

MEMORIAL DRA LOZANO RV: RAD. 11001310303520220005901 sustenta recurso de apelación

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 02/05/2024 10:58

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

 1 archivos adjuntos (324 KB)

11001310303520220005901 escrito sustentacion apelacion sentencia.pdf;

MEMORIAL DRA LOZANO

Atentamente,

-----Mensaje original-----

De: juan carlos canosa torrado <juancarloscanosaabogados@hotmail.com>

Enviado el: jueves, 2 de mayo de 2024 10:25 a. m.

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Administrativo Páez Martín Abogados S.A.S <administrativo@paezmartin.com>; andres-robayo@hotmail.com

Asunto: RAD. 11001310303520220005901 sustenta recurso de apelación

[No suele recibir correo electrónico de juancarloscanosaabogados@hotmail.com. Descubra por qué esto es importante en <https://aka.ms/LearnAboutSenderIdentification>]

DOCTORA

AIDA VICTORIA LOZANO RICO

HONORABLE MAGISTRADA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ.

SALA CIVIL.

REF. SUSTENTACION RECURSO APELACION EN EJECUTIVO JUZGADO DE ORIGEN JUEZ 35 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

DEMANDANTE. - JUAN CARLOS ROMERO SEGURA DEMANDADO. - JUAN CARLOS ROJAS Y ANDRES ROBAYO RAD. 11001310303520220005901

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO, apoderado de la parte ejecutante, concurre a su despacho en tiempo y de la manera más respetuosa, con el fin de sustentar el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia dictada por el JUZGADO 35 CIVIL DEL CIRCUITO y que tiene por objeto que la misma sea revocada en su integridad y del que se corrió traslado a la parte que represento por auto del 24 de abril del año en curso.

Adicionalmente, para dar cumplimiento al numeral 14 del art 78 del C.G.P., me permito enviar el presente escrito a las partes, para lo pertinente.

Le rogamos amablemente a todos los destinatarios, confirmar la recepción del presente junto con su archivo en pdf.

Cordial Saludo.

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO
ABOGADO

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.



DOCTORA
AIDA VICTORIA LOZANO RICO
HONORABLE MAGISTRADA
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ.
SALA CIVIL.

REF. SUSTENTACION RECURSO APELACION EN EJECUTIVO
JUZGADO DE ORIGEN JUEZ 35 CIVIL DEL CIRCUITO DE
BOGOTA
DEMANDANTE. - JUAN CARLOS ROMERO SEGURA
DEMANDADO. - JUAN CARLOS ROJAS Y ANDRES ROBAYO
RAD. 11001310303520220005901

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO, apoderado de la parte ejecutante, concurre a su despacho en tiempo y de la manera más respetuosa, con el fin de sustentar el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia dictada por el JUZGADO 35 CIVIL DEL CIRCUITO y que tiene por objeto que la misma sea revocada en su integridad.

1. DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Se trata de la Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso ejecutivo de la referencia, mediante la cual la señora **JUEZ 35 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, negó las pretensiones de la demanda, acogiendo las excepciones presentadas por los aquí ejecutados.

2. DE LAS INCONFORMIDADES CON LA SENTENCIA Y LOS MOTIVOS POR LOS QUE LA MISMA DEBE SER REVOCADA.

Precisados previamente los reparos sobre los que versa la presente apelación, a continuación sustentaremos cuales son los motivos por los cuales la sentencia de primera instancia dictada por el *ad quo*, debe ser revocada, para en su lugar ordenar que se siga adelante con la ejecución, pues como lo evidenciaran sus señorías al momento de decidir, no le asiste la razón al JUZGADO 35 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, al haber dado por probadas las excepciones de la demanda y en consecuencia negado seguir adelante la presente ejecución:

1.-La discusión relativa a los REQUISITOS DEL TITULO VALOR señalados en los art 621 y 709 del C.Co., en concordancia con el 422 del C.G.P., solo se pueden alegar mediante recurso de reposición, según lo manda el art 430 inciso segundo.

Erró el juez de primera instancia pues las excepciones acogidas en la sentencia de primera instancia no son tales, pues no atacan la pretensión, no están encuadradas entre las que el art 784 del C.Co., manda perentoriamente se pueden alegar contra la acción cambiaria, a excepción de la del numeral 4, que como sabemos por expreso mandato del art 430 en su inciso segundo se deben discutir mediante recurso de

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.



reposición en contra del mandamiento ejecutivo – lo que sabemos no se hizo – por tanto, precluyo la oportunidad para hacerlo, ya que sin lugar a dudas las inconformidades respecto de los requisitos tales como literalidad y claridad del título valor objeto de la presente ejecución.

El punto es relevante ya que sabemos que la norma citada dispone que el juez no puede tal como hizo, reconocer o declarar en la sentencia dentro del proceso ejecutivo o sentencia que ordene seguir adelante la ejecución, defectos formales del título ejecutivo.

Recordemos que el demandado propuso la FALTA DE LEGITIMACION EN EL DEMANDANTE PARA PRESENTAR LA DEMANDA EJECUTIVA A SU NOMBRE, pues considero que la cláusula y/o es contradictoria y antitécnica, propuso además, EL DOCUMENTO QUE SE APORTO COMO SOPORTE DE LA EJECUCION CARECE DE MERITO EJECUTIVO , COMO QUIERA QUE NO ES CLARO, fundado en su falta de exigibilidad por la misma razón, ya que según él la obligación no es *clara expresa y exigible*, como exige el art 422.

Excepciones que sin lugar a dudas se refieren a los requisitos especiales del art 702 Numeral 2 del C.Co., y que debieron alegarse mediante recurso de reposición, pues se trata a los requisitos generales (621) y especiales (709), específicamente a **la persona a quien debe hacerse el pago.**

En resumen, todo aquello que se refiere a los requisitos del título valor, específicamente a su **literalidad y claridad** respecto al titular del derecho incorporado tal como lo señaló la sentencia recurrida, solo podían alegarse mediante recurso, lo que sabemos no ocurrió.

2.- SOLIDARIDAD CONTRACTUAL. La segunda inconformidad con la sentencia recurrida radica en el hecho de que se desconoció cual fue la INTENCION O VOLUNTAD del creador u otorgante del pagare(deudor) al incluir la cláusula y/o.

Se desconoció en la sentencia recurrida que **la creación del pagare es a todas luces una declaración de voluntad y la literalidad del que nos ocupa, expresa sin lugar a equívocos cuál fue la intención de los deudores al otorgarlo.** Por eso se debió por el a quo, desentrañar lo que el texto literal del pagare indicaba al decir que se podría pagar a JESUS ROMERO y/o JUAN CARLOS ROMERO.

Es así como en la sentencia recurrida se erró pues desconoció lo mandado por el art 626 del C.Co., que indica que:

“ El suscriptor de un título quedara obligado conforme al tenor literal del mismo...”,

Ya que en el que nos ocupa claramente se acordó o dispuso que el pago se hiciera a JESUS o/y JUAN CARLOS.

A opinión del suscrito, la SEÑORA JUEZ 35 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, se equivocó al analizar y aplicar en el caso la jurisprudencia que interpreta el art 632 del C.Co., sobre la solidaridad por PASIVA,

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.



doctrina que es conocida por todos y reiterada, pues, perdió de vista que al acordar que la obligación dineraria se podía pagar a JESUS y/o JUAN CARLOS, se creó una de solidaridad **contractual** por ACTIVA, con los efectos por todos sabidos de extinguir la obligación por pago cuando este se hace a uno de los dos acreedores, pues la cláusula y/o, pues se acordó que pueda hacerse a cualquiera de los acreedores independiente o a los dos.

3.-Del alcance y efectos de la cláusula “Y/O” en los títulos valores.

Tenemos por fuerza que estar inconformes, ya que sabemos pues no es de otra forma y lo manda el art 626 del Código de Comercio, que el suscriptor de un título se obliga conforme a su tenor literal, y en el caso que nos ocupa, se utilizó la cláusula a la orden de JUAN CARLOS ROMERO y/o JESUS ROMERO, lo que indica, por eso de la literalidad del título valor y sin que haya lugar a dudas, que se tiene como legítimo tenedor a cualquiera de los dos, de manera exclusiva.

No otra fue la voluntad e intención de los otorgantes o creadores del pagaré, en este caso los deudores – situación convenida con los dos acreedores - lo que de conformidad con el art 1620 del C.C., el sentido en que **una cláusula que puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.** En el caso, el efecto querido por los otorgantes del pagare, era que la obligación se pagase a JESUS Y/O A JUAN CARLOS, esto es a cualquiera de los dos. Desafortunadamente el a quo, resolvió que la cláusula no producía efecto alguno.

Y es por esto, que consideramos respetuosamente que el ad quo desconoció cual era el acuerdo de voluntades celebrado entre los acreedores y deudores, que no era otra cosa que una **solidaridad contractual** por activa, pues cuando se acuerda la cláusula “y/o”, no es otra cosa lo que se está creando.

No existe otra razón para haber redactado el título valor, de la manera en que se hizo, de acuerdo con la cual, se indicaba certeramente que se podía pagar a los dos o a cualquiera de los beneficiarios, **con exclusividad o dependencia del otro.**

Así las cosas, del texto literal del pagaré se desprende lo evidente, que no es cosa distinta de que se podía cobrar y a su vez pagar a cualquiera de los beneficiarios – esto fue lo acordado y expresa la voluntad de los creadores del título – aceptada por los beneficiarios, por tanto, todos los intervinientes en el negocio jurídico sabían desde el principio que se podía pagar a uno cualquiera de los acreedores.

De no ser esta la voluntad, o la intención de los intervinientes, sería bueno preguntarnos: ¿porque pactaron la cláusula “y/o”? Es claro entonces que, en la sentencia recurrida, se dio el mismo alcance a la cláusula “y/o” que a la “y”, lo que desde luego desconoce el tenor literal del título valor y que la sigla “y/o”, es **disyuntiva o denota separación o alternancia**, por lo que puede tener como legítimo acreedor a JUAN CARLOS ROMERO, o cualquiera de los acreedores separadamente.

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.



Ya en el art. 10 numeral 3 de la **Convención de Las Naciones Unidas Sobre las Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales**, que, aunque es norma que se aplica a estos títulos internacionales, **al no existir norma aplicable en Colombia**, tenemos que decir que se aplica, en el sentido de que dice:

“Si el título es pagadero a dos o mas tomadores alternativamente, será pagadero a cualquiera de ellos, y cualquiera de ellos que se halle en posesión del título, podrá ejercer los derechos del tenedor. En los demás casos, el título será pagadero a todos ellos y los derechos del tenedor, solo podrán ser ejercidos por todos ellos”.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia reseñan como es perfectamente valida la cláusula “y/o” en los títulos valores, sino que otros doctrinantes así lo señalan en sus obras, veamos:

Así las cosas, tenemos que la cláusula utilizada en el título, es la manifestación de su voluntad incorporada dentro del pagaré, en la que se libera el deudor al pagar a los beneficiarios o solo a uno de los que aparecen allí tal y como sucede en el caso que nos ocupa, por lo que la excepción debe ser despachada de manera desfavorable.

Sobre este punto, la jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia, la doctrina nacional e internacional y los Conceptos de la Super Intendencia Financiera, coinciden en señalar que cuando el título valor tiene la formula y/o puede ser cobrado en su totalidad (entre otras posibilidades) por cualquiera de aquellos que figuran como acreedores en el instrumento y que el deudor a su vez se libera efectuando el pago a solo uno de ellos; veamos:

a.- Sección Cuarta del Consejo de Estado en fallo de 14 de abril de 1994; posición adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de febrero de 2009, proferida en el expediente No. 11001310302003-00282-01.

“Es inadmisibile que la entidad bancaria alegue contradicción, inconveniencia o duda frente a la cláusula “y/o”, que inveteradamente se ha utilizado en los títulos valores, consagra el artículo 1620 del Código Civil, el sentido en que una cláusula puede producir efectos debe ser preferido a aquel en que no los produce. **Aceptar la posición del actor implica que la cláusula así expresada por el girador sólo tenga desarrollo cuando el cheque es cobrado por los beneficiarios conjuntos, y esa no es su intención, y conocida ésta, a ella debe ceñirse la conducta del girado**” (negrillas y subrayado no están en el texto original).

b.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO A, dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013)¹.

¹chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/pdf/csj_scp_42258(16-10-13)_2013.pdf

“b.- Cuando en la emisión de un título valor de tales características, se consigna como beneficiaria a una sola persona determinada, el momento de su pago no revela ninguna dificultad, como en algunos eventos podría surgir, si de él son titulares dos o más sujetos.

Para estos supuestos, la praxis mercantil ha acudido con éxito al empleo de enlaces individuales, como “o” e “y”, o a la reunión de ambos “y/o”, lo que ha generado diferentes criterios interpretativos, entre ellos, que en el primer caso, la disyuntiva permite que la distribución se realice indistintamente a una u otra; en el segundo, que la conjunción implica efectuar la solución a las dos; y el tercero, mezcla de los anteriores, comporta que la obligación cartular puede descargarse por el deudor a cualquiera de ellas e inclusive a ambas, con absolutos poderes liberatorios”. (negrillas, cursiva y subrayado no están en el texto original)

c.- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en sentencia del 15 de diciembre de 1992

“(…) la imposición de la cláusula 'y/o' da a los beneficiarios la posibilidad de hacer efectivo su derecho de forma individual o conjunta”². (negrillas y subrayado no están en el texto original)

d.- Concepto N.º 95019291-1. junio 12 de 1995 Superintendencia Bancaria.

“Ahora bien, en cuanto corresponde a la expresión y/o la Superintendencia Bancaria en memorando interno OJ-001 del 3 de enero de 1983, manifestó:

“La cuenta colectiva solidaria. Consiste en el hecho en que dos personas realizan un depósito entendiéndose que es posible que cualquiera de ellas pueda disponer hasta de la totalidad. En los términos de los artículos 1384 y 1397 del Código de Comercio, toda cuenta donde haya pluralidad de cuenta-corrientistas se reputará solidaria, por lo tanto, los acreedores, en este caso, son solidarios desde el punto de vista activo y la obligación se satisface pagándole a cualquiera de ellos. Se caracterizan porque los nombres están unidos por 'y/o'”.

“(…) no queda más que afirmar que la expedición de los certificados de depósito a término que tiene por beneficiarios a una u otra persona separada por la partícula 'y/o', se debe llevar a cabo en un solo cuerpo, es decir en un único título, ello en razón a que el derecho que en el mismo se incorpora es uno solo, con la característica de que puede ser ejercido por cualquiera de los beneficiarios. De igual manera, es lógico afirmar que la obligación del deudor, en este caso la entidad financiera que expide el CDT de pagar se entiende cumplida cuando el pago se efectúe a cualquiera de los beneficiarios del título”. (negrillas y subrayado no están en el texto original)²

² Tomado del Concepto N° 95019291-1. Junio 12 de 1995 de la Super Intendencia Bancaria

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.
e.- DOCTRINA COLOMBIANA.



Veamos señora Magistrada como al menos en la doctrina citada se deja ver como el juez de primera instancia se equivocó en la sentencia recurrida:

1.- La tratadista en la materia Doctora Mary Luz Hincapié Gómez.

En su obra Títulos Valores, expresa: Esta clase de cláusulas presentan alguna dificultad cuando se trata de legitimación en la causa por activa. En lo que respecta a los deudores cambiarios típicamente se sabe que el artículo 785 del Código de Comercio, faculta ejercitar la acción cambiaria contra todos los firmantes del título, sin distinción de cómo se obligaron.

Cuando los titulares del título-valor son dos o más personas, y se intercalan las conjunciones tales como “o” “y” “y/o”, es necesario desentrañar quienes están legitimados para reclamar el derecho incorporado. Todos al unísono, uno de ellos, o unos cuantos.

Cuando se utiliza la conjunción “o”, en este caso la disyuntiva significa que el pago puede efectuarse **indistintamente a una u otra** Ej: en un pagaré el otorgante dice: pagare a la orden de Juan o María.

Si se utiliza la conjunción “y”, significa que el reclamo caratular debe hacerlo conjuntamente los tenedores y el pago realizar a favor de ambos. Ej. Pagaré a la orden de Juan y María. No resulta atinado que el importe lo reclame una cola de los tenedores.

Si las conjunciones plasman “y/o”, comporta que el descargue de la obligación caratular pueda hacerse a ambos o a uno de ellos con absolutos poderes liberatorio (Corte Suprema de Justicia, 2009). En el mismo sentido lo expone TRUJILLO CALLE (1996), al referir que dicha construcción puede tomarse junta o individualmente (pag.179) Libro Títulos Valores³. (negritas y subrayado no están en el texto original)

En la Convención sobre letras de cambio y pagares Internacionales, de Uncitral, se consideró la forma de emitirse en estos casos, y así lo determina el artículo 10:

La letra podrá librarse: a) por dos o más libradores; b) pagadera a dos o más tomadores (...). **Si el título es pagadero a dos o más tomadores alternativamente, podrá pagarse a cualquiera de ellos, y cualquiera de ellos que se halle en posesión del título podrá ejercer los derechos del tenedor.** En los demás casos, el título será pagadero a todos ellos y los derechos del tenedor solo podrán ser ejercitados por todos ellos.

(....)O: conjunción disyuntiva. Las conjunciones disyuntivas indican

³Tomado de https://datojuridico.com/titulos-valores-las-clausulas-y-o-o-y/#google_vignette

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.



alternancia exclusiva, alternativa entre dos cosas, por una de la cuales hay que optar. Ejemplo, Álvaro o Enrique, **cualquiera de los dos, en forma individual, se considera tenedor legítimo.**

Y/O: German y/o Rodrigo son legitimarios juntos, al mismo tiempo o cualquiera de ellos separadamente, Tiene el mismo efecto de O (JARAMILLO JARAMULO Y RICO PUERTA, 2006, P36)⁴(negritas y subrayado no están en el texto original)

2.- En el mismo sentido se expresa el tratadista Henry Alberto Beccera Leon.

En su obra derecho comercial, expresa:

“2.1.5 EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS COLECTIVOS.

Sucede a menudo que un título-valor se gira a la orden de varios beneficiarios. *Prometo pagar incondicionalmente a la orden de LUZ y Matina....o... prometo pagar incondicionalmente a la orden de PEDRO o ELIAS..., o... prometo pagar incondicionalmente a la orden de ROSA y/o HELENA....* ¿cómo identificar en estos casos a al tenedor legítimo?

Partiendo de que el beneficiario es legítimo tenedor, en la medida en que tenga jurídicamente el título y está facultado para cobrarlo (art.647 del C.de Co.), resulta necesario hacer algunos comentarios en torno de los hechos propuestos.

Cuando el título contienen la cláusula...*a la orden de LUZ y MARINA*, Es evidente que ambas son beneficiarias y acreedoras. Las dos, a la vez, deben tener el instrumento, presentarlo para su cobro, endosarlo etc.

La falta de alguna de ellas en la tenencia del título, en la presentación para su cobro o el endoso, impide que la otra sea legítima tenedora. La Y es una conjunción copulativa, por cuanto coordina aditivamente un nombre con el otro.

En el caso de la cláusula...*a la orden de PEDRO o ELIAS*, Cualquiera de los dos, separadamente, es legítimo tenedor del título. La letra o, es una conjunción disyuntiva, puesto que denota separación, diferencia o alternativa entre dos personas.

En relación con la cláusula...*a la orden de ROSA Y/O HELENA...*, que en principio puede tacharse de ambigua o contradictoria, se nos antoja que esta cláusula permite tener como legítimas tenedoras a ROSA y a HELENA juntas, a un mismo tiempo; o a cualquiera de ellas separada y exclusivamente, porque con arreglo a lo dispuesto en el art 626 del Código de Comercio, el suscriptor de un título valor se obliga conforme al tenor literal y en ese entendimiento, de tal tenor literal. (negritas no están en el texto original)

⁴ HINCAPIE GOMEZ, MARY LUZ TITULOS VALORES TERCERA EDICION (SELLO EDITORIAL)

En este último supuesto, debe aclararse que quedan a salvo los derechos de quien no actuó en ejercicio de la acción cambiaria, frente a quien lo hizo. Si ROSA actúa como legítima tenedora de manera exclusiva, por ejemplo y recibió el pago del título-valor, los derechos que tenga HELENA, siguen vigentes ante ROSA, por causa o con ocasión del pago a quien ella recibiera.

Sobre la cláusula y/o se pronunció el Consejo de Estado así:

Es inadmisibles que la entidad bancaria alegue contradicción, inconveniencia o duda frente a la cláusula “y/o”, que inveteradamente se ha utilizado en los títulos valores, **pues al hacerse efectivo el derecho incorporado en el título valor por parte de uno de los beneficiarios, automáticamente se excluye a los demás. Cuando el girador la utiliza, su voluntad es, al redactar así la orden impartida al girado, que éste se libere de su obligación de pagar efectuando el pago a los beneficiarios o a uno de ellos.** Restringir los alcances de la cláusula equivale a modificar la intención del girador y, como lo consagra el artículo 1620 del Código Civil, el sentido en que una cláusula puede producir efectos debe ser preferido a aquel en que no los produce. **Aceptar la posición del actor implica que la cláusula así expresada por el girador sólo tenga desarrollo cuando el cheque es cobrado por los beneficiarios conjuntos, y esa no es su intención, y conocida ésta, a ella debe ceñirse la conducta del girado**”. (negritas y subrayados no están en el texto original).

3.- Doctora Cristina Giraldo Peña.

En su obra de títulos valores señala en el mismo sentido de la Corte Suprema que “Cuando se presente la cláusula “Y/O”, que tantas veces se ha utilizado en los Títulos valores, es inadmisibles que la entidad bancaria alegue contradicción, inconveniencia o duda, pues al hacerse efectivo el derecho incorporado a uno de los beneficiarios automáticamente se excluye a los demás”⁵,

f.- Concepto 96042228-21996 noviembre 26 Superintendencia Bancaria⁶

“Respecto al significado que tienen las conjunciones “y/o” utilizadas en los certificados de depósito a término, certificados de depósito de ahorro a término etc., cabe manifestar que su alcance no va más allá de aquél en que **los cotitulares del título pueden disponer conjunta o separadamente de los fondos allí depositados, sin que medie para ello autorización o poder alguno, en razón a que cada uno de ellos tiene la totalidad del derecho que allí se incorpora**”.

⁵ GIRALDO PEÑA, CRISTINA, EL CHEQUE Y SUS CLASES tomado de <https://vlex.com.co/vid/cheque-396732266>

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.



g.- Superintendencia	Financiera	Concepto
1998061359-2 del	29	de diciembre de 1998

"(...) es oportuno en primer término indicar el contenido y alcance semántico de las partículas "o" e "y". En cuanto a la primera, el Diccionario de la Lengua Española indica:

"Conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos ó más personas, cosas o ideas".
Sobre la partícula "y" a su vez señala:

"conjunción copulativa cuyo oficio es unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo"⁶.

En este concepto hay que distinguir, por tanto, la cuenta conjunta de la cuenta colectiva. Como lo ha señalado en varias oportunidades esta Superintendencia, una cuenta es colectiva cuando respecto de ellas hay varios titulares y se permite la disponibilidad de fondos por cualquiera de ellos. **Se emplea generalmente la partícula disyuntiva "o" para denotar que existe la pluralidad de sujetos y que cualquiera de ellos puede disponer de las sumas objeto del contrato.**

Ahora bien, una cuenta es conjunta cuando existiendo también varios titulares estos deben actuar mancomunadamente para disponer de sus derechos. En estos casos se emplea la conjunción copulativa "y", entendiéndose con esto que están legitimados por activa los dos ó más suscriptores conjuntamente. Esto quiere decir que, según el número de titulares, se requiere de dos ó más declaraciones de voluntad para reclamar el pago de las sumas depositadas.

(...) En este sentido, la solidaridad activa que resulta al incluir la cláusula "y" tiene su origen contractual, pues las partes así lo acuerdan con la entidad, pacto que debe ser respetado dado que las estipulaciones contractuales son ley para las partes (artículo 1602 del Código Civil) (...)"

De lo antes expuesto, se concluye que en el caso de CDT que se hayan constituido conjuntamente ("y"), la reclamación debe efectuarse por todos los titulares; **en el caso de que lo sean en forma colectiva ("o"), cualquiera de los titulares puede reclamar el pago de la totalidad del depósito.**

h.- DOCTRINA INTERNACIONAL Carta Circular N 9 5320 de 1975, SANTIAGO DE CHILE.

"Este Organismo señaló que el cheque librado en forma alternativa, esto es, en que figuran dos o más beneficiarios que lo puedan cobrar indistintamente, **el pago efectuado a cualquiera de ellos sería válido**"⁷

⁶ https://xperta.legis.co/visor/legfinan/legfinan_921a6d4661d14a53942a98fe895b248c

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
Calle 13 No 8 – 39 Oficina 311
Teléfono 6013340993
juancarloscanosaabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.



Por lo anteriormente expuesto, ruego a su señoría revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenar seguir adelante la ejecución.

Atentamente,

JUAN CARLOS CANOSA TORRADO.
C.C No 19.440.551 de Bogotá
T.P No 40.426 del C.S de la J.

**MEMORIAL DRA LOZANO RV: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN RAD.
11001319900120228799101**

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 25/04/2024 10:44

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

📎 1 archivos adjuntos (564 KB)

SUSTENTACIÓN APELACIÓN TRIBUNAL ZURICH.PDF;

MEMORIAL DRA LOZANO

Atentamente,



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

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

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: marcela.rodriguez@vargasvargasabogados.com <marcela.rodriguez@vargasvargasabogados.com>**Enviado el:** jueves, 25 de abril de 2024 10:37 a. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>**CC:** luisfernando@vargasvargasabogados.com; juan.rueda@vargasvargasabogados.com;
alejandrapazguzman@gmail.com**Asunto:** SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN RAD. 11001319900120228799101No suele recibir correos electrónicos de marcela.rodriguez@vargasvargasabogados.com. [Por qué esto es importante](#)

Señores

SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.Atn. Magistrada. **AIDA VICTORIA LOZANO RICO.**

E. S. D.

RAD. 11001319900120228799101 (Proceso de Competencia Desleal SIC 2022-187991)**Demandante:** ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.**Demandada:** MARIA ALEJANDRA PAZ GUZMAN.

Cordial saludo,

En calidad de Apoderada de la Demandante y de conformidad con el Auto del 24 de Abril de 2.024 , que **Admitió**
Recurso de Apelación proferido por el Honorable Tribunal, me permito **SUSTENTAR** recurso dentro del término legal

dispuesto para tal fin en el correo electrónico señalado en el reseñado Auto, siguiendo las disposiciones del Artículo 322 del Código General del Proceso, que dispone que "(...) Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada."

Así mismo, en cumplimiento de las disposiciones de la Ley 2213 de 2.022, de la presente sustentación se corre traslado a la Demandada, quien a la fecha no ha comparecido al Proceso, remitiendo simultáneamente el presente correo.

Cordialmente,



Marcela Rodríguez Salcedo

Asociada Junior / Junior Associate

Cra. 13 A No. 89 – 38
Oficina 521
Código Postal 110221
Pbx. + 57 601 717 99 54
Cel. + 57 321 205 26 88
Bogotá D.C. – Colombia

www.vargasvargasabogados.com

marcela.rodriguez@vargasvargasabogados.com

EL ANTERIOR MENSAJE Y SUS ANEXOS ESTAN SUJETOS AL PRIVILEGIO DE CONFIDENCIALIDAD ENTRE ABOGADO Y CLIENTE Y NO PUEDEN DARSE A CONOCER SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO Y ESCRITO DE UN MIEMBRO DE LA FIRMA VARGAS & VARGAS ABOGADOS.

THIS MESSAGE AND ITS ATTACHMENTS ARE SUBJECT TO THE ATTORNEY - CLIENT PRIVILEGE AND SHOULD NOT BE MADE KNOWN TO ANY PERSON WITHOUT THE EXPRESS WRITTEN CONSENT OF A MEMBER OF VARGAS & VARGAS ABOGADOS.



