conclusión del fallo, que también está viciada de defecto sustantivo por omisión de la aplicación de las normas existentes que regulan el asunto en estudio.

Tal y como se estableció desde la audiencia inicial, los cheques fueron entregados por los demandados en calidad de garantía de las obligaciones contempladas en la promesa de venta y así lo hicieron constar en el contrato. Para las partes era claro que los títulos entregados no estaban destinados a ser cobrados ante el banco, ni a circular, pues, los tenedores legítimos tenían la obligación de devolverlos a los demandados cuando estos hicieran el pago de las deudas, o descarguen el valor de su importe en favor de su acreedor.

Estas condiciones contractuales, son de tal claridad que no admiten ni siquiera interpretación alguna, lo cual llevaba al juez a concluir que las partes habían obrado conforme a sus estipulaciones contractuales, respetando el contrato como ley para las partes. Por el contrario, el Despacho decidió determinar que las partes no podrían establecer dicha condición, ya que, en su opinión:

“(…) los cheques están creados para ser otorgados y circular y surtir todos sus efectos, servir de medio de pago, ya me referiré a ello, no como una mera garantía que puede o no puede utilizar el acreedor o una mera garantía que ante algunas circunstancias dejan sin efectos, tienen plenos efectos y tiene consecuencias el giro y otorgamiento de títulos valores”

Con esta afirmación el juez nuevamente desconoce disposiciones del código de comercio que permite al girador entregar títulos valores que no tienen la vocación o la intención de circular, ya que se entregan al tenedor legítimo como “mera garantía”.

Los títulos valores nacen a la vida jurídica por decisión autónoma y unilateral del girador, y circulan sólo si el girador así lo decide, y es éste quien define la ley de circulación aplicable al mismo; por tanto, el girador puede decidir que el título valor que acaba de crear, y entregar a un tercero, no esté destinado a circular.

Los títulos valores son actos jurídicos unilaterales de derecho privado que también se rigen por la autonomía de la voluntad, y en este caso, es el girador quien define todos esos aspectos, por tanto, puede expedir un título valor y entregarlo a un tercero, sin la intención de que circule o que sea negociable.

Conviene ahora revisar las normas legales que le garantizan al girador, el respeto por las reglas que éste voluntariamente ha definido para regular su título valor, según las cuales el girador cuenta con una excepción cambiaria para oponerse al cobro de títulos valores que fueron entregados sin la intención de circular o de ser negociables.

En efecto, el numeral 11 del artículo 784 del Código de Comercio, establece:

“ARTÍCULO 784. EXCEPCIONES DE LA ACCIÓN CAMBIARIA. Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones:

(…)

11) Las que se deriven de la falta de entrega del título o de la entrega sin intención de hacerlo negociable, contra quien no sea tenedor de buena fe;

(...)"

En tales términos, la ley establece que se podrá excepcionar frente el cobro todas aquellas circunstancias que se deriven de la falta de entrega del título o **de la entrega sin intención de hacerlo negociable**; la errónea interpretación del juez, le lleva a desconocer esta norma, con el fin de argumentar que todos los títulos valores nacen para circular, cuando el tenor literal de la misma acredita que eso no es cierto.

Para el caso que nos ocupa, el contrato de promesa prueba que los títulos se entregaron a título de garantía, y por tanto, fueron creados sin la intención de hacerlos negociables; este hecho fue desconocido por el juez, estableciendo una conclusión contraria a las normas especiales que permiten la entrega de títulos valores sin la intención de hacerlos negociables, configurando nuevamente un defecto sustantivo al omitir la ley aplicable al caso.

Los demandados como giradores de los títulos, en el texto del contrato de promesa permiten probar que los títulos entregados no tenían la vocación de circular, ni de ser cobrados ante la entidad financiera ni ante un juzgado, y este hecho no puede ser desconocido por el Despacho.

A partir de estos errores sustantivos, procede el juez de primera instancia a construir una teoría que le permita explicar, cuál podría ser entonces el efecto de la entrega de los cheques, en la medida en que ha decidido caprichosamente desconocer el hecho probado de su entrega en garantía, así como el hecho probado de la entrega sin la intención de hacerlos negociables, y adicionalmente decidió desconocer el marco legal que permite tal actuación a los giradores de cheques.

En el numeral siguiente se analizan las razones por las cuales la teoría construida por el juez de primera instancia también viola la ley, y consolida un nuevo defecto sustantivo; por ahora queremos resaltar la existencia de un defecto sustantivo en la sentencia, al omitir los marcos legales existentes que regulan específicamente el asunto en estudio, para apartarse del mismo sin justificación alguna.

Así lo explica la Corte Constitucional en sentencia SU 573 de 2017, cuyo contenido es altamente vinculante por su carácter unificador, la cual explica lo siguiente:

*El defecto sustantivo se configura cuando **el juez “en ejercicio de su autonomía e independencia, desborda la Constitución o la ley en desconocimiento de los principios, derechos y deberes superiores”**. Lo cual puede ocurrir, entre otros, por la errónea interpretación o aplicación de la norma. Como puede suceder, por ejemplo, **cuando se desborda el contenido de la norma y se imponen mayores barreras a las exigidas por el legislador para conceder el derecho o se desconocen normas que debían aplicarse.***

En consecuencia, es necesario solicitar al H. Tribunal que revoque el fallo de primera instancia por la existencia de defecto sustantivo, toda vez que el juez de primera instancia desconoció las normas vigentes que debían aplicarse al caso, en especial los artículos 656 y 784 num.11 del código de comercio.

2.4. Defecto fáctico por Indevida aplicación de la ley

Como se expuso anteriormente, el juez decidió omitir las normas aplicables al caso, y generar una conclusión contraria a ellas, estableciendo que los cheques no pueden ser entregados en garantía, y que tampoco pueden entregarse sin la intención de ser negociables.

Al ignorar las normas aplicables, y los hechos probados y reconocidos por las partes, el juez tuvo la necesidad de construir una nueva teoría que le permitiera explicar entonces, los efectos de la entrega de cheques por parte del girador a su acreedor, especialmente cuando las obligaciones aún no se encontraban vencidas y por tanto no eran exigibles.

El Despacho decidió establecer a minuto (18:50) que de conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio, los títulos valores de contenido crediticio habían entregado como pago, y que la entrega de títulos valores por parte del deudor al acreedor le exime de su obligación contractual o causal de pago, y se convierte en una obligación de cobro cambiario en cabeza del acreedor.

Nos parece importante evidenciar las argumentaciones contrarias a la ley que usa el juez para justificar su decisión, al minuto (18:55) el despacho se pregunta lo siguiente:

“si hubo incumplimientos, si es que hubo incumplimientos en en el pago de los cheques, quedan inquietudes: la inquietud fundamental es por que ejerció la acción, porque no acudió en el caso de los cheques, al cobro mediante consignación, mediante cobro por ventanilla de los documentos, sino que más bien los sostuvo en su poder o incluso como lo señala la norma que yo cité, el artículo 882, porque no las devolvió al deudor, lo mismo con las letras de cambio, porque no las devolvió, porque inclusive no ejerció a pesar de ello la acción de cobro coercitivo que estaba en su poder, (...)”

La respuesta era clara y estaba plenamente acreditada con las pruebas: la razón por la cual no se cobraban los cheques al banco ni se adelantaba cobros ejecutivos, se explica en la concesión de nuevos plazos de pago a los deudores, ante su incapacidad de cumplir con los acuerdos contractuales previos.

Así las cosas, se probó que los deudores, hoy demandados, hacían abonos acordes con su capacidad de pago y pedían permanentemente nuevos plazos para el pago del saldo de las obligaciones, para lo cual entregaban nuevos títulos valores en garantía.

Este hecho probado también fue ignorado por el Despacho, incurriendo en un defecto fáctico al omitir los hechos debidamente probados y apartarse de la realidad que se extrae de las pruebas. Así lo ha explicado la jurisprudencia⁴:

(...) Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha concluido que en el defecto fáctico se presentan dos dimensiones:

“la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente (...)”

Y así mismo indica:

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-393 del 21 de junio de 2017

(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio. Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada.”

Lo anterior permite establecer que nunca existió ninguna actuación reprochable de mis representados, mucho menos actuación que consolide una violación de la ley, por tanto se equivoca el juez al considerar que mis representados debían presentar el título para cobro, devolver el título al girador e iniciar acciones judiciales de cobro, pues como se estableció con claridad en la promesa de compraventa de fecha 5 de octubre de 2007, los títulos **no fueron entregados en calidad de pago, sino en calidad de garantía.**

Lo anterior implica que el juez se equivoca al aplicar el artículo 882 del código de comercio, pues como se desprende del tenor literal del mismo, este artículo sólo aplica cuando los títulos valores **son entregados al acreedor como forma de pago**, en cuyo caso, dicho pago lleva envuelta una condición resolutoria, lo cual se comprueba con la simple lectura del artículo:

ARTÍCULO 882. PAGO CON TÍTULOS VALORES. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.

Del material probatorio aquí expuesto, se evidencia que la intención declarada de las partes nunca fue entregar los títulos valores como pago, pues recordemos que de acuerdo con el artículo 1625 del código civil, el pago es una forma de extinguir obligaciones.

Por el contrario, la entrega de los títulos valores nunca pretendió extinguir las obligaciones de los demandados, sino reconocer un instrumento de garantía frente a las obligaciones a plazo que los deudores asumieron frente a mis representados, tal y como se expresó concretamente en el tenor literal de la cláusula cuarta del contrato de promesa de venta, del 5 de octubre de 2007.

El Despacho desconoció que el extremo demandado, bajo la gravedad de juramento, nunca negó que tales títulos hayan sido entregados como garantía, así se evidencia del minuto (1:43:00) en el interrogatorio de parte rendido durante la audiencia inicial, donde los demandados afirman:

*“Los cheques se recogieron por parte del señor Jairo y le dimos el dinero a veces nos daba los cheques otras veces no nos devuelve los cheques **CHEQUES PARA EL RESPALDO DEL EDIFICIO**”.*

Así que la conclusión del despacho es contraria al material probatorio obrante en el proceso y por tanto constituye una vía de hecho por defecto fáctico y defecto sustantivo, al omitir los hechos probados en torno a las razones que justificaron la entrega de títulos por parte de los demandados a mis representados, a título de garantía, nunca de pago.

Recordemos que las obligaciones incumplidas a cargo de los demandados estaban sometidas a plazo, por tanto, al momento de la entrega de los títulos valores, las obligaciones no se encontraban vencidas ni eran exigibles; lo cual constituye otro elemento que evidencia la improcedencia de la interpretación caprichosa del despacho, al querer configurar un supuesto pago de obligaciones con la entrega de títulos valores, cuando dichas obligaciones ni siquiera eran exigibles.

Así las cosas, el juez incurre en indebida aplicación de la ley, al pretender aplicar el artículo 882, el cual sólo opera cuando los títulos valores se entregaron como medio de pago de obligaciones vencidas, pues en el caso en concreto está suficientemente probado que los títulos se entregaron como medio de garantía de obligaciones que aun no eran exigibles.

Ahora conviene analizar si le asiste razón al juez al considerar que mis representados estaban obligados a cumplir con las cargas y requisitos establecidos en el artículo 882 del código de comercio, para resolver el presunto pago. La respuesta salta a la vista: Dado que los cheques y las letras no se entregaron a título de pago, sino de garantía, mis representados no tenían porqué acreditar ninguna condición resolutoria, porque el pago nunca había ocurrido.

Entonces, ¿Cuál era el artículo que el juez debía aplicar en el caso en concreto?, sencillo, el artículo 643 del mismo Código de Comercio que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 643. EMISIÓN O TRANSFERENCIA DE TÍTULO - VALOR DE CONTENIDO CREDITICIO. La emisión o transferencia de un título-valor de contenido crediticio no producirá, salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes, extinción de la relación que dio lugar a tal emisión o transferencia.

(...)

En efecto, el artículo 643 del Código de Comercio, establece que la entrega de títulos valores no extingue la relación causal; salvo que así lo hayan acordado las partes. En el caso en particular, las partes no estipularon que la entrega de los títulos valores extinguía dicha relación jurídica subyacente; razón por la cual mis representados estaban facultados legalmente para iniciar las acciones resolutorias del negocio causal, tal y como lo plantearon en el presente proceso.