Comprometidos con el cuidado del medio ambiente, favor no imprimir si no es necesario.
Caring for the environment, please do not print if not necessary.

Señores

SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Magistrada. **AIDA VICTORIA LOZANO RICO**

E. S. D.

Vía E-mail (secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.)

Asunto: Recurso de Apelación.

Referencia: Rad. 11001-3199-001-2022-87991-01 Proceso Competencia Desleal 2022-187991

CLAUDIA MARCELA RODRÍGUEZ SALCEDO, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.010.241.788 de Bogotá, Abogada con Tarjeta Profesional No. 367.963 del C.S. de la J., con domicilio profesional en la Carrera 13A No. 89-38, Oficina 521 en la ciudad de Bogotá D.C., y direcciones de correo electrónico administrativa@vargasvargasabogados.com y marcela.rodriguez@vargasvargasabogados.com, obrando como **Apoderada Suplente** de la Compañía Demandante **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.**, me permito **SUSTENTAR** dentro del término legal dispuesto para tal fin el **Recurso de Apelación parcial** contra el fallo de Primera Instancia que fue **CONCEDIDO** en Audiencia del pasado viernes 12 de Abril de 2.024 y **ADMITIDO** por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, mediante Auto del 24 de Abril de 2.024, de conformidad con los Artículos 321 y 322 del Código General del Proceso.

I.- INCONFORMIDADES CON EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El fallo se centró principalmente en dos puntos, siendo estos (i) Desestimar todas las pretensiones al considerar que no existió vulneración al secreto empresarial ni a la prohibición general y (ii) no condenar en costas y agencias en derecho, de los cuales únicamente se atacará el primer punto por las razones que se exponen a continuación.

El Artículo 260 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN) establece la definición del Secreto Empresarial así:

“Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión

precisa de sus componentes, **no sea generalmente conocida** ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) **tenga un valor comercial** por ser secreta; y c) **haya sido objeto de medidas razonables** tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los **métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos** o prestación de servicios." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El Despacho afirma que no existió ***violación de secreto empresarial***, sin embargo, ha sido determinado y probado durante el Proceso que se cumplieron con los requisitos de la CAN para que existiera y se configurara dicha vulneración, pues existió (i) un conocimiento especializado y reservado de información que sus titulares decidieron no hacer accesible a terceros, (ii) es información directamente relacionada con la actividad comercial de la empresa por lo cual se puede considerar como un activo de la Compañía que es evaluable, y en razón de esto (iii) se adoptaron medidas necesarias y suficientes para protegerlo, tales como herramientas de detección de fuga de información (*Data loss prevention*) y personal calificado encargado de su revisión y de iniciar los procedimientos internos correspondientes para evaluar los resultados que arrojaran las precitadas herramientas. Lo anterior fue sustentado en material probatorio documental pero así mismo fue ampliamente desarrollado en el testimonio del señor David Peña.

La ley 256 de 1996 brinda mecanismos de protección de la sana y leal competencia en el mercado, para evitar que se presenten situaciones de desventajas injustas entre competidores. Por lo anterior, resulta extraño que el Despacho afirmase que la Demandada **PAZ GUZMÁN** potencialmente ejerció conductas que podrían haber afectado el patrimonio de la Compañía, sin analizar a profundidad lo que pueden implicar sus conductas en el mercado, en este caso, de seguros.

Aunado a lo anterior, es por la **potencialidad** del daño que pueden ocasionar sus conductas, que se inició una acción de carácter preventivo o prohibitivo sin solicitar perjuicios económicos. En concordancia con lo anterior, **sería una carga excesiva para la Compañía, como pretende el Juzgador de Primera Instancia, probar el uso y disposición que MARIA ALEJANDRA PAZ GUZMAN dio a la información sustraída,** pues como debidamente se argumentó en el Proceso, independientemente del uso que se le haya dado a la información, **se sustrajo información confidencial de la Compañía**, vulnerando las disposiciones de confidencialidad del Contrato Laboral, las políticas de la Compañía y sus códigos de ética y así mismo, cometiendo la conducta de violación de secreto empresarial.

Es preciso señalar que el Despacho además no ha tenido en cuenta que existen sanciones procesales a las que hay lugar en contra de la Demandada **MARIA ALEJANDRA PAZ GUZMAN**, pues en concordancia con la Ley debió dar por ciertos los hechos susceptibles de confesión de la Demanda en razón de la falta de contestación y así mismo debió imponer la multa procedente por la no comparecencia al interrogatorio del Artículo 372 del Código General del Proceso. En adición a lo expuesto, el Artículo 242 del Código General del Proceso señala lo siguiente *"Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso."* Es así como el juez debe valorar las pruebas en conjunto y así mismo los indicios, por lo que ha debido analizar que la Demandada ingresó a otra compañía de seguros, es decir, **comenzó a trabajar para un competidor directo de la Demandante**, tras haber sustraído información de propiedad de **ZURICH** Colombia.

Lo anterior es un claro **indicio grave** del uso y/o divulgación posterior de la información, para obtener un beneficio para sí o para un tercero, pues con fundamento en las reglas de la lógica, la experiencia y sana crítica **nadie sustrae información sin un objetivo**, situación que debió haber sido valorada, analizada y tenida en cuenta para el fallo.

Ahora bien, no se ajusta a la realidad la afirmación del Despacho respecto a que no se puntualizó qué tipo de información se sustrajo, pues desde la Demanda se afirmó categóricamente y además se sustentó con pruebas documentales que fueron decretadas, que la información confidencial sustraída sin autorización y de manera irregular por **MARÍA ALEJANDRA PAZ GUZMÁN** fue la siguiente: (i) *cotizadores de productos*, (ii) *tarifadores de pólizas*, (iii) *listado de clientes*, (iv) *cifras de producción*, (v) *metas económicas de La Compañía*, (vi) *estrategias de comercialización* y (vii) *políticas de suscripción*. En este sentido se señalaron de manera taxativa los documentos que de acuerdo a la prueba aportada en los Folios No. 112-122 fueron sustraídos sin autorización de la Compañía y remitidos de la dirección corporativa de **PAZ GUZMÁN** hacia su correo personal.

i.- "CRIME-002-IPZ (002) Rev Kennedys"
 ii.- "TN_CRIME-002-IPZ - Rev Kennedys"
 iii.- "Copy of CARATULA CRIME-002-IPZ-Rev Kennedys"
 iv.- "DO IPZ VF Kennedys"
 v.- "POLIZA DE SEGURO DE CRIMEN COMERCIAL - CRIME003 Rev kennedys"
 vi.- "TN_Crime2016- Rev Kennedys"
 vii.- "Copia de Modelo de Póliza de Crimen Comercial CRIME003- Rev Kennedys"
 viii.- "NT_RCD0-002-IPZ - Rev Kennedys"
 ix.- "Copy of Caratula Directores y Administradores IPZ - Rev kennedys"
 x.- "RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MISCELÁNEA"
 xi.- "Modulo Abogados Zurich LatAm (2020)"
 xii.- "Modulo Agencias de Viaje LatAm (PI 2020)"
 xiii.- "Modulo Consultores de Negocio LatAm (PI 2020)"
 xiv.- "Modulo Corredores de Seguro LatAm (PI 2020)"
 xv.- "Modulo Empresas de Tecnología de la Información LatAm (PI 2020)"
 xvi.- "Modulo Notarios LatAm (PI 2020)"
 xvii.- "Modulo Empresas Multimedia LatAm (PI 2020)"
 xviii.- "CLEAN DO GLOBAL WORDING TEMPLATE 2020 220120"
 xix.- "Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Laborales"
 xx.- "TN_LCPL-001"
 xxi.- "Caratula Responsabilidad Civil Prácticas Laborales v2"
 xxii.- "Póliza de Seguros de Protección de Datos y Seguridad Informática - DPROTLITE - 001 - Rev Kennedys"
 xxiii.- "Póliza de Seguros de Protección de Datos y Seguridad Informática - DPROT - 004 - Rev Kennedys"
 xxiv.- "RCEG - 200- MISC-IPZ"
 xxv.- "NT_RCEG - 200- MISC-IPZ"
 xxvi.- "DO rev Kennedys"
 xxvii.- "NT Seguro de Responsabilidad Civil Para Directores y Administradores - Rev Kennedys"
 xxviii.- "Copy of Caratula Directores y administradores RCD0004 - Rev Kennedys"
 xxix.- "Póliza de DO Darstar RCD0 - DARC-002-Rev Kennedys"
 xxx.- "Caratula Darstar D and O Rev Kennedys"

ACTUALIZADOS ENERO 2020.zip (copia de evaluación)

Archivo Ordenes Herramientas Favoritos Opciones Ayuda

Añadir Extraer en Comprobar Ver Eliminar Buscar Asistente Información Buscar virus Comentario auto extraíble

ACTUALIZADOS ENERO 2020.zip\ACTUALIZADOS ENERO 2020 - archivo ZIP, tamaño descomprimido 17.342.919 bytes

Nombre	Tamaño	Comprimido	Tipo	Modificado	CRC32
CRIME-002-IPZ (002) Rev Kennedys.doc	1,129,472	463,738	Microsoft Word 97...	20/01/2020 12...	723CD30C
DO IPZ VF Kennedys.doc	1,203,200	479,891	Microsoft Word 97...	17/01/2020 3:5...	F96E937A
EXTERNAL RE CRIME IPZ KEN-Legal\FID41934788.msg	1,533,952	696,435	Outlook Item	20/01/2020 12...	E768C200
EXTERNAL RE CRIME KEN-Legal\FID41934788.msg	795,408	618,555	Outlook Item	20/01/2020 12...	7E2A0F7B
EXTERNAL RE RC Directores y Administradores Darstar KEN-Legal\FID41934788.msg	755,200	404,205	Outlook Item	20/01/2020 11...	4AF65008
Modulo Abogados Zurich LatAm (2020).docx	74,985	71,298	Microsoft Word D...	24/01/2020 4:2...	DB6FE614
Modulo Agencias de Viajes LatAm (PI 2020).docx	75,345	71,702	Microsoft Word D...	24/01/2020 4:2...	D673DEBF
Modulo Consultores de Negocio LatAm (PI 2020).docx	73,604	69,958	Microsoft Word D...	24/01/2020 4:3...	73383EE8
Modulo Corredores de Seguros LatAm (PI 2020).docx	75,743	72,008	Microsoft Word D...	24/01/2020 4:2...	A5D87C96
Modulo Empresas de Tecnología de la Información LatAm (PI 2020).docx	82,227	78,548	Microsoft Word D...	24/01/2020 4:2...	12F87BFD
Modulo Empresas Multimedia LatAm (PI 2020).docx	74,146	70,489	Microsoft Word D...	24/01/2020 4:3...	AC3D0C62
Modulo Notarios LatAm (PI 2020).docx	74,473	70,744	Microsoft Word D...	24/01/2020 4:3...	B14AA916
Póliza de DO Darstar RCD0-DARC-002-Rev Kennedys.docx	53,889	50,445	Microsoft Word D...	20/01/2020 11...	42754845
POLIZA DE SEGURO DE CRIMEN COMERCIAL - CRIME003-Rev Kennedys.docx	402,603	396,272	Microsoft Word D...	20/01/2020 11...	B063EE46
Póliza de Seguro de Protección de Datos y Seguridad Informática - DPROTLITE-001-Rev Kennedys.docx	240,412	223,344	Microsoft Word D...	24/01/2020 5:4...	637B1AC4
Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Laborales 11.12.2019.doc	1,058,816	390,343	Microsoft Word 97...	20/01/2020 3:1...	74870532
Póliza de Seguros de Protección de Datos y Seguridad Informática DPROT-004-Rev Kennedys (002) (Recuperado).docx	259,859	243,293	Microsoft Word D...	24/01/2020 5:2...	A71A940F
RCEG-002-MISC-IPZ.doc	1,099,264	456,026	Microsoft Word 97...	20/01/2020 2:5...	60C3A655
RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MISCELÁNEA (Zurich 2020).docx	147,985	144,334	Microsoft Word D...	24/01/2020 5:4...	759AA22A
RV Prácticas Laborales.msg	1,772,544	791,568	Outlook Item	20/01/2020 3:1...	890BC12B
RV Protección de Datos y Cyber Lite KEN-Legal\FID41934788.msg	644,096	508,614	Outlook Item	24/01/2020 5:4...	301A1EE2
RV RC Directores y Administradores IPZ.msg	1,905,664	871,551	Outlook Item	20/01/2020 10...	83B96EB6
RV RC Directores y Administradores.msg	1,063,904	747,015	Outlook Item	20/01/2020 2:1...	05AF735C
RV RC Errores y Omisiones Misc IPZ.msg	2,736,128	1,829,422	Outlook Item	20/01/2020 2:5...	E4979574

Total 17.342.919 bytes en 24 ficheros

De las reseñadas pruebas se hace evidente que, tal como lo consagra la Decisión 486 de la CAN, se sustrajeron documentos que corresponden a la naturaleza de información protegida por el secreto empresarial, pues así lo consagra la Decisión: *"La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios."*, y en este caso, se han sustraído Módulos de corredores de

seguros, Pólizas, Módulo de Abogados Zurich LATAM, Prácticas laborales, **Protección de datos**, entre muchos otros documentos que hacen parte de las metodologías, procesos y prácticas de **ZURICH**, así como de sus métodos de producción de pólizas.

En concordancia con lo aportado documentalmente, el testigo David Peña señaló que se sustrajo una amplia cantidad de documentos, “*por lo menos unos 10*”, que detectó el sistema al estar categorizado bajo una **alerta alta de fuga de información confidencial** y así mismo que esta herramienta es supervisada por expertos en Compliance que determinan y remiten las alertas al área legal cuando consideran que hay mérito para que la empresa evalúe iniciar acciones legales, lo cual se efectuó. Es claro que el señor David no es abogado ni fue directivo de la compañía y en ese sentido no puede determinar si existió violación a información confidencial, sin embargo lo que sí puede determinar como experto en tecnología es que el sistema detectó fuga de información categorizada como confidencial y esto se encuentra debidamente acreditado, probado y sustentado.

No podría entonces afirmarse que no era claro si la información sustraída era o no confidencial, pues es inequívoco que **PAZ GUZMÁN** firmó en su Contrato una cláusula de confidencialidad, y que la información de la Compañía a la que tuvo acceso fue en razón de su cargo y sus labores y así mismo era información reservada. A pesar de lo anterior incluso si esto no fuere claro para un trabajador, **ZURICH** tenía un código de ética al que todo empleado debía ceñirse y que nuevamente incluía este deber de reserva, el cual **MARIA ALEJANDRA** incumplió.

En línea con lo anterior cabe mencionar que no es admisible tampoco el argumento de que *no se probó que la Compañía protegía con suficiencia su información*, toda vez que la Empresa no solo cuenta con herramientas tecnológicas de **prevención y detección** de fuga de datos, sino que además cuenta con personal calificado que revisa las **alertas** que arroja el sistema y determina si tiene mérito para iniciar una investigación interna en la Compañía o incluso acciones legales. Así mismo y como se ha expuesto previamente, los Contratos de la Empresa cuentan con cláusulas de confidencialidad que imponen la obligación de reserva y se ha diseñado un código de ética, efectuando capacitaciones anuales sobre tales obligaciones, como se pudo evidenciar del Interrogatorio de Parte que efectuó el Despacho a la doctora **PAOLA ROJAS GARCÍA**.

En lo que atañe a la **vulneración a la prohibición general**, el Artículo 7 de la Ley 256 de 1996 señala que “*Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 20. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas*

*costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 20. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, **a los usos honestos en materia industrial** o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado.”* (Negrilla fuera de texto).

Al respecto el punto central del Despacho consistió en afirmar que no se sustentó el motivo por el cual se vulneró la prohibición general, no obstante en la Demanda está expresamente señalado que “*En el caso concreto, se observa cómo la señora **PAZ GUZMÁN** despliega **inequívocamente** actuaciones de manera **dolosa** que pueden llegar potencialmente a afectar seriamente el normal funcionamiento del mercado y el Principio de la Buena Fe Comercial de su ex empleador, La Compañía **ZURICH COLOMBIA**.”* Así mismo en la Demanda se expuso sobre la vulneración de la prohibición general que “*los actos desplegados por parte de la señora **PAZ GUZMÁN**, se hicieron obrando de Mala Fe y de manera contraria a las sanas Costumbres Mercantiles. Esto debido a que en razón del conocimiento que tenía de su futura desvinculación laboral con La Compañía **ZURICH COLOMBIA**, pero en vigencia de su Contrato e incumpliendo con las obligaciones allí consignadas, especialmente la Cláusula de Confidencialidad, de manera ilegítima e irregular, sustrajo información confidencial que contenía Secretos Empresariales, con la inequívoca intención de obtener beneficios para sí misma u otros en perjuicio de su empleador. Sus acciones no guardan relación con los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan honestamente en el mercado.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Es claro que si bien su actuar fundamentalmente afectó y vulneró un **secreto empresarial**, de esta conducta se desprende la **violación a la prohibición general**, pues son conductas estrechamente entrelazadas y esto debió ser objeto de consideración por parte del Despacho al tomar su determinación. Cabe señalar que el mercado tiene reglas que se basan y fundamentan en la **buena fe comercial** y es esto lo que permite que se dé una sana competencia en el marco de las actividades comerciales. Para lo anterior, existen herramientas de prevención y sanción de las conductas irregulares e inadecuadas de los comerciantes y/o trabajadores de las Empresas a fin de lograr que el mercado continúe con sus fines de manera adecuada.

En este caso es objeto de reproche del fallo que se dejó a **ZURICH**, quien ha sido por años una Empresa consolidada en el mercado de los seguros, en total y absoluta desprotección frente al actuar de quien fue su trabajadora y ejerció conductas que potencialmente afectan su patrimonio y su competencia en el mercado. En este caso se ha solicitado al Órgano competente que evite, mediante el mecanismo de prohibición y/o prevención, la

materialización de perjuicios graves de la empresa y que tengan la entidad de afectar el mercado. No sería entonces de recibo que la compañía acuda en derecho y con el soporte probatorio adecuado y suficiente a exponer una clara vulneración a sus **secretos e información empresarial confidencial, reservada y protegida**, sin que exista consecuencia alguna para la Demandada, quien de manera voluntaria decidió no comparecer al Proceso a ejercer algún tipo de defensa y/o contradicción, evidenciando un total desinterés frente a su actuar irregular.

Finalmente y como se enunció previamente, en lo que atañe a la determinación del Despacho de no condenar a **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.** en costas y agencias en Derecho, esto no será objeto de Apelación.

II.- SOLICITUDES

En concordancia con lo expuesto y por las razones que nos asisten para recurrir parcialmente en Apelación el Fallo de Primera Instancia, me permito muy respetuosamente solicitar:

- 1.- Que se **REVOQUE** el Fallo de primera instancia, exceptuando la determinación de no condenar a la Demandante en costas.
- 2.- Que como consecuencia de lo anterior se concedan todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la Demanda, siendo estas las siguientes:

"I.I. – DECLARATIVAS

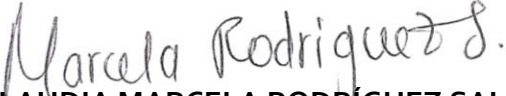
- 1.- *Que se declare la ocurrencia del Acto de Competencia Desleal de Violación a la Prohibición General previsto en el artículo 7 de la Ley 256 de 1.996 por parte de la Demandada **MARÍA ALEJANDRA PAZ GUZMÁN** y en contra de La Compañía **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.***
- 2.- *Que se declare la inminencia de la ocurrencia del Acto de Competencia Desleal de Violación de Secretos establecido en el artículo 16 de la Ley 256 de 1.996 por parte de la Demandada **MARÍA ALEJANDRA PAZ GUZMÁN** y en contra de La Compañía **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.***
- 3.- *Que en consecuencia, se ordene a la Demandada abstenerse de usar, publicar, emplear, lucrarse, desarrollar y modificar, de cualquier forma, toda la documentación e información que fue sustraída por esta sin la debida autorización y que goza de confidencialidad y que es de propiedad de La Compañía **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.***
- 4.- *Que se ordene a la Demandada eliminar de sus registros personales y devolver en su integridad la documentación e información sustraída y que goza de confidencialidad, de propiedad exclusiva de La Compañía **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.***

I.II.- CONDENATORIAS

1.- *Condenar a la Demandada en Costas y Agencias en Derecho que arroje del Proceso."*

3.- Que se apliquen las sanciones procesales y patrimoniales a las que haya lugar en contra de la Demandada **MARIA ALEJANDRA PAZ GUZMÁN** por su falta de contestación a la Demanda y su inasistencia al Proceso, particularmente al interrogatorio de parte del Artículo 372 del Código General del Proceso.

De Ustedes, Atentamente,


CLAUDIA MARCELA RODRÍGUEZ SALCEDO
C.C. No. 1.010.241.788 de Bogotá.
T.P. No. 367.963 del C. S. de la J.

Bogotá D.C., 25 de Abril de 2.024.-

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 022-2017-00515-03 DRA ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 08/05/2024 10:54

Para:Nuevo Reparto Sala Civil <nuevorepartosalacivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

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

 4 archivos adjuntos (1 MB)

149 AutoAdicionaRemiteQuejaTribunal201700515(oficios).pdf; 158Oficio308Tribunal.pdf; actaasig3735.pdf; CARATULA201700515 03.pdf;

Cordial saludo,

Por medio de la presente, remito recurso de queja que correspondió a este despacho judicial por reparto, para los fines pertinentes.

Agradezco la atención prestada,

Atentamente,

☐☐

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

David Santiago Parra Diaz**Citador****Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil****Dirección:** Av. Calle 24 No. 53-28 - Torre C - Oficina 305**Teléfono:** 018000110194 Ext. 88349-88350-88353.**Fax:** Ext. 8350 - 8351

Bogotá, Colombia.

E-mail: dparradi@cendoj.ramajudicial.gov.co**De:** Juzgado 22 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <ccto22bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Enviado:** miércoles, 8 de mayo de 2024 8:57**Para:** Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** PROCESO 2017-00515 (REPARTO) QUEJA**Buen Dia****Señor:****Secretario - Sala Civil****Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá****Ciudad****Cordial saludo,**

Por medio de la presente y dando cumplimiento a lo ordenado por el Despacho mediante providencia de fecha 04 de abril de 2024, me permito remitir a la secretaria del Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. - de la Sala Civil, el proceso (Expediente Digital 1100-1310-3022-2017-00515-00) para que sea sometido a reparto por RECURSO APELACION.

1. EN CUMPLIMIENTO A LA CIRCULAR No. 003 DEL 18 DE JUNIO, CERTIFICO QUE EL EXPEDIENTE SE ENCUENTRA COMPLETO Y DEBIDAMENTE FOLIADO, ADEMAS QUE LOS MATERIALES DE AUDIO

ALLI INCORPORADOS FUNCIONAN CORRECTAMENTE. ASI MISMO QUE EL EXPEDIENTE DIGITAL HIBRIDO 2017-00515 CONTIENE DOS (02) CARPETAS PRINCIPALES, LA PRIMERA CON CUATRO SUB CARPETAS, LA PRIMERA CON CIENTO CINCUENTA Y OCHO (158) DOCUMENTOS, LA SEGUNDA CON DOS (02) DOCUMENTOS, LA TERCERA CON DIEZ (10) DOCUMENTOS Y LA CUARTA CON TRECE (13) DOCUMENTOS; Y LA SEGUNDA CARPETA CON UN (01) DOCUMENTO , JUNTO CON SU RESPECTIVO ÍNDICE DE EXPEDIENTE DIGITAL

📎 [11001310302220170051500](https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-022-civil-del-circuito-de-bogota/110)

Cordialmente,

LAURA CAMILA CORREA ROZO
ASISTENTE JUDICIAL

JUZGADO 22 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
CL 12 NO. 9 -23 PISO TORRE NORTE EDIFICIO VIRREY.

Twitter @22Juzgado

Tel.- (1) 2821136

Micrositio web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-022-civil-del-circuito-de-bogota/110>

Baranda virtual <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-022-civil-del-circuito-de-bogota/76> Lunes a viernes de 8:00 a.m. a 11:00 a.m.

Validación de autenticidad de firma electrónica contenida en providencias y oficios <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica/ValidarDocumento>



AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

110013103022201700515 03

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

Magistrado : **ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS**

Procedencia : 022 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103022201700515 03

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : ABONADO

Demandante : OLGA LUCIA MURCIA

Demandado : JAIME ORLANDO MURCIA RODRIGUEZ

Fecha de reparto : 8/05/2024

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIDÓS CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., abril cuatro (4) de dos mil veinticuatro (2024).

Referencia. 11001 3103 022 2017 00515 00

1. Procede el Despacho a resolver la solicitud formulada por la demandada en la que solicita la aclaración y adición de la providencia de 19 de diciembre de 2023 (pdf. 145).

I. CONSIDERACIONES

Referente a la viabilidad de la adición de las providencias judiciales el artículo 287 del C. G.P. señala:

“ARTÍCULO 287. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria”.

A su turno, en relación con la aclaración de providencias, el canon 285 *ibídem* preceptúa:

“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.”.

En ese contexto, al examinar la providencia objeto de solicitud, lo primero que se evidencia, es que está en su parte resolutive, es perfectamente clara y no ofrece oscuridad alguna, y en su parte motiva, se sintetizaron de manera puntual las razones por las cuales no era procedente la concesión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (pdf. 120) contra el auto calendado 25 de mayo del año en curso (pdf.119); empero, sí debe acogerse la solicitud de adición pues el extremo pasivo solicitó que la titular del despacho se declarara impedida, situación que no se precisó en la providencia.

Así las cosas, acorde con los lineamientos del artículo 287 *ibídem*, se accede a la adición solicitada para explicar las razones por las cuales no se accede a la solicitud de impedimento.

II. DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá D.C., **RESUELVE:**

ADICIONAR la providencia de 19 de diciembre de 2023 (pdf. 145), a fin de negar la solicitud elevada por el demandado en el sentido que la titular del juzgado se declare impedida para conocer el asunto, como quiera que no se encuentra incurso en la causal alguna de las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso, así como las contempladas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

2. Ejecutoriada la presente providencia, secretaria de cumplimiento a lo dispuesto en el auto del 19 de diciembre de 2023 (pdf. 145).

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:
Diana Carolina Ariza Tamayo
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 022
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **59975c9cac48ee65cddf571f276d0d4dc82575ad54fe64643a0b8b0a2914adfe**
Documento generado en 04/04/2024 08:08:06 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIDOS CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTA D.C.
Calle 12 No. 9-23 piso 5 Teléfono 2821136

Bogotá D. C, 23 de abril de 2024

Oficio No. 308

Señor
SECRETARIO SALA CIVIL
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Ciudad

RADICACIÓN DEL PROCESO:	11001310302220170051500
TIPO DE PROCESO:	DIVISORIO
CLASE Y SUBCLASE DE PROCESO:	
EFFECTO DEL RECURSO:	QUEJA
CLASE DE PROVIDENCIA RECURRIDA:	AUTO
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	19 de Diciembre de 2023
OBRANTES A FOLIOS:	PDF 145 Adición Pdf. 149

NUMERO DE CUADERNOS Y FOLIOS REMITIDOS.

DEMANDANTE: LUZ MARINA MURCIA RODRIGUEZ C.C.51.620.979, DEYANRA MURCIA C.C.41.399.080 Y OLGA LUCIA GUZMAN MURCIA C.C.51.706.403.
APODERADO: (Cesionario) ARMANDO DELGADO SANCHEZ c.c.91.110.644 TP N. 201.451 C.S.J.
DIRECCIÓN:
DEMANDADO: CONSUELO MURCIA RODRIGUEZ C.C.51.728.183, JAIME ORLANDO MURCIA RODRIGUEZ C.C.19.166.070, LUIS GABRIEL MURCIA RODRIGUEZ C.C.17.199.816.
APODERADOS: MANUEL ENRIQUE CANO GUTIERREZ C.C. 3.089.892 TP N.127.536 C.S.J.

ENVIO A USTED POR SEGUNDA VEZ, HA CONOCIDO EN SEGUNDA INSTANCIA EL H. MAGISTRADO JUAN PABLO SUAREZ OROZCO.

CLARA PAULINA CORTES GARCÍA
SECRETARIA

Observaciones:

ESPACIO RESERVADO PAR EL TRIBUNAL

RECIBO EN LA FECHA:
FIRMA Y SELLO RESPONSABLE:

Firmado Por:
Clara Paulina Cortes Garcia
Secretaria
Juzgado De Circuito
Civil 022
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **d22cc8a235729805d312dac6c7b468d8277075c1b63fb56ea67196325dd4d1a7**

Documento generado en 02/05/2024 03:09:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



Rama Judicial
República de Colombia

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

**ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO
ASIGNACION POR CONOCIMIENTO PREVIO**

110013103022201700515 03

FECHA DE IMPRESION 8/05/2024

PAGINA 1

GRUPO **RECURSOS DE OUEJA**

REPARTIDO AL MAGISTRADO

DESP

SECUENCIA

FECHA DE REPARTO

ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS

008

3735

8/05/2024

IDENTIFICACION

NOMBRES Y APELLIDOS / RAZON SOCIAL

PARTE

51620979

LUZ MARINA MURCIA RODRIGUEZ Y OTROS

DEMANDANTE

51728183

CONSUELO MURCIA RODRIGUEZ Y OTROS

DEMANDADO

FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ

PRESIDENTE

אדם מרגות גונזלז פלורז

Elaboró: pmolinay
305TSBSC19

Link del proceso: [11001310302220170051503](https://www.gub.uy/1001310302220170051503)

MEMORIAL DR VALENZUELA RV: Sustenta apelación sentencia_04-04-2024_11001310303520200018900

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 02/05/2024 14:27

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

📎 1 archivos adjuntos (836 KB)

Sustenta apelacion sentencia_04-04-2024_11001310303520200018901.pdf;

MEMORIAL DR VALENZUELA

Atentamente,



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

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

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR <abogadolams@gmail.com>

Enviado el: jueves, 2 de mayo de 2024 12:52 p. m.

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; atencionacreedoresbd@gmail.com;
monicamaciassupersociedades@gmail.com; Monica Macias <procesoconcursoalmonicaamacias@gmail.com>;
notijudicial@accion.com.co; daniel.posse@phrlegal.com; pedro.alvarez@phrlegal.com

Asunto: Sustenta apelación sentencia_04-04-2024_11001310303520200018900

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Doctor GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

E. S. D.

Correo electrónico: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

EXPEDIENTE: No. 11001310303520200018901

DEMANDANTES: ALEJANDRO HINCAPIE JARAMILLO Y OTROS

DEMANDADOS: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y OTROS

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR, mayor de edad, identificado con C.C. **74.242.450** y T.P. **85.393** del C.S.J., actuando en calidad de apoderado judicial de los demandantes, de manera respetuosa, me permito sustentar el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., en audiencia celebrada el **4 de abril de 2024**, dentro del proceso verbal promovido por Alejandro Hincapié Jaramillo y Otros contra BD Cartagena S.A.S. y Otros, **EXPEDIENTE: No. 11001310303520200018900**. Lo anterior, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal, mediante providencia de **veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro**. Anexo documento.

Cordialmente,

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR

C.C. 74242450 de Monquirá

T.P. 85.393 del C.S.J.

Carrera 14 # 94 A 24 Oficina 305 Edificio Acocentro 94 P.H., Bogotá, D.C.

Correo electrónico: [<abogadolams@gmail.com>](mailto:abogadolams@gmail.com)

Teléfonos: 3164453056

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Doctor GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

E. S. D.

Correo electrónico: [<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

EXPEDIENTE: No. 11001310303520200018901

DEMANDANTES: ALEJANDRO HINCAPIE JARAMILLO Y OTROS

DEMANDADOS: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y OTROS

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR, mayor de edad, identificado con C.C. **74.242.450** y T.P. **85.393** del C.S.J., actuando en calidad de apoderado judicial de los demandantes, de manera respetuosa, me permito sustentar el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., en audiencia celebrada el **4 de abril de 2024**, dentro del proceso verbal promovido por Alejandro Hincapié Jaramillo y Otros contra BD Cartagena S.A.S. y Otros, **EXPEDIENTE: No. 11001310303520200018900**. Lo anterior, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal, mediante providencia de **veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro**.

Conforme al artículo 322 del Código General del Proceso, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., en audiencia celebrada el **4 de abril de 2024**, dentro del proceso verbal promovido por Alejandro Hincapié Jaramillo y Otros contra BD Cartagena S.A.S. y Otros, **EXPEDIENTE: No. 11001310303520200018900**, se presentaron los siguientes reparos concretos, cuya transcripción literal de presenta, para luego desarrollar la sustentación, en los siguientes términos:

Primer reparo. *“El primer reparo en la sentencia recurrida al desarrollar el tema del **activo subyacente** no se tuvo en cuenta que los inmuebles aportados, que los inmuebles que se identifican en el proceso no fueron aportados para el **Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel**, sino que fueron aportados a otro **fideicomiso** y eso ya de suyo **deja al fideicomiso BD de Cartagena sin el llamado activo subyacente**. En este **fideicomiso** no hay bienes sobre los cuales los demandantes puedan ejercer ninguna clase de derecho e incluso en el contrato de fiducia mercantil no se mencionan cuáles son los inmuebles que se iban a aportar al proyecto.*

*En el numeral 1.8 de las definiciones dice activo subyacente se entenderá aportar en los inmuebles y la edificación que se construya sobre el inmueble que forma parte del **Fideicomiso Parqueo Lote 1 de Cartagena** los cuales serían entregados al operador para su **operación y explotación económica**. Eventualmente se*

*podrán construir unidades que se construyan sobre el predio del **Fideicomiso Parqueo Lote 2 Cartagena** y que le sean adjudicadas y asignadas al **Fideicomiso Parqueo Lote 1 en virtud del sometimiento de dichos predios a un reglamento de propiedad horizontal**. Es decir que en la hipotética circunstancia que permitiera la existencia de bienes para el **Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel**, tendría que haber un reglamento de propiedad horizontal y eso no se llegó a esa etapa.*

*Entonces el primer reparo es que el **Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel**, no tiene activo subyacente y eso da lugar o daría lugar al reconocimiento de la primera pretensión que es la pretensión de declarar **inexistente**. Es que los contratos no son existentes porque existan en el papel sino porque el objeto realmente sea cierto y real y en este caso no lo es. Ese es el primer reparo sobre el cual desarrollaré en su momento”.*

La sustentación del primer reparo es la siguiente:

En la demanda están identificados tres contratos de fiducia mercantil todos ellos celebrados por las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, como **EL FIDEICOMITENTE** y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como **LA FIDUCIARIA**: el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**” y el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”.

Independientemente del entramado de contratos de fiducia mercantil armado entre las demandadas **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**, con base en el “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” celebrado por las personas demandantes y con base en la respuesta que dio la representante legal de la fiduciaria en el interrogatorio de parte, está plenamente demostrado que el negocio fiduciario a través del cual “**se comercializan participaciones fiduciarias**” (**Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**) es el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

Con base en lo estipulado en el numeral **5.5.2.7.**, en el numeral **6.1.4.2.13.6.6.**, y el numeral **8.6.**, de la **Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, uno de los elementos esenciales que deben tener los “**negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias**”, en concordancia con los artículos 1226, 1227, 1233, 1234 y 1243 del Código de Comercio, es “**la transferencia de la**

propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, bienes estos que se denominan “***activo subyacente***” o “***activos subyacentes***”.

Por lo anterior, la sentencia recurrida desconoce lo consagrado en los artículos 1226, 1227, 1233, 1234 y 1243 del Código de Comercio, en concordancia con lo consagrado en el numeral “**5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias**”, en el numeral “**5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria**” del CAPÍTULO I: DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS del TÍTULO II INSTRUCCIONES GENERALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS de la PARTE II MERCADO INTERMEDIADO de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96) expedida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, normativa esta, a la cual está sometida la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en su calidad de entidad fiduciaria, conforme al artículo 29 del Decreto 663 de 1993 (Abril 02) “**Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración**”, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 y conforme al artículo 335 de la Constitución Política de 1991.

El punto de partida para el análisis que debió hacer el Despacho es el numeral 1.3., de los “**ANTECEDENTES**” de cada uno de los negocios jurídicos “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que son objeto de la presente demanda, en los cuales se estipuló lo siguiente:

*“El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO, hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina **FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA**, en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**, constituido por EL FIDEICOMITENTE en **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** A través de dicho patrimonio autónomo podrá llevarse a cabo la ETAPA DE OPERACIÓN del ÁREA COMERCIAL, sin perjuicio de que por decisión del FIDEICOMITENTE se decida trasladar el **ACTIVO SUBYACENTE** a otro patrimonio autónomo que para el efecto constituya en **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en los términos establecidos en el FIDEICOMISO LOTE y lo estipulado en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL mediante el cual se constituyó el **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH**”.*

Como se puede apreciar en la cláusula del contrato de vinculación antes mencionada, no se identifica o no se especifica como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, al decir, “**uno o más bienes especificados**”, cuál es el inmueble o cuáles son los inmuebles “**en que se desarrollará el PROYECTO**”. Conforme al artículo 8 de la Ley 1579 de 2012, para todos los efectos legales referentes a un bien raíz, entre ellos, la identificación, existe la matrícula inmobiliaria. En todo caso, cualquiera que fueran los inmuebles, la cláusula no menciona que hayan sido objeto de “**transferencia**” para el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, como así tendría que ser, debido a que es dicho fideicomiso el que utilizaron las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION**

SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., para *“la comercialización de participaciones fiduciarias”*, con varias personas, entre ellas, las personas demandantes.

Como si no fuera suficiente con la falta de claridad y de precisión de la cláusula antes referida, de los negocios jurídicos **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que son objeto de la presente demanda, en el punto de *“El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO”*, se menciona que *“hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA, en adelante el FIDEICOMISO LOTE, constituido por EL FIDEICOMITENTE en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”*.

Sucede que con la denominación de **“FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA”** o **“FIDEICOMISO LOTE”**, existe no únicamente uno, sino dos fideicomisos, así:

Patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, identificado con NIT. **805.012.921-0**, constituido mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, celebrado entre **BD CARTAGENA S.A.S.**, como **EL FIDEICOMITENTE** y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como **LA FIDUCIARIA**, mediante el documento privado de “veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014”.

Patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, identificado con NIT. **805.012.921-0**, constituido mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, celebrado entre **JOSE FONT BARCELO**, como **EL FIDEICOMITENTE** y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como **LA FIDUCIARIA**, mediante el documento privado de 21 de mayo de 2014.

De todos modos, el fideicomiso que utilizaron las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para *“la comercialización de participaciones fiduciarias”*, no fue el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y no fue el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, porque el fideicomiso utilizado para esos propósitos fue el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. En tales circunstancias, si bien es cierto como se explicará más adelante que, de aquellos dos primeros fideicomisos, forman parte unos bienes inmuebles (**060-112873** y **060-113064**, forman parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**; **060-28660**, forma parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**), de dichos inmuebles, no se ha llevado a cabo *“la transferencia de la propiedad”*, para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y en ese sentido este fideicomiso no

cuenta o no tiene “**activo subyacente**” que, se hacía necesario para “**la comercialización de participaciones fiduciarias**”.

En el numeral 1 de las “**CONSIDERACIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, se estipuló lo siguiente:

*“Los inmuebles en que se desarrollará el **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**, se encuentran en el patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y eventualmente podrán desarrollarse algunas fases o etapas del Hotel en los predios que en la actualidad se encuentran en el **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**. A través del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** se llevará a cabo la **ETAPA DE OPERACIÓN**, o se podrán trasladar las **HABITACIONES HOTELERAS** resultantes del **PROYECTO** a otro patrimonio autónomo con las mismas reglas de administración establecidas en el presente contrato para efectos de llevar a cabo a través de dicho **FIDEICOMISO** el desarrollo de la **ETAPA DE OPERACIÓN**. Las menciones que se hacen en el presente contrato relacionadas con el(los) bien(es) inmueble(s) en que se desarrollará el **PROYECTO** se entenderá(n) realizadas con respecto al **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”.*

Como se puede apreciar en el numeral 1 de las “**CONSIDERACIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no se identifica o no se especifica como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, al decir, “**uno o más bienes especificados**”, cuál es el inmueble o cuáles son “*los inmuebles en que se desarrollará el **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL***”. Pero además en esta cláusula se menciona que, “*se encuentran en el patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y eventualmente podrán desarrollarse algunas fases o etapas del Hotel en los predios que en la actualidad se encuentran en el **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA***”, mientras que en el numeral 1.3., de los “**ANTECEDENTES**” de cada uno de los negocios jurídicos “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que son objeto de la presente demanda, se menciona que, “*El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el **PROYECTO**, hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina **FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA**, en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**, constituido por EL FIDEICOMITENTE en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.*”.

Ante tanta disparidad de información, es necesario formular la siguiente pregunta: de cuál patrimonio autónomo forman parte “*los inmuebles en que se desarrollará el **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL***”, del “*patrimonio autónomo que se denomina **FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA**, en adelante el **FIDEICOMISO LOTE***”, del “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO**

CARTAGENA” o del “FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”. Además de que no existe certeza acerca de la identificación plena de los inmuebles, no hay certeza de cuál es el patrimonio autónomo del cual forman parte, siendo en todo caso claro que cualquiera que sean los inmuebles, de estos, no se ha llevado a cabo *“la transferencia de la propiedad”* para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y en ese sentido este fideicomiso no cuenta o no tiene *“activo subyacente”* que, se hacía necesario para *“la comercialización de participaciones fiduciarias”*.

En el numeral **4** de las **“CONSIDERACIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se estipuló lo siguiente:

*“En los inmuebles contenidos en el **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, además del proyecto inmobiliario **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**, **EL FIDEICOMITENTE** desarrollará por su cuenta y riesgo algunas etapas del **COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA**, áreas que **EL FIDEICOMITENTE** se reservará para sí mismo, por lo tanto no harán parte de los activos del presente **FIDEICOMISO**, proyecto que **EL FIDEICOMITENTE** comercializará a través de un sistema de **Tiempo Compartido Turístico** conforme al Artículo 6 del Decreto 1076 de 1997. La determinación de las áreas será regulada a través de la constitución de un reglamento de propiedad horizontal, que regulará las distribuciones de los inmuebles y activos y uso de las áreas comunes entre los proyectos **BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL** y **COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA**, delimitando las áreas destinadas al sistema de tiempo compartido turístico de las áreas destinadas a la explotación económica a través de la prestación de servicios de hotelería. Las unidades destinadas a la explotación económica a través de la prestación de servicios de hotelería serán de propiedad del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, las áreas que **EL FIDEICOMITENTE** se reserva serán transferidas al **FIDEICOMISO** que se destine para este fin”.*

Según la cláusula mencionada inmediatamente, además de que no existe certeza acerca de cuál es la identificación plena de los inmuebles y de que no hay certeza de cuál es el patrimonio autónomo del cual forman parte *“los inmuebles en que se desarrollará el **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**”*, se adiciona un ingrediente más de confusión, cuando se afirma que, *“**EL FIDEICOMITENTE** desarrollará por su cuenta y riesgo algunas etapas del **COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA**, áreas que **EL FIDEICOMITENTE** se reservará para sí mismo, por lo tanto no harán parte de los activos del presente **FIDEICOMISO**”*, esto es, del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, con lo cual, se desconoce el artículo 1226 del Código de Comercio, que exige para la constitución de la fiducia mercantil que, el *“fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad*

determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

Igualmente, con la cláusula del numeral **4** de las **“CONSIDERACIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se desconoce lo consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio, según el cual *“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.*

En tales circunstancias el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, debía contar con unos **“bienes fideicomitados”**, que **“deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios”**, esto es, sin estar mezclados o confundidos con aquellos bienes inmuebles que formen parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, o de aquellos que el **“FIDEICOMITENTE se reservará para sí mismo”**, y que según la cláusula mencionada, estarían destinados para el **“COMPLEJO VACACIONAL BD CARTAGENA (...) , proyecto que EL FIDEICOMITENTE comercializará a través de un sistema de Tiempo Compartido Turístico”**. La exigencia legal aquí mencionada no se cumplió y a pesar de ello las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, utilizaron el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**.

En el numeral **1.5.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se estipuló lo siguiente:

“PROYECTOS o BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL: *Consiste en el desarrollo por Etapas denominado Proyecto BD Cartagena las cuales se definen en forma detallada en el documento denominado Anexo 3. El Proyecto será construido por EL FIDEICOMITENTE o por quien este designe, de conformidad con el proyecto arquitectónico cuya descripción detallada del mismo se dará a conocer a LOS PARTICIPES mediante anexo al contrato de vinculación. El PROYECTO se desarrollará sobre los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria números 060-112873 y 060-113064 ubicados en la ciudad de Cartagena ubicado en el caserío de la Punta Canoa Corregimiento de la Boquilla. El(los) inmuebles en que se desarrollará el Proyecto, será(n) propiedad del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, (en adelante el FIDEICOMISO LOTE) o aquél que se constituya para el efecto; inmuebles que serán sujetos a un REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, para efectos de determinar las áreas que estarán destinadas al Sistema de Tiempo Compartido que no hacen parte de los activos del presente fideicomiso. Previo acuerdo con la Fiduciaria, se podrán adelantar etapas del Hotel en el predio de propiedad del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA, las cuales serán adjudicadas y/o transferidas al FIDEICOMISO*

PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA a través del cual se llevará a cabo la explotación de dichas unidades a través de la prestación de servicios de hotelería en los términos del presente contrato. En cualquier caso, el Patrimonio Autónomo que se constituye mediante el presente contrato, tendrá la calidad de Beneficiario del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, antes de la culminación de la Fase Previa de la Primera Etapa del Proyecto”.

Según el certificado de tradición y libertad de la Matrícula: **060-112873** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, se trata del **“Predio: RURAL” “LOTE DE TERRENO DENOMINADO “VIVIANO” EN EL CASERIO DE PUNTA CANOA CORREGIMIENTO DE LA BOQUILLA”**.

Como se puede observar en la “ANOTACION: Nro 017 Fecha: 31-07-2014 Radicación: 2014-060-6-164462, mediante la ESCRITURA 842 DEL 21-05-2014 NOTARIA TREINTA Y SEIS DE BOGOTA D.C., se llevó a cabo la TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL, DE: FONT BARCELO JOSE CE# 355831 A: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A COMO VOCERA DEL **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** NIT:8050129210.

Sin mayor esfuerzo se puede evidenciar que el predio de la Matrícula: **060-112873**, no fue transferido, como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, por el fiduciante o fideicomitente del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por una tercera persona y completamente ajena al contrato de fiducia mercantil aquí mencionado; y en todo caso, no fue transferido a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, sino para otro patrimonio autónomo, el **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** que, no es el fideicomiso mediante el cual se llevó a cabo **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**.

Según el certificado de tradición y libertad de la Matrícula: **060-113064** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, se trata de **“Tipo Predio: RURAL” “LOTE QUE SE DESPRENDE DE UN GLOBO DENOMINADO “VIVIANO” PUNTA CANOA .../ LA BOQUILLA”**.

Como se puede observar en la “ANOTACION: Nro 022 Fecha: 31-07-2014 Radicación: 2014-060-6-16446, mediante la ESCRITURA 842 DEL 21-05-2014 NOTARIA TREINTA Y SEIS DE BOGOTA D.C., se llevó a cabo la TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL, DE: FONT BARCELO JOSE CE# 355831 A: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A COMO VOCERA DEL **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** NIT:8050129210.

Sin mayor esfuerzo se puede evidenciar que el predio de la Matrícula: **060-113064**, no fue transferido, como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, por

el fiduciante o fideicomitente del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por una tercera persona y completamente ajena al contrato de fiducia mercantil aquí mencionado; y en todo caso, no fue transferido a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, sino para otro patrimonio autónomo, el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** que, no es el fideicomiso mediante el cual se llevó a cabo **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**.

Según el numeral **“5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias. Son aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto el proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales”**. (Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96).

Como se ha dicho, las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, utilizaron el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**, esto es que, no se llevó a cabo mediante el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**.

En el numeral **1.18.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se estipuló lo siguiente:

“ACTIVO SUBYACENTE: Se entenderá por tal el(los) inmueble(s) y la edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s) que forma parte del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, los cuales serán entregados al **OPERADOR** para su operación y explotación económica. Eventualmente podrán ser también las unidades que se construyan sobre el predio del **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA** y que le son adjudicadas y/o asignadas al **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**, en virtud del sometimiento de dichos predios a un reglamento de propiedad horizontal, siempre y cuando no estén destinadas a la prestación del servicio de tiempo compartido, las cuales serán adjudicadas, asignadas y/o transferidas al **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**.

El denominado **“activo subyacente”** (mencionado en los numerales 5.5.2.7., 6.1.4.2.13.6.6., 8.6., de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), de conformidad con lo consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio, corresponde a los **“bienes fideicomitidos”** que **“forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”**. En tales circunstancias, la

mención que del “**ACTIVO SUBYACENTE**” se hace en el numeral 1.18., de la “**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, desconoce lo consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio, porque mientras con base en dicha norma se debe predicar que los “**bienes fideicomitidos**” tienen que formar parte el patrimonio autónomo “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la cláusula aquí referida, estipula todo lo contrario al decir que por el “**ACTIVO SUBYACENTE**”, “*se entenderá por tal el(los) inmueble(s) y la edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s) que forma parte del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA*”.

Por disposición legal, no puede existir mezcla, combinación o confusión de los “**bienes fideicomitidos**” de un patrimonio autónomo con los bienes de otro, esto es, entre los patrimonios autónomos “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**” y “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, porque tal situación desconoce lo consagrado en el numeral 2 del artículo 1234 del Código de Comercio, según el cual, uno de los deberes indelegables del fiduciario es “*mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios*”, en concordancia con el deber consagrado en el numeral 4 del mismo artículo, “*llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente*”.

El numeral 1.18., de la “**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no identifica cuál es “*el predio del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA*”. Dicho inmueble está identificado en los numerales 1.3., 1.5., de la “**CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, celebrado entre JOSE FONT BARCELO, como EL FIDEICOMITENTE y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como LA FIDUCIARIA, mediante el documento privado de 21 de mayo de 2014, y corresponde a la Matrícula: **060-28660** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.

Según el certificado de tradición y libertad de la Matrícula: **060-28660** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, se trata de “**Tipo Predio: URBANO**” “**LOTE PUNTA CANOA 110.800 M2.**”

Como se puede observar en la “ANOTACION: Nro 025 Fecha: 31-07-2014 Radicación: 2014-060-6-16445, mediante la ESCRITURA 841 DEL 21-05-2014 NOTARIA TREINTA Y SEIS DE BOGOTA D.C., se llevó a cabo la TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL FALSA TRADICION, DE: FONT BARCELO JOSE CE# 355831 A: ACCION SOCIEDAD

FIDUCIARIA S.A QUIEN ACTUA COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA.

Sin mayor esfuerzo se puede evidenciar que el predio de la Matrícula: **060-28660**, no fue transferido, como así lo exige el artículo 1226 del Código de Comercio, por el fiduciante o fideicomitente del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por una tercera persona y completamente ajena al contrato de fiducia mercantil aquí mencionado; y en todo caso, no fue transferido a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, sino para otro patrimonio autónomo el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”** que, no es el fideicomiso mediante el cual se llevó a cabo ***“la comercialización de participaciones fiduciarias”***.

Con base en lo anterior se debe afirmar que los predios identificados con Matrícula: **060-112873** y con Matrícula **060-113064**, figuran como propiedad del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, mientras que el predio identificado con Matrícula **060-28660**, figura como propiedad del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, pero ninguno de ellos, forma parte del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** siendo este el que utilizaron las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para ***“la comercialización de participaciones fiduciarias”***.

Efectivamente para la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, es un hecho conocido que los inmuebles identificados con Matrícula: **060-112873**, Matrícula **060-113064** y Matrícula **060-28660**, no fueron transferidos por el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, como así lo exigen las normas de la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14), cuando se trata de ***“Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”***, en concordancia con lo consagrado en el artículo 1226 del Código de Comercio. Igualmente, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, conoce el hecho que ***“la comercialización de participaciones fiduciarias”***, se llevó a cabo mediante el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, pero no mediante el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, o mediante el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**.

Es importante señalar que, con base en lo estipulado en el numeral **1.8.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, se contempló la vinculación de ***“PARTICIPES: [que] Serán quienes suscriban un CONTRATO DE VINCULACIÓN con ACCIÓN a la fase y***

desarrollo específico que se determine, con el fin de obtener los derechos fiduciarios que se establezcan en él.

Con base en lo anterior, se debe sostener sin lugar a dudas que, los inmuebles con la matrícula **060-113064** y la matrícula **060-112873**, al estar comprometidos, o afectos a la finalidad contemplada en el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, no puede estar igualmente comprometidos, o afectos a la finalidad contemplada en otro contrato de fiducia mercantil como lo es el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** o del **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**.

Entre las veintidós cláusulas del negocio jurídico **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, no existe una cláusula, que, en primer lugar, se mencione al **"FIDEICOMISO LOTE 1"** y, en segundo lugar, que se predique de dicho **"FIDEICOMISO LOTE 1"** que, **"cuyos derechos fiduciarios le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA"**. Si se observa el numeral **1.3.**, de los **"ANTECEDENTES"** de cada uno de los negocios jurídicos **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, que son objeto de la demanda, se menciona lo siguiente:

*"El(los) inmueble(s) en que se desarrollará el PROYECTO, hacen parte de los activos del patrimonio autónomo que se denomina **FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA**, en adelante el **FIDEICOMISO LOTE**, constituido por EL FIDEICOMITENTE en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. A través de dicho patrimonio autónomo podrá llevarse a cabo la ETAPA DE OPERACIÓN del ÁREA COMERCIAL, sin perjuicio de que por decisión del FIDEICOMITENTE se decida trasladar el ACTIVO SUBYACENTE a otro patrimonio autónomo que para el efecto constituya en ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en los términos establecidos en el FIDEICOMISO LOTE y lo estipulado en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL mediante el cual se constituyó el **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH**".*

En la cláusula antes referida, se menciona a un **"FIDEICOMISO LOTE BD CARTAGENA, en adelante el FIDEICOMISO LOTE"**, pero no se aclara si es el **"FIDEICOMISO LOTE 1"** o el **"FIDEICOMISO LOTE 2"**, esto, porque como se ha reiterado, existe el **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"** y el **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA"**, los cuales son patrimonios autónomos diferentes.

En el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, se hace mención del **"FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, en las siguientes cláusulas: numerales **2** y **4** de las **CONSIDERACIONES**; numerales **1.5.**, **1.18.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y en la **CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- ANEXOS**, pero en

esas cláusulas no está estipulado que los **“derechos fiduciarios”** del **“FIDEICOMISO LOTE 1”** **“le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA”**.

El **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, tiene treinta y ocho (38) cláusulas, pero en esas cláusulas no se menciona al **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** o al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para ninguna clase de propósito, efecto legal o contractual, en particular no se menciona nada para estipular que, los **“derechos fiduciarios”** del **“FIDEICOMISO LOTE 1”** **“le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA”**.