Mis representados decidieron iniciar las acciones resolutorias del contrato de promesa de compraventa, que a su vez constituye el negocio causal que dio origen a la entrega de títulos valores en garantía de las obligaciones contractuales allí contempladas; es claro y así se prueba con la demanda y demás etapas procesales, que mis representados no estaban interesados en ejercer acciones cambiarias, sino contractuales.

Es pertinente recordar que son los actores o demandantes quienes deciden las acciones que quieren interponer, según el abanico de posibilidades que la ley sustancial y procesal consagra a su elección; sin embargo, el juez de primera instancia le niega ese derecho, omitiendo la norma especial en materia de títulos valores, que permite al tenedor legítimo de los títulos valores, optar por las acciones contractuales.

Es pertinente resaltar que el ejercicio de las acciones contractuales no exige ni la devolución de títulos a sus giradores, ni ningún otro requisito cambiario, en la medida en que las acciones a ejercer son contractuales y no cambiarias. Sin embargo, los títulos valores entregados como garantía fueron aportados al proceso como prueba.

Hasta aquí, el Despacho ha incurrido nuevamente en defecto sustantivo por omitir la aplicación de norma especial sobre títulos valores (art.643), según la cual, la entrega de títulos valores no extingue la relación causal, lo cual en otras palabras equivale a decir, que la entrega de títulos valores no equivale a pago, porque no tiene la facultad legal de extinguir obligaciones.

También es importante precisar en este punto, que el Despacho con esta argumentación pretende solucionar el tercer problema jurídico planteado en la fijación del litigio, consistente en determinar “la incidencia del giro de cheques frente al pago de las obligaciones a cargo de los demandados”

Lo anterior permite precisar que el Despacho se equivocó al considerar que la entrega de los títulos valores por parte de los deudores constituía pago, y en consecuencia también se equivoca al resolver el segundo problema planteado en la fijación del litigio, consistente en determinar “el saldo real de la deuda a cargo de la parte demandada”

Al omitir los hechos probados sobre la razón que motivó la entrega de títulos valores en garantía, el juez termina aplicando un artículo que no es coherente con la situación fáctica probada, para acreditar como pago la entrega de títulos valores, aun cuando las obligaciones no eran exigibles.

Así, al minuto (22:50) el juez llega a la conclusión que:

“ el hecho de unos títulos que fueron inicialmente otorgados, que aquí no aparecen, qué se entiende más bien que se hayan, que se hayan más bien entregado otros como pago, que se hayan en suma, se hayan durante el curso de las negociaciones, se hayan entregado títulos valores como pago de las obligaciones, que no se hayan descargado,, que no se haya hecho la gestión correspondiente para su cobro (...) pues no queda otro camino que entender que las obligaciones monetarias de la promesa de venta se entienden satisfechas o que el demandado sí ha estado presto a cumplirlas de esa manera al margen de que la intención que hubiera podido tener de ejercer otro camino como parte de pago del precio “

Por tanto resulta incomprensible la razón por la cual el despacho sorprende en la audiencia final con un planteamiento contrario al establecido en la audiencia inicial, en la cual dio por probado el incumplimiento de los demandados, así:

*“Uno de los fundamentos principales es que (...) los señores Darío Cárdenas y Leonor Reyes **incumplieron el compromiso en lo que se refiere al pago de intereses, cuotas garantizadas mediante cheques, letras y cánones de arrendamiento**, pero pues hay que ver que conforme al conjunto de letras y cheques, que la misma parte actora aportó, todos estos en total su capital e incluyendo los últimos (...) ofrecen un total de mil doscientos millones de pesos (...)*

En ese orden de ideas, el fallador inicialmente determina el evidente incumplimiento de los demandados en torno al pago del precio, a pesar de ello, decide omitir los hechos probados,

para establecer erróneamente que los títulos valores entregados en garantía deben tenerse como pago en virtud del artículo 882 del Código de Comercio.

Con esta equivocada postura, el despacho llega a la situación injusta de considerar que la obligación incumplida de pagar el precio, en cabeza de los demandados, podía exonerarse con la simple entrega de los cheques y letras, que nunca fueron descargados, que en total ascendían a la suma de mil doscientos millones de pesos.

La teoría del juez de primera instancia ocasiona en el mundo real una injusticia, pues a pesar de acreditar el incumplimiento de los deudores demandados, somete al acreedor a la pérdida de su derecho patrimonial, por haber recibido títulos valores en garantía de las obligaciones a su favor.

2.5. Violación al deber jurídico de motivar sus fallos en la ley

El artículo 280 del Código General del Proceso establece la obligación del juez de fallar conforme a las pruebas, así:

“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.”

En dicho artículo se establece igualmente que la motivación de la sentencia debe limitarse a **los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas.**

Como se observa en los 32 minutos que dura la grabación, el juez sólo mencionó un (1) fundamento legal consistente en el artículo 882 del Código de Comercio, al cual le dió una interpretación contraria a su tenor literal y al sentido que la jurisprudencia específicamente ha manifestado.

Así mismo omitió dar aplicación a normas especiales que regulan los títulos valores, entre ellas el numeral 11 del artículo 784, y los artículos 656 y 643 del Código de Comercio; en su lugar, el juez hizo referencias vagas a jurisprudencias, de las cuales ni siquiera informó el cuerpo colegiado que las pronunció, solo citó su fecha de expedición, que dicho sea de paso, una de ellas fue proferida hace más de 46 años y por la imprecisión de su cita, aún no ha sido posible ubicarla.

Adicionalmente citó a minuto (22:27) de la grabación, otra sentencia que identificó de la siguiente manera:

“doctrina que (...) podemos observar entre otras en fallo de 14 de agosto de 1975 y otra del 30 de agosto de 2010, expediente 1999-4009”

Sobre el particular, es importante resaltar que dada la ausencia de información entregada por el fallador sobre las decisiones judiciales con base en las cuales pretende fundamentar su

decisión, no fue siquiera posible ubicarlas. Lo anterior constituye un defecto grave de la decisión, la cual adolece de motivación legal.

Es deber de los jueces motivar sus fallos, sin embargo, la motivación legal en esta sentencia brilla por su ausencia. Si lo que pretendía el Despacho era acoger elementos jurisprudenciales para tomar su decisión, debió acudir a pronunciamientos pertinentes y aplicables al caso, y por ello, traemos a colación las siguientes providencias:

En sentencia 6550 de fecha 14 de marzo de 2001, la Corte Suprema de Justicia en torno a la aplicación de la disposición contenida en el artículo 882 del Código de Comercio, estableció:

"Por lo tanto, cuando se ha entregado con fines solutorios un título valor de contenido crediticio, se efectúa el pago de la obligación, pero no un pago puro y simple sino sometido a condición resolutoria en caso de que el instrumento no sea descargado de cualquier manera, por lo que, mientras esté pendiente dicha condición, "la obligación que se reputa saldada no tiene la calidad de exigible y por ende contra el acreedor ninguna prescripción corre respecto de acciones a su favor derivadas de la relación causal"

En la jurisprudencia de la Corte se resaltan varios elementos: el primero, que la entrega del título valor sólo constituirá pago cuando haya sido entregado con fines solutorios, pero como se ha reiterado, la intención de los demandados al girar los títulos era únicamente garantizar el pago.

Tan es así que la parte demandada durante su interrogatorio de parte afirmó que una vez se realizaba algún desembolso, mis representados procedían con la devolución del respectivo título, de forma que si aún están en manos de los demandantes, se acredita por esa confesión que los mismos nunca fueron pagados.

De igual forma establece la precitada jurisprudencia que aún cuando el título se entrega con fin solutorio para el pago de la obligación, **no se trata de un pago puro y simple**, sino que se encuentra sometido a que el título sea descargado.

Vale la pena recordar, que en el caso en particular se acreditó que los demandados nunca pagaron el precio de venta acordado, y solo hicieron algunos abonos que no alcanzan a sumar ni siquiera doscientos cincuenta millones de pesos, es decir que en más de quince años de plazo, solo pagaron el veinte por ciento del precio del inmueble.

Así las cosas, las pruebas obrantes en el proceso permiten determinar que aun en el evento en que se considere que los títulos constituían pagos, estos estaban sometidos a condiciones resolutorias, consistente en el efectivo descargo de los títulos.

Así las cosas, existiendo plena prueba de la falta de pago de los deudores, del saldo del del precio de venta, el juez estaba obligado a declarar que en cualquier caso, había operado la condición resolutoria del presunto pago, a la luz del artículo 882, y conceder las pretensiones de la demanda ante el evidente incumplimiento de los demandados.

2.6. ¿Existe habilitación de la parte demandante para solicitar la resolución del contrato de promesa de compraventa, habida cuenta del cumplimiento de sus obligaciones?

Para iniciar la acción de resolución de contrato, se requiere acreditar quien acude a la justicia, ha cumplido con todas las obligaciones a su cargo y para el caso, el mismo Despacho determinó, a minuto (9:27) de la audiencia de fallo, que estaba probado que las promitentes vendedores (demandantes) habían cumplido con la obligación principal de entregar el inmueble:

“Ahora frente al cumplimiento del contratante, hay una serie de obligaciones que se advierten cumplidas de parte del extremo demandante, por lo menos la entrega material del inmueble en la fecha y términos del contrato de promesa (...)”

No obstante, frente a la segunda obligación en cabeza de los demandantes, relativa a la firma de la escritura pública, el Despacho afirma:

“Fundamentalmente quedó pendiente la obligación esencial, cual fue a su cargo la de firmar la promesa de venta, lo que se negó aduciendo la existencia de saldos a su favor del precio acordado (...) pero tenemos que mirar si esa justificación para que se hayan negado a firmar la escritura de venta y a su vez ahora esté demandando la resolución del contrato. (...) pero pues hay que ver que mediante el conjunto de letras y cheques que la misma parte actora aportó al expediente, pues revisados todos esos cheques en total su capital ofrece una suma de mil doscientos millones de pesos (...)”

El Despacho arribó de manera errónea a esta conclusión, sin considerar que la exigibilidad de la firma de la escritura de venta, solo surge con posterioridad al pago del precio. Para ilustrar lo anterior, es necesario determinar el orden cronológico en el cual debían cumplirse las obligaciones de las partes:

- i) En cabeza de los promitentes vendedores se encontraba la obligación inicial de entregar el inmueble y en efecto dicha carga se cumplió y así lo reconocen las partes, al punto que se declaró como hecho probado en la fijación del litigio por parte del Despacho, así como en la audiencia de fallo.
- ii) Por su parte, los promitentes compradores debían pagar el precio. No obstante, como se ha establecido a lo largo de este escrito, no obra en el expediente ni una sola prueba del pago total por parte de los demandados.
- iii) Una vez pagado el precio, se procederá con la suscripción de la escritura respectiva.
- iv) los promitentes compradores debían pagar un canon de arrendamiento mensual por el uso del inmueble, el cual solo cesaría con la suscripción de la respectiva escritura pública que los acredita como compradores del inmueble.

Así las cosas, está probado que el precio pactado en el contrato de promesa de compraventa no se pagó, y también está probado que inclusive se abstuvieron de continuar pagando el canon de arrendamiento, dichos incumplimientos permiten acreditar que nunca surgió la obligación en cabeza de mis presentados de suscribir la escritura pública de venta.

En consecuencia, se configuraron los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido, pues en los contratos bilaterales, donde existen obligaciones recíprocas entre las partes, nadie está obligado a cumplir sus obligaciones, cuando la otra parte ha incurrido en incumplimiento de las suyas. Así lo contempla el Código Civil:

“ARTÍCULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Por su parte, la jurisprudencia lo ha explicado en los siguientes términos:

“En tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.(Sentencia SC1209-2018 Radicación n° 11001-31-03-025-2004-00602-01)

En este sentido, los demandantes no incumplieron con el contrato, ni con la obligación de suscribir la escritura pública, teniendo en cuenta que el extremo demandado en primera medida incumplió con sus obligaciones, veamos:

El párrafo primero de la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa estableció:

La escritura pública de compraventa se otorgará en la Notaría, fecha y hora fijada en la cláusula sexta del presente documento, siempre y cuando los PROMITENTES COMPRADORES haya cumplido con todas y cada una de las obligaciones a su cargo, emanadas del presente contrato, (...)

En este sentido, la obligación de pagar que recaía en los demandados debía cumplirse en su totalidad de manera previa a la fecha de escrituración. Sin embargo, el pago del precio no fue realizado por los demandados, incumpliendo con lo pactado en el contrato. Así las cosas, ante el incumplimiento de los demandados no era obligatorio para mi representada suscribir la escritura respectiva.

Lo anterior evidencia que los trámites de escrituración no se realizaron por culpa del incumplimiento previo y reiterado de los demandados. Situación ante la cual mis representados no estaban obligados a allanarse a la escrituración, atendiendo al principio legal que establece que nadie está llamado a cumplir a la parte incumplida.

Así mismo, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-451 de 2018, sostuvo:

“Esta Corporación indicó que con esa disposición se busca impedir “que una de las partes quiera prevalecerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento, mientras ella misma no cumpla o no esté dispuesta a cumplir las obligaciones que le incumben”

Esta figura se concreta en determinar que ante el incumplimiento de una de las partes en un contrato, la otra parte no estará obligada a cumplir sus obligaciones, y eso precisamente fue lo que pasó en este caso.

De lo anterior se deriva la improcedencia de lo afirmado por el Despacho, teniendo en cuenta que el comportamiento del extremo pasivo no se ciñó al cumplimiento de las obligaciones contractuales y por lo tanto no estaba, ni está en la facultad de exigir el cumplimiento de la otra parte y mucho menos que la primera instancia lo legitime para ello.

No puede la jurisdicción permitir que la parte demandada saque provecho de su propio incumplimiento, considerando que no pagó la totalidad del precio, que incumplió el contrato y que ahora la sentencia recurrida le entrega el inmueble de propiedad de mis representados, sin haber pagado lo que le correspondía.

Así lo ha reiterado la Corte Constitucional:

Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación. (Sentencia T-122 de 2017)

No dar aplicación a dicho principio de rango legal, equivaldría a obligar a la parte cumplida a asumir todas las obligaciones a su cargo, aun cuando está siendo víctima del incumplimiento de la otra parte, interpretación no sólo injusta y desmedida, sino contraria al precedente jurisprudencial existente sobre el asunto, veamos:

“El contenido de esta cláusula refleja los más elementales parámetros de equidad, simetría y buena fe que deben ser entendidos como elementos conaturales a las obligaciones contractuales bilaterales, prescribiendo lo que es el producto de un análisis basado en la justicia material de las relaciones contractuales: si una de las partes de una relación bilateral no está en posición de cumplir las obligaciones contractuales, ¿cómo puede exigirle a la otra el cumplimiento de la prestación debida? La idea de esta figura es brindar una posibilidad de resolución de diferencias originadas en contratos en donde se ha presentado un abandono recíproco de las prestaciones a cargo de las partes contratantes, evitando que las mismas queden en un estado de indefinición permanente” (Sentencia T 451 de 2018, Corte Constitucional)

Es claro que el acuerdo entre las partes era realizar los trámites de escrituración, una vez se hubiesen perfeccionado las obligaciones de pago por parte de los demandados. Por su parte, tal y como lo encontró probado el Despacho, mis representados cumplieron con la entrega del inmueble en las condiciones acordadas, sin embargo, los compradores incumplieron con su obligación de pagar lo cual impidió que se procediera con la escrituración.

Resulta entonces inocuo que el fallador niegue la resolución del contrato, cuando fue la parte demandada quien incumplió el contrato e impidió que las gestiones de escrituración se adelantaran. Pensar lo contrario sería permitir que una persona que actúa abusivamente, incumpliendo las estipulaciones contractuales, luego se beneficie de su conducta ilegítima, sacando provecho de su propia culpa, actitud contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

Para el caso particular, mis representados activaron el aparato jurisdiccional a fin de que el operador jurídico obrara conforme a los supuestos fácticos y probatorios, pero especialmente, con total apego a la ley, para el reconocimiento y protección de sus derechos e intereses legítimos.

No obstante, en contra de todo el material probatorio aportado por las partes y recabado en el trámite del proceso, la sentencia recurrida negó las pretensiones de la demanda causando un perjuicio económico a los demandantes, inclusive mayor al que ya se había consolidado con el incumplimiento de los demandados; dando lugar a la consolidación de la figura jurídica denominada enriquecimiento sin causa.

En lo atinente al dicho concepto, la Corte Constitucional ha señalado que cuando el patrimonio se ve incrementado a expensas de otro, sin que exista una causa jurídica para ello, se está en presencia del enriquecimiento sin causa.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T - 219 de 1995, estableció:

Son tres los requisitos que deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.

Así, la sentencia ha dado lugar a la consolidación de cada uno de los elementos:

i) Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio

Además del provecho económico que los demandados han obtenido del uso del inmueble, aún sin pagar el precio pactado y mucho menos los cánones de arrendamiento desde el año 2019, como lo confesaron durante la audiencia inicial; ahora el fallo recurrido genera un enriquecimiento adicional, pues condena a mis representados a perder su propiedad sin recibir pago alguno.

Bien puede predicarse el aumento patrimonial de parte de los demandados, quienes en virtud del contrato han recibido un inmueble y han hecho uso de él, sin pagar a lo que se encuentran obligados apartándose de las estipulaciones contractuales.

ii) Un empobrecimiento correlativo del otro

Es claro que el empobrecimiento lo está sufriendo precisamente la parte actora, que lleva desde el año 2007 esperando el cumplimiento de la obligación por parte de los promitentes compradores, quienes injustificadamente se han abstenido de reconocer el pago al que contractualmente se obligaron, generando, un enriquecimiento ilegítimo a su favor.

Aunque los demandantes, desde la suscripción del contrato cumplieron cabalmente con sus obligaciones, como se indicó respecto de la entrega del inmueble, ahora la sentencia recurrida les condena a perder su propiedad.

iii) Que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico

En torno al tercer elemento, la jurisprudencia establece que el enriquecimiento debe haberse producido sin fundamento jurídico y lo que se evidencia es que la sentencia de primera instancia les ha generado enriquecimiento a los demandados, aún ante el probado incumplimiento de sus obligaciones.

2.7. Incumplimiento de la obligación de pago de los cánones de arrendamiento

Por último, reprocha el Despacho que la parte demandante no haya acudido a otra vía judicial si su intención era lograr el pago de los cánones de arrendamiento y la restitución del inmueble.

No obstante, olvida el fallador que dentro del contrato de promesa de compraventa se estableció en la cláusula cuarta, parágrafo primero:

LOS PROMITENTES COMPRADORES aquí firmantes desde ahora se comprometen a que durante todo el tiempo (meses y/o fracción que transcurra (n) antes de suscribir la correspondientes escritura de compraventa, de que se habla más adelante, estos seguirán reconociendo y pagando los cánones de arrendamiento mensual que correspondan, conforme a los contratos de arrendamiento vigentes y que para todos sus efectos son los siguientes (...):

Así las cosas, dentro del contrato de promesa de compraventa se estableció que los demandados continuarían reconociendo el canon de arrendamiento hasta la fecha de escrituración, siendo esta otra estipulación contractual que incumplieron los promitentes compradores desde el año 2019 y así lo afirmó también la parte demandante bajo la gravedad de juramento, a minuto 47:07 en su interrogatorio de parte.

Al respecto el Despacho le preguntó a la señora Rosa Elena: *¿Desde hace cuanto han dejado de pagar el arriendo de esos locales?*, y la demandante contestó:

Desde el año 2019, del año 2020 y 2021 no nos han dado un peso de arriendo.

Reiteró el Despacho: *Exactamente, ¿desde qué mensualidad?*, y la demandante contestó: *Desde enero de 2019*

Así también lo confiesa la demandada a minuto (1:35:40), cuando el Despacho le pregunta hasta cuándo pagaron el arrendamiento y ella contesta:

Hasta diciembre de 2018.

De igual forma, el Despacho en la fijación del litigio declaró, a minuto (2:57:52) de la audiencia inicial, como hecho probado que:

los promitentes compradores se obligaron a continuar pagando el arriendo de los locales que tenían como tales durante el tiempo que antecediera la firma de la escritura, así quedó consignado en uno y otro (...)

Sin embargo, el Despacho no sólo omitió pronunciarse en torno a ese incumplimiento sino que además desvió la atención mencionando, según su criterio, la acción pertinente, sin evidenciar que se trataba de una obligación de pago contenida en el contrato objeto de controversia.

Se configura un nuevo error en la sentencia, como quiera que el señor Juez consideró que ese incumplimiento no era un asunto que debía ser objeto de discusión y pronunciamiento dentro de este proceso.

Por tanto, configura un defecto sustantivo y procedimental, por cuanto a la luz del Código General del Proceso, el Despacho se encuentra llamado a resolver de fondo todos y cada uno de los asuntos sometidos a su conocimiento.

2.8. Carga de la prueba - Le corresponde al deudor probar que cumplió con el pago

En torno a la argumentación realizada por el Juez de primera instancia, en la cual en un primer momento declaró probado el incumplimiento de los demandados en el pago del precio del inmueble (minuto 13.40) y contradiciendo su propio argumento, más adelante indicando que la tenencia por parte del demandante de títulos valores girados por los demandados, solamente se puede entender como pago a la luz del artículo 882 del Código de Comercio, es importante hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, es importante reiterar, que tal y como se ha mencionado a lo largo del presente escrito, los títulos valores suscritos, no se entregaron en ningún momento como pago de la obligación, por el contrario, en la cláusula cuarta del contrato de promesa de compraventa, se estableció la entrega de títulos valores como una garantía de la obligación.

Textualmente la cláusula cuarta del contrato de fecha 05 de octubre de 2007 (fls. 10-13 reverso) establece "*Precio y forma de pago*", en el cual se modificó el precio del inmueble a la suma de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.200.000.000,00), que serían pagados de la siguiente de forma:

- X. *CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$100.000.000) que los PROMETIENTES VENEDORES, declaran haber recibido a satisfacción a la firma del documento.*
- Y. *La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$25.000.000), el día 17 de octubre de 2007, **garantizados con el cheque** No. 00287343 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- Z. *La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$25.000.000), el día 25 de octubre de 2007, **garantizados con el cheque** No. 00287344 del Banco Popular Sucursal Barrio Restrepo de Bogotá.*
- AA. (...)
- BB. (...)
- (...)
- YY. *La suma de OCHENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$81.000.000), el día 17 de febrero de 2018, **garantizados con una letra de cambio** a favor de JAIRO HERNÁNDEZ NASSAR C.C. No. 79.144.805.*

Así las cosas, teniendo la clara y expresa voluntad de las partes de entregar títulos valores en garantía de la obligación, mis mandantes ciñéndose a tal estipulación contractual, se abstuvieron de cobrar dichos cheques, en razón al compromiso y estipulación establecida previamente en el contrato.

Lo anterior, además fue incluso confesado por la parte demandada, quien en su interrogatorio de parte a la hora y cuarenta y tres minutos de la diligencia afirmó:

*“Los cheques se recogieron por parte del señor Jairo y le dimos el dinero a veces nos daba los cheques otras veces no; nos devuelve los cheques **CHEQUES PARA EL RESPALDO DEL EDIFICIO**”.*

Sin embargo, el juez de primera instancia, presumió que el pago se había materializado por el solo hecho de haberse entregado dichos títulos valores a los demandantes, no obstante, es claro y además evidente que en ninguna instancia del proceso, se estableció o probó que esos títulos valores se hayan hecho efectivos, incluso de ninguno de los testimonios o interrogatorios de parte se logra evidenciar tal conclusión.

Al respecto el artículo 882 del Código Civil establece que, los títulos valores constituirán pago salvo estipulación en contrario, indicando además que para que dicho título valor constituya pago, debe ser descargado, es decir, ser cobrado y efectivamente pagado:

ARTÍCULO 882. PAGO CON TÍTULOS VALORES. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

No obstante, lo anterior es claro que, **i) existía estipulación en contrario, es decir, en el contrato de promesa de compraventa se estableció que dichos títulos sólo constituían una garantía de la obligación, esto es, no valdrían como pago y ii) en ningún momento dichos títulos fueron descargados, al respecto no existe prueba que permita acreditar que fue así.**

Así las cosas, aún existiendo una obligación principal de pagar el precio en las fechas y por los montos discriminados en el contrato de promesa de compraventa en cabeza de los demandados, a la fecha dentro del expediente se evidencia la **inexistencia de prueba** alguna de pago de la obligación, siendo carga del demandado probar que pagó el precio pactado.