En el numeral 1.7., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, se estipuló lo siguiente: **“BENEFICIARIO: Son EL FIDEICOMITENTE quien podrán ceder la totalidad o parte de su beneficio, de acuerdo con lo que se establece adelante, los FIDEICOMISOS en que se administren recursos de cada desarrollo específico tendrán la calidad de Beneficiarios del presente Fideicomiso en lo estrictamente relacionado con el referido desarrollo.**

En el numeral 1.10., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, se estipuló lo siguiente: **DERECHOS FIDUCIARIOS: Corresponde a la unidad de medida que permite determinar el porcentaje de derechos y obligaciones que le corresponderán a EL(LOS) PARTICIPE(S) en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, durante la ETAPA DE OPERACIÓN durante la ETAPA DE OPERACIÓN -según corresponda- con ocasión de su vinculación, es decir permiten determinar su participación en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA o en aquél al que se transfiera el inmueble resultante del desarrollo específico al que se hubiere vinculado. Lo anterior sin perjuicio de los derechos que se establezcan en los correspondientes contratos de vinculación para cada ETAPA”**.

Conforme con la cláusula antes referida es claro que los **“DERECHOS FIDUCIARIOS”** del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, no **“le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA”**, porque tales derechos fiduciarios, les corresponde a **“EL(LOS) PARTICIPE(S) en el FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**.

Finalmente, en la **CLÁUSULA DECIMA: BENEFICIARIOS** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, se estipuló lo siguiente: **“Son BENEFICIARIOS de los derechos de beneficio del Patrimonio Autónomo que mediante este contrato se constituye, LOS FIDEICOMISOS constituidos o que se constituyan para el desarrollo de cada Fase del PROYECTO”**. Como se puede apreciar en la cláusula aquí mencionada no se menciona al **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL**

FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” o al “FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, para decir que, los “derechos fiduciarios le pertenecen al FIDEICOMISO BD CARTAGENA”.

El fenómeno presentado en este asunto que consiste en que el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que fue el utilizado por las demandadas, para comercializar **“participaciones fiduciarias”**, a pesar de no tener el denominado **“activo subyacente”** (mencionado en los numerales 5.5.2.7., 6.1.4.2.13.6.6., 8.6., de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), ha sido objeto de estudio por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, en la sentencia de siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), Magistrado Ponente, Doctor OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, SC5430-2021, Radicación n° 05001 31 03 010 -2014 01068 01, se catalogó como **“la deficiencia jurídica por la falta de conformación del patrimonio autónomo”**. Dijo la Corte Suprema lo siguiente:

“(…)

El Tribunal minimizó la trascendencia procesal del incumplimiento de los demandados por la indebida constitución del patrimonio autónomo, al aseverar que la falta de integración del quinto lote “en nada afectaba a los demandantes por cuanto se les hubiera podido escriturar sus unidades inmobiliarias con la terminación de la primera etapa del proyecto, sin la necesidad del desarrollo urbanístico de las demás etapas”, desconociendo que no era posible exigir el pago de las cuotas si el fideicomiso no estaba conformado en su totalidad. (…)

Aplicado al caso presente, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no debió celebrar los negocios jurídicos objeto de la demanda, **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y más aún, no debió proceder con la captación, la recepción o la recibida de las sumas de dinero pagadas por las personas demandantes, por concepto de aportes, a sabiendas y en todo caso, debiendo saber y conocer que, el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no tenía **“activo subyacente”**, esto es que, el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**, no se había constituido con los inmuebles **060-112873, 060-113064 y 060-28660**, porque dichos bienes, estaban constituyendo otros patrimonios autónomos diferentes **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, respectivamente, no siendo estos dos últimos patrimonios autónomos a los que se vincularon las personas demandantes, debido a que la

vinculación, como se reitera fue al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

Posteriormente la Corte Suprema agregó en la misma sentencia **SC5430-2021**, ya referida, lo siguiente:

“(…)

*La tesis referente a que la conformación incompleta del patrimonio autónomo en nada afectaba a los demandantes, se cae por su propio peso, puesto que «**si nos ubicáramos en el momento del cumplimiento de las obligaciones de las partes de los diferentes contratos acá mencionados, se debió concluir sin ambages, que la parte incumplida desde el inicio del proyecto y durante toda su ejecución, fue la parte demandada**» (...)*”.

Ante el escenario que el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que fue el utilizado por las demandadas, para comercializar **“participaciones fiduciarias”**, a pesar de no tener el denominado **“activo subyacente”** (mencionado en los numerales 5.5.2.7., 6.1.4.2.13.6.6., 8.6., de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no podía legal y contractualmente, recibir la sumas de dinero aportadas, por las personas vinculadas a dicho negocio fiduciario, entre ellas, las personas demandantes, siendo esta la razón, por la cual, la mencionada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debe ser condenada por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones como fiduciaria, relacionadas con los **“CONTRATOS DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que son objeto de la demanda y con el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

Por todo lo anterior, no se puede aceptar lo afirmado en la sentencia recurrida, según la cual, **“Los bienes inmuebles que integran los patrimonios autónomos de los fideicomisos de parqueo identificados con matrícula inmobiliaria número 060-112873, 060-113064 y 060-28660 de la Oficina De Registro de Instrumentos Públicos De Cartagena, conforman el activo subyacente de los fideicomisos a los cuales se vincularon los demandantes”**, porque de aceptar la tesis propuesta por el Despacho de primera instancia, se desconoce lo consagrado en los artículos 1226, 1227, 1233, 1234 y 1243 del Código de Comercio, en concordancia con lo consagrado en el numeral **“5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”**, en el numeral **“5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria”** del CAPÍTULO I: DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS del TÍTULO II INSTRUCCIONES GENERALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS de la PARTE II MERCADO INTERMEDIADO de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96) expedida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, normativa esta, a la cual está sometida la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en su calidad de entidad fiduciaria, conforme al artículo 29 del Decreto 663 de 1993 (Abril 02) **“Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se**

modifica su titulación y numeración", en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 y conforme al artículo 335 de la Constitución Política de 1991.

Más allá de la problemática por supuesto insalvable sobre el punto esencial que ninguno de los inmuebles identificados con las matrículas **060-112873**, **060-113064** y **060-28660**, no fueron transferidos para el **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**, se debe afirmar que, incluso si la transferencia se hubiera llevado a cabo, el problema del **"activo subyacente"** continúa sin solución porque el objeto y la finalidad para la cual fue constituido el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, al cual se vincularon las personas demandantes, no fue para llevar a cabo simplemente la transferencia de bienes, aquellos u otros, porque este elemento constituye apenas uno de los diez numerales del objeto, conforme a lo estipulado en la **"CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO"** del contrato de fiducia aquí mencionado. En esa orientación, además de la transferencia de los bienes, lo que debió llevarse a cabo era la construcción y la dotación del **"PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, que no se cumplió dentro del tiempo estipulado en el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**.

Una vez terminada la construcción y la dotación del **"PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, el **"activo subyacente"** estaría compuesto, necesariamente por los bienes inmuebles, más la construcción y la dotación del **"PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** que se levantaría sobre los dichos inmuebles, para ejercer la **"explotación y operación"** de la cual, se esperaban los **"resultados económicos"** de los cuales, las personas demandantes, contaría con el **"derecho a participar"**, conforme a lo consagrado en el numeral 5.5., de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Aunque la sentencia apelada dedicó buen espacio para la mención de las normas que señalan los requisitos legales esenciales que deben cumplir los **"negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias"**, en todo caso, no descubrió que para el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** y del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, esos requisitos no fueron cumplidos por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, lo cual al no estar presentes en los contratos referidos, constituye causal de inexistencia de los negocios de vinculación, conforme lo dispone el artículo 898 del Código de Comercio, según el cual, **"será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales"**.

Como se puede ver, en la sentencia apelada, se hizo referencia únicamente a los temas de las **"solemnidades"** y a que los contratos contaran con la aprobación por parte de la Superintendencia Financiera, así: *"Al caso, los contratos de vinculación*

requieren constar por escrito, en medida que las reglas de protección al consumidor ordenan la expresión de cláusulas con ciertas particularidades. Sin embargo, los contratos de vinculación no requieren ser elevados a escritura pública, dada la naturaleza del bien y negocio que contiene.

Ahora, un aspecto que puede considerarse formal es la aprobación de los modelos de contrato de vinculación por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, SFC, en adelante, frente a lo cual esa autoridad administrativa señaló, en oficio del 12 de septiembre de 2023, número 202309-5357-00200, que conforme el numeral IV del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con lo en el numeral II del artículo 11.2.1.4.54 del Decreto 2555 de 2010, así como lo dispuesto en el numeral 3.1 capítulo I, título II, parte II de la Circular Básica Jurídica C.E. 029 de 2014, realizó la evaluación de modelos de contrato destinados a ejecución de esquemas de participaciones fiduciarias en el desarrollo de proyectos inmobiliarios hoteleros que serían administrados por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

En tal sentido, a través del radicado 2009-08-1591-000 del 27 de octubre de 2009, la sociedad fiduciaria presentó para aprobación el modelo de contrato denominado fideicomiso a hotel, el cual habría sido autorizado bajo el radicado 2009-08-1591-012 del 11 de junio de 2010. Asimismo, indicó la entidad que, “dicho modelo de contrato tuvo dos modificaciones que fueron analizadas y aprobadas bajo los radicados 2014-007-096-010 del 16 de junio de 2016 y 2016-128-738 del 21 de noviembre de 2016”. En el último trámite del año 2016, la sociedad fiduciaria modificó el nombre de los modelos de contratos y los denominó, “modelo de contrato de vinculación al fideicomiso por participaciones fiduciarias” y “modelo de contrato de fiducia mercantil de administración fideicomiso lote”.

Precisó que, “realizada la evaluación de las modificaciones sometidas a consideración de esta superintendencia, esta autoridad de supervisión aprobó el modelo de contrato denominado, “modelo de contrato de vinculación al fideicomiso por participaciones fiduciarias” y “modelo de contrato de fiducia mercantil de administración fideicomiso lote”.

Pero la sentencia apelada, no descubrió que el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y el **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, si bien están por escrito y hayan sido autorizados por la Superintendencia Financiera, no tienen los siguientes requisitos esenciales:

Los contratos mencionados, no contienen *“el número de participaciones a enajenar y la indicación de las otras fuentes de recursos que constituyan la condición económica para iniciar cada una de las fases de proyecto”*. Según el numeral **1.9. “DERECHOS FIDUCIARIOS”** de la **“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES”** del

“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, *“corresponde a la unidad de medida que permite determinar el porcentaje de derechos y obligaciones que le corresponden a EL(LOS) PARTICIPE(S) durante la ETAPA DE OPERACIÓN con ocasión de su vinculación al FIDICOMISO, es decir permiten determinar su participación en el mismo; para los efectos del presente contrato, habrá dos modalidades de Derechos Fiduciarios, los denominados FIDI SMART y FIDI BEACH, que tendrán las equivalencias y porcentajes de participación en el Fideicomiso que se describen en el Cuadro de Participación Anexo No. 4”*. Sin embargo, no se identifica cuál es **“el número de participaciones a enajenar”** de tal manera que en el contrato hace falta uno de **“sus elementos esenciales”**, el consagrado en el numeral **5.5.2.1.**, de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Dicha información tampoco está identificada en el **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

En los contratos mencionados, no está la **“indicación de las otras fuentes de recursos que constituyan la condición económica para iniciar cada una de las fases de proyecto”**, esto es, no se menciona de donde provienen los recursos que se necesitan para el inicio de cada una de las etapas, así como para la terminación de construcción y la dotación del **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. En consecuencia, a dichos contratos les hace falta uno de **“sus elementos esenciales”**, el consagrado en el numeral **5.5.2.1.**, de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Dicha información tampoco está identificada en el **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

En los contratos mencionados, no están señaladas **“las condiciones financieras, técnicas y jurídicas que se deben cumplir para dar inicio a las etapas de desarrollo del proyecto y operación”**. Así, no está identificado cuál es la suma de dinero necesario para la terminación de construcción y la dotación del **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, de dónde provendría la suma de dinero mencionada y cómo se resolverían las circunstancias de ausencia o falta de recursos para la terminación del proyecto, frente a los derechos de las personas que celebraron el **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sabía o en todo caso, debía saber que el **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, desde el comienzo estaba llamado al fracaso, porque la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, como promotor no **“cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto”**, como así lo exige el numeral **5.5.1.8.**, de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Para descubrir dichas circunstancias, entre otras gestiones que debió adelantar la fiduciaria, era necesario constatar en el certificado de existencia y representación legal de **BD CARTAGENA S.A.S.**, para ver que contaba con un capital pagado de apenas **\$10.000.000**. En

consecuencia, a dichos contratos les hace falta uno de “**sus elementos esenciales**”, el consagrado en el numeral **5.5.1.8.**, de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

En los contratos mencionados, no están señaladas o establecidas “**las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto**”. Así, por ejemplo, nada se dice si los recursos serían obtenidos del sistema financiero, con o sin garantías reales, o aportados directamente por el promotor **BD CARTAGENA S.A.S.**, que válgase reiterar, en todo caso, no tiene capacidad económica para financiar el proyecto. En consecuencia, a dichos contratos les hace falta uno de “**sus elementos esenciales**”, el consagrado en el numeral **5.5.1.6.**, de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

En los contratos mencionados, no está señalada o establecida “**la metodología para la cuantificación y valoración de las participaciones de los negocios**”. Como se demuestra con los aportes pagados por las personas demandantes, las sumas aportadas oscilan entre **\$54.500.000** el menor valor pagado, a **\$214.200.000**, el mayor valor pagado, pero los contratos no contienen bases objetivas que permitan saber cómo obtuvieron las demandadas, las sumas mencionadas, para recaudarlas de las personas demandantes. En consecuencia, a dichos contratos les hace falta uno de “**sus elementos esenciales**”, el consagrado en el numeral **5.5.1.7.**, de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Para el “**PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no fueron tomadas “**las pólizas de seguros que amparen, por lo menos, los riesgos de daños a la obra, los riesgos en la construcción, daños a la maquinaria de la obra, daños a terceros y riesgos de responsabilidad civil**”. En consecuencia, a dichos contratos les hace falta uno de “**sus elementos esenciales**”, el consagrado en el numeral **5.5.1.9.**, de la Circular Básica Jurídica PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

La trascendencia en el sentido de la sentencia apelada, de todo lo anteriormente señalado, consiste en que si el Despacho de primera instancia, hubiera realizado el estudio como contractual y legalmente corresponde frente al tema del “**activo subyacente**”, que está ausente para el caso del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, y además sobre la ausencia de los “**elementos esenciales**” que debió cumplir tanto el contrato de fiducia mercantil mencionado como el “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, en dicha sentencia, se debió reconocer y aceptado la prosperidad de la “**PRETENSIÓN PRINCIPAL**”, en la cual se solicitó “**declarar inexistentes, cada uno de los negocios jurídicos, a los que se refieren los documentos titulados “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, suscritos por la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., que actuó en calidad de FIDEICOMITENTE del**

“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., que actuó en calidad de **FIDUCIARIA**, con cada una de las siguientes personas, que actuaron en calidad de **“EL(LOS) PARTICIPE (S)” (...)**, con fundamento en que, a cada uno de los negocios jurídicos, inmediatamente identificados, les hacen falta sus requisitos o elementos esenciales, para ser considerados unos contratos, en los términos definidos en el artículo 864 del Código de Comercio y en el artículo 1495 del Código Civil, en concordancia con el artículo 898 del Código de Comercio y los artículos 1502, 1517, 1518, 1524 del Código Civil. (...).”.

Segundo Reparó. “El segundo reparo consiste en que, frente a la segunda pretensión la señora juez o la sentencia la rechaza bajo la hipótesis tampoco probada de que la fiduciaria cumplió cabalmente sus funciones y que el promotor del proyecto, el constructor incumplido, el BD Cartagena SAS también cumplió sus obligaciones lo cual no es así”.

La sustentación del segundo reparo es la siguiente:

La segunda pretensión de la demanda se trata de la **“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”**, mediante la cual se solicita **“declarar las resoluciones** de cada uno de los negocios jurídicos, a los que se refieren los documentos titulados **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, suscritos por la sociedad **BD CARTAGENA S.A.S.**, que actuó en calidad de **FIDEICOMITENTE** del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**; **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que actuó en calidad de **FIDUCIARIA**, con cada una de las siguientes personas, que actuaron en calidad de **“EL(LOS) PARTICIPE (S)” (...)**”.

En la sentencia apelada se le atribuye, se endilga o se imputa el fracaso del **PROYECTO** inmobiliario **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** a la conducta de **“EL(LOS) PARTICIPE (S)”**, porque se afirma que, por la falta del pago de las sumas de dinero por concepto de los aportes, no fue posible terminar la construcción total proyecto referido. En la sentencia se afirma lo siguiente: **“Empero, si demostró cada uno de los testigos que declaró en el proceso las rendiciones de cuenta que aportó la sociedad fiduciaria las declaraciones de algunos demandantes y los estados financieros, o de cuenta que contienen los informes de intervención, interventoría y administración fiduciaria, el proyecto BD Cartagena, se paralizó porque los partícipes dejaron de cumplir con sus pagos y expensas pactadas en los contratos de vinculación”**.

Y posteriormente, en la sentencia apelada se afirma lo siguiente: **“Luego, si se evidencia que la cartera morosa de los partícipes llevó al estancamiento el proyecto BD Cartagena. Es claro, conforme al artículo 1609 del Código Civil, quienes dejaron de pagar sus aportes mal podrían demandar la resolución del contrato, y, en todo caso, no se muestra un incumplimiento por parte de la fiduciaria o de BD Cartagena S.A.S., dado que, si algo causó la parálisis del proyecto, no fue su gestión, sino el incumplimiento de los partícipes, aspecto**

sobre el cual declaró el representante legal del interventor administrativo y, además, quien fuese el representante legal de la sociedad fiduciaria con amplia suficiencia”.

Dicha atribución de responsabilidad en la sentencia apelada desconoce las siguientes cláusulas contractuales, en las cuales están consagradas las obligaciones a cargo de la sociedad **BD CARTAGENA S.A.S.**, como **GERENTE DEL “PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, así:

La obligación estipulada en el numeral **8.1.**, de la **“CLAUSULA OCTAVA. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”** y del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, que consistía en ***“responder por el desarrollo, culminación de la construcción y dotación de cada Etapa del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL y suscribir los contratos necesarios para el desarrollo y culminación del mismo”***.

Independientemente de la obligación estipulada en la cláusula **“SEGUNDA.- ENTREGA DE RECURSOS”**, del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, a cargo de cada una de las personas demandantes, que consistía en entregar a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, las sumas de dinero en las fechas identificadas en el cuadro **“Anexo Uno” “Cronograma de entrega de recursos”**, dichos demandantes, de manera particular, y en general **“EL(LOS) PARTICIPE (S)”** o vinculados al **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, no eran los sujetos contractuales obligados a responder por la terminación de la construcción y la dotación del **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, porque dicha obligación estaba a cargo de la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la contestación de la demanda hace referencia a una supuesta ***“falta de pago de los partícipes”***, así ***“En efecto, en las diferentes etapas, se tenían compromisos de pago de los partícipes por noventa y nueve mil setecientos cincuenta y tres millones trescientos cuenta y tres mil trescientos cinco pesos (\$99.753.353.875). Sin embargo, tan solo efectuaron pagos por ochenta y siete mil veinte millones ochocientos treinta y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$87.020.839.875). Es decir, que los partícipes no efectuaron pagos por la suma de doce mil setecientos treinta y dos millones quinientos trece mil cuatrocientos treinta pesos (\$12.732.513.430)”*** (Ver página 128 del escrito de la contestación de la demanda).

Para el caso del **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, no existe certeza sobre la identificación de cuál era el valor total de las sumas de dinero que eran necesarias para terminar en su totalidad la construcción y la dotación del referido proyecto inmobiliario. La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA**

S.A., en el numeral **17** de las “**Documentales**” del acápite de pruebas de la contestación de la demanda, menciona el “**Presupuesto del Proyecto BD Cartagena**”. Dicho documento que es el único sobre el tema del presupuesto se trata de la “**Prueba No. 17. PRESUPUESTO**” de la “**Carpeta Pruebas**” del “**C01Principal**” del expediente digital. En lo que se alcanza a ver de ese documento que está recortada la información en los extremos de este, no hay información que permita identificar que efectivamente se trata oficialmente del “**Presupuesto del Proyecto BD Cartagena**”. Sin embargo, si nos atenemos al mismo, se ve una cifra “**TOTAL**” de “**92.200.858**” que, en todo caso, no concuerda con la cifra antes mencionada por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de (\$**99.753.353.875**). En tales circunstancias al no existir la más mínima certeza sobre el valor total de las sumas de dinero necesarias para la construcción y la dotación total del “**PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, igualmente no existe certeza sobre el valor cierto de las sumas de dinero que se debían recaudar de “**EL(LOS) PARTICIPE (S)**” o vinculados al “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no existe certeza de las sumas efectivamente recaudadas y no existe certeza de las sumas de dinero que dichos partícipes hayan dejado de pagar.

Según la sentencia apelada “*quedó evidenciado un desfase faltante de cerca de 72 mil millones de pesos para culminar la obra constructiva que impulsó la creación de los patrimonios autónomos, dineros que ni la fiduciaria o los partícipes cumplidos podían gestionar por su propia cuenta, dado que ninguno de los contratos por estos celebrados los faculta*”. La cifra mencionada por el Despacho de primera instancia carece de prueba. Esto porque según la contestación de la demanda por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, “*los partícipes no efectuaron pagos por la suma de doce mil setecientos treinta y dos millones quinientos trece mil cuatrocientos treinta pesos (\$12.732.513.430)*”.

En los informes de gestión (ver informes de gestión) que obran en el expediente, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no informó a los partícipes, entre ellos, a las personas demandantes, acerca del hecho del “**faltante de cerca de 72 mil millones de pesos para culminar la obra constructiva**” que sin prueba alguna se menciona en la sentencia apelada, en todo caso, cualquiera que haya sido la suma “**faltante**” “**para culminar la obra constructiva**”, esto es, la suma de \$**12.732.513.430** o la suma de “**72 mil millones de pesos**”, el pago de dicha suma de dinero no estaba a cargo de los partícipes en general del “**PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y el pago no estaba a cargo de las personas demandantes quienes tenían a su cargo, únicamente el aporte de las sumas de dinero a las que se comprometieron pero en ningún caso el pago de la totalidad de las sumas de dinero necesarias para finalizar con éxito el proyecto mencionado.

De cualquier forma, según lo estipulado en el numeral **20.2.**, de la “**CLÁUSULA VIGÉSIMA.- OBLIGACIONES DE EL FIDEICOMITENTE**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y en el numeral **16.2.**, de la “**CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO**”

LOTE UNO CARTAGENA", la obligación de "entregar a la FIDUCIARIA (...), los recursos necesarios para la celebración, **ejecución y terminación del presente fideicomiso**, así mismo los recursos para atender los pagos de impuestos, tasas y contribuciones que se desprendan de (l) (los) inmueble(s) fideicomitidos, sus honorarios **y en general, los gastos y costos que se generen con ocasión del presente fideicomiso, siempre y cuando el FIDEICOMISO se encuentre surtiendo las ETAPAS PREVIAS Y/O DE CONSTRUCCIÓN**", estaba a cargo de la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, pero no estaba a cargo de "**EL(LOS) PARTICIPE (S)**" o vinculados al "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", entre ellos, las personas demandantes en el proceso de la referencia.

Sobre la supuesta "**falta de pago de los partícipes**" ("**la cartera morosa de los partícipes**") en la sentencia apelada no se tuvo en cuenta la falta de gestión diligente que con base en el deber indelegable a cargo de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, consagrado en el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, de "**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**", debió llevar a cabo dicha fiduciaria junto con la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, para solucionar los que hayan sido los problemas o los inconvenientes derivados de aquella supuesta "**falta de pago de los partícipes**" ("**la cartera morosa de los partícipes**").

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la contestación de la demanda, se limitó a hacer afirmaciones como las siguientes:

"Cualquier cobro jurídico o actividad de desistimiento, requiere una instrucción expresa del Fideicomitente, **quien tiene la obligación de gestión de cartera.**" (p. 73).

"Y, en tal virtud, aprobaron y aceptaron que Acción Fiduciaria no tenía responsabilidad alguna en la determinación del punto de equilibrio, la financiación y construcción del Proyecto BD Cartagena, en análisis financiero para decretar las condiciones de giro, y, en general, que la entidad fiduciaria no intervenía en la construcción, comercialización y **gestión de cartera del Proyecto BD Cartagena**, la interventoría del mismo, o los ejercicios financieros y de flujo de caja con ocasión del mismo. Veamos, por ejemplo, uno de los contratos de vinculación aportados:" (p. 103).

"De las anteriores cláusulas se observa que la Fiduciaria no se encarga y no tiene obligación alguna relacionada con: (i) el trámite o solicitud de recursos financieros, (ii) el aporte de recursos económicos, (iii) la construcción del Proyecto BD Cartagena, (iv) el pago de impuestos, (v) **las actividades de recaudo de cartera de los Partícipes**, entre otras" (p. 106).

Según el numeral 2.3., de la "**CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO**" del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**", "**el objeto de este contrato consiste en que la FIDUCIARIA: (...) reciba y administre para el FIDEICOMISO los recursos que aporten LOS**

PARTICIPES". Según la **"CLÁUSULA QUINTA. CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIO AUTÓNOMO"**, del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, el patrimonio autónomo **"FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, estaba conformado, entre otros con ***"los recursos que entreguen LOS PARTICIPES"***.

Según las cláusulas citadas y considerando lo consagrado en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, otro de los deberes indelegables a cargo de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, es ***"llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente"***.

En la **"CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA"** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, se estipuló que, ***"las obligaciones que por el presente contrato contrae LA FIDUCIARIA son de medio y no de resultado, pero responderá hasta por culpa leve en el desarrollo de su gestión. LA FIDUCIARIA se obliga a realizar diligentemente todos los actos necesarios para la cumplida ejecución del objeto de este contrato"***.

Lo expuesto inmediatamente, permite deducir entonces que, no se puede aceptar desde el punto de vista contractual y legal, las excusas o justificaciones expuestas por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante las cuales busca fallidamente, declararse ajena y sin ninguna clase de responsabilidad frente a las actividades relacionadas con las que llegaron a ser ***"la obligación de gestión de cartera"***, la ***"gestión de cartera del Proyecto BD Cartagena"*** y ***"las actividades de recaudo de cartera de los Participes"***, porque siendo uno de los elementos del **"objeto"** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, el que la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, ***"reciba y administre para el FIDEICOMISO los recursos que aporten LOS PARTICIPES"***, no es posible excluir ningún medio o ninguna actividad, lícitas que, dicha fiduciaria, pudiera utilizar para lograr dicha recepción y administración de los recursos mencionados. En otros términos, se debe decir que en el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, no existe estipulada ninguna cláusula que le impida, le limite o le prohíba a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, llevar a cabo y en general, involucrarse en ***"las actividades de recaudo de cartera de los Participes"***, porque como ya se mencionó, ***"LA FIDUCIARIA se obliga a realizar diligentemente todos los actos necesarios para la cumplida ejecución del objeto de este contrato"***.