Contrario a ellos, incluso como se indicó en apartes anteriores, en el texto del documento obrante a folio 89 y reverso, se puede evidenciar que en ninguna de sus cláusulas se establece que las obligaciones contenidas en los literal a) al v) hayan sido pagadas, y mucho menos que se modifique el literal w) por ser la única cuota pendiente de pago por parte de los compradores.

En tal sentido, es claro que para que incluso los argumentos manifestados por las partes y el mismo juez de primera instancia prosperen, incumbe probar los elementos de hecho a quien los alegue. Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional al referirse a las reglas del “onus probando” o carga de la prueba de la siguiente manera:

*(...) Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: “onus probando incumbit actori”, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; **“reus, in excipiendo, fit actor”**, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, “actore non probare, reus absolvitur”, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos o fundamento de su acción.” (Resaltado fuera de texto)*

“Los anteriores principios están recogidos en la legislación sustancial (CC. Art. 175) y procesal civil colombiana (CGP, Art. 167) y responden principalmente a la exigencia para la persona que afirma algo de justificar lo afirmado con el fin de persuadir a los otros sobre su verdad.” (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

De igual forma, el Código General del Proceso, en cuanto a la carga de la prueba dispone lo siguiente:

“Art. 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.” (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Es necesario resaltar, que de conformidad con las normas transcritas aplicables al caso que nos ocupa, constituye una carga para los demandados, probar la totalidad de los argumentos en los cuales puedan fundamentar sus excepciones, y acreditar que en efecto cumplieron con la obligación de realizar dichos pagos, tal y como argumentó el juez de primera instancia.

No obstante, como se indicó anteriormente, es evidente que a la fecha, dentro del expediente del asunto se observa la inexistencia de prueba alguna que permita acreditar la forma de pago, puesto que los títulos valores entregados no se cobraron precisamente porque se suscribieron como garantía y no como pago de la obligación, no obstante, aun así con dichas pruebas, el juez de primera instancia, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en una presunción de pago que no existe y que además obedece a una interpretación errónea del Código de Comercio como ya se explicó.

3. PRETENSIONES

Solicito al Honorable Tribunal revocar el fallo de primera instancia de acuerdo con los argumentos esbozados en el presente recurso y en su lugar, ruego se acceda a las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,



DIEGO GUZMAN OSPINA
C.C. No. 11.276.240
T.P. No. 172.841 del C.S. de la J.

Honorable Magistrada
MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

E. S. D.

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

Radicado: 11001 3199 003 2019 02649 02

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 y notificada el 23 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 **Consultandes S.A.S.** (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. (Alvaro 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.

No obstante lo anterior, el demandante transfirió los recursos cuando el punto de equilibrio ya se había declarado, razón por la cual, el dinero aportado por el inversionista se transfirió al Promotor. Este hecho es transversal para el análisis y decisión del presente caso, pues es evidente que todo lo que aconteció con respecto a la determinación del punto de equilibrio es completamente irrelevante de cara a las pretensiones de la Parte Demandante, pues su vinculación, vale decirlo de nuevo, ocurrió tiempo después.

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. 1100010241.

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

La demandante fue enfática en su demanda en manifestar que Acción incumplió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010241, 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 abril del año 2014 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010241 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. 1100010241, 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 el demandante, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe (interrogatorio de parte

– audiencia inicial).

Además, debe recordarse que, en el transcurrir del proceso, quedó claro también que la Demandante no entregó la totalidad de los recursos que se acordaron:

El Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 1100010241 fue suscrito por **CONSULTANDES S.A.S. y KIYOSAKI S.A.S.**, como INVERSIONISTAS del Proyecto denominado MARCAS MALL, PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., en calidad de FIDEICOMITENTE PROMOTOR y CONSTRUCTOR RESPONSABLE del PROYECTO, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad administradora del MR-799 MARCAS MALL**, calidad reconocida por el **DEMANDANTE**, ya que en la Cláusula Décima del mencionado contrato, se dispone que la FIDUCIARIA actúa única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo fiduciario.

En cuanto a los recursos efectivamente entregados, el demandante antes identificado no entregó la totalidad de recursos porque, si bien en el Encargo Fiduciario Individual No. 1100010241 se consignaron CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CINCO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS M/CTE. (\$499.375.005,50), NO es cierto que en el plan de pagos acordado se haya estipulado cancelar el excedente al momento de la escrituración, lo que deja en evidencia su incumplimiento contractual al no haber pagado la totalidad de lo pactado.

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

En suma, la Demandante conocía y entendía la realidad del negocio fiduciario y el proyecto inmobiliario —en su estado real y actual para ese entonces— al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010241. 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. 1100010241 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. 1100010241; 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 imparitariamente 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 toda duda— 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. 1100010241, 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 la 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.

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. 1100010241. 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 la 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 la Demandante resultan abusivos o contrarios a derecho. Por el contrario, ellos se enmarcan perfectamente dentro de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y las obligaciones a cargo de mi representada de conformidad con las normas pertinentes.

En todo caso, es importante señalar que los boletines informativos enviados por **URBANIZAR** y **PROMOTORA MARCAS MALL** dan cuenta de la información enviada a los inversionistas sobre la necesidad de modificar el proyecto y suscribir las modificaciones a los contratos. Así se puede verificar, por ejemplo, en el Boletín 1, obrante a derivado 02 que a la letra da cuenta de la información completa suministrada 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. 1100010241 (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. 1100010241 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.

Esta argumentación fue refrendada por el H. Tribunal en la voz del Magistrado Alvarez Gómez en el proceso⁹ de FEMME INTERNACIONAL contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, en donde se precisó lo siguiente:

“En este caso, a la representante legal de la fiduciaria se le preguntó si la información falsa que contenía el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 constituyó “un actuar fraudulento”, a lo que respondió afirmativamente

⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil, Magistrado Ponente: MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ, Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintiuno (2021) Ref: Proceso verbal No. 110013199003201801590 01

(audiencia min. 2:00:40, derivado 064 del expediente digitalizado). También se le interrogó si la reclamación a la aseguradora se relacionó con los actos fraudulentos del señor Álvaro José Salazar en la oficina de Cali, a lo cual, igualmente, contestó que “sí” (audiencia min. 2:05:48, ib.). Se trató, entonces, de un parecer, de una opinión, de un calificativo personal, sin que en el expediente obre prueba del dolo. Luego, no se puede sostener que tales respuestas evidencian que la fiduciaria, adrede, toleró, permitió o admitió las conductas -calificadas como fraudulentas- de sus trabajadores, como tampoco que conocía de la ilicitud del comportamiento que ellos desplegaron, que son, como se sabe, presupuestos del dolo. Al fin y al cabo, “dolo es la intención de violar el derecho, y no se puede violar intencionalmente lo que no se conoce.”¹⁶ Lo que se demostró fue una conducta anómala, irregular y culposa de la fiduciaria, pero nada más. Es por eso, y no por dolo, que se afirma su responsabilidad.

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 ineficaz¹⁰ por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

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

¹⁰ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

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.”¹¹

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.**

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.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

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.

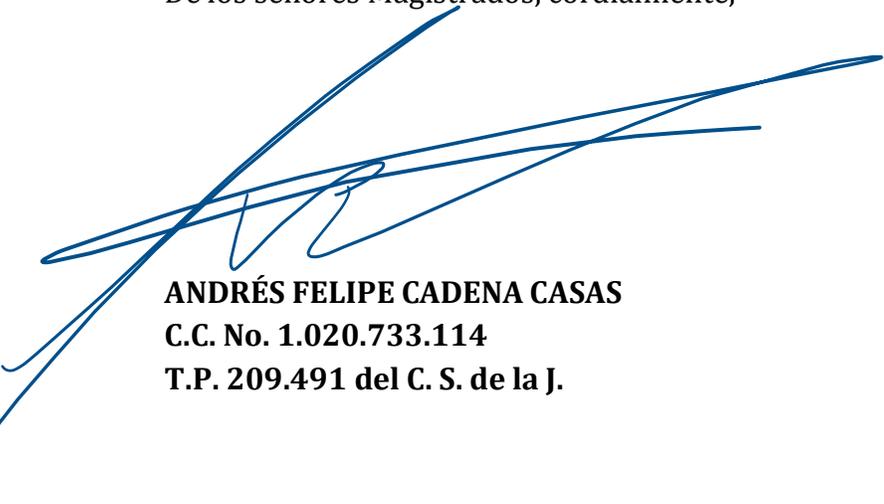
SOLICITUDES

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 y notificada el 23 de febrero de 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.

Bogotá D.C., noviembre 04 de 2021

Doctor

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Magistrado Sala De Decisión 006

Sala Civil

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

E. S. D.

Asunto. *Recurso de Súplica, contra el auto fechado del veintiocho (28) de octubre de 2021, con número Radicado. 00220210008101, en el que Resuelve declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de 1º de septiembre de 2021 y ordenar a la Superintendencia de Sociedades que rehaga la actuación afectada, con apego a lo previsto en la parte considerativa de la decisión.*

JUAN GUILLERMO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 79.691.556 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional número 105.422 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderado ya reconocido dentro de la presente actuación, actuando en nombre y representación del demandante señor **RICARDO ANÍBAL LOSADA HERRERA**, tal y como lo reconoció la autoridad que expidió la sentencia de Primera Instancia, de manera respetuosa, de conformidad con el numeral 6 del artículo 321 en concordancia con el artículo 331, ambos del Código General del Proceso (CGP), interpongo **Recurso de Súplica** contra el auto proferido por su Despacho el 28 de octubre de 2021 en Sala Unitaria, por medio del cual resolvió declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de 1 de septiembre de 2021.

Los argumentos de hecho y de derecho que integran y sustentan el recurso, son los siguientes:

1. Primer Argumento. La publicación del emplazamiento de los demandados Martín Gutiérrez Losada y los herederos indeterminados de Ricardo Aníbal Losada Márquez(qepd), SI SE REALIZÓ en debida forma, con fecha 6 de abril de 2021.

El hecho relatado por el Honorable Magistrado Sustanciador para fundar su decisión de nulidad es incorrecta y contrario a la realidad material y procesal. En efecto, una vez realizada la consulta en el sistema de personas emplazadas y registros nacionales entidades externas en línea, a través de la página <https://rn.ramajudicial.gov.co/ConsultaCiudadanosExternos/> se encontraron los datos registrados de las personas emplazadas dentro del proceso con código 202180000081, tal como se puede observar en las imágenes a continuación.

Al respecto, cuando se realiza búsqueda por proceso:



El Resultado es:



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSULTA DE PERSONAS EMPLAZADAS Y REGISTROS NACIONALES
ENTIDADES EXTERNAS EN LÍNEA
C.G.P. ARTS. 108, 293, 375, 383, 490

COMISIÓN DE PROCESOS

Código Proceso: 2021800001 Tipo Proceso: 100000000
Clase Proceso: VERBALE Subclase Proceso: 00 General / 00 Selección

Integrante

Departamento: BOGOTÁ Ciudad: BOGOTÁ, D.E. 10000
Circunscripción: SUPERINTENDENCIA Especialidad: 000000000
Distrito/Circuito: BOGOTÁ Número Demandado: 000
Circuito: Juz. 1º Demand. No. 01 - B
Sección: 2201000 Cofeje
Comuna/Especialidad: Fecha Publicación: 000000000 & 00.00.00 M.
Cofeje
Fecha Provisoria: 24/03/2021 12:00:00 A. M. Fecha Finalización:
Tipo Demandado: EMPLAZAMIENTO

Observaciones: Que En La Superintendencia De Sociedades Delegada Para Procuramientos Mercantiles Se Adjudicó El Proceso Verbal 2021-800-0001 Autógrafa Modificado Julio 2021-07-000000 Del 24 De Marzo De 2021. De Ricardo Anibal Lozada Herrera CONTRA Crystalla Inmobiliaria Los Cardos Ltda. Carlos Leonardo Lozada Carralho Mario Alejandro Lozada Carralho Mario Elizabeth Lozada Fajó Martha Alicia Lozada Fajó Ricardo Antonio Lozada Fajó Cristina Catherine Lozada Fajó Eileen Patricia Lozada Fajó Mary Fajó De Lozada Y Otros.