En cualquier caso, la hipótesis propuesta por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, según la cual ***"la gestión de recaudo le corresponde al Fideicomitente"***, no resulta probada contractualmente, por las siguientes razones:

Las obligaciones a cargo de **BD CARTAGENA S.A.S.**, quedaron estipuladas en la **"CLAUSULA OCTAVA. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO"**, en los numerales del 8.1. al 8.9.; y en la **"CLÁUSULA**

VIGÉSIMA. OBLIGACIONES DE EL FIDEICOMITENTE", en los numerales del 20.1. al 20.9., del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**. Al revisar en detalle cada una de las obligaciones estipuladas en las cláusulas aquí referidas, no existe una que se refiera de manera especial y particular a ***"la obligación de gestión de cartera"***, a la ***"gestión de cartera del Proyecto BD Cartagena"***, a ***"las actividades de recaudo de cartera de los Partícipes"*** o a ***"la gestión de recaudo"***. En todo caso se debe decir que, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la contestación de la demanda, no hace mención o referencia alguna, al hecho de haber comunicado, informado, requerido o notificado a la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, sobre la existencia de la supuesta ***"falta de pago de los partícipes"*** ***"por la suma de doce mil setecientos treinta y dos millones quinientos trece mil cuatrocientos treinta pesos (\$12.732.513.430)"***, para que esta demandada ya fuera individualmente, con el apoyo o la participación de la fiduciaria, llevaran a cabo las gestiones correspondientes orientadas al recaudo de la suma referida o cualquiera otra suma de dinero que pudiera ser calificada como ***"cartera del Proyecto BD Cartagena"***

Aceptando entonces en gracia de discusión la existencia de las polémicas entre el fiduciario **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, que son las partes del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, sobre cuál de ellas, tiene la responsabilidad por ***"la obligación de gestión de cartera"***, la ***"gestión de cartera del Proyecto BD Cartagena"***, ***"las actividades de recaudo de cartera de los Partícipes"*** o ***"la gestión de recaudo"***, para adelantar las acciones y las gestiones necesarias frente a ***"falta de pago de los partícipes"*** ***"por la suma de doce mil setecientos treinta y dos millones quinientos trece mil cuatrocientos treinta pesos (\$12.732.513.430)"***, sobre lo que no puede existir duda alguna es que las personas demandantes, no son las encargadas, las responsables o las obligadas a responder y de asumir las consecuencias negativas de la ***"falta de pago de los partícipes"***, como así se asume en la sentencia apelada, al afirmar sin que exista razón legal y contractual que el fracaso del **PROYECTO** inmobiliario **"BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** es consecuencia de la conducta de ***"EL(LOS) PARTICIPE (S)"***, por la falta del pago de las sumas de dinero por concepto de los aportes.

Igualmente, al margen de la discusión entre el fiduciario **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, sobre los asuntos de la ***"cartera del Proyecto BD Cartagena"***, lo que sí queda en evidencia es el incumplimiento imputable a la demandada fiduciaria de los deberes consagrados en el numeral 5.5., de la ***PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I*** de la Circular Básica Jurídica expedida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, aplicables a los ***"Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias"***, así:

5.5.1 Las sociedades fiduciarias al momento de decidir si comprometen o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, deben

solicitar al gestor o promotor la información necesaria para evaluar, valorar y verificar aspectos como:

5.5.1.6. Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

5.5.1.7. Que se cuente con la metodología para la cuantificación y valoración de las participaciones de los negocios.

5.5.1.8. Que el constructor y promotor cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.

Si la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, “**al momento de decidir si comprometen o no su responsabilidad**”, hubiera cumplido con los deberes antes mencionados, el **PROYECTO** inmobiliario “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, tendría que haber terminado exitosamente, porque según la definición del contrato de fiducia mercantil del artículo 1226 del Código de Comercio, la vocación de esta clase de negocio es para “**cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario**”, es decir, la finalidad de la fiducia, nunca puede “**en perjuicio**” de los beneficiarios.

En el segundo reparo presentado en la audiencia se dijo lo siguiente:

“El objeto de la vinculación de los inversionistas al proyecto era para que se construyera y se dotara un hotel y la construcción y la dotación y la puesta en funcionamiento del hotel no se produjo, no se llevó a cabo y no se llevó a cabo no por la razón que en la sentencia se dice que fue porque los aportantes o los partícipes hayan dejado de pagar sus aportes porque para el caso concreto en esta demanda no están todos los partícipes de ese proyecto sino sólo algunos y la sentencia no entró a reparar el tema de cómo los demandantes para el caso concreto sí cumplieron con los aportes y que en el caso en que no hubieran cumplido, que hay algunos en todo caso habría lugar a la resolución del contrato de vinculación por el recíproco incumplimiento de la fiduciaria como fiduciaria y del promotor del proyecto que no cumplió con la obligación de terminar la construcción del proyecto, entonces atribuirle el fracaso al proyecto como se hace en la sentencia a la falta de pago de los aportes por los demandantes

concretamente o de los partícipes en términos generales no corresponde con la realidad del proyecto”.

Para el caso concreto de las personas demandantes se tiene lo siguiente:

ALEJANDRO HINCAPIE JARAMILLO - HERNAN HINCAPIE LONDOÑO, pagaron la totalidad de los aportes por la suma de **\$54.500.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

CAMILO ANDRES ROMERO ROZO, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$60.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

CAMILO PEÑA MOGOLLON, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$67.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

CARLOS ANDRES RUEDA RIBERO, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$58.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

CARMEN RUBY NOCUA GAUNA, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$62.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

ELSA PIEDAD RAMIREZ CASTRO, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$37.500.000** y por la suma de **\$22.500.000** (Ver los dos “ESTADO DE CUENTA”).

FERNANDO ANDRES MORENO MACIAS - YADIRA SIMONA DAZA ACOSTA, pagaron la totalidad de los aportes por la suma de **\$65.500.000** y por la suma de **\$14.237.500** (Ver los dos “ESTADO DE CUENTA”).

FRANCISCO JAVIER LASSO VALDERRAMA, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$116.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

INVERSIONES SAMJA SAS, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$127.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

JANNETH CONSTANZA RAMIREZ CABRERA - ROOSVET ALBERTO ROJAS URIBE, pagaron la totalidad de los aportes por la suma de **\$57.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

JAVIER PEÑA RAMOS, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$67.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

JHONATAN HERRERA RUIZ, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$67.000.000** y por la suma de **\$62.000.000** (Ver los dos “ESTADO DE CUENTA”).

JONATHAN TOVAR ROMERO, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$60.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

JORGE ANDRES ORDOÑEZ MALAGON - KATHERINE PAOLA ORDOÑEZ MALAGON, pagaron la totalidad de los aportes por la suma de **\$62.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

JOSE ANTONIO HERRERA CHAVARRO, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$62.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”).

ALEJANDRO MUÑOZ JARAMILLO - ANGELA ANDREA MOYA BONILLA, del compromiso de aportes por la suma de **\$65.000.000**, pagaron la suma de **\$57.687.500** (Ver “ESTADO DE CUENTA”). La diferencia por la suma de **\$7.312.500**, no fue pagada porque según las respuestas rendidas en el interrogatorio de parte, se enteraron por diferentes fuentes de información que el proyecto “**BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**”, comenzó a tener problemas y demoras en su construcción desde comienzos del año **2018**.

ANCLA INTERNATIONAL HOLDING CORP. S.A.S., del compromiso de aportes por la suma de **\$244.000.000**, pagó la suma de **\$214.200.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”). La diferencia por la suma de **\$29.800.000**, no fue pagada porque según las respuestas rendidas en el interrogatorio de parte de la representante legal, se enteró por diferentes fuentes de información que el proyecto “**BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**”, comenzó a tener problemas y demoras en su construcción desde comienzos del año **2018**.

ANDRES FELIPE FLOREZ BUITRAGO - JUAN SEBASTIAN FLOREZ BUITRAGO, del compromiso de aportes por la suma de **\$62.000.000**, pagaron la suma de **\$59.907.500** (Ver “ESTADO DE CUENTA”). La diferencia por la suma de **\$2.092.500**, no fue pagada porque según las respuestas rendidas en el interrogatorio de parte por los padres como representantes de los dos menores mencionados, se enteraron por diferentes fuentes de información que el proyecto “**BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**”, comenzó a tener problemas y demoras en su construcción desde comienzos del año **2018**.

CESAR AUGUSTO SALAZAR URREA, pagó la totalidad de los aportes por la suma de **\$22.125.000** correspondientes al “**ENCARGO FIDUCIARIO 1650001196**” (Ver “ESTADO DE CUENTA”). Del compromiso de aportes por la suma de **\$36.875.000** correspondientes al “**ENCARGO FIDUCIARIO 1200044158**”, pagó la suma de **\$28.800.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”). La diferencia por la suma de **\$8.075.000**, no fue pagada porque según las respuestas rendidas en el interrogatorio de parte, se enteró por diferentes fuentes de información que el proyecto “**BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**”, comenzó a tener problemas y demoras en su construcción desde comienzos del año **2018**.

FREDY HERNANDO VIRACACHA PAVA, del compromiso de aportes por la suma de **\$62.000.000**, pagó la suma de **\$60.000.000** (Ver “ESTADO DE CUENTA”). La diferencia por la suma de **\$2.000.000**, no fue pagada porque según las respuestas rendidas en el interrogatorio de parte, se enteró por diferentes fuentes de

información que el proyecto **"BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL"**, comenzó a tener problemas y demoras en su construcción desde comienzos del año **2018**.

Al totalizar el valor de las sumas no pagadas por las personas antes mencionadas, por las razones expuestas, se obtiene la suma de **\$49.280.000**. De conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, ***"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"***. Como la ***"culminación de la construcción y dotación de cada Etapa del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL"***, las personas que no terminaron de pagar los aportes no están en mora, porque se sabe a ciencia cierta que la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, debido a su situación de liquidación judicial, no puede cumplir o allanarse al cumplimiento de la obligación estipulada en el numeral **8.1.**, de la **"CLAUSULA OCTAVA. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO"** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** y del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, que consistía en ***"responder por el desarrollo, culminación de la construcción y dotación de cada Etapa del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL y suscribir los contratos necesarios para el desarrollo y culminación del mismo"***.

En la sentencia apelada no se tuvo en cuenta que en el presente caso hay demandantes (**ALEJANDRO HINCAPIE JARAMILLO - HERNAN HINCAPIE LONDOÑO - CAMILO ANDRES ROMERO ROZO - CAMILO PEÑA MOGOLLON -CARLOS ANDRES RUEDA RIBERO - CARMEN RUBY NOCUA GAUNA - ELSA PIEDAD RAMIREZ CASTRO - FERNANDO ANDRES MORENO MACIAS - YADIRA SIMONA DAZA ACOSTA - FRANCISCO JAVIER LASSO VALDERRAMA - INVERSIONES SAMJA SAS - JANNETH CONSTANZA RAMIREZ CABRERA - ROOSVET ALBERTO ROJAS URIBE - JAVIER PEÑA RAMOS - JHONATAN HERRERA RUIZ - JONATHAN TOVAR ROMERO - JORGE ANDRES ORDOÑEZ MALAGON - KATHERINE PAOLA ORDOÑEZ MALAGON - JOSE ANTONIO HERRERA CHAVARRO**), que cumplieron con la obligación estipulada en la **"CLÁUSULA SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS"**, en concordancia con lo estipulado en el numeral **4.2.** de la cláusula **"CUARTA: OBLIGACIONES DE EL(LOS) PARICIPE(S)"**, de cada uno de los negocios jurídicos a los que se refieren los documentos titulados **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, celebrados por dichas personas demandantes, frente a los cuales, es procedente la **"PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA"** que consiste en ***Declarar las resoluciones de cada uno de los negocios jurídicos, a los que se refieren los documentos titulados "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", suscritos por la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., que actuó en calidad de FIDEICOMITENTE del "FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"; ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.,***

que actuó en calidad de **FIDUCIARIA**, con cada una de las personas, que actuaron en calidad de **“EL(LOS) PARTICIPE (S)”**.

La sentencia apelada no descendió al estudio de la situación particular de cada uno de los demandantes, lo que habría permitido descubrir que sí se presentan las exigencias legales del artículo 1546 del Código Civil para aceptar la pretensión resolutoria como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones estipuladas a cargo de la sociedad **BD CARTAGENA S.A.S.**, en el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones estipuladas a cargo de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

El Despacho de primera instancia limitó su actividad a señalar como responsables del fracaso del proyecto **“BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL”**, a los **“EL(LOS) PARTICIPE (S)”** de manera general, sin reconocer, como así correspondía hacerlo que, **“la construcción y dotación de cada Etapa del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, no terminó, como consecuencia del incumplimiento de las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, pero no como consecuencia de la conducta de las personas demandantes, incluso la conducta de aquellas que no terminaron de pagar sus aportes.

De cualquier manera, con relación a las personas demandantes inmediatamente mencionadas, no se puede aceptar lo expuesto en la contestación de la demanda por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, cuando afirma lo siguiente: **“En todo caso, se advierte también que los partícipes dejaron de cumplir sus obligaciones y esa situación, entre otras, afectó el Proyecto”**. En tales circunstancias, cualquiera que hayan sido los inconvenientes presentados con el tema de la **“gestión de cartera del Proyecto BD Cartagena”**, no pueden afectar a aquellos demandantes que pagaron cumplidamente todos sus aportes. En consecuencia, la sentencia apelada, desconoció el artículo 1546 del Código Civil.

En la sentencia apelada no se tuvo en cuenta que en el presente caso hay demandantes (**ALEJANDRO MUÑOZ JARAMILLO - ANGELA ANDREA MOYA BONILLA - ANCLA INTERNATIONAL HOLDING CORP. S.A.S. - ANDRES FELIPE FLOREZ BUITRAGO - JUAN SEBASTIAN FLOREZ BUITRAGO - CESAR AUGUSTO SALAZAR URREA - FREDY HERNANDO VIRACACHA PAVA**), que si bien es cierto no terminaron de pagar la totalidad de sus aportes, dicha decisión fue tomada por ellos, cuando se enteraron por diferentes fuentes de información que el proyecto **“BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL”**, comenzó a tener problemas y demoras en su construcción desde comienzos del año **2018**.

Está plenamente demostrado que, **BD CARTAGENA S.A.S.**, incumplió la obligación a su cargo, estipulada en el numeral **8.1.**, de la **“CLAUSULA OCTAVA. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA**

BEACH CLUB-HOTEL" y del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA", porque dentro del término de *"duración de veinticuatro meses (24), contados a partir de la fecha en que se declare culminada la FASE PREVIA correspondiente"*, estipulado en el numeral 6.1.2., de la "CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO" del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", transcurrido entre el 23 de diciembre de 2016 y el 23 de diciembre de 2018, BD CARTAGENA S.A.S., no llevó a cabo la terminación o culminación de la construcción y de la dotación del complejo inmobiliario denominado "PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL".

De conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, *"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"*. Como no se llevó a cabo la terminación o culminación de la construcción y de la dotación del complejo inmobiliario denominado "PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" que, debió ocurrir, el 23 de diciembre de 2018, las personas demandantes que no terminaron de pagar sus aportes, no están en mora. Hipotéticamente dichos demandantes estarían en mora por haber *"dejado de cumplir lo pactado"*, si el "PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", hubiera llegado a la "FASE DE OPERACIÓN" o "ETAPA DE OPERACIÓN", estipulada en el numeral 1.15.4., de la "CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES" y en el numeral 6.2., de la "CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO", todas ellas del "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL".

Lo anterior, porque a pesar de la celebración de los negocios jurídicos titulados "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL" y de la obligación a cargo "EL(LOS) PARTICIPE (S)", según el literal c del numeral 1.6., de la parte de "ANTECEDENTES" del contrato de vinculación mencionado, *"la participación en el FIDEICOMISO en el porcentaje que se establezca en el correspondiente CONTRATO DE VINCULACION, se hará efectiva cuando el FIDEICOMITENTE haya entregado el PROYECTO o sus Etapas al OPERADOR, en los términos del presente contrato y EL(LOS) PARTICIPE (S) hayan efectuado la totalidad de los aportes a los cuales se obliga(n) en virtud de lo expresado en el presente contrato, (...)"*. Como no se llegó a la "FASE DE OPERACIÓN" del "FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", se debe afirmar que, en estricto sentido no se materializó la esperanza o lo expectativa de los demandantes, a *"la participación en el FIDEICOMISO"* mencionada, por simple *"sustracción de materia"*. En consecuencia, la sentencia apelada, desconoció el artículo 1609 del Código Civil.

Aceptando en gracia de discusión que con relación a los demandantes (ALEJANDRO MUÑOZ JARAMILLO - ANGELA ANDREA MOYA BONILLA - ANCLA INTERNATIONAL HOLDING CORP. S.A.S. - ANDRES FELIPE FLOREZ BUITRAGO - JUAN SEBASTIAN FLOREZ BUITRAGO - CESAR AUGUSTO

SALAZAR URREA - FREDY HERNANDO VIRACACHA PAVA), se presentara el fenómeno del incumplimiento de la obligación estipulada en la **“CLÁUSULA SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS”**, en concordancia con lo estipulado en el numeral **4.2.** de la cláusula **“CUARTA: OBLIGACIONES DE EL(LOS) PARICIPE(S)”**, de cada uno de los negocios jurídicos a los que se refieren los documentos titulados **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, por el hecho que ellos no pagaron la totalidad de las sumas de dinero por concepto de sus aportes, aun así, en la sentencia apelada se debió reconocer la **“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”** con base en el que sería un **“mutuo incumplimiento”** o **“supuesto incumplimiento recíproco”** y en ese sentido, era procedente declarar el incumplimiento recíproco de las partes contratantes y ordenar las consecuentes restituciones mutuas con la devolución actualizada de los aportes pagados, por las personas demandantes; así:

A favor de **ALEJANDRO MUÑOZ JARAMILLO - ANGELA ANDREA MOYA BONILLA**, la suma de **\$57.687.500.**

A favor de **ANCLA INTERNATIONAL HOLDING CORP. S.A.S.**, la suma de **\$214.200.000.**

A favor de **ANDRES FELIPE FLOREZ BUITRAGO - JUAN SEBASTIAN FLOREZ BUITRAGO**, la suma de **\$59.907.500.**

A favor de **CESAR AUGUSTO SALAZAR URREA**, la suma de **\$22.125.000** correspondientes al **“ENCARGO FIDUCIARIO 1650001196”** y la suma de **\$28.800.000** correspondientes al **“ENCARGO FIDUCIARIO 1200044158”**.

A favor de **FREDY HERNANDO VIRACACHA PAVA**, la suma de **\$60.000.000.**

Lo anterior porque existe abundante jurisprudencia (según el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991, **“la jurisprudencia”**, es uno de los **“criterios auxiliares de la actividad judicial”**) que no fue tenida en cuenta por la sentencia apelada para el estudio de la **“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”**, entre ellas, la sentencia (SC1662-2019-1991-05099-01)

“En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupen de los casos de incumplimiento contractual, para con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, muchos menos a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio

jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem.

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor se habrá sustraído de atender sus deberes negociales”.

Lo expuesto en la sentencia apelada al decir que, “(...) **es claro, conforme al artículo 1609 del Código Civil, quienes dejaron de pagar sus aportes mal podrían demandar la resolución del contrato** (...)”, desconoce la Jurisprudencia, según la cual, sí es procedente la resolución del contrato, con la particularidad que en tales circunstancias, lo no que no es procedente es reclamar **“indemnización de perjuicios”**, entre ellos, **el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem”**.

La **“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”**, busca la resolución de los contratos de vinculación celebrados por todas las personas demandantes, entre ellas (**ALEJANDRO MUÑOZ JARAMILLO - ANGELA ANDREA MOYA BONILLA - ANCLA INTERNATIONAL HOLDING CORP. S.A.S. - ANDRES FELIPE FLOREZ BUITRAGO - JUAN SEBASTIAN FLOREZ BUITRAGO - CESAR AUGUSTO SALAZAR URREA - FREDY HERNANDO VIRACACHA PAVA**), como consecuencia de la resolución, la devolución de las sumas de dinero aportadas por cada una de ellas, más las sumas a que haya lugar por concepto de la indexación o actualización con base en el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE). En dicha pretensión no se reclama porque no hay lugar a ello, ninguna otra clase de condena contra las demandadas.

En consecuencia, la sentencia apelada, desconoció, lo consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991, según el cual, **“la jurisprudencia”**, es uno de los **“criterios auxiliares de la actividad judicial”**, que obligaba al Despacho de primera instancia a realizar la **“aplicación analógica”** del artículo 1546 del Código Civil **“y de los demás que se ocupen de los casos de incumplimiento contractual”**, porque como se mencionó, si en gracia de discusión se admitiera que, las personas inmediatamente mencionadas incumplieron el contrato de vinculación al no terminar de pagar las sumas por concepto de sus aportes, sobre el hecho que sí no existe discusión alguna es que las demandas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, incumplieron las obligaciones del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

Sobre el tema de la indexación, la Corte Suprema de Justicia ha decidido que, **“opera retroactivamente para dejar a las partes en la misma situación en la que estaban hasta antes de contratar, y para lograr ese propósito es preciso disponer las restituciones mutuas, en caso de haberse ejecutado parcialmente el contrato”**.

(Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC3666-2021 de 25 de agosto de 2021. Radicación n° 66001-31-03-003-2012-00061-01).

En la sentencia apelada, se acepta sin prueba alguna que la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y la demanda **BD CARTAGENA S.A.S.**, fueron contratantes cumplidas, cuando el Despacho de primera instancia afirma lo siguiente: *“Luego, sí se evidencia que la cartera morosa de los partícipes llevó al estancamiento el proyecto BD Cartagena. Es claro, conforme al artículo 1609 del Código Civil, quienes dejaron de pagar sus aportes mal podrían demandar la resolución del contrato, y, **en todo caso, no se muestra un incumplimiento por parte de la fiduciaria o de BD Cartagena S.A.S., dado que, si algo causó la parálisis del proyecto, no fue su gestión, sino el incumplimiento de los partícipes, aspecto sobre el cual declaró el representante legal del interventor administrativo y, además, quien fuese el representante legal de la sociedad fiduciaria con amplia suficiencia**”*.

El incumplimiento de las obligaciones a cargo de las demandadas **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**, a pesar de lo afirmado en la sentencia apelada, según la cual *“**no se muestra un incumplimiento por parte de la fiduciaria o de BD Cartagena S.A.S.**”*, en el presente caso, está suficientemente demostrado con base en las declaraciones de las personas demandantes, con base en la declaración de la representante legal de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y con base en los documentos aportados al proceso. Eso sin mencionar los dos testigos convocados por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y los dos dictámenes allegados al proceso a instancias de dicha demandada.

Todas las personas demandantes, declararon al unísono que, no se llevó a cabo la terminación o la culminación de la construcción y de la dotación del complejo inmobiliario denominado **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL**, dentro del plazo contractual que les fue ofrecido a dichas personas, transcurrido entre el **23 de diciembre de 2016** y el **23 de diciembre de 2018**. En consecuencia, ante dicho incumplimiento se abría campo la **“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”**, para todas las personas demandantes, sin consideración alguna a que unas de ellas, no hayan pagado la totalidad de los aportes.

En el segundo reparo presentado en la audiencia se dijo lo siguiente:

“Igualmente, no está acreditado por la fiduciaria el cumplimiento del punto de equilibrio y no está acreditado que el Fideicomiso hubiera tenido interventor porque como bien lo señala el contrato de fiducia mercantil en el numeral 1.16 el interventor es quien estará a cargo de realizar el control y vigilancia administrativa técnica y financiera del proyecto, no eran dos interventores era uno solo con todas las funciones señaladas acá, control y vigilancia administrativa y técnica y financiera del proyecto como un mecanismo de protección de los intereses de los partícipes, el interventor será elegido por la fiduciaria no ninguna otra entidad lo podía escoger de una terna enviada por el

fideicomitente y podrá ser removido por la fiduciaria en cualquier momento aquí se demostró con el testigo con el cual la fiduciaria pretende demostrar que hubo intervector dijo **“no yo simplemente me presenté y me escogieron porque estaba interviniendo en otro proyecto” pero no se cumplió con el requisito señalado en el numeral 1.16 del contrato de fiducia mercantil beach club hotel que en él y en la cláusula novena que habla al intervector requiere que el intervector haya suscrito un contrato** porque no de otra manera se podría identificar cuáles son las obligaciones propias de esa cláusula y en el interrogatorio que se le hizo el señor manifestó no haber cumplido con esas obligaciones **sino simplemente haber revisado unas facturas, en esos términos quedo el testimonio de el quien sería el intervector entonces no es cierto que la fiduciaria haya cumplido con todas sus obligaciones”**.

Según el numeral 1.8., de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, el **“PUNTO DE EQUILIBRIO. Consiste en la acreditación por parte de EL FIDEICOMITENTE y el INTERVENTOR de las condiciones de inicio de las obras, para cada Etapa, esto es, de todos los permisos y requisitos técnicos y jurídicos, elaboración de diseños y estudios técnicos y financieros para la construcción y desarrollo del PROYECTO, y que se haya obtenido mediante la celebración de los contratos de vinculación con PARTICIPES, los compromisos de aporte de los recursos que sean necesarios para la terminación de EL PROYECTO y su correspondiente dotación - de acuerdo con el presupuesto de EL PROYECTO – que está determinado en la obtención de compromisos de aporte equivalentes a CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDOS MIL DE PESOS COLOMBIANOS (\$40.917.622.000) para la Primera Etapa; para las siguientes Etapas, el mismo será determinado en cada contrato de vinculación a la correspondiente Etapa”**.

Conforme a la cláusula cita inmediatamente, uno de los aspectos que integran el llamado PUNTO DE EQUILIBRIO, consistía en **que se haya obtenido mediante la celebración de los contratos de vinculación con PARTICIPES, los compromisos de aporte de los recursos que sean necesarios para la terminación de EL PROYECTO y su correspondiente dotación - de acuerdo con el presupuesto de EL PROYECTO – que está determinado en la obtención de compromisos de aporte equivalentes a CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDOS MIL DE PESOS COLOMBIANOS (\$40.917.622.000) para la Primera Etapa; para las siguientes Etapas, el mismo será determinado en cada contrato de vinculación a la correspondiente Etapa”**.

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no aportó prueba que el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, hubiera entregado **“los contratos de vinculación con PARTICIPES, [para conseguir] los compromisos de aporte de los recursos que sean necesarios para la terminación de EL PROYECTO y su correspondiente dotación - de acuerdo con el presupuesto de EL PROYECTO**

– *que está determinado en la obtención de compromisos de aporte equivalentes a CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDOS MIL DE PESOS COLOMBIANOS (\$40.917.622.000) para la Primera Etapa*”, lo que debió ocurrir el 23 de diciembre de 2016, conforme a lo estipulado en el numeral “6.1.1. FASE PREVIA” de la “CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO” del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.

La otra demandada, el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, igualmente, no aportó prueba del cumplimiento de lo estipulado en el numeral “6.1.1. FASE PREVIA” de la “CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO” del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, porque no compareció al proceso y por esa razón fue necesaria la designación del curador ad litem.

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró que el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, contara con la solvencia suficiente para ejecutar el **PROYECTO** inmobiliario “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, circunstancia que era improbable porque según el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, contaba con apenas un capital pagado de \$10.000.000.

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró a cuánto ascendía el presupuesto necesario para terminar la construcción y la dotación del “**PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. El monto de dicho presupuesto no está demostrado por medio documental y en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demanda **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, ante la pregunta: “*Y doctora Laura, dígame al despacho, pues si usted sabe. ¿Y tiene la cifra? ¿De cuánto costaba la construcción y la dotación del hotel del referido proyecto BD Cartagena?*”, la respuesta fue la siguiente: “*Y no doctor, no, no conozco o no tengo en este momento Eh? el valor exacto de la operación o dotación del hotel*”.

En el mismo sentido, de falta de conocimiento sobre el valor del presupuesto para terminar la construcción y la dotación del “**PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, se pronunciaron los siguientes dos testigos a quienes, según sus versiones, no contaban con la información sobre dicho aspecto.

A pesar de la ausencia de las pruebas que permitieran la demostración por las demandadas **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**, del cumplimiento del “**PUNTO DE EQUILIBRIO**”, la sentencia apelada acepta que está demostrado dicho punto cuando afirma lo siguiente: “*El punto de equilibrio en cada fase del proyecto construido se alcanzó conforme al flujo de caja esperado a partir de la celebración de contratos de vinculación según lo muestran las rendiciones de cuenta, informes y cartas recibidas por la fiduciaria provenientes del órgano de control contratado y el representante legal de BD Cartagena, SAS, que se encuentran como prueba documental*”. Para apoyar lo dicho en la sentencia, no

se menciona cuál es la prueba documental. En todo caso, no existe la prueba documental sugerida por el Despacho.