TIPO SUJETO	ES EMPLAZADO	DEPARTAMENTO	Ciudad	TIPO DOCUMENTO	NÚMERO DE IDENTIFICACION	NOMBRES Y APELLIDOS	RAZÓN SOCIAL	FECHA REGISTRO
Demandado	SI			CÉDULA DE CIUDADANO	118036800	Marta Guzmán Lozada		06-4-2021
Demandado	SI			CÉDULA DE CIUDADANO	118036800	En Provisoria e Inhabilitado De Ricardo Anibal Lozada Herrera		06-4-2021
Demandado	SI			CÉDULA DE CIUDADANO	118036800	En Provisoria e Inhabilitado De Ricardo Anibal Lozada Herrera		06-4-2021

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSULTA DE PERSONAS EMPLAZADAS Y REGISTROS NACIONALES
ENTIDADES EXTERNAS EN LÍNEA
C.G.P. ARTS. 108, 293, 375, 383, 490

COMISIÓN DE PROCESOS

Código Proceso: 2021800001 Tipo Proceso: 100000000
Clase Proceso: VERBALE Subclase Proceso: 00 General / 00 Selección

Integrante

Departamento: BOGOTÁ Ciudad: BOGOTÁ, D.E. 10000
Circunscripción: SUPERINTENDENCIA Especialidad: 000000000
Distrito/Circuito: BOGOTÁ Número Demandado: 000
Circuito: Juz. 1º Demand. No. 01 - B
Sección: 2201000 Cofeje
Comuna/Especialidad: Fecha Publicación: 000000000 & 00.00.00 M.
Cofeje
Fecha Provisoria: 24/03/2021 12:00:00 A. M. Fecha Finalización:
Tipo Demandado: EMPLAZAMIENTO

Observaciones: Que En La Superintendencia De Sociedades Delegada Para Procuramientos Mercantiles Se Adjudicó El Proceso Verbal 2021-800-0001 Autógrafa Modificado Julio 2021-07-000000 Del 24 De Marzo De 2021. De Ricardo Anibal Lozada Herrera CONTRA Crystalla Inmobiliaria Los Cardos Ltda. Carlos Leonardo Lozada Carralho Mario Alejandro Lozada Carralho Mario Elizabeth Lozada Fajó Martha Alicia Lozada Fajó Ricardo Antonio Lozada Fajó Cristina Catherine Lozada Fajó Eileen Patricia Lozada Fajó Mary Fajó De Lozada Y Otros.

TIPO SUJETO	ES EMPLAZADO	DEPARTAMENTO	Ciudad	TIPO DOCUMENTO	NÚMERO DE IDENTIFICACION	NOMBRES Y APELLIDOS	RAZÓN SOCIAL	FECHA REGISTRO
Demandado	SI			CÉDULA DE CIUDADANO	118036800	Marta Guzmán Lozada		06-4-2021
Demandado	SI			CÉDULA DE CIUDADANO	118036800	En Provisoria e Inhabilitado De Ricardo Anibal Lozada Herrera		06-4-2021
Demandado	SI			CÉDULA DE CIUDADANO	118036800	Ricardo Anibal Lozada Herrera		06-4-2021

Resultados

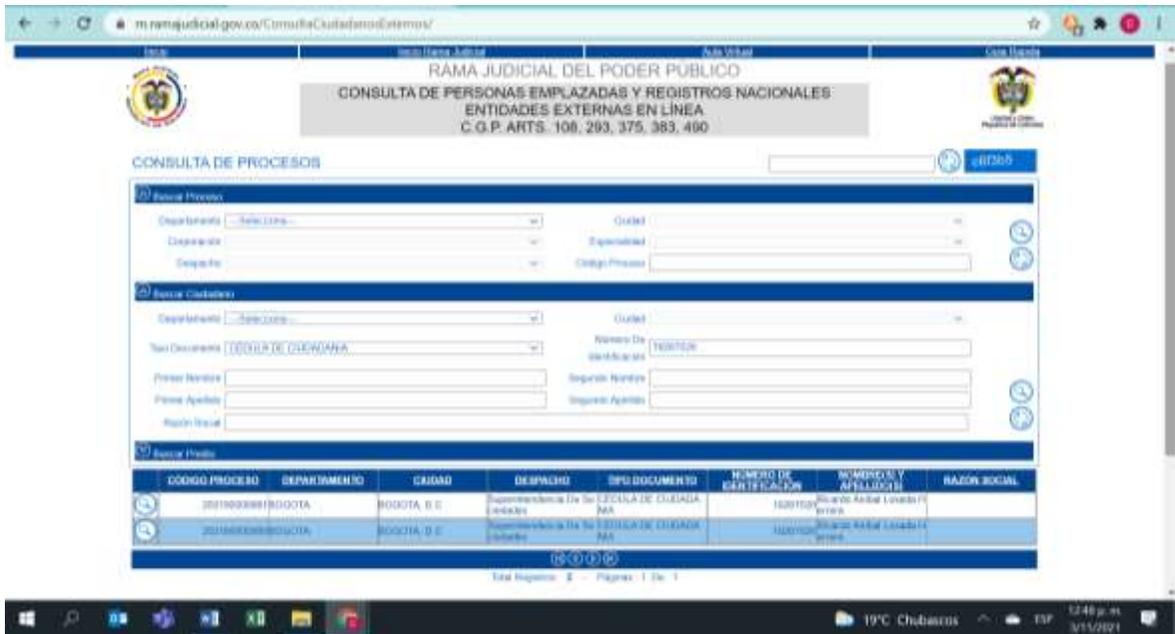
NOMBRE DEL ARCHIVO	TAMANO (KB)
2021-800-0001_Autograf_04-2021 & 00.21 PM.PDF	2075 KB

Suma Actual
Código Sistema De La Adjudicación
Ejecución Ejecutiva De Administración Judicial

Calle 77 No. 7 - 88 Bogotá Colombia PRX: (071) 3127011 - E-Mail: Support_r_judicial@ramajudicial.gov.co

Cuando se realiza la búsqueda por número de cédula del demandante, el resultado es:

Calle 26ª 13-97. Oficina 503 Edificio Bulevar Tequendama. Bogotá D.C.
Tel: (57) 2320825

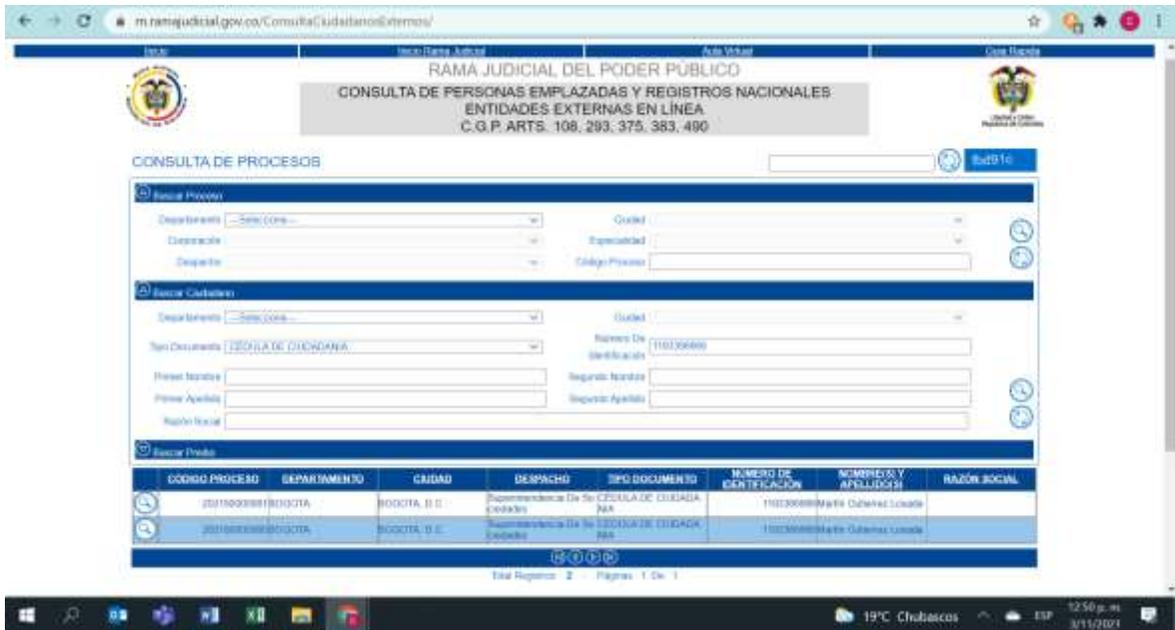


Búsqueda por nombre del demandante.

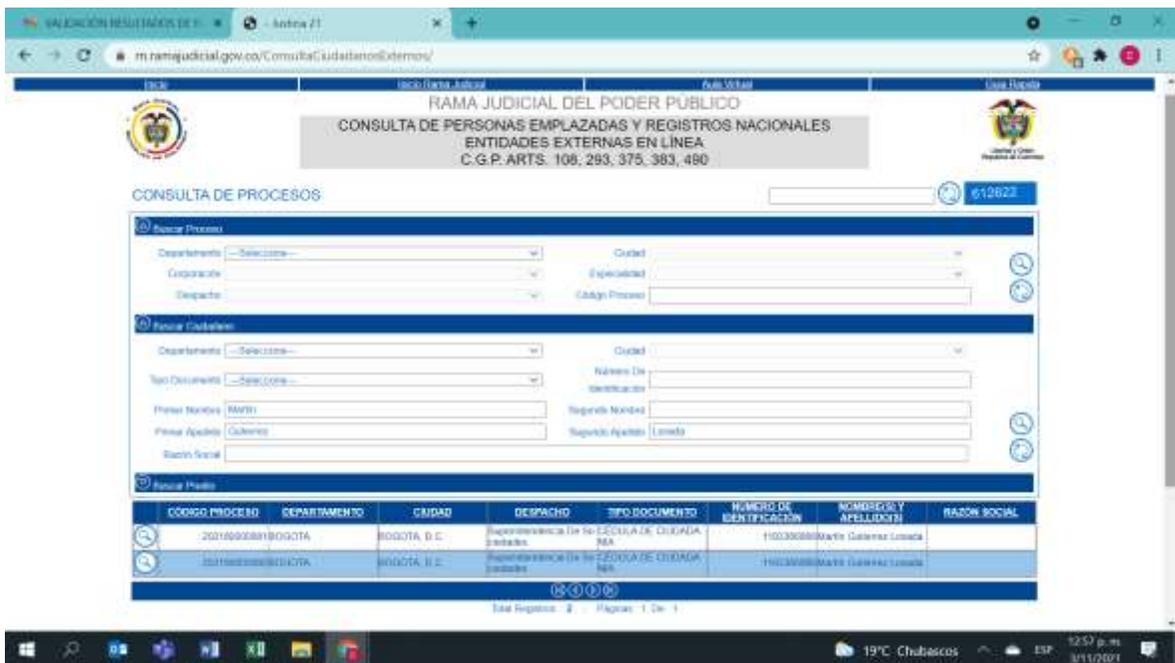


Búsqueda por número de cédula del emplazado.

Calle 26ª 13-97. Oficina 503 Edificio Bulevar Tequendama. Bogotá D.C.
Tel: (57) 2320825



Búsqueda por nombre del empleado.



En consecuencia de lo anterior, al haberse encontrado en el registro de las personas emplazadas para este proceso a través de la página web <https://rn.ramajudicial.gov.co/ConsultaCiudadanosExternos/>; es evidente y está demostrado que dicho emplazamiento fue realizado en debida forma.

Calle 26ª 13-97. Oficina 503 Edificio Bulevar Tequendama. Bogotá D.C.

Tel: (57) 2320825

En este orden, ruego que el auto objeto de recurso sea revocado en su integridad y se continúe con el trámite del recurso de apelación presentado por la parte demandada Compañía Inmobiliaria Los Cedros Ltda.

Fue tal palmario el error fáctico cometido por el señor Magistrado Sustanciador, que el mismo Juez de Primera Instancia, Superintendencia de Sociedades, que por medio de comunicación expedida con fecha 02 de noviembre de 2021 bajo el radicado 2021 – 01 – 645641, aportó los soportes que acreditan la debida notificación realizada, los cuales dan fe de que el demandado Martín Gutiérrez Losada, así como los herederos indeterminados fueron debidamente emplazados.