Con la contestación de la demanda se allegó la comunicación de **27 de abril de 2015**. Dicha comunicación tiene como asunto “Ref. **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL**” y “**FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO BD CARTAGENA TIEMPO COMPARTIDO**”. Si se aceptara que la sentencia apelada se refiere a ella, al decir, “***cartas recibidas por la fiduciaria provenientes del órgano de control contratado y el representante legal de BD Cartagena, SAS, que se encuentran como prueba documental***”, hay que afirmar que, en la sentencia apelada se incurrió en un error al valorar la comunicación aquí referida porque se le atribuye la autoría a **BD CARTAGENA S.A.S.**, hecho este que no concuerda con el contenido material del documento en el que se puede evidenciar en la parte destinada para la firma de “**EL FIDEICOMITENTE**” que está suscrita por **EMILIO BORRELLA ORTEGA**, quien se anuncia como Representante Legal de **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, esto es, de una sociedad totalmente diferente a **BD CARTAGENA S.A.S.**

En tales circunstancias, la comunicación de **27 de abril de 2015**, no se puede considerar como así lo habría aceptado la sentencia apelada, como el medio para demostrar que **BD CARTAGENA S.A.S.**, certificó ante **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, el cumplimiento de los requisitos o presupuestos consagrados en el numeral **6.1.1.**, de la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. Lo expuesto inmediatamente, sería suficiente para desvirtuar la manifestación que se hace en la sentencia apelada (“***cartas recibidas por la fiduciaria provenientes del órgano de control contratado y el representante legal de BD Cartagena, SAS, que se encuentran como prueba documental***”).

Sin embargo, conviene hacer referencia a los siguientes detalles de la comunicación de **27 de abril de 2015**. La comunicación tiene sello de recibido ****ACCIÓN FIDUCIARIA**** Rad No: **20150430-400-401192-2** Fecha: **30/04/2015 15:16:45 240** Para **JUAN COBO** De: **BD PROMOTORES COLOMBIA**. Este detalle confirma que el remitente de la comunicación del **27 de abril de 2015**, no fue como se afirmaría en la sentencia apelada, **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino otra sociedad, **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**

Hay otra comunicación de **27 de abril de 2015** ya mencionada que, en la sentencia apelada, con la afirmación “***cartas recibidas por la fiduciaria provenientes del órgano de control contratado y el representante legal de BD Cartagena, SAS, que se encuentran como prueba documental***”, se podría estar valorando como la prueba para el tema del **INTERVENITOR** del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. Dicha comunicación tiene idéntico sello de

recibido así: ****ACCIÓN FIDUCIARIA** Rad No: 20150430-400-401192-2 Fecha: 30/04/2015 15:16:45 240 Para JUAN COBO De: BD PROMOTORES COLOMBIA.**

Adicionalmente al hecho que la comunicación de **27 de abril de 2015**, estimada por la sentencia apelada como prueba ("**cartas recibidas por la fiduciaria provenientes del órgano de control contratado y el representante legal de BD Cartagena, SAS, que se encuentran como prueba documental**"), no tiene como autor a **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino a **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, se debe sostener que no resulta creíble el cumplimiento de los aspectos plasmados en ella, vista en conjunto con la otra comunicación del **27 de abril de 2015**.

Aceptando en gracia de discusión que la sociedad **P&CA Promotores S.A.S.**, hubiera sido designada para llevar a cabo las labores de interventoría del Proyecto, de esta circunstancia fue informada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, el **30 de abril de 2015**, esto es, el mismo día y a la misma hora en que fue radicada la comunicación de autoría de **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, para el cumplimiento de los requisitos o presupuestos consagrados en el numeral **6.1.1.**, de la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del "**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**". Siendo así las circunstancias, las funciones del supuesto **INTERVENTOR**, se entenderían realizables hacia el futuro, esto es, después del **30 de abril de 2015**, por esta razón, se hace necesario formular los siguientes interrogantes:

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que existiera la "**licencia de construcción de la primera fase del Proyecto**" para verificar que cumpliera con las exigencias legales para esa clase de actos (numeral **6.1.1.1.**).

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que existiera el "**Presupuesto de la Obra correspondiente a la Fase 1 del Proyecto**" para verificar que cumpliera con las exigencias legales para esa clase de actos (numeral **6.1.1.2.**), en particular algunos aspectos, como "**La información del proyecto: sus etapas, los riesgos y los diferentes escenarios de factibilidad**" (Numeral **3.4.7.3.1.**, de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96).

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que "**En la FIDUCIARIA se encuentran los contratos de vinculación celebrados con Partícipes cuyos recursos sumados superan la suma de CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIECISITE MILLONES SIESCIENTOS VEINTIDOS MIL PESOS M/CTE (\$40.917.622.000), que de acuerdo con el numeral 1.8. de la cláusula Primera del contrato de fiducia, constituye el valor del punto de equilibrio de la primera etapa del Proyecto**" (numeral **6.1.1.2.**), para verificar la existencia cierta de los contratos de vinculación referidos y si estos se encontraban correctamente diligenciados por sus celebrantes, los partícipes, la fiduciaria y el promotor del proyecto. Si se hace el ejercicio de establecer un promedio de \$100.000.000, de las sumas de dinero comprometidas por concepto de los aportes, los contratos necesarios para acumular la suma de \$40.917.622.000, sería de por lo menos 409 contratos de vinculación.

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, verificó que dichos contratos existieran y que estuvieran correctamente diligenciados.

En qué momento el supuesto **INTERVENTOR**, pudo constatar que al ***“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA le fue transferido el lote sobre el cual se ha de llevar a cabo el desarrollo de la primera etapa del proyecto”*** que valga decir, no se menciona la identificación del lote referido (numeral 6.1.1.2.).

Según la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, ***“El INTERVENTOR deberá certificar a LA FIDUCIARIA el cumplimiento de los requisitos antes descritos”***.

Suponer que el supuesto **INTERVENTOR**, el mismo día en que fue designado para una labor tan importante que por demás en el numeral 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** quedó estipulada ***“como un mecanismo de protección de los intereses de LOS PARTICIPES”***, lograra llevar a cabo todas las gestiones necesarias para cumplir con su deber de ***“certificar a LA FIDUCIARIA el cumplimiento de los requisitos”*** o presupuestos consagrados en el numeral 6.1.1., de la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, es muy poco probable.

Con todo lo anteriormente expuesto, se debe afirmar que no es posible aceptar, sin desconocer la normas que regulan el tema probatorio, como así se hace en la sentencia apelada, la comunicación del **27 de abril de 2015** que tiene sello de recibido *****ACCIÓN FIDUCIARIA** Rad No: 20150430-400-401192-2 Fecha: 30/04/2015 15:16:45 240 Para JUAN COBO De: BD PROMOTORES COLOMBIA.,*** que no es de **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino de otra sociedad **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.**, como prueba de los ***“Presupuestos cuyo cumplimiento se certificó a la FIDUCIARIA por parte de BD CARTAGENA S.A.S y P&CA PROMOTORES S.A.S en comunicación del 27 de abril de 2015”***, esto es, para demostrar el cumplimiento de los requisitos o presupuestos consagrados en el numeral 6.1.1., de la **CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, entre los cuales, figura el **“PUNTO DE EQUILIBRIO”**, estipulado en el numeral 1.8., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del contrato de fiducia mercantil aquí mencionado.

Se configura entonces, el incumplimiento narrado en los hechos de la demanda, así:

“HECHO 92. ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., incumplió la obligación estipulada en los numerales 7.1.2., 7.1.4., de la “CLÁUSULA SEPTIMA.-

INSTRUCCIONES del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, y la obligación estipulada en el numeral 7.2., de la **“CLÁUSULA SEPTIMA. INSTRUCCIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, porque a pesar de que **BD CARTAGENA S.A.S.**, no cumplió con la obligación de obtener el **“PUNTO DE EQUILIBRIO”**, dicha fiduciaria, no mantuvo invertidas cada una de las sumas de dinero o los recursos pagados o entregados a ella directamente, por cada una de las personas en su calidad de **“EL(LOS) PARTICIPE(S)”**, que son demandantes, para los efectos de que dicha **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, cumpliera la obligación de reintegrarlos, a favor de dichos partícipes, como consecuencia de que el **PUNTO DE EQUILIBRIO**, no se cumplió u obtuvo, y por el contrario, la fiduciaria mencionada entregó tales recursos al **FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S.**, a pesar de que esta sociedad no cumplió con dicho **PUNTO DE EQUILIBRIO**.

HECHO 93. ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., incumplió con la obligación estipulada en el numeral 7.2.1., de la **“CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, porque ordenó el giro de las sumas de dinero entregados a ella directamente, por cada una de las personas en su calidad de **“EL(LOS) PARTICIPE(S)”**, que son demandantes, a favor del **FIDEICOMITETE, BD CARTAGENA S.A.S.**, sin con contar para ello, **“con la autorización del INTERVENTOR”**, del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que no contaba con dicho interventor”.

La sentencia apelada, afirma lo siguiente:

*“Los bienes inmuebles que integran los patrimonios autónomos de los fideicomisos de parqueo identificados con matrícula inmobiliaria número 060-112873, 060-113064 y 060-28660 de la Oficina De Registro de Instrumentos Públicos De Cartagena, **conforman el activo subyacente de los fideicomisos a los cuales se vincularon los demandantes.** Y esos predios, a su vez, no cuentan con obligaciones tributarias pendientes porque así lo comunicó la Secretaría de Hacienda de Cartagena en el consecutivo 75”.*

La sentencia apelada, con lo expuesto anteriormente, desconoce las disposiciones que regulan a los **“Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”**, consagradas en el numeral 5.5., de la PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I, de la Circular Básica Jurídica expedida por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, en concordancia con el artículo 1226 del Código de Comercio y desconoce las cláusulas del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, relacionados con el aspecto del **“ACTIVO SUBYACENTE”**.

En la demanda está demostrada la existencia de los inmuebles *identificados con matrícula inmobiliaria número 060-112873, 060-113064 y 060-28660 de la Oficina*

De Registro de Instrumentos Públicos De Cartagena, pero dichos inmuebles, no **“conforman el activo subyacente de los fideicomisos a los cuales se vincularon los demandantes”** como así se asume en la sentencia apelada, porque los demandantes no se vincularon los fideicomisos de los cuales forman parte dichos inmuebles el **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, porque con base en los contratos de vinculación que son objeto de la demanda, la vinculación se hizo al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para el cual, no fueron transferidos ninguna clase de bienes.

Según el numeral 5.5., de la PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I, de la Circular Básica Jurídica expedida por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, los *“negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, son aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto el proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales.”*

*Estos negocios están principalmente compuestos por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y **operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario**”.*

En la **“CLÁUSULA QUINTA.- CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIO AUTÓNOMO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se estipula lo siguiente:

*“De conformidad con los artículos 1226, 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio, **los bienes que se transfieren por EL FIDEICOMITENTE** y los rendimientos que su inversión genere, y los recursos que entreguen LOS PARTÍCIPEs **conformarán el PATRIMONIO AUTÓNOMO, denominado FIDEICOMISO BD CARTAGENA**, el cual estará afecto a la finalidad que se describe como objeto de este contrato y se mantendrá separado del resto de los activos de la FIDUCIARIA y de los que pertenezcan a otros patrimonios autónomos administrados por ella. Este Patrimonio Autónomo tendrá plenos efectos jurídicos y actuará frente a EL FIDEICOMITENTE, LOS PARTICIPEs y frente a los terceros mediante su titular jurídico, LA FIDUCIARIA, para lo cual esta entidad tiene las más amplias facultades y poderes, dentro del límite que le impone el objeto señalado en la Cláusula segunda del presente contrato, y en todo caso, de conformidad con lo establecido en el presente contrato de fiducia mercantil”.*

El **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL”**, tratándose de un proyecto de naturaleza inmobiliaria, como uno de sus elementos esenciales, según la normativa antes citada en concordancia con el artículo 1226 del Código de

Comercio, requería de la transferencia de **“uno o más bienes especificados”** inmuebles, para que, de esa forma, sin fuera predicable la existencia de **“activo subyacente”**. Sin embargo, como quedó demostrado en el proceso, en **“virtud”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** que fue el utilizado por las demandadas **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**, **“la comercialización de participaciones fiduciarias”**, no fueron transferidos bienes inmuebles.

Pero incluso aceptando en gracia de discusión la hipótesis de la sentencia apelada, que los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria número **060-112873**, **060-113064** y **060-28660** de la Oficina De Registro de Instrumentos Públicos De Cartagena, formaran parte del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no se puede aceptar que ellos constituyan en sí mismos, el **“el activo subyacente”**, porque el objeto y la finalidad del patrimonio autónomo mencionado, no es la de figurar como titular fiduciario de unos inmuebles, sin que nada más debiera ocurrir.

Así el numeral **1.18.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, estipula lo siguiente:

“ACTIVO SUBYACENTE: Se entenderá por tal el(los) inmueble(s) y la edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s) que forma parte del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, los cuales serán entregados al OPERADOR para su operación y explotación económica (...).

En la demanda quedó demostrado que los inmuebles que forman parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, son los identificados con matrícula inmobiliaria **060-112873** y **060-113064**, los cuales conforme a la **ESCRITURA 842 DEL 21-05-2014 NOTARIA TREINTA Y SEIS DE BOGOTA D.C.**, y a los certificados de tradición y libertad allegados a la demanda, se tratan en su orden de **“LOTE DE TERRENO DENOMINADO “VIVIANO” EN EL CASERIO DE PUNTA CANOA CORREGIMIENTO DE LA BOQUILLA”** y **“LOTE QUE SE DESPRENDE DE UN GLOBO DENOMINADO “VIVIANO” PUNTA CANOA/ LA BOQUILLA”**. Así las circunstancias, son inmuebles sobre los cuales no existe declaración legal de edificación o construcción alguna.

De todas formas, la mencionada **“edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s) que forma parte del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, no fue terminada exitosa y satisfactoriamente razón por la cual, dichos bienes junto con la sería su edificación construida jamás fueron **“entregados al OPERADOR para su operación y explotación económica (...)**”, porque como también está demostrado en el proceso, para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, la **“FASE DE OPERACIÓN”** o **“FASE DE OPERACIÓN”**, definida en el numeral **6.6.**, de la

“**CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO**”, no comenzó. La cláusula aquí mencionada, señala lo siguiente:

“6.2. ETAPA DE OPERACION: Tendrá por objeto la administración de los recursos provenientes de la operación del ACTIVO SUBYACENTE para que se inicie por parte del OPERADOR la explotación de la propiedad con destino a la industria hotelera y actividades afines, de acuerdo con el contrato que se celebre para tal efecto. Igualmente tendrá como objeto la conservación y mantenimiento de los bienes fideicomitidos en cabeza del Fideicomiso incluyendo la totalidad de(l)(los) inmueble(s), construcciones y su dotación.

Los PARTICIPES se obligan a respetar en todo momento el uso de(l)(los) inmueble(s) y su dotación para los fines anotados y podrán solicitar a LA FIDUCIARIA, la expedición de certificados en los cuales conste cuál es su participación en este fideicomiso. Una disposición de idénticos alcances se incluirá en cada CONTRATO DE VINCULACIÓN.

Esta ETAPA DE OPERACIÓN se inicia a más tardar dentro de los TRES (3) MESES después de la fecha en la cual EL FIDEICOMITENTE presente a ACCION un Acta de Terminación de Obra, la cual incluye el recibo de(l)(los) inmuebles de la correspondiente Etapa, suscrita por el OPERADOR, EL FIDEICOMITENTE y EL INTERVENTOR, la cual deberá contener como mínimo:

6.2.1. Relación detallada de las áreas y dotación que se recibe, donde se deje expreso la conformidad de detalles que deberán ser solucionados y acometidos durante el periodo de Post Entrega.

6.2.2. Relación detallada de equipos y sistemas de seguridad y control con sus manuales de mantenimiento y uso.

6.2.3. Inventario de Muebles y Enseres”.

Con base en el artículo 1622 del Código Civil, según el cual, **“las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”**, para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, el **“ACTIVO SUBYACENTE”**, no se puede entender como así lo asume la sentencia apelada, como la simple presencia de unos inmuebles (060-112873, 060-113064 y 060-28660), porque además de ellos, era necesaria la presencia de la **“edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s)”**, **“los cuales serán entregados al OPERADOR para su operación y explotación económica”**, **“para que se inicie por parte del OPERADOR la explotación de la propiedad con destino a la industria hotelera y actividades afines, de acuerdo con el contrato que se celebre para tal efecto”**.

En tales circunstancias, la existencia verdadera y efectiva del **“ACTIVO SUBYACENTE”**, sería predicable únicamente si la **“ETAPA DE OPERACIÓN”**, hubiera iniciado, en los términos y las condiciones fijadas en las cláusulas del contrato de fiducia mercantil aquí mencionado. Esto porque según las normas ya

citadas, ***“estos negocios están principalmente compuestos por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario”***. Los solos inmuebles (060-112873, 060-113064 y 060-28660) en sí mismos considerados, sin nada más y al margen de quien fuera el patrimonio autónomo titular de su propiedad, no ***“conforman el activo subyacente de los fideicomisos a los cuales se vincularon los demandantes”***, como se acepta en la sentencia apelada. Y además porque las demandadas **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**, no demostraron en el proceso que, dichos inmuebles aún sin la ***“edificación”*** que no se construyó sobre ellos, hayan sido ***“entregados al OPERADOR para su operación y explotación económica”***, esto es para ***“la explotación de la propiedad con destino a la industria hotelera y actividades afines, de acuerdo con el contrato que se celebre para tal efecto.”***

La sentencia apelada, afirma lo siguiente:

*“Significa lo anterior que la Fiduciaria y los patrimonios autónomos que administra el entramado negocial y coligado en comento, tenían un claro y específico objetivo, controlar el gasto a partir de la evolución de cada fase del proyecto, **resguardando los derechos e intereses de los partícipes e incluso para lo que se pactó un contrato de interventoría que, si bien no consta por escrito, se celebró”**. Aceptar como así lo hace la sentencia apelada la existencia del “INTERVENTOR”, sin la celebración de un contrato por escrito, constituye un desconocimiento de las estipulaciones del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” que regulan dicho tema.*

Sobre la figura del “INTERVENTOR”, el “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, contiene las siguientes estipulaciones:

El numeral **1.16., de la CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**, donde se estipuló que: el ***“INTERVENTOR: Es quien estará encargado de realizar el control y la vigilancia administrativa, técnica y financiera del PROYECTO como un mecanismo de protección de los intereses de LOS PARTICIPES, el INTERVENTOR será elegido por la FIDUCIARIA de una terna enviada por EL FIDEICOMITENTE y podrá ser removido por la FIDUCIARIA en cualquier momento”***.

Conforme a la cláusula mencionada inmediatamente, la facultad para elegir al ***“INTERVENTOR”*** quedó en cabeza de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de una terna de candidatos enviada por el fideicomitente, esto era, por **BD CARTAGENA S.A.S.** Y como se puede apreciar, **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, también se reservó la facultad para remover al ***“INTERVENTOR”*** ***“en cualquier momento”***.

En la **CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR**, se estipuló lo siguiente: ***“EL PROYECTO tendrá un INTERVENTOR. El contrato de interventoría será***

suscrito por EL FIDEICOMITENTE por su cuenta. El INTERVENTOR tendrá las siguientes obligaciones: (...)". Obsérvese que la cláusula aquí mencionada, confirma el punto de que el proyecto debe tener un "**INTERVENTOR**", pero no cambia o no modifica el procedimiento para la elección, en los términos como fue estipulada en el numeral 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**. La cláusula novena precisa que debe existir "**El contrato de interventoría será suscrito por EL FIDEICOMITENTE por su cuenta**", lo que permite deducir sin lugar dudas que el contrato de interventoría debía constar por escrito, de tal manera que en dicho contrato quedaran estipuladas las obligaciones a cargo del "**INTERVENTOR**", que son las siguientes:

- 9.1.** *Aprobar las cuentas de obra presentadas por EL FIDEICOMITENTE, a fin que puedan ser pagadas por ACCION.*
- 9.2.** *Velar porque los trámites ante las autoridades se realicen de acuerdo con las normas legales y las necesidades del PROYECTO, y con la debida oportunidad.*
- 9.3.** *Llevar el control sobre la ejecución de la obra y vigilar el avance de la misma.*
- 9.4.** *Llevar el debido control presupuestal y de programación de la obra.*
- 9.5.** *Ejercer funciones de auditoria sobre los aspectos que incidan sobre la construcción.*
- 9.6.** *Enviar un informe por escrito a EL FIDEICOMITENTE, cuando a su juicio exista amenaza de la estabilidad física o financiera de la obra.*
- 9.7.** *Enviar un informe por escrito a LA FIDUCIARIA cuando a su juicio exista incumplimiento de las obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE.*
- 9.8.** *Elaborar informes mensuales sobre el estado de la obra.*
- 9.9.** *Cumplir con las funciones señaladas en la ley, en el presente contrato, o en reglamentos sobre el desarrollo de esta actividad."*

Existe la comunicación de **27 de abril de 2015** enviada a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, por **EMILIO BORRELLA ORTEGA** quien se anuncia como Representante Legal de **BD CARTAGENA S.A.S.**, pero de dicha comunicación no se puede deducir, como así lo hizo la sentencia apelada, al afirmar lo siguiente: "**contrato de interventoría que, si bien no consta por escrito, se celebró**". La carta mencionada no prueba la suscripción, no prueba que **se celebró** y no prueba la existencia del contrato de interventoría. No alcanza a probar siquiera que se trate "**de una terna enviada por EL FIDEICOMITENTE**" a **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para que esta "**eligiera**" al "**INTERVENTOR**", como así está estipulado en el numeral 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**, ya mencionada.

En consecuencia, si se aceptara en gracia de discusión que la mencionada comunicación de **27 de abril de 2015**, probara la celebración del "**contrato de interventoría que, si bien no consta por escrito**" y que dicho interventor fuera "**Promotores y Constructores Asociados SAS**", se tendría que aceptar igual y necesariamente, el incumplimiento imputable a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de lo estipulado en el 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**, según lo cual el "**INTERVENTOR: Es quien estará encargado de realizar el control y la vigilancia administrativa, técnica y financiera del**

PROYECTO como un mecanismo de protección de los intereses de LOS PARTICIPES, el INTERVENTOR será elegido por la FIDUCIARIA de una terna enviada por EL FIDEICOMITENTE y podrá ser removido por la FIDUCIARIA en cualquier momento". Aun si no se requería un contrato de interventoría por escrito, la escogencia o elección del interventor era una función a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que no se cumplió.

Con la contestación de la demanda no se aporta medio probatorio alguno, mediante el cual la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, demuestre haber cumplido con la tarea de elegir al **"INTERVENTOR"** **"de una terna enviada por EL FIDEICOMITENTE"**, esto es, de una terna de posibles personas aptas para actuar como **"INTERVENTOR"**, enviada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para tales propósitos (1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**).

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, al responder el hecho 106 de la demanda, afirma: **"No es cierto como se presenta. La sociedad P&CA Promotores Constructores Asociados S.A.S., es interventor desde, por lo menos, el 27 de abril de 2015"**; lo mismo antes dicho, se menciona por la demandada al contestar el hecho 108 de la demanda. Sin embargo, entre los documentos aportados con la contestación de la demanda, dicha demandada no aporta el documento idóneo para acreditar la existencia de la sociedad referida, como lo es el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio.

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, intenta fallidamente demostrar que hubo **"INTERVENTOR"**, con el testimonio de **"ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR, representante legal o funcionario de P&CA Promotores S.A.S."**. Sin embargo, el testimonio de dicha persona no resulta ser suficiente para esclarecer los hechos materia de prueba relacionados con la existencia del **"INTERVENTOR"** y relacionados con el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éste, estipuladas en la **"CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR"** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**.

De conformidad con el numeral 6 del artículo 221 del Código General del Proceso, **"el testigo podrá aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración"**. En ese sentido el testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, no aportó o no reconoció **"documentos relacionados con su declaración"**, como son el **"contrato de interventoría"**, suscrito por él o por la sociedad **"P&CA Promotores S.A.S."**, con **BD CARTAGENA S.A.S.**, que lo acreditara como el **"INTERVENTOR"** del proyecto inmobiliario denominado **"BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**. Así mismo, el testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, no aportó o no reconoció **"documentos relacionados con su declaración"**, como es su calidad

de **“representante legal o funcionario de P&CA Promotores S.A.S.”**, que es la invocada por la demandada, al solicitar la declaración del testigo referido.

El testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, en su versión dada a las preguntas del apoderado judicial de la parte demandante, sobre cómo llegó al **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL**, respondió: **“no yo simplemente me presenté y me escogieron porque estaba interviniendo en otro proyecto”**. Según esta versión, su escogencia no se hizo conforme a lo estipulado en el numeral **1.16.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** y en la **“CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. El mismo testigo, al ser preguntado sobre si cumplió con las obligaciones estipuladas en los numerales **9.1.**, a **9.2.**, de la cláusula novena aquí mencionada, respondió que no cumplió con dichas obligaciones. Tanto así que en sus respuestas insistió en catalogar su papel como interventor administrativo, que no es el interventor que contempla la cláusula novena ya referida.

En todo caso, al margen de la presencia o de la ausencia del documento escrito constitutivo del contrato de interventoría, estipulado en la **“CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** que al decir **“será suscrito”** por **BD CARTAGENA S.A.S.**, y el **INTERVENTOR**, tuvo que recogerse mediante documento escrito, lo cierto es que de la declaración del testigo **ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR**, no es posible demostrar que se hayan cumplido efectivamente las obligaciones a cargo del **INTERVENTOR**, estipuladas en la cláusula aquí mencionada. Lo aquí expuesto se confirma con las propias manifestaciones de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, presentadas en el documento **“INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIES”**, correspondiente al periodo comprendido entre **01/01/2019** y el **30/06/2019** y en el documento **“INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIES”**, correspondiente al periodo comprendido entre **01/07/2019** y el **31/12/2019**, en los siguientes términos respectivamente: **“La firma P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.S., sociedad que lleva a cabo la Interventoría Administrativa del proyecto BD Cartagena, a la fecha de emisión de la presente rendición de cuentas del Fideicomiso, no ha suministrado información respecto al avance de las obras constructivas del proyecto”**.

En tales circunstancias, carece por completo de prueba, lo manifestado en la sentencia apelada, al afirmar lo siguiente: **“No en vano, Promotores y Constructores Asociados SAS., emitió las órdenes de giro a proveedores, desarrollador, constructor y promotor, elevó las comunicaciones certificando el cumplimiento de puntos de equilibrio y demás requisitos ante Acción fiduciaria para proceder con el giro de dichos recursos, como se demostró a partir de los documentos sobrantes en el dossier”**.

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, confiesa que las sumas de dinero recibidas por ella, **“corresponden a la suma de \$87.020.839.875”**. De

conformidad con el numeral **2.4.**, de la **“CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, *“obtenidas las condiciones para el inicio del PROYECTO, le correspondía a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, entregar a **EL FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S.**, previa autorización del INTERVENTOR, los recursos que se le soliciten”*.

Con la contestación de la demanda, **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no allegó medio de prueba alguno, en particular, los documentos mediante los cuales demuestre que recibió **“previa autorización del INTERVENTOR”**, como requisito contractual necesario para entregar a **BD CARTAGENA S.A.S.**, la suma de **\$87.020.839.875**, que dicha fiduciaria acepta haber recibido.

Igualmente, dicha demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no aportó las ordenes giro por **“escrito [...] con la autorización del INTERVENTOR”**, solicitadas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, mediante las cuales ésta sociedad, le haya solicitado a la fiduciaria, la entrega de las sumas de dinero mencionadas, de conformidad con lo estipulado en el **7.2.1.**, de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, según el cual, dicha fiduciaria **“atenderá las órdenes de giro que solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR, para cuyos efectos procederá a registrar las firmas de estos y de las personas naturales a quienes autorizarán para realizar las órdenes de giro. La orden deberá contener el nombre y apellidos completos del (los) beneficiario(s) del giro, o su razón social, documento de identificación personal y tributaria, la suma neta a pagar, cuenta del fideicomiso que se afectará, el número de cuenta donde se consigna, entidad financiera respectiva y la fecha en que deberá realizarse el giro. Las órdenes deberán impartirse con mínimo cinco (5) días de antelación a la fecha del giro, salvo casos de urgencia manifiesta debidamente comprobados”**.

Con la contestación de la demanda, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la carpeta de **“Pruebas”** aporta la **“Prueba No. 23. Ordenes de giro”**, que consta de un documento PDF, compuesto de seis páginas, la primera de ellas, con Radicación No. **20150604-400-407442-2**, con el título **“ACCIÓN FIDUCIARIA Formato Giro o Transferencia”**, con **“FECHA: Junio 3 de 2015”** **“ORDEN No. 23”**; el **“BENEFICIARIO DEL GIRO: USB INGENIERIA SAS Identificación No. 900434178-1”**, **“FORMA DE PAGO VALOR NETO A GIRAR \$109,175,000.00”**. La orden tiene anexa la **FACTURA DE VENTA No. 1210 de 30 de mayo de 2015**, expedida por **USB INGENIERIA S.A.S.**, por la suma de **\$115.130.000**.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 1210 de 30 de mayo de 2015**, el espacio **“ACEPTADO”** aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, **“la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según**

lo establecido en la presente ley. En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Se puede apreciar que la **“ORDEN No. 23”** de **“FECHA: Junio 3 de 2015”**, no cuenta **“con la autorización del INTERVENTOR”**, como así lo exige el numeral **7.2.1.**, de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

En la página tres de la **“Prueba No. 23. Ordenes de giro”**, con Radicación No. **20150604-400-407442-2**, con **“FECHA: Junio 3 de 2015”**, está la **“ORDEN No. 26”**, a favor de **“PROMOTORES & CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.”**, Nit. **900.220.041**, por la suma de **\$73.448.100**. La orden tiene anexas la **FACTURA DE VENTA No. 95** de **27 de mayo de 2015**, por concepto de **“HONORARIOS POR INTERVENTORIA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO BD CARTAGENA POR LOS MESES DE ABRIL Y MAYO DE 2015, A RAZON DE \$22.257.000 CADA MES”** para un total de **\$51.636.240**; y la **FACTURA DE VENTA No. 96** de **2 de junio de 2015**, por concepto de **“HONORARIOS POR INTERVENTORIA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO BD CARTAGENA POR LOS MESES DE JUNIO DE 2015”** por total de **\$25.818.120**.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 95** de **27 de mayo de 2015**, el espacio **“Recibido por__”**, aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, **“la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley”**. En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Pero además llama la atención que la **FACTURA DE VENTA No. 95** de **27 de mayo de 2015**, tiene un sello de recibido de **26 de mayo de 2015** por **BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S., NIT. 900.236.747-1**, esto es que, la factura referida no fue recibida por **BD CARTAGENA S.A.S.**, sino por otra sociedad diferente.

Como se puede observar del contenido de la **FACTURA DE VENTA No. 96** de **2 de junio de 2015**, el espacio **“Recibido por__”**, aparece en blanco, esto es que, dicha factura no cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, **“la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley”**. En consecuencia, si la factura no fue aceptada por **BD CARTAGENA S.A.S.**, a quien está dirigida, no es posible predicar que

ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., hubiera atendido la orden de giro relacionada con dicha factura.

Se puede apreciar que la “**ORDEN No. 26**” de “**FECHA: Junio 3 de 2015**”, no cuenta “**con la autorización del INTERVENTOR**”, como así lo exige el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

De conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, “**incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**”. De conformidad con el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, uno de los deberes indelegables del fiduciario es “**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**”.

En consecuencia, le correspondía a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para demostrar el cumplimiento de “**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**”, entre ellos, el estipulado en el numeral 2.4. de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO**, en concordancia con el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que consistía en atender “**las órdenes de giro que solicite por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**”, para la construcción y la dotación del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, probar que efectivamente giró conforme a la ley y a las cláusulas del contrato de fiducia mercantil aquí mencionado, la suma de **\$87.020.839.875**, circunstancia que no logró demostrar en el trámite de la demanda, porque como se explicó en detalle, de la “**ORDEN No. 23**” de “**FECHA: Junio 3 de 2015**” y de la “**ORDEN No. 26**” de “**FECHA: Junio 3 de 2015**”, que fueron las únicas allegadas como prueba, las facturas anexas a dichas órdenes no cumplen con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 774 del Código de Comercio, las facturas no fueron aceptadas por **BD CARTAGENA S.A.S.**, y además dichas órdenes no cuentan “**con la autorización del INTERVENTOR**”, como así lo exige el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA. - INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

Esto significa que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró haber girado a **BD CARTAGENA S.A.S.**, conforme al “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la suma de **\$87.020.839.875**, que dicha fiduciaria recibió de las personas que se vincularon al “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, entre ellas, las personas demandantes.

Con base en lo anteriormente expuesto se debe sostener que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no logró demostrar ninguna clase de

“fundamento fáctico” para la excepción de mérito denominada **“EL INTERVENTOR, SU EXISTENCIA Y ROL”**.

Lo anterior significa que, incluso si se aceptara en gracia de discusión que el **INTERVENTOR**, hubiera sido elegido conforme a lo estipulado en el **1.16.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y contratado conforme a lo estipulado en la **CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, en todo caso, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no logró demostrar que para el proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, fueron cumplidas las obligaciones a cargo del **INTERVENTOR**, estipuladas en la cláusula novena aquí mencionada. Veamos cada una de las obligaciones:

“9.1. Aprobar las cuentas de obra presentadas por EL FIDEICOMITENTE, a fin que puedan ser pagadas por ACCION”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor aprobó las cuentas de obra del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

“9.2. Velar porque los trámites ante las autoridades se realicen de acuerdo con las normas legales y las necesidades del PROYECTO, y con la debida oportunidad”. Uno de los trámites que se debieron realizar ante las autoridades, para el proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, era la instalación y puesta en funcionamiento de los servicios públicos, como energía, acueducto alcantarillado y aseo y gas natural. El proyecto no cuenta con ningún servicio público esencial como así quedó consignado en el **“AVALÚO COMERCIAL DE UN PREDIO URBANO MA 202102066 de FECHA 11 DE FEBRERO DE 2021”**, así: **“OBSERVACIONES: No posee servicios de electricidad exterior (postes de alumbrado eléctrico), no posee servicios de alcantarillado, acueducto, drenajes, todo el proyecto se encuentra abandonado hace más de tres años”**.

“9.3. Llevar el control sobre la ejecución de la obra y vigilar el avance de la misma”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor llevó a cabo el control sobre la ejecución de la obra y vigilar el avance de la misma del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. La falta del control aquí mencionado, se puede evidenciar igualmente con el **“AVALÚO COMERCIAL DE UN PREDIO URBANO MA 202102066 de FECHA 11 DE FEBRERO DE 2021”**, así: **“OBSERVACIONES: (ver anexo fotográfico) toda la obra está en estado “OBRA GRIS”, no tiene ningún tipo de acabados interiores y exteriores, como enchapes, pisos, puertas, cielorrasos, muebles, y closets en madera, aparatos sanitarios, cocina, iluminación, pintura, divisiones de ducha, accesorios,**

aparatos eléctricos de cocina, estufa, horno, lavaplatos, barandas, escaleras ni enchapes.

URBANISMO Y AREAS COMUNES: *No tiene ningún tipo de acceso definido, como vías de acceso principales y secundarias, andenes, sardineles, vías en concreto reforzado, desagües, canales de desagües, vías peatonales, parqueaderos, escaleras, restaurantes, gimnasios, el acceso está en muy mal estado.*

BLOQUES DE VIVIENDA EXISTENTES 1 A 7: *No tiene ningún tipo de acceso definido, como vías de acceso principales y secundarias, andenes, sardineles, vías en concreto reforzado, desagües, canales de desagües, vías peatonales, parqueaderos, escaleras, restaurantes, gimnasios, el acceso está en muy mal estado.*

El estado actual del proyecto (bloque mixto, hotel tipo 1, hotel tipo 2 y apartamentos), se encuentran en su totalidad en obra gris”.

“9.4. Llevar el debido control presupuestal y de programación de la obra”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor llevó a cabo el debido control presupuestal y de programación de la obra del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

“9.5. Ejercer funciones de auditoría sobre los aspectos que incidan sobre la construcción”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor llevó a cabo las funciones de auditoría sobre los aspectos que incidan sobre la construcción del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

“9.6. Enviar un informe por escrito a EL FIDEICOMITENTE, cuando a su juicio exista amenaza de la estabilidad física o financiera de la obra”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor enviaba informes por escrito al fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.** Así por ejemplo la existencia de una amenaza financiera de la obra consistía en el incumplimiento del pago de los honorarios a la sociedad encargada de la construcción del proyecto.

Según el el documento de junio 30 de 2019, **“INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIES” “Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, informa entre otros aspectos el siguiente: **“v. Incertidumbre frente al estado actual para de la culminación de las obras constructivas del proyecto y la falta de ingreso para el desarrollo del mismo. vi. La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRBYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos”**. Si hubiera existido interventor para el proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, este debió descubrir que a la sociedad

PRABYC INGENIEROS, no estaba recibiendo el pago de sus honorarios por la construcción de la obra, lo cual le correspondía hacer a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de conformidad con lo estipulado en el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

“9.7. Enviar un informe por escrito a LA FIDUCIARIA cuando a su juicio exista incumplimiento de las obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor envió informe escrito a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, relacionado con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de **BD CARTAGENA S.A.S.**, como la estipulada en el numeral 8.1., de la **CLAUSULA OCTAVA.- OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” que consistía en **“Responder por el desarrollo, culminación de la construcción y dotación de cada Etapa del PROYECTO, y suscribir los contratos necesarios para el desarrollo y culminación del mismo”**.

“9.8. Elaborar informes mensuales sobre el estado de la obra”. En la contestación de la demanda, no se aportaron las pruebas que permitan demostrar que el interventor cumplió con la función de **Elaborar** informes mensuales sobre el estado de la obra del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. Por el contrario, lo que informa la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en el documento “**INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPE**”, correspondiente al periodo comprendido entre **01/01/2019 y el 30/06/2019** y en el “**INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPE**”, correspondiente al periodo comprendido entre **01/07/2019 y el 31/12/2019**, es que: “*La firma P&CA PROMOTORES CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.S., sociedad que lleva a cabo la Interventoría Administrativa del proyecto BD Cartagena, a la fecha de emisión de la presente rendición de cuentas del Fideicomiso, no ha suministrado información respecto al avance de las obras constructivas del proyecto*”.

Lo anterior demuestra sin lugar a duda, la falta de diligencia imputable a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, de todo lo relacionado con la escogencia y el reemplazo del interventor que, está bajo sus facultades, de conformidad con lo estipulado en el numeral 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y de la **CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

“9.9. Cumplir con las funciones señaladas en la ley, en el presente contrato, o en reglamentos sobre el desarrollo de esta actividad”. Se debe finalizar afirmando que para el proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no se contó con un interventor, escogido por la fiduciaria de terna enviada por el fideicomitente **BD CARTAGENA S.A.S.**, y que hubiera sido contratado por dicho fideicomitente mediante documento suscrito, del cual se pueda

predicar que cumplió con las obligaciones tanto contractuales como legales, propias de la actividad de interventoría.

Con base en lo anterior se debe decir que la carga de la prueba con respecto al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no constituye una labor que debiera ser atendida por la parte demandante, como así se asume en la sentencia apelada cuando afirma lo siguiente: *“A ese efecto, el despacho recuerda que cargó a los demandantes con sendos dictámenes periciales que permitieran corroborar los gastos y costos relacionados con el proyecto, autorizados por el interventor administrativo y pagados por la sociedad fiduciaria, pero, aun cuando el apoderado de dicha parte pidió ampliar el término para el aporte de ese medio de prueba, incumplió la carga que se le asignó, atendiendo lo previsto por el artículo 167 del Código General del Proceso”*.

Según el artículo 1757 del Código Civil, ***“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”***. En esa orientación, la parte demandante probó la existencia de las obligaciones a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, estipuladas en el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, con la demostración de la celebración, la existencia y la vigencia del contrato de fiducia referido. En consecuencia, a quien le incumbía probar la extinción o el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de fiducia mercantil mencionado, es a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y con ello, acreditar por los medios probatorios correspondientes que fueran necesarios para ***“corroborar los gastos y costos relacionados con el proyecto, autorizados por el interventor administrativo y pagados por la sociedad fiduciaria”***.

En otros términos, la carga probatoria para demostrar qué hizo la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, con la suma de **\$87.020.839.875**, que dicha fiduciaria aceptó haber recibió de las personas que se vincularon al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no es una tarea que debieran cumplir las personas demandantes. Sostener esa hipótesis como así lo hace la sentencia apelada, atenta contra las normas que regula la fiducia mercantil, entre ellas, el numeral 8 del artículo del Código de Comercio, según el cual, uno de les ***“deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo”***, es el de ***“rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”***.

Tercer Reparo. *“El tercer reparo es que la sentencia no analizó la segunda pretensión subsidiaria que tenía como objeto solicitar la declaración de resolución del contrato de fiducia mercantil celebrado entre BD Cartagena como fideicomitente y acción sociedad fiduciaria como la fiduciaria por las causales señaladas en dicha pretensión que era por causal de incumplimiento de las obligaciones de BD*

Cartagena derivadas de ese contrato y por el incumplimiento de las obligaciones de acción fiduciaria derivadas de ese contrato entonces la sentencia pasó por alto del análisis de esa pretensión".

La sustentación del tercer reparo es la siguiente:

La demanda que fue presentada con acumulación de pretensiones conforme al artículo 88 del Código General del Proceso, contiene una "**PRETENSIÓN PRINCIPAL**" y tres pretensiones subsidiarias (**PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA**). Cada una de ellas, cumple con los requisitos consagrados en el numeral 4 del artículo 82, porque están expresadas con "**precisión y claridad**" y en el numeral 5 del mismo artículo del Código General del Proceso, porque están señalados "*los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados*".

Según el artículo 280 del Código General del Proceso, la sentencia "**deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda**, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código".

En cumplimiento de la norma referida inmediatamente, la sentencia apelada debió "**contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda**", comenzando por la pretensión principal y en caso de que esta no fuera procedente continuar con el análisis de las pretensiones subsidiarias en el orden propuesto en la demanda. Si bien en la sentencia apelada se analizó la pretensión principal ("**Declarar inexistentes, cada uno de los negocios jurídicos, a los que se refieren los documentos titulados "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL (...)"**"); la primera pretensión subsidiaria ("**Declarar las resoluciones de cada uno de los negocios jurídicos, a los que se refieren los documentos titulados "CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL (...)"**"), tan bien es cierto que paso por alto el estudio de la segunda pretensión subsidiaria.

En la sentencia apelada, después de afirmar que, "*en todo caso, no se muestra un incumplimiento por parte de la fiduciaria o de BD Cartagena S.A.S., dado que, si algo causó la parálisis del proyecto, no fue su gestión, sino el incumplimiento de los partícipes, aspecto sobre el cual declaró el representante legal del interventor administrativo y, además, quien fuese el representante legal de la sociedad fiduciaria con amplia suficiencia*", pasó a decir lo siguiente:

"Ahora, acceder a la declaración de terminación del contrato fiduciario bajo la Causal 2 del artículo 1240 del Código Comercio impondría la liquidación de todos los contratos, en decir, incluyendo aquellos que conciernen a personas que demandaron por aparte". En este punto, a pesar de que en la sentencia apelada no se menciona expresamente que se trata del análisis de la tercera

pretensión subsidiaria, se deduce que es a ella a la que se refiere al mencionar la causal de extinción del negocio fiduciario consagrada en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de Comercio. En consecuencia, de la primera pretensión subsidiaria pasó a la tercera pretensión subsidiaria dejando sin análisis la tercera pretensión subsidiaria, cuyo contenido es el siguiente:

“(…)

2.2. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

*Declarar la resolución del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, celebrado entre BD CARTAGENA S.A.S., como EL FIDEICOMITENTE y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como LA FIDUCIARIA, mediante el documento privado de "veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014", por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.*

Primera causal de resolución. *Como consecuencia del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas a cargo de la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., en el “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, celebrado entre BD CARTAGENA S.A.S., como EL FIDEICOMITENTE y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como LA FIDUCIARIA, mediante el documento privado de "veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014", por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.*

Segunda causal de resolución. *Como consecuencia del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas a cargo de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en el “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, celebrado entre BD CARTAGENA S.A.S., como EL FIDEICOMITENTE y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como LA FIDUCIARIA, mediante el documento privado de "veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014", por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.*

(…)”.

Como ya se mencionó, cuando en la sentencia apelada se afirma que, “**en todo caso, no se muestra un incumplimiento por parte de la fiduciaria o de BD Cartagena S.A.S., dado que, si algo causó la parálisis del proyecto, no fue su gestión, sino el incumplimiento de los partícipes**”, queda claro que la hipótesis que el Despacho de primera instancia planteó para resolver el asunto litigioso, fue “**el incumplimiento de los partícipes**”, sin descubrir que en realidad, según lo probado en el proceso, el fracaso del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, fue precisamente por el incumplimiento de

las obligaciones a cargo de las demandadas **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**

Precisamente mediante la segunda pretensión subsidiaria, no analizada en la sentencia apelada, se busca *la resolución del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”*, por las causales señaladas en la demanda. Para ese propósito, se presentan los **“hechos relacionados con las obligaciones estipuladas en los contratos de fiducia mercantil a cargo de la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., como GERENTE DEL “PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y como FIDEICOMITENTE”**, que son los hechos 59., 59.1., 59.2., 60.

En la demanda se presentan los **“hechos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en los contratos de fiducia mercantil a cargo de la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., como GERENTE DEL “PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para mencionar una a una las circunstancias constitutivas de incumplimiento imputable a la demandada **BD CARTAGENA S.A.S., como GERENTE DEL “PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, en los hechos 61., 62., 63., 64., 65., 66., 67., 68., 69.

En la demanda se presentan los **“hechos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en los contratos de fiducia mercantil a cargo de la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., como FIDEICOMITENTE”**, para mencionar una a una las circunstancias constitutivas de incumplimiento imputable a la demandada **BD CARTAGENA S.A.S., como FIDEICOMITENTE”**, en los hechos 70., 71., 72., 73., 74., 75., 76. 77.

En la demanda se presentan los **“hechos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., relacionadas con el “PUNTO DE EQUILIBRIO” estipulado en el numeral 1.8. de la “CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES” en concordancia con lo estipulado en el numeral 6.1.1.2. de la “CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO” del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para mencionar una a una las circunstancias constitutivas de incumplimiento imputable a la demandada **BD CARTAGENA S.A.S., relacionadas con el “PUNTO DE EQUILIBRIO”**, en los hechos 78., 79., 80., 81.

En el presente caso, la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, fue vinculada legalmente al proceso, pero no hizo uso de su derecho a la contradicción y defensa, razón lo cual, conforme al auto de dos de diciembre de 2021 se ordenó su emplazamiento y posteriormente, mediante auto de 18 de abril de 2022, se designó **“curador ad litem”**. Al margen de las circunstancias por las que la demandada no haya comparecido directamente al proceso, en la sentencia se debió aplicar el artículo 97 del Código General del Proceso, según el cual, *“la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le*

atribuya otro efecto". Esto en concordancia con el artículo 241, (*"el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes"*) y artículo 280 (*"el juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella"*) del Código General del Proceso.

Si en la sentencia apelada se hubiera realizado el análisis de las causales de resolución del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, el Despacho de primera instancia, pudo haber descubierto que la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, incumplió entre otras, la obligación a su cargo, estipulada en el numeral 8.1., de la **"CLAUSULA OCTAVA. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO"** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** y del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"**, porque dentro del término de ***"duración de veinticuatro meses (24), contados a partir de la fecha en que se declare culminada la FASE PREVIA correspondiente"***, estipulado en el numeral 6.1.2., de la **"CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO"** del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, transcurrido entre el 23 de diciembre de 2016 y el 23 de diciembre de 2018, **BD CARTAGENA S.A.S.**, no llevó a cabo la terminación o culminación de la construcción y de la dotación del complejo inmobiliario denominado **"PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**. En el proceso quedó suficientemente demostrado que dicho proyecto fue un completo fracaso, no terminó exitosamente.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, frente a la cual en la sentencia apelada se afirma que ***"no se muestra un incumplimiento por parte de la fiduciaria"***, en la demanda se presentan los **"hechos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones legales consagradas en la CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA (C.E. 029/14) a cargo de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."**, para mencionar una a una las circunstancias constitutivas de incumplimiento imputable a la demandada, en su papel y condición de fiduciaria, en los hechos 82., 83., 84., 85., 86.

En la demanda se presentan los ***"hechos relacionados con las obligaciones estipuladas en los contratos de fiducia mercantil a cargo de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."***, para mencionar, en los hechos 87., 87.1., 87.2., 88., las obligaciones a cargo de la fiduciaria estipuladas en **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MODIFICACIÓN INTEGRAL AL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA"** y en el **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**.

En la demanda se presentan los ***"hechos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en los contratos de fiducia mercantil a cargo de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."***, para mencionar una a una las circunstancias constitutivas de incumplimiento imputable a la demandada fiduciaria,

en los hechos 89., 90., 91., 92., 93., 94., 95., 96., 97., 98., 99., 100., 101., 102., 103., 104.

Con base en lo expuesto anteriormente, es posible sostener que están dadas todas las circunstancias necesarias para que la sentencia apelada pudiera estudiar la “**SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA**”, cuya omisión genera la vulneración de las normas legales ya citadas y las cláusulas contractuales referidas en los hechos que sirven de base a la pretensión mencionada.

Cuarto Reparó. *“El cuarto reparo tiene que ver porque en el caso en que se hubieran superado las anteriores pretensiones, ni siquiera hubiera podido ser superada la pretensión de **declarar la extinción del negocio fiduciario que originó como consecuencia de la celebración del contrato de fiducia mercantil Beach Club Hotel celebrado entre BD Cartagena como fideicomitente y Acción sociedad fiduciaria que dio origen al Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel**, porque está demostrado con suficiencia probatoria tanto de los testimonios y de las declaraciones de los demandantes, como el mismo reconocimiento de la fiduciaria que el proyecto nunca se terminó la construcción en su totalidad, que era construir y dotar el hotel (...).”*

La sustentación del cuarto reparo es la siguiente:

El reparo se refiere a que si bien, las pretensiones analizadas por el despacho (**PRETENSIÓN PRINCIPAL** y **PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA**) fueron negadas, no era posible negar la “**TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA**”, formulada en los siguientes términos:

*“Declarar la “**extinción del negocio fiduciario**”, que se originó como consecuencia de la celebración del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, celebrado entre **BD CARTAGENA S.A.S.**, como **EL FIDEICOMITENTE** y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como **LA FIDUCIARIA**, mediante el documento privado de “veintidós (23) (sic) días del mes de diciembre de 2014”, por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.*

*Con fundamento en la causa de extinción del negocio fiduciario, consagrada en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de Comercio, esto es, “**por la imposibilidad absoluta de realizar los fines**”, del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.*

En el reparo presentado en la audiencia, se afirma lo siguiente:

“(...) Está demostrado con suficiencia probatoria, tanto de los testimonios y de las declaraciones de los demandantes como el mismo reconocimiento de la Fiduciaria, que el proyecto nunca se terminó, la construcción en su totalidad que era construir

y dotar el hotel, es decir, el objetivo o la finalidad del contrato de fiducia mercantil del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club, no era que las personas aportaran unos recursos los cuales irían a perder y ese sería el objetivo, la finalidad, no, **la finalidad era poner a funcionar un proyecto inmobiliario de las mejores condiciones y en la sentencia se tiene que efectivamente no se da la causal por imposibilidad absoluta de realizar los fines, lo cual no corresponde con la realidad porque ese fideicomiso**, incluso la misma fiduciaria en un informe de gestión lo dice literal y textualmente **“en el presente caso existe imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad para la cual se constituyó el Fideicomiso BD Cartagena Beach Club**, porque el fideicomitente que es una sociedad que primero estuvo en insolvencia hoy en día está en liquidación entonces una empresa en liquidación por disposición legal **no tiene más objeto social distinto al de cumplir con sus finalidades de liquidación y ya no puede realizar su objeto social**, entonces no se puede pretender que lo que el fideicomitente demandado, que es lo que la Fiduciaria siempre ha dicho, **que hay un interesado, venga a terminar el proyecto porque su objeto social dado la liquidación en la que se encuentra no es posible terminar ese proyecto bajo ninguna circunstancia (...)”**.

Por disposición del artículo 1226 del Código de Comercio, *“la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”*. De la norma se deduce entonces que el contrato de fiducia mercantil, no se puede considerar un fin en sí mismo, sino un medio o un “vehículo”, **“para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”**. En términos simples, la fiducia mercantil debe prestar una utilidad o un **“provecho”**, de lo contrario no tiene razón de existencia.

Quedó demostrado en el proceso que el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, es uno de los denominados **“negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”** definidos así: *“Son aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que*

implique la propiedad del bien objeto el proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales.

Estos negocios están principalmente compuestos por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario”.

El objeto o la finalidad del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, quedó estipulada en la **“CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO”**: *El objeto de este contrato consiste en que la FIDUCIARIA:*

2.1. Mantenga la titularidad jurídica de los bienes que conformen el FIDEICOMISO y de aquellos que en ejercicio del presente contrato le sean transferidos posteriormente, junto con las mejoras que se realicen o las que se incorporen de acuerdo con lo previsto en la ley”.

En **“virtud”** o mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, en su celebración o posteriormente, no han sido transferidos bienes o mejoras, por lo cual, en dicho patrimonio autónomo no existen bienes sobre los cuales la fiduciaria deba mantener *la titularidad jurídica*.

“Permita desarrollar el PROYECTO en el(los) inmueble(s) por cuenta y riesgo de EL FIDEICOMITENTE, bajo la exclusiva responsabilidad técnica, financiera, administrativa de EL FIDEICOMITENTE, de acuerdo con lo previsto en este Contrato.”

De conformidad con el numeral aquí mencionado, se tendría que desarrollar la construcción y la dotación del **PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL** que está definido en el numeral 1.5., de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del contrato de fiducia mencionado. Está demostrado con suficiencia probatoria, tanto de los testimonios y de las declaraciones de los demandantes como el mismo reconocimiento de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que del proyecto nunca terminó la construcción y la dotación para que pudiera ser puesto en operación.