2. Segundo argumento. La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada

De conformidad con el tercer inciso del artículo 135 del CGP, "*La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento **solo podrá ser alegada por la persona afectada***".

Sin perjuicio del deber del Juez o Magistrado de realizar control de legalidad, conforme lo señala el artículo 132 del C.G.P, en gracia de discusión si se llegará a demostrar que el emplazamiento no fue realizado en debida forma, deberá ordenarse que así se haga, para que sea la persona emplazada, quien alegue la pretendida nulidad si fuere el caso. Pero no es posible declarar dicha nulidad de oficio tal y como ocurrió en el caso concreto pues el señor Magistrado carecía de facultad legal para ello.

3. Tercer argumento. Ausencia de prueba de la indebida notificación, pues se trata de pantallazos tomados extemporáneamente, dejando de lado la certificación expedida y aportada oportunamente.

Ahora bien, si aún en gracia de discusión se aceptare, que la nulidad se podía decretar de oficio y habiéndose demostrado el hecho contrario, es decir, que la publicación de marras extrañada por el Magistrado Sustanciador si ocurrió, la prueba innominada de los pantallazos realizada por el Despacho directamente y sin decreto previo no tenía la entidad de demostrar lo aseverado por el Despacho en el sentido de que no hubo el emplazamiento.

En efecto, inexplicablemente el Honorable Magistrado Sustanciador decide darle mayor valor probatorio a pantallazos extemporáneos, esto es, tomados meses después de haberse realizado el emplazamiento, como si el hecho de que eventualmente en esos pantallazos no apareciera el registro, invalidará la actuación. Y ello es perfectamente posible porque ellos demuestran un hecho presente, no un hecho pasado, habiendo sido conducente y pertinente que se le solicitara, antes de la expedición del auto suplicado, al administrador del registro la certificación de tal hecho.

Ahora bien, el hecho cierto y demostrado consiste en el emplazamiento ocurrió en abril 06 de 2021, y desde esa fecha se debía contar el tiempo para contestar la demanda, de manera que dicha oportunidad procesal ya había fenecido mucho tiempo antes del día en que se tomaron los pantallazos a los cuales el Magistrado Sustanciador decide darles pleno valor

probatorio, incluso sin ser dar la oportunidad de que sea controvertidos tal y como dispone el artículo 132 del Código General del Proceso, razón por la cual, vuelvo y repito en gracia de discusión, si para esa fecha ya la consulta no arrojaba los resultados esperados, no debe ser objeto de nulidad, pues lo importante es que para la época en que se hizo el emplazamiento si figuró, lo cual no puede ser evidenciado con los pantallazos que sustentan el recurso.

PETICIONES.

De conformidad con lo anterior, respetuosamente solicito a los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión 006 de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conocer del presente recurso de súplica y revocar en su integridad el auto proferido el 28 de octubre de 2021, para dar continuación al trámite de la apelación que tiene como apelante a la Compañía Inmobiliaria Los Cedros Ltda.

Con respeto, del señor Magistrado Sustanciador.



JUAN GUILLERMO GONZALEZ R.
C.C. 79.691.556 de Bogotá
T.P 105.422 Del C.S de la Judicatura

EDUARDO DEVIS-MORALES
Doctor en Derecho

H. Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D. C.

Sala Civil

H. Magistrada Ponente

Doctora CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA (Código Despacho 110012203003)

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Proceso de declaración de pertenencia de LEONARDO HUMBERTO SALAZAR SOTO contra la sociedad SALAZAR SOTO & CÍA. S. en C. S. (en liquidación)

Asunto: Se sustenta recurso de apelación

Radicación: 11001310304020150061202

EDUARDO DEVIS-MORALES, de las calidades que constan en el expediente, con todo respeto y en los siguientes términos, oportunamente procedo a descorrer el traslado que se me corrió mediante auto notificado por estado electrónico E-191 del 28 de octubre de 2.021, y, en consecuencia, a sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, D. C.¹

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

A. Pretensiones:

Como aparece en la demanda, se solicitó al *a quo* proferir sentencia que contuviera las siguientes declaraciones y condenas a favor del demandante, señor LEONARDO HUMBERTO SALAZAR SOTO:

1. Que mi mandante, LEONARDO SALAZAR SOTO, adquirió por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio el inmueble urbano

¹ Manifiesto que nunca pude consultar la sentencia de primera instancia que, según el Juzgado, podía consultar escribiendo el código de verificación que se me enviaría, pero que nunca se me envió:

“Se envió otro código de verificación.

“Ha recibido un vínculo seguro a:



11001-31-03-040-2015-00612-00 (sentencia)

“Para abrir este vínculo, escriba el código que acabamos de enviar por correo electrónico a eduardodevismorales@gmail.com. [Volver a enviar](#)”

ubicado en la ciudad de Bogotá, D. C., cuya nomenclatura catastral es Calle 68 No. 4-41 (dirección nueva), antes Calle 68 No. 3-41, y le corresponde el número de matrícula 50C-214224, junto con sus mejoras y anexidades legalmente constituidas y que se distingue con la siguiente alinderación, según consta en el Certificado de Tradición y Libertad de Matrícula Inmobiliaria expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá- Zona Centro, que acompaño a la presente demanda: “Lote de terreno # 3 de la manzana ‘B’ de la urbanización ‘Calvo MC. Phillips’, lote con una extensión superficiaria de 457,20 M2, o sean 571,50 V2 junto con la edificación en él construida, ubicado en el Barrio de Chapinero de esta ciudad y linda: Oriente con el Lote # 2 de la misma Manzana ‘B’ de la urbanización ‘Calvo MC. Phillips’, propiedad de Francisco Montaña en extensión de 25,93 MTS. Occidente, con el Lote # 4 de la misma manzana y urbanización, en extensión de 26,33 MTS. Norte, con la Calle 68 en extensión de 14,00 MTS. Sur, con propiedad de Hernando Forero Bernal, antes de Julio Lombana”.

2. Que, en consecuencia, y para los efectos de los artículos 2.534 del Código Civil y 70 del decreto 1.250 de 1.970, y según lo prescrito en el Código General del Proceso, se ordene inscribir la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá- Zona Centro.

3. Que se condene en costas a la parte demandada.

B. Hechos:

Los hechos que se expusieron como base de las pretensiones, según me fueron referidos por el demandante, señor LEONARDO HUMBERTO SALAZAR SOTO, fueron los siguientes:

Primero. Mi mandante ejerció la tenencia real y material del inmueble objeto de este proceso desde hace más de 20 años con ánimo de señor y dueño, en forma quieta, tranquila, pacífica e ininterrumpida, ya que nunca se presentó interrupción natural o civil.

Segundo. Durante este tiempo ejecutó actos de los que sólo permiten el dominio de las cosas, tales como residir permanentemente en el inmueble, pagar impuestos con sus propios recursos, arrendar en beneficio propio partes del inmueble, realizar mejoras y reparaciones necesarias, construir, ampliar y acondicionar el inmueble, etc., todo ello por su propia cuenta.

Tercero. Mi mandante nunca reconoció dueño durante este lapso de tiempo; antes, por el contrario, se comportó como tal.

Como quedó demostrado, su condición de señor y dueño es reconocida por todo el vecindario.

Cuarto. La sociedad demandada, sociedad SALAZAR SOTO Y CÍA. S. en C. S., se disolvió y debe procederse a su liquidación judicial.

C. Pruebas:

Oportunamente solicitadas y decretadas, se practicaron las siguientes pruebas que demuestran que mi mandante, LEONARDO SALAZAR SOTO, ha ejercido la tenencia real y material del inmueble objeto de este proceso desde hace más de 20 años, con ánimo de señor y dueño, en forma inequívoca, pública, quieta, tranquila, pacífica e ininterrumpida:

Documental: Se acompañaron a la demanda los siguientes documentos como soportes de los hechos alegados que resultaron, a la postre, probados:

A). Certificado de existencia y representación legal de la sociedad SALAZAR SOTO Y CÍA. S. en C. S.

B). Certificado de defunción de Hernando Salazar Rodríguez y de Ana Consuelo Soto de Salazar, quienes fueran los socios gestores de la sociedad demandada.

C). Escritura pública No. 4655 del 20 de diciembre de 1.973 de la Notaría 8 de Bogotá, mediante la cual se constituyó la sociedad Salazar Soto y Cía. S. en C. S.

D). Escritura pública No. 00502 del 18 de febrero de 1.986 de la Notaría 10 de Bogotá, mediante la cual se reformaron los estatutos de la sociedad SALAZAR SOTO Y CÍA. S. en C. S.

E). Escritura Pública No. 6832 del 15 de noviembre de 2.005 de la Notaría 6 de Bogotá, mediante la cual se reformaron los estatutos de la sociedad SALAZAR SOTO Y CÍA. S. en C. S.

F). Certificado de Tradición de la Matrícula Inmobiliaria No. 50C-214224 expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro.

G). Certificación Catastral – Registro Alfanumérico del mismo inmueble.

H). Los recibos de pago de servicios públicos, impuestos, valorización y otros, que corresponden a pagos hechos por el demandante por su cuenta y

con sus propios recursos, se agruparon en seis carpetas, numeradas del 1 al 6.

Es muy importante notar que los recibos del agua aportados aparecen todos a nombre del demandante LEONARDO SALAZAR SOTO, debido a que, cuando él tomó posesión del edificio, el inmueble carecía de servicio público de agua, y fue él quien logró la reconexión y, en adelante, las facturas vienen a su nombre.

Finalmente, en escrito de subsanación de la demanda, le entregué al Despacho un nuevo Certificado de Libertad y Tradición del inmueble objeto del presente proceso de pertenencia, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, D. C.

Testimonial: Entregué al Juzgado las declaraciones extra juicio presentadas ante notaría, de los testigos Sara Carolina Arias y César Augusto Briceño, quienes no viven en Bogotá. Adicionalmente, suficientes testigos declararon sobre los hechos que demuestran la tenencia material con ánimo de señor y dueño del inmueble objeto del proceso por parte del demandante LEONARDO SALAZAR SOTO, en forma inequívoca, pública, quieta, tranquila, pacífica e ininterrumpida, por el tiempo legal para adquirir por prescripción extraordinaria.

II. ANÁLISIS DE LOS TESTIMONIOS

Audio 120 de jueves 24 de enero de 2.019:

1. Testimonio de Germán Hurtado Otero:

Inicialmente le dijo al Juzgado: *“Leonardo Salazar llegó a este edificio y juepúchica año muchos años 2.002 creo que fue”*.

Sin embargo, cuando le pregunto si está seguro de que fue en el 2.002, Germán Hurtado responde *“no estoy seguro creo que fue mucho antes porque, vuelvo y le repito, mi hijo nació en el 90 y eso fue muy cercano después del nacimiento de mi hijo que yo ya venía aquí, pero la fecha exacta si no, es difícil”*.

En cuanto a la calidad que el demandante fungió al momento de llegar al edificio, la Señora Juez le preguntó: *“Llegó al edificio en el año 2.002 porque él llegó acá, él llegó cómo en qué calidad o por qué ingresó a todo el inmueble a una parte, cuénteme”*.

Y, el señor Hurtado le contestó: *“él llegó acá como éste inmueble era pertenecía a la familia sí él llegó a coger posesión del inmueble en esa época”*

AUDIO 121 de jueves 24 de enero de 2.019:

2. Testimonio de Cecilia Montcriff de Sánchez.

Del testimonio de doña Cecilia Montcriff de Sánchez se puede concluir que, desde el año 2.000 hasta el año 2.014, ella ocupó el apartamento 201 del edificio materia de este proceso en calidad de arrendataria del señor Leonardo Humberto Salazar Soto. Durante todo ese tiempo consideró a dicho señor como el dueño del edificio ya que él era quien le arrendó y quien se hacía cargo de todo lo relacionado con el edificio.

Audio 122 de jueves 24 de enero de 2.019

3. Testimonio de Ego Francisco Repa Matiz (EFR).

En este testimonio aparecen varios hechos de interés para el proceso:

En primer lugar, la Señora Juez le formula una pregunta al señor Repa, de forma sugestiva; dice la Señora Juez: *“la señora consuelo, permítame le pregunto, la señora cuando accedió ella le dijo como vaya y adminístrelo, qué le dijo, usted que estaba ahí”*.

No tenía la Señora Juez porqué mencionar *“vaya y adminístrelo”* porque con eso le estaba insinuando la respuesta. En consecuencia, el testigo le contestó: *“váyase para allá mijo y hágase cargo de todo”*.

Más adelante, la Señora Juez le pregunta al testigo *¿Cuándo fue que Leonardo se vino para acá, en qué año?*

Y, el testigo le contestó: *“yo no me acuerdo si fue en el 91, 92 ó 93 pero fue para esa época, algo así, y él fue arreglando el apartamento”*.

Cuando el testigo Repa le dijo a la Señora Juez que él le había ayudado al demandante a hacer unos arreglos, ella le preguntó:

“Más o menos de qué época hicieron ustedes esos arreglos en los que usted dice que ayudó?”

Y la respuesta fue:

“Viene siendo como el año 95 como en el 95 yo todavía tenía, espérese me acuerdo qué carro, sí como en el 95, 96, porque me acuerdo que bajamos a las ferreterías compramos la pintura compramos la canal y la arreglamos y él le arrendó yo vi cuando se hizo el arriendo a esa señora no me pregunte el nombre no me pregunte nada”.

Y, después:

“¿Hasta cuándo le ayudó usted?”

Y el señor Repa responde: *“Como hasta el 98”*.

Más adelante, aparece el siguiente diálogo entre la Señora Juez (SJ) y el testigo, señor Ego Francisco Repa (EFR):

SJ “Y, cuénteme, la señora Consuelo, después de que el señor Leonardo se vino para acá, ¿ella venía acá al inmueble, disponía de alguna cosa en el inmueble le daba alguna orden a su hijo con respecto?”

EFR - “Yo solo vi a Leonardo aquí, a Consuelo perdón, yo solo vi a Consuelo aquí una navidad”.

SJ - “¿Usted sabe si, de pronto, esos dineros de las rentas o algo así se le entregaban a la señora Consuelo?”

EFR - “No sé nada, no sé, o sea, yo movimientos monetarios no le puede decir nada”.

SJ- “¿Entonces, me estaba diciendo que a Consuelo solo la vio una navidad?”

EFR - “No, sí, pues obviamente uno no se la pasa aquí metido.”

SJ - “Lo que usted haya visto sí”.

EFR - pero si una vez pasamos una navidad aquí con consuelo estuvimos todos consuelo estuvo Mercedes con Jorge y pues el grupo de amigos que siempre estábamos juntos.

SJ - “¿Y, en esa oportunidad, de pronto comentaron algo sobre sobre el inmueble?”

EFR - “Sí, que él cambió algo que sí me acuerdo, en alguna conversación que tuve así con Consuelo, algo casual que dijo “cómo ha cambiado el apartamento”.

SJ - “¿Usted recuerda eso en qué año fue esa navidad?”

(...)

EFR “No yo me acuerdo que esa navidad era la época que acababan de salir los celulares esos grandotes y que todos teníamos celulares fue para esa época pero no le puedo decir el año.

SJ - “¿Más o menos hace cuántos años tampoco?”

EFR “Un momentico, estamos hablando del año 95, 96.

Y, cuando me correspondió interrogar a este testigo, ocurrió el siguiente diálogo:

EDM - “entonces, quiero que me confirme si ‘hacerse cargo’ quería decir arreglar él todo”.

EFR “Pues eso fue lo que yo entendí y Leonardo se hizo cargo de todo además lo arregló yo esto lo veo muy cambiado.”

EDM - Ok. ¿Usted sabe por cuenta de quién Leonardo hacía todos esos gastos para arreglar el edificio?

EFR - Sí.

SEÑORA JUEZ - ¿Por cuenta de quién?

EFR - Sé que del bolsillo de él salió mucha plata porque yo me acuerdo que le decíamos ‘Leonardo vámonos para no sé dónde’. No, no tengo plata porque tengo que hacer unos arreglos, me voy a quedar acá; eso fue más de una vez que pasó.

Alguno de los apoderados de la parte demandada preguntó:

“Entonces, reiterando la frase ‘hágase cargo de todo’ manifieste al despacho si en esa charla de pronto doña Ana Consuelo le dijo a su hijo Leonardo hágase cargo de todo y disponga del inmueble”.

EFR – “No, yo no le puedo decir que dijo ‘disponga del inmueble’, pero sí, hágase cargo mijo allá de esas cosas, pues hágase cargo de las cosas uno ve el cambio eso es lo que yo veo, pero no le sé decir más, o sea, el hijo toma la decisión que le dice la mamá y ya lo que ellos hablan es cosa de ellos, pero yo estuve me acuerdo que estuve ese día.

El otro apoderado de la parte demandada le preguntó al testigo:

¿Usted podría decirnos en qué año fue que sucedió que usted encontró que este apartamento 101 estaba completamente inhabitable?

EFR - En el 92, cuando él se pasó acá esto estaba terrible tenía un olor peculiar a humedad por el tapete que había era terrible ese tapete soltaba una humedad y un olor bastante fuerte.

Audio 123 de jueves 24 de enero de 2.019

4. Testimonio de David Hurtado Tejada

Don David Hurtado Tejada (David) inició su declaración afirmando:

“Yo conozco al señor Leonardo desde 1983-84. Conocí a su mamá y conocí muchas de las cosas que pertenecen a ellos”.

SJ ¿A ellos? ¿A quiénes?

David – “A su familia. Entre estas ésta esté bien, como tal, me refiero a él porque Leonardo, cuando empezó a vivir en este sitio, tuvo que hacer todo lo posible para recuperarlo, no había agua, no había luz, él, con sus propios recursos, empezó a darle solución a muchas cosas que sucedían en este sitio porque ejerció como dueño desde el día uno.

Él entró acá, yo lo acompañé a traer el trasteo desde el día uno, pasamos la primera noche acá y eso no había nada, se empezó, con decirle, que se empezó conectando el agua, conectando la luz, no había un servicio de baño, o sea, había un baño pequeñito con un sanitario y un lavamanos:

Después de eso, pues, él empezó a hacer mejoras y mejoras y mejoras porque pues él habitaba acá y disponía el sitio como suyo, siempre he sabido que es el dueño porque él administra, abre, cierra, paga los impuestos, muchas veces comentábamos ese tema porque me decía ‘David Usted no sabe los esfuerzos que me toca hacer a mí para pagar esto’. Yo le decía: ‘pero Leonardo ¿qué va a hacer?’ Él me decía: ‘no sé no sé’; pero tenía que poner agua, luz, teléfono, pagar

impuestos, mejor dicho, le puso hasta nombre al edificio, con eso le digo todo, porque cuando llegamos acá ni nombre tenía.

Bueno, puso los timbres, los citófonos, de todo, realmente, él funge como dueño y señor de estos predios. Eso sí es real y desde que tengo uso de razón y los conozco pues Leonardo ha sido dueño de este edificio o sea así me consta a mí nunca vía a una persona acá que dijera no es que esto es de mi hermano es de mi tío y es de mi abuelo no siempre supe que era uno el apartamento de Leonardo, y Leonardo era el que velaba por el buen funcionamiento y de sus propios recursos sacaba para poner todo al día porque cuando llegamos te lo digo o sea sobre todo este primer piso esto era una cosa oscura fea inhabitable.”

SJ - ¿Cuándo ingresó el señor Leonardo acá, si usted dice que lo acompañó?

DAVID - Como el 92, como en el 92, en 1.992, más o menos.

SJ - ¿Por qué ingresó él acá?

DAVID - Pues porque quería un sitio dónde vivir

SJ - ¿Quién lo dejó ingresar acá? ¿Cómo hicieron?

DAVID - Él

SJ - Usted me dijo, pero ¿cómo hicieron para entrar?

DAVID - Pues nada, con unas llaves señora

SJ - ¿Quién le dio las llaves?

DAVID - ¡Ah! Eso sí no tengo la menor idea, pues creo que él las tenía en su propiedad porque, como te digo, siempre había visto este edificio como a Leonardo siempre que pasábamos ‘David, mira ese edificio es mío’, y yo ‘¡Ah, bueno Leonardo!’ ‘David, ese edificio es mío’, ‘Oiga, ¡qué chévere! Hasta que un día decidió venirse a vivir a su edificio.

Audio 124 de jueves 24 de enero de 2.019

DAVID Él siempre ‘ese edificio es mío’, ‘ese edificio es mío’, hasta que, un día me dijo: ‘oiga me voy a vivir a mi edificio’; y yo: ‘ah bueno, pues, Leonardo ¿en qué se le puede ayudar?’ yo tenía una camioneta, me acuerdo, y ‘¿oiga, me ayuda con un trasteo?’ y, efectivamente, llegamos acá, yo le obsequié, es más, le obsequié un closet que todavía creo que está puesto, lo instalamos hay entre los dos, bueno, normal, y se vino a vivir acá.

Más adelante:

SJ - Cuando ustedes llegaron ¿alguien les reclamó? Les dijo ¿ustedes por qué están entrando acá o que hacen acá?

DAVID no, te lo digo, o sea, yo le digo: ‘oiga Leonardo ¿cómo es este tema?’ Me dijo ‘no, esto es mío, aquí voy a vivir, voy a hacer esta reforma acá, voy a hacer esto acá, o sea, pero realmente no me cuestioné cuándo lo compré, cómo era este tema, no realmente.

Y, otro poco más adelante:

SJ - ¿Usted conoce a la señora consuelo, la mamá del señor Leonardo?”

DAVID Por supuesto que la conocí muy bien y la extraño mucho.

SJ – Y, esa señora ¿de pronto tenía algún tipo de disposición en éste inmueble?

David – No.

SJ – No.

DAVID – No, mira que cuando Leonardo se pasó acá, él la invitaba acá, o sea, él era el que invitaba: ‘mamá vamos a mi casa vamos a mi edificio? Mira, es más, tengo recuerdo de un par de veces es más invitada por Leonardo.

A este testigo uno de los abogados de la parte demandada le preguntó, entre otras cosas:

Ah, listo, si le consta a la señora el que él ocupó este inmueble.

DAVID – No, es que no es que lo haya ocupado sumercé, yo lo que tengo claro es que Leonardo es el dueño de este inmueble porque me lo manifestó o sea yo nunca le pregunté ‘perdón, ¿usted hizo esto o hizo lo otro? No, no. “Me voy a ir a mi edificio a vivir porque ya yo ya no quiero vivir más en la casa de mi mamá y pues tengo allá mi edificio voy a hacer”, y, efectivamente, cuando llegamos acá yo “oiga esto está chévere le falta trabajo”. “Ah, eso que huevo, eso yo vengo, yo no tengo todavía hijos ni esposa nada, yo aquí puedo vivir”. Pues yo le dije “pues sí”. Y así fue, es más, le dije en qué le colaboro en todo pues fue cuando le regalé el armario de una habitación acá que, como le repito, creo que todavía está ahí; le dije “gordito yo ahorita solo puedo con esto que si le sirve”. Me dijo “claro, está súper chévere”. Y él empezó aquí a hacer, es más, la entrada era por otro lado porque esta puerta no estaba, no sé, la entrada era por acá; “no esa vaina hay que quitarlo”, entonces quitó esa puerta de acá colocó esta puerta de acá que sé que es de seguridad, hizo esta pequeña como recepcionista acá y ya empezó a hacer las cosas aquí adentro, sí, pero, como te digo, o sea, esto no, o sea, esto fue bien difícil conquistarlo por así decirlo y tuvo que invertir mucho de su tiempo y de su capital, y creo que se ha negado muchas cosas por tener este esta oportunidad de poder pues vivir acá y todo, o sea, no sé si él hubiera tenido ganas de vivir en otro lado, no sé pero él se encariñó y dijo que era de él y “esto es lo mío David y aquí tengo que vivir y aquí va ser”, y yo “no pues, esto debe ser cuando le quede listo va a ser chévere”.

La Señora Juez le dio el uso de la palabra al doctor León.

Dr. León - Mil gracias. Si usted lo sabe, ¿podría indicar la fecha y el año en que el señor Leonardo Humberto Salazar Soto comenzó a ocupar el apartamento 101 como señor y dueño?

DAVID - Pues yo tengo recuerdo del año 92, mes y día no.

Dr. León – Preguntado: usted afirma, afirmó que los dineros con que el señor Leonardo Humberto Salazar Soto pagaba los impuestos provenían de recursos propios de él ¿por qué hizo esa afirmación?

DAVID - Pues porque lo vi sacando de sus propios

Dr. León: ¿porque qué?

DAVID - Porque lo manifestó y me dijo que había sacado de sus tarjetas de crédito, de créditos personales, del salario que el devengaba allá en el tema de la comercialización de las motos, o sea, eso sí él me dijo “oiga míreme así me

toque hacer avance de tarjeta de crédito, sacar un crédito personal, lo que toque”, pero pues, es más, en una conversación “uch este tema de los impuestos me tiene seco”. Sí señor.

Se puede apreciar claramente en los testimonios, en los documentos arrimados con la demanda y en el dictamen pericial practicado, y en el interrogatorio de parte al que fue sometido el demandante, lo siguiente:

1. LEONARDO HUMBERTO SALAZAR SOTO llegó al inmueble objeto de este proceso de pertenencia en el año 1.992.
2. De inmediato, se instaló allí a vivir y se dedicó, en nombre y por cuenta y riesgo propios, a hacer habitable el edificio. Hasta le puso el nombre que quiso al edificio.
3. Todas las reparaciones y mejoras efectuadas al edificio las realizó el demandante, en nombre y por cuenta y riesgo propios.
4. Desde el principio, pagó servicios públicos, incluyendo reinstalaciones, y también ha pagado, durante todo el tiempo, los impuestos correspondientes al edificio.
5. Todos los testigos se daban cuenta de que él era el propietario del edificio; ello, con base en sus conductas respecto del mismo.
6. Al arrendar los apartamentos, el edificio le producía frutos para él.
7. Nunca nadie le objetó su posesión ni tuvo que rendirle cuentas a nadie. Él administraba como administra sus bienes cualquier propietario.
8. Hasta el presente, esto es, por casi treinta años, él ha poseído el edificio en forma quieta, tranquila, pacífica e ininterrumpida, ya que nunca se ha presentado interrupción natural o civil.

III. RAZONES DE LA INCONFORMIDAD CON LA SENTENCIA DE INSTANCIA

Estimo que el fallo de primera instancia es contraevidente. No es sino escuchar atenta y objetivamente los testimonios de los testigos, leer los documentos aportados con la demanda y estudiar el dictamen pericial, para darse cuenta, de forma clara y precisa, que el señor LEONARDO HUMBERTO SALAZAR SOTO ejerció la tenencia real y material con ánimo de señor y dueño del inmueble objeto de este proceso desde cuando llegó al mismo en 1.992, es decir, más de 20 años antes de iniciar el presente proceso, y lo hizo y lo sigue haciendo en forma quieta, tranquila, pacífica e ininterrumpida, ya que nunca se presentó interrupción natural o civil.

Durante todo ese tiempo: pagó los impuestos y contribuciones, hizo reinstalar servicios públicos cortados, los pagó, adecuó el edificio para hacerlo habitable, le hizo mejoras, le puso nombre, arrendó los apartamentos, habitó y aún habita en el edificio, todo ello en nombre y por cuenta y riesgo propios. Tanto así, que todos los que rindieron sus testimonios lo veían como el propietario del edificio.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 791 de 2.002, vigente a partir del 27 de diciembre de 2.002, se redujo a diez (10) años el término de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio durante el cual debió existir una posesión no interrumpida, y, de acuerdo con lo normado en el Código Civil, sin que en ese período haya mediado violencia, clandestinidad o ambigüedad. La demanda se presentó el 20 de octubre de 2.015.

Como dijo la H. Magistrada doctora CLEMENCIA ROJAS MEDINA:

“Puede decirse que el verdadero campo de la usucapión de la propiedad se encuentra en la prescripción adquisitiva extraordinaria, dada la circunstancia de que en este caso la mera posesión de un inmueble, continuada por determinado período de tiempo, engendra la propiedad. Solamente en la prescripción extraordinaria se contempla el caso de que alguien, por sí y ante sí, tome la posesión de un inmueble ajeno y gane el dominio por el simple transcurso del tiempo.

“El simple hecho de poseer sirve de fundamento a esta prescripción, pues no se exige buena fe, ni título idóneo de transferencia de la propiedad. Toda posesión irregular de un inmueble engendra propiedad sólo por prescripción extraordinaria. La posesión puede haberse adquirido de buena fe, o puede existir el justo título y haberse adquirido de mala fe. En estos dos casos, como cuando faltan ambos elementos, se está en presencia de una posesión irregular”²

Según enseña la H. Corte Suprema de Justicia, son presupuestos de la prescripción adquisitiva de dominio, ordinaria o extraordinaria:

“1. Posesión material en el demandante. 2. Que la posesión se prolongue por el tiempo que exige la ley. 3. Que dicha posesión ocurra ininterrumpidamente, y 4. Que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción”.³

Por su parte, el Profesor FERNANDO CANOSA TORRADO, en su obra Teoría Práctica del Proceso de Pertenencia afirma:

² Sentencia de 1º de octubre de 1.978 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Magistrada Ponente: doctora CLEMENCIA ROJAS MEDINA, Publicada en el libro Jurisprudencia Civil de 1.979, Ediciones Lex Ltda., compilado por JAIRO LÓPEZ MORALES, págs. 1.297 y 1.298.

³ Casación civil del 13 de septiembre de 1.980. Magistrado Ponente: doctor ALBERTO OSPINA BOTERO.

“Si se tiene en cuenta el objeto o fin de la prescripción, se infiere que tanto la posesión como el tiempo, en la usucapión ordinaria y en la extraordinaria, son los siguientes:

“a) En la posesión

“Son requisitos esenciales:

“1) Posesión a nombre propio o como si fuera titular del dominio.

“2) Que esta posesión se ejerza sobre bienes prescriptibles, o sea, que estén en el comercio (art. 2.518) y que no sean de uso público (art. 2.519).

“3) Que los actos posesorios sean continuos y no clandestinos; aunque, como lo dice el art. 2.520, sean actos de mera facultad o mera tolerancia, pero que otorguen ventajas patrimoniales ‘y por cuenta y riesgo de quien posee’⁴, ya que tiene dicho la doctrina de la Corte que ‘al prescribiente que ha alegado usucapión, en la modalidad extraordinaria, le toca comprobar que sobre el bien que pretende adquirir por ese modo, ha ejecutado actos materiales evidentes o claramente significativos de comportarse como señor y dueño, o en otros términos, que exterioricen su señorío’.

“b) En el tiempo

“El tiempo, tanto en la ordinaria como en la extraordinaria debe ser continuo, no interrumpido (arts. 2.522, 2.528 y 2.531, última parte)...”

De acuerdo con el artículo 762 del Código Civil, *“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.*

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

De esta definición brota que la posesión se trata de una situación de hecho estructurada a partir de dos elementos esenciales: el *corpus* o aprehensión material de un bien ante los ojos de los demás, y el *animus* o voluntad de poseer la cosa como dueño. Ambos elementos han sido ampliamente probados a lo largo del presente proceso, tanto documental como testimonialmente: la posesión efectiva del inmueble de que se trata, por parte del señor LEONARDO SALAZAR SOTO, fue asidua, autónoma y prolongada desde cuando ingresó al edificio en 1.992 hasta el presente, y trascendió a la vida social mediante una serie de actos que sólo da lugar el derecho de propiedad.

⁴JORGE ANGARITA GÓMEZ, pág. 272

Como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, ese poderío se reflejó en *“una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y el vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse con hechos positivos de aquellos que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación”*⁵.

Pues, bien: el aquí demandante, señor LEONARDO HUMBERTO SALAZAR SOTO, ha podido demostrar dentro del presente proceso:

1. La posesión del edificio **a nombre propio** como si fuera titular del dominio, desde 1.992, ejecutando **actos de administración y de disposición** que ha realizado **en su propio nombre y por cuenta y riesgo propios**, tales como: a). convertir en habitable el edificio que estaba en pésimas condiciones cuando lo empezó a poseer hizo más de veinte años contados hacia atrás desde el momento de la presentación de la demanda, es decir, desde el mismo momento cuando llegó al edificio; b). hacerle reconectar los servicios públicos y pagarlos de ahí en adelante, c) hacerle mejoras, d) pagar los impuestos prediales y las contribuciones de valorización que han pesado sobre el inmueble, e) arrendar los diferentes apartamentos y utilizar para sí mismo el producto de las rentas, y, f) hasta residir en uno de ellos.
2. Sobre los demás inmuebles de propiedad de la sociedad demandada no se han pagado los impuestos causados, en cambio, el aquí demandante los ha pagado siempre, con recursos propios, respecto del bien objeto del presente proceso.
3. Esa posesión la ha ejercido, y aún la ejerce, de manera quieta y pacífica, sobre el edificio objeto de este proceso de pertenencia, el cual es un bien prescriptible.
4. La sociedad demandada nunca le ha pedido cuentas ni le ha reclamado la restitución del inmueble de que se trata.
5. Sus actos posesorios son y han sido siempre continuos y no clandestinos.
6. Los mismos le han otorgado ventajas patrimoniales, tanto así que durante todo el tiempo en que ha sido poseedor, ha vivido de la renta que le producen los arriendos de los apartamentos.

⁵ (G.J. t. XLVI, 716, y CXXXI, 185)

7. Esos actos posesorios han sido y siguen siendo materiales, evidentes y claramente significativos de comportarse como señor y dueño.
8. Finalmente, más de veinte años de posesión ininterrumpida, completan los requisitos legales para que se le reconozca judicialmente el derecho de dominio sobre el bien que pretende usucapir.

En el caso *sub judice*, con todo el acervo probatorio mencionado atrás, tanto documental como testimonial, se demostró como realizados por el señor LEONARDO HUMBERTO SALAZAR SOTO, **por cuenta y riesgo, y en nombre propios, y no de la sociedad demandada**, desde el mismo día cuando entró a tomar posesión del inmueble, en 1.992, más de veinte años antes de la presentación de la demanda que dio inicio a este proceso, el pago de los impuestos y contribuciones sobre el inmueble, los servicios y las reparaciones y mejoras hechas al inmueble. Además, también se probó la explotación económica del edificio por parte del mismo señor **en provecho propio**, mediante contratos de arrendamiento celebrados directamente entre el aquí demandante poseedor y terceros.

Y, para abundar en actos posesorios, se pudo comprobar en la diligencia de inspección judicial que el demandante, señor LEONARDO SALAZAR SOTO, reside en uno de los apartamentos del edificio y tiene el uso, casi exclusivo, de sus garajes.

Todo lo anterior, desde el momento cuando ingresó al edificio, en 1.992, y durante un término superior al exigido para obtener el dominio por prescripción extraordinaria.

Efectivamente, con las pruebas decretadas y practicadas se demostró, más allá de toda duda, que **el señor LEONARDO SALAZAR SOTO posee el edificio objeto material del presente proceso, en forma inequívoca, pública y pacífica, no como socio de la entidad demandada, sino que lo ha poseído para sí, como dueño único, desde el mismo momento cuando ingresó al edificio en 1.992, sin reconocer dominio ajeno, ejerciendo como señor y dueño exclusivo los actos probados de goce y transformación del edificio, durante un tiempo muy superior al exigido legalmente para la prescripción extraordinaria del dominio.**

De otro lado, ni la sociedad demandada ni los terceros intervinientes, demostraron cosa alguna que socavara o pusiera en duda los hechos expuestos en la demanda o el derecho alegado por el demandante LEONARDO SALAZAR SOTO. Tanto es así, que la sociedad demandada nunca se opuso a su posesión, ni le pidió cuentas, ni le reclamó la restitución del bien.

Por todo lo dicho hasta este momento, considero que la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado 40 Civil del Circuito es contraevidente y, en consecuencia, le ruego a ese H. Tribunal, revocarla y proferir una en la que se le concedan al demandante las pretensiones planteadas en su demanda.

Fundamento legalmente esta sustentación en las normas citadas en la demanda, especialmente en los artículos 673, 762, 981, 2.512ss, y 2.531 a 2.534 del Código Civil; en el artículo 1 de la Ley 791 de 2.002, en el artículo 375 del Código General del Proceso, y demás legislación concordante y aplicable.

H. Magistrados,



EDUARDO DEVIS-MORALES
C. C. No. 17'174.204 de Bogotá
T. P. No. 10.051 del C. S. de la J.