En la demanda están presentados los **“hechos relacionados con la ocurrencia o el acaecimiento de la causa de extinción, conclusión o terminación del negocio fiduciario, consagrada en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de Comercio”**. Así en el hecho 110, están mencionadas las etapas del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**; en el hecho 111, se menciona el término de duración de la **“FASE PREVIA”**, que terminó el **23 de diciembre de 2016**; en el hecho 112, se menciona el término de duración de la **“FASE DE CONSTRUCCIÓN”**, que terminó el **23 de diciembre de 2018**; en el hecho 114, se menciona que la suspensión de **“la marcha normal de los trabajos”**, o la paralización total y absoluta de la ejecución de la **“FASE DE CONSTRUCCIÓN”**, no obedece a los eventos de fuerza mayor o de caso

fortuito (artículos 63 y 1604 del Código Civil), sino por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del **FIDEICOMITENTE, BD CARTAGENA S.A.S.**, y por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en todo caso, pero nunca por circunstancias constitutivas de incumplimiento atribuibles a **“EL(LOS) PARTICIPE(S)”**, esto es, no atribuibles a ninguna de las personas demandantes; en el hecho **114**, se mencionan las gestiones relacionadas la forma como se desarrollaría el proyecto lo que incluía al final del proceso la constitución de un REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL que permitiera identificar sin lugar a confusión, las áreas construidas entre ellas, las que serían destinadas para el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

En el hecho 115, se menciona que con respecto al negocio fiduciario al que se refiere el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, relacionado con el **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, se presenta o tiene ocurrencia, la causal de extinción establecida en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de Comercio, esto es, **“Por la imposibilidad absoluta de realizar los fines”**, porque, existe una **“imposibilidad absoluta de realizar”** el fin que tiene que ver con la ejecución de la **“ETAPA DE CONSTRUCCION”**, estipulada en el numeral **1.15.3.**, y con la ejecución de la **“ETAPA DE OPERACIÓN”**, estipulada en el numeral **1.15.4.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES”**, en concordancia con lo estipulado en el numeral **6.1.2.**, **“FASE DE CONSTRUCCIÓN”** y con lo estipulado en el numeral **6.2.**, de la **“CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO”**, todas ellas del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, todo ello relativo al **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, relacionado con los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias, **060-113064, 060-112873 y 060-28660.**

En el hecho **120**, se menciona que En el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que dio origen al **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, la existencia de la causa de extinción del negocio fiduciario consagrada en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de Comercio, esto es, **“por la imposibilidad absoluta de realizar [los] fines”**, está demostrada por la realidad material en la que se haya la paralización absoluta de las obras de construcción del **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, circunstancia que está reconocida por **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante el documento de junio 30 de 2019, **“INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPE”** **“Fideicomiso: FA-2941**

FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", en el cual está consignado entre otros aspectos el siguiente:

“(…)

11 HECHOS RELEVANTES QUE AFECTEN EL PROYECTO Y LAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO FRENTE A LOS MISMOS

ACCIÓN FIDUCIARIA como vocera y administradora del Fideicomiso, ha venido presentando diversos requerimientos a la sociedad BD CARTAGENA S.A.S, a efectos de que formulen propuestas serias para la solución integral y mitigación de los riesgos y situación actual del Proyecto BD Cartagena Beach Club, que permitan el cumplimiento del objeto de los negocios fiduciarios, y la culminación exitosa del mismo.

Frente a las propuestas presentadas, es necesario referir que las mismas no establecen mecanismos reales y soportados que permitan dar soluciones definitivas a escenarios como (i) Los retrasos en las fechas de entrega del proyecto, (ii) Retrasos en la culminación de la construcción y dotación del proyecto, (iii) La falta de control, estudio, y adecuada gestión de la cartera del proyecto, (iv) El no aporte de los recursos necesarios para la culminación del proyecto,

Luego, al corte de la presente rendición, a pesar de los diferentes requerimientos presentados por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera y administradora de los Fideicomisos que conforman el Proyecto BD Cartagena Beach Club, a la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., como Fideicomitente Promotor y Desarrollador del proyecto, es importante señalar que el proyecto aún presenta problemáticas respecto de:

- i. Los retrasos en las fechas de entrega del proyecto,*
- ii. Retrasos en la culminación de la construcción y dotación del proyecto,*
- iii. Falta de control, estudio, y adecuada gestión de la cartera del proyecto,*
- iv. El no aporte de los recursos necesarios para la culminación del proyecto,*
- v. Incertidumbre frente al estado actual para de la culminación de las obras constructivas del proyecto y la falta de ingreso para el desarrollo del mismo.*
- vi. La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos.*

De las problemáticas aquí referidas, y ante la imposibilidad de generación de planes de acción y reactivación del proyecto por parte de BD Cartagena S.A.S., como Promotor y Desarrollador del mismo; derivan en la imposibilidad de dar cumplimiento al objeto y finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel, todo lo cual ha sido puesto en conocimiento de la sociedad Fideicomitente. (...)

En consecuencia, es tan clara y evidente la configuración de la causal de extinción del negocio fiduciario, consagrada en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de

Comercio, esto es, ***“por la imposibilidad absoluta de realizar los fines”***, del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que la misma demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, al aceptar que todas las problemáticas ***“derivan en la imposibilidad de dar cumplimiento al objeto y finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel, todo lo cual ha sido puesto en conocimiento de la sociedad Fideicomitente. (...)”***.

Como no se terminó la construcción y la dotación del **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, para que pasara a su etapa de operación, el demás aspecto del objeto del contrato de fiducia, como eran ***“suscribir el Contrato para la explotación comercial del Activo Subyacente”***, ***“entregar a LOS PARTICIPES los excedentes de la ETAPA DE OPERACIÓN que de acuerdo con su participación en el FIDEICOMISO les corresponda, todo de conformidad con las instrucciones y demás disposiciones establecidas en el presente CONTRATO y lo que sea más conveniente, teniendo en cuenta el esquema operativo de la explotación económica”***, resulta carente de todo sentido, por simple ***“sustracción de materia”***.

En la presentación del reparo en la audiencia, se expresó que ***“el objetivo o la finalidad del contrato de fiducia mercantil del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club, no era que las personas aportaran unos recursos los cuales irían a perder y ese sería el objetivo, la finalidad, no, la finalidad era poner a funcionar un proyecto inmobiliario de las mejores condiciones y en la sentencia se tiene que efectivamente no se da la causal por imposibilidad absoluta de realizar los fines, lo cual no corresponde con la realidad porque para ese fideicomiso sí existe imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad para la cual se constituyó”***.

Sobre el punto en la sentencia apelada se afirma lo siguiente:

“Ahora, acceder a la declaración de terminación del contrato fiduciario bajo la Causal 2 del artículo 1240 del Código Comercio impondría la liquidación de todos los contratos, en decir, incluyendo aquellos que conciernen a personas que demandaron por aparte.

Ello porque, se indicó antes, la coligación vista en la entraña de los negocios fiduciarios desplegados para el proyecto BD Cartagena muestra la coexistencia prestacional, pero, además, la comunidad de suertes de cada patrimonio autónomo, y ello exigía la concurrencia de todos los partícipes. En tal sentido, se advierte, la fiduciaria, según declaró su representante legal, se encuentra en búsqueda de un socio inversionista por mandato de los fideicomitentes que sirva como operador hotelero y adquiera el proyecto para, con su devengo, se sufrague los dineros de los partícipes y, por demás, si bien no gestionó la cartera

morosa con anterioridad, la está gestionando para normalizarla, por manera que el proyecto pueda salir adelante”.

El criterio asumido en la sentencia apelada desconoce por completo el material probatorio mediante el cual se demuestra sin lugar a duda que el **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, está completamente fallido, que es materialmente inviable porque no se llevó a cabo la construcción y la dotación que debió terminar según el numeral **6.1.2.**, de la **“CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, el 23 de diciembre de 2018.

No se pueden aceptar las conclusiones de la sentencia apelada sobre la prueba de interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, cuando afirma lo siguiente: ***“En tal sentido, se advierte, la fiduciaria, según declaró su representante legal, se encuentra en búsqueda de un socio inversionista por mandato de los fideicomitentes que sirva como operador hotelero y adquiera el proyecto para, con su devengo, se sufrague los dineros de los partícipes y, por demás, si bien no gestionó la cartera morosa con anterioridad, la está gestionando para normalizarla, por manera que el proyecto pueda salir adelante”.***

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no se ***“encuentra en búsqueda de un socio inversionista por mandato de los fideicomitentes”***, porque el negocio jurídico mediante el cual se intentó fallidamente desarrollar el **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, no se trata de un contrato de sociedad (artículo 98 del Código de Comercio), se trata de un contrato de fiducia mercantil (artículo 1226 del Código de Comercio). En esa orientación cualquiera persona interesada en ***“invertir”*** sumas de dinero para el proyecto, lo debe hacer mediante el mecanismo establecido en el numeral **1.6.**, de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es mediante la celebración de un **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**. Sin embargo, valga decir que con la situación fallida en la que se encuentra el proyecto, una persona con ***“mediana prudencia o cuidado”***, no es probable que decida ser ***“socio inversionista”***. En todo caso, en el proceso no existe ninguna prueba que permita demostrar que la fiduciaria ***“se encuentra en búsqueda de un socio inversionista”***.

No existe ***“mandato de los fideicomitentes”***, como así se acepta en la sentencia apelada para que la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, lleve a cabo la supuesta ***“búsqueda de un socio inversionista”***. Según el numeral **1.3.** de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, hay únicamente un fideicomitente que es la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**. Aparte del contrato de fiducia mercantil antes mencionado, no existe documento mediante el cual se demuestre el referido mandato para la supuesta ***“búsqueda de un socio inversionista”***. **BD CARTAGENA S.A.S.**, inicialmente fue sometida de

oficio al proceso de insolvencia y luego a liquidación judicial, razón por la cual no es legalmente posible que esté dando instrucciones, órdenes, poderes o mandatos a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para ningún propósito que implique disposición de bienes del **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, sobre el cual, independientemente de su situación fallida, los que tienen derechos sobre el mismo, son las personas vinculadas mediante contratos de vinculación, como el caso de las personas demandantes.

Entre los aspectos consagrados en los numerales 2.1., al 2.10., de la **“CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** ninguno de ellas, tiene por objeto la supuesta ***“búsqueda de un socio inversionista”***.

Según la **“CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no tiene la facultad en ninguna de las etapas (**ETAPA PREVIA**, numerales 7.1.1., al 7.1.4.; **ETAPA DE CONSTRUCCIÓN**, numerales 7.2.1., 7.2.6., **ETAPA DE OPERACIÓN**, numerales 7.3.1, al 7.3.10), para llevar a cabo la supuesta ***“búsqueda de un socio inversionista”***.

En el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no se contempla el derecho a favor del fideicomitente, la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, para disponer a su discreción, del proyecto. Según el numeral 6.1.2., de la **“CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO”** del contrato mencionado, *“Terminada la construcción y dotación de cada Etapa del Proyecto, ACCION procederá a entregar a EL FIDEICOMITENTE los excedentes que se encuentren en el FIDEICOMISO, previa autorización del INTERVENTOR”*. En tales circunstancias, el derecho estipulado a favor del fideicomitente ***“los excedentes que se encuentren en el FIDEICOMISO”*** está condicionado a que se entregara ***“terminada la construcción y dotación”***, lo cual no se llevó a cabo.

Igualmente, no es posible aceptar las conclusiones de la sentencia apelada sobre la prueba de interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, la supuesta ***“búsqueda de un socio inversionista”***, sería para ***“que sirva como operador hotelero y adquiera el proyecto para, con su devengo, se sufrague los dineros de los partícipes y, por demás, si bien no gestionó la cartera morosa con anterioridad, la está gestionando para normalizarla, por manera que el proyecto pueda salir adelante”***.

Según el numeral 1.10., de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, ***“EL OPERADOR. Será la persona con la cual el FIDEICOMISO celebre el correspondiente contrato para propósitos de la explotación económica y operación del activo subyacente, de conformidad con la instrucción inicial que para el efecto determine EL FIDEICOMITENTE”***. Esto significa que la presencia, el papel

o las funciones del operador sería posible en la etapa de operación la que no inició por la tantas veces repetida falta de la terminación de la construcción y de la dotación del proyecto.

Además, en el hipotético caso en que el proyecto **“PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB–HOTEL”**, hubiera alcanzado a llegar a la **ETAPA DE OPERACIÓN**, según la **“CLAUSULA DECIMA SEGUNDA.- OPERADOR”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, ***“los términos económicos del contrato del OPERADOR serán los definidos por la ASAMBLEA y el COMITÉ DE BENEFICIARIOS de acuerdo con lo contemplado en este Contrato, salvedad hecha del primero de los acuerdos cuyos términos serán definidos por EL FIDEICOMITENTE.”***

Según el numeral **5.5.2.**, de la **PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I** de la **Circular Básica Jurídica**, expedida por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, ***“los contratos fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias deberán contener, como mínimo, lo siguiente: (...) 5.5.2.9. Establecer el procedimiento y los responsables para la suscripción de los contratos necesarios para la fase de operación. En caso de que dichos contratos estén previamente acordados por el promotor, sus términos y condiciones deberán ser conocidos por los partícipes al momento de su vinculación.”***

Para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, los ***“contratos necesarios para la fase de operación”***, no están ***“previamente acordados por el promotor”*** porque ***“sus términos y condiciones”***, no fueron ***“conocidos por los partícipes al momento de su vinculación”***. Así las personas demandantes, en el momento de celebrar el **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no tuvieron conocimiento de la existencia previa de los mencionados contratos que se utilizarían en la **“ETAPA DE OPERACION”**. En consecuencia, si dicha etapa de operación hubiera iniciado ***“los términos económicos del contrato del OPERADOR serán los definidos por la ASAMBLEA y el COMITÉ DE BENEFICIARIOS”*** de tal manera que la escogencia o la selección de la persona ***“que sirva como operador hotelero”*** no es facultad que estuviera en cabeza de las demandadas **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.** En todo caso, como está demostrado en el proceso, no existe manera de que ***“el proyecto pueda salir adelante”*** y en tales circunstancias, las conclusiones de la sentencia apelada en ese sentido no tienen soporte probatorio.

No se pueden aceptar las conclusiones de la sentencia apelada sobre la prueba de interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, cuando afirma lo siguiente: ***“Al fin de cuentas, parte de las prestaciones del fiduciario es la restitución de las inversiones a quien lo solicite bajo la respectiva penalidad, o distribuir las utilidades que genere para cada partícipe su inversión, e incluso consultar con la asamblea de partícipes el destino del proyecto, de suerte que esa finalidad contractual***

derruye la alegación respecto a la imposibilidad de cumplir el contrato de fiducia".

Según el objeto del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, la prestación a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que consiste en ***"la restitución de las inversiones a quien lo solicite bajo la respectiva penalidad"***, no constituye en sí misma la finalidad del contrato de fiducia mercantil mencionado. En otros términos, la presencia de esa obligación a cargo de la fiduciaria, no ***"derruye la alegación respecto a la imposibilidad de cumplir el contrato de fiducia"*** como así se acepta en la sentencia apelada, porque la finalidad del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, no se trata simplemente de que la demandada fiduciaria haga ***"la restitución de las inversiones a quien lo solicite bajo la respectiva penalidad"***.

Según la cláusula **"QUINTA. CONDICIONES PARA LA ENTREGA DE RECURSOS AL FIDEICOMITENTE EN SU CONDICION DE GERENTE DEL PROYECTO"** del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, ***"si EL(LOS) PARTICIPE(S) solicita(n) la terminación del presente contrato y por tanto la devolución de los recursos aportados hasta esa fecha, antes de que se cumplan las condiciones contenidas en la presente cláusula, estando dentro del término para acreditarlas, ACCION devolverá los recursos sin los rendimientos que eventualmente se hubieren generado a EL (LOS) PARTICIPE(S), previo el descuento de la sanción que se establece en el presente contrato y de la comisión de administración de la fiduciaria"***. Si bien es cierto que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** En consecuencia, el hecho que la demandada fiduciaria debiera devolver los aportes a los partícipes que decidieran terminar el contrato de vinculación, no destruye la causal de extinción del negocio fiduciario del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, porque está plenamente demostrado que, para el caso, existe ***"la imposibilidad absoluta"*** de realizar plenamente sus fines.

Como ya se mencionó la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante el documento de **junio 30 de 2019**, **"INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPE"** **"Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, informó entre otros aspectos lo siguiente: ***De las problemáticas aquí referidas, y ante la imposibilidad de generación de planes de acción y reactivación del proyecto por parte de BD Cartagena S.A.S., como Promotor y Desarrollador del mismo; derivan en la imposibilidad de dar cumplimiento al objeto y finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel, todo lo cual ha sido puesto en conocimiento de la sociedad Fideicomitente. (...)"***.

Según lo anterior, para la misma demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como así tendría que ser, es perfectamente claro que se presenta, ***"la imposibilidad de dar cumplimiento al objeto y finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel"***, de tal

manera que lo esperado de dicha demandada es que, ante esa realidad conocida por ella, por lo menos en **junio 30 de 2019**, antes de la fecha de la presentación de la demanda el **23 de julio de 2020**, hubiera procedido a dar aplicación a la **“CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA.- TERMINACIÓN”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, que estipula lo siguiente: *“Además de las causales establecidas en el artículo 1240 del Código de Comercio, este contrato terminará cuando se produzca alguno de los siguientes eventos: (...)”*.

*Al momento en que ocurra una cualquiera de las causales de terminación del contrato previstas en este documento o en la ley y **haya lugar a la devolución de bienes**, LA FIDUCIARIA procederá a la entrega de los mismos a quien corresponda según el momento en que se presente la terminación, mediante la transferencia de estos de acuerdo con su naturaleza y lo dispuesto para el efecto en las normas vigentes, siguiendo el procedimiento indicado en la cláusula trigésima primera siguiente”*.

Adicionalmente, la ocurrencia de la causal de extinción del negocio fiduciario, consagrada en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de Comercio, para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, es conocida por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hecho se demuestra con la solicitud presentada por dicha fiduciaria ante la Superintendencia de Sociedades, mediante la cual solicita la apertura del proceso de liquidación judicial de los Fideicomisos que conforman el Proyecto BD Cartagena, en los términos del artículo 48 de la Ley 1116 de 2006, con fecha veintinueve (29) de enero del año 2021, dicho trámite no terminó, con la liquidación del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”** y **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, como se demuestra en con los siguientes documentos todos ellos expedidos por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES dentro del proceso de Liquidación judicial Expediente 99807, así:

Auto No. 2021-01-191607, mediante el cual se resolvió *“Inadmitir la solicitud de decretar la liquidación judicial del **Patrimonio Autónomo BD Cartagena Beach Club Hotel - FA 2941**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”*.

Auto No. 2021-01-193285, mediante el cual se resolvió *“Inadmitir la solicitud de decretar la liquidación judicial del **Patrimonio Autónomo Parqueo Lote Uno Cartagena FA 2529**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”*.

Auto No. 2021-01-193307, mediante el cual se resolvió *“Inadmitir la solicitud de decretar la liquidación judicial del **Patrimonio Autónomo Parqueo Lote Dos**”*.

Cartagena FA 2350, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

Auto No. 2021-01-321855, mediante el cual se resolvió “**Rechazar** la solicitud de admisión a un proceso de liquidación judicial del **Patrimonio Autónomo BD Cartagena Beach Club Hotel FA 2941**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

Auto No. 2021-01-321857, mediante el cual se resolvió “**Rechazar** la solicitud de admisión a un proceso de liquidación judicial del **Patrimonio Autónomo Parqueo Lote Uno Cartagena FA 2529**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

Auto No. 2021-01-321859, mediante el cual se resolvió “**Rechazar** la solicitud de admisión a un proceso de liquidación judicial del **Patrimonio Autónomo Parqueo Lote Dos Cartagena FA 2350**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

Con base en lo anteriormente expuesto, no le asiste razón alguna al Despacho de primera instancia al afirmar en la sentencia apelada que, “**no existe una evidente y clara imposibilidad de realización del objeto de los contratos de fiducia examinados**”. Por el contrario, está plenamente demostrada en el proceso la configuración de la causal de extinción del negocio fiduciario del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, consagrada en el numeral 2 del artículo 1240 del Código de Comercio.

Sobre el punto de la causal de extinción del negocio fiduciario del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, se debe afirmar que esta sí es procedente, para lo cual no necesario en este proceso “**la concurrencia de todos los partícipes**”, como así lo acepta de manera errónea la sentencia apelada, al afirmar lo siguiente: “*Ello porque, se indicó antes, la coligación vista en la entraña de los negocios fiduciarios desplegados para el proyecto BD Cartagena muestra la coexistencia prestacional, pero, además, la comunidad de suertes de cada patrimonio autónomo, y ello exigía la concurrencia de todos los partícipes*”.

Si bien es cierto que las personas demandantes, más todas aquellas que hayan celebrado el “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, tiene frente al “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la calidad de “**PARTÍCIPIES**”, según el numeral 1.6., de la “**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**” del contrato mencionado, también es cierto que esa circunstancia no convierte a los “**PARTÍCIPIES**” en partes del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, calidad esta que tiene únicamente, según el artículo 1226 del Código de Comercio, el “**fiduciario**” que es **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y el “**fiduciante o fideicomitente**” que es **BD CARTAGENA S.A.S.** Como los “**PARTÍCIPIES**” no

intervinieron en la celebración del contrato de fiducia mercantil mencionado, no tienen la calidad parte en ninguno de sus extremos ni como **“fiduciario”** ni como **“fiduciante o fideicomitente”**.

El punto al que se refiere la sentencia apelada, según la cual, **“ello exigía la concurrencia de todos los partícipes”**, así no se mencione expresamente, tiene relación con la figura consagrada en el artículo 61 del Código General del Proceso, así: **“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”**.

Para la procedencia de la **“TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”**, **“declarar la extinción del negocio fiduciario”**, que se originó como consecuencia de la celebración del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, es necesario únicamente **“la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”**, esto es, el **“fiduciario”**, ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y el **“fiduciante o fideicomitente”**, BD CARTAGENA S.A.S., pero no es necesaria la **“comparecencia”** o **“la concurrencia de todos los partícipes”**, como lo sostiene la sentencia apelada, porque de dichos partícipes, a los que se refiere el numeral 1.6., de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del contrato de fiducia mencionado, no es predicable legal o contractualmente, la calidad de litisconsortes necesarios. En otros términos, no era necesario que la demanda debiera formularse por todos los **“PARTÍCIPIES”** y no era necesario que la demanda debiera dirigirse contra todos **“PARTÍCIPIES”**.

Aceptando en gracia de discusión la hipótesis de la sentencia apelada, según la cual, es necesaria la **“comparecencia”** o **“la concurrencia de todos los partícipes”**, resulta por demás muy extraño que dicha circunstancia se ventile apenas en la sentencia de primera instancia, siendo que según el artículo 61 del Código General del Proceso, **“si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”**.

Quinto Reparó. **“El quinto reparo, tiene que ver con el hecho que no está demostrado que la Fiduciaria haya dispuesto como el contrato de fiducia mercantil lo dispone y como el contrato de vinculación lo dispone, de los recursos que recibió de los partícipes, lo único claro que está demostrado en el proceso es que la fiduciaria recibió OCHENTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS (\$87.000.000.000), pero no está demostrado qué hizo con ellos, en las órdenes de**

*giro que aportó al proceso, que fueron las únicas que aportó al proceso, lo único que demuestra haber girado que ya igual habrá que hacer el estudio de si tienen causa con el proyecto, fue haber girado única y exclusivamente la suma **DE TREINTA MIL CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$30.172.405.953)**, no existen ningunos otros documentos provenientes de la fiduciaria que acrediten haber girado los **OCHENTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS (\$87.000.000.000).**”*

La sustentación del quinto reparo es la siguiente:

De conformidad con los numerales **1.6.**, y **1.7.**, de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, las sumas de dinero, esto es, “**los recursos aportados por EL(LOS) PARTICIPE(S)**” tienen una destinación específica que es “**para el desarrollo del proyecto**”, valga reiterar para la construcción y la dotación del proyecto como quedó definido en el numeral 1.5., de la “**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**” del contrato de fiducia mercantil mencionado.

Conforme al numeral **2.3.**, de la “**CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, es deber de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que “**reciba y administre para el FIDEICOMISO los recursos que aporten LOS PARTICIPES**”. El mismo deber quedó estipulado en la cláusula “**SEGUNDA. ENTREGA DE RECURSOS**” del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, así: “**ACCIÓN deberá administrar los dineros que entreguen EL(LOS) PARTICIPE(S) de conformidad con lo previsto en el presente contrato hasta tanto se de cumplimiento por parte del FIDEICOMITENTE a las condiciones antes mencionadas**”.

La garantía y la seguridad de que las sumas de dinero aportadas por “**EL(LOS) PARTICIPE(S)**” no se perderían, quedó estipulada en el literal **b)** del numeral **1.6.**, de los “**ANTECEDENTES**” del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, así: **b) durante la FASE CONSTRUCCIÓN, derechos en el fideicomiso equivalentes a los aportes que hayan realizado, en todo caso, EL(LOS) PARTICIPE(S) no tendrá(n) derecho a participar en los excedentes o pérdidas que resulten al momento de liquidar la FASE DE CONSTRUCCIÓN de la ETAPA DE DESARROLLO del FIDEICOMISO**”. En tales circunstancias, bajo ninguno de los escenarios que resultaran cuando se liquidara la “**FASE DE CONSTRUCCIÓN**”, que podrían de ser de ganancias y “**excedentes**” o de “**pérdidas**”, la situación de **EL(LOS) PARTICIPE(S)** con respecto a las sumas de dinero aportadas, no podría presentar ninguna clase de alteración económica, lo cual se explica por el hecho que su relación con el proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” no es la de un socio (contrato de sociedad artículo 98 del Código de Comercio) quien está expuesto a la pérdida o ganancia, sino la de un “**beneficiario o fideicomisario**” (contrato de fiducia mercantil artículo 1226 del

Código de Comercio), para quien, la finalidad de la fiducia debe generar un “**provecho**”, válgase decir, no un perjuicio.

En el proceso quedó demostrado mediante confesión (artículos 165 y 191 del Código General del Proceso), a través de la contestación de la demanda y del interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la parte demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que, “*las sumas recibidas por el Fideicomiso BD Cartagena corresponden a la suma de ochenta y siete mil veinte millones ochocientos treinta y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$87.020.839.875)*”. La cual, con base en el numeral 2.3., de la “**CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debió administrar para el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, en otros términos, no para otro patrimonio diferente al aquí mencionado, como sería el patrimonio de la otra demanda **BD CARTAGENA S.A.S.**

Si embargo, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró haber administrado diligentemente como es su deber, para el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la suma de **\$87.020.839.875**, esto es que no demostró que dicha suma fue destinada correcta y adecuadamente para el “**para el desarrollo del proyecto**”, que consistía en la construcción y en la dotación del proyecto definido en el numeral 1.5., de la “**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

La primera y más importante evidencia de la falta de la debida diligencia imputable a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en la administración de la suma de **\$87.020.839.875**, es que no se terminó la construcción y la dotación del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. Si se acepta que para el proyecto se haya cumplido el “**PUNTO DE EQUILIBRIO**”, definido en el numeral 1.8., de la “**CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, según dicha cláusula, eran “*necesarios para la terminación de EL PROYECTO y su correspondiente dotación - de acuerdo con el presupuesto de EL PROYECTO – que está determinado en la obtención de compromisos de aporte equivalentes a CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDOS MIL DE PESOS COLOMBIANOS (\$40.917.622.000) para la Primera Etapa*”. Sobre el “**PUNTO DE EQUILIBRIO**”, en el contrato de fiducia mercantil aquí mencionado y en el “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no quedaron estipuladas otras sumas de dinero diferentes la mencionada.

La segunda evidencia es que la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, acepta haber girado única la suma **DE TREINTA MIL CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$30.172.405.953)**, pero no existen documentos provenientes de la fiduciaria que acrediten haber girado la totalidad de la suma de **\$87.020.839.875**,

para la construcción y la dotación del proyecto inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

La demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, les hizo creer a los inversionistas del PROYECTO inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, entre ellos, a las personas demandantes, que todo estaba marchando bien, así:

“14 HECHOS RELEVANTES QUE AFECTEN EL PROYECTO Y LAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO FRENTE A LOS MISMOS.

Entre el periodo del 01 de Julio a 31 de Diciembre de 2017 no se han evidenciado situaciones que presenten riesgo en el proyecto”. (INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIES FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL Para el período comprendido entre el 01/07/2017 y el 31/12/2017) (Contestación de la demanda *Prueba No. 12. INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO*).

Posteriormente y en el siguiente informe, la demanda **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, les hizo creer a los inversionistas del PROYECTO inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, entre ellos, a las personas demandantes, que el manejo de las sumas de dinero aportadas por los inversionistas estaban siendo bien destinadas, esto es que, **BD CARTAGENA S.A.S.**, no manejaba los recursos del proyecto, lo que se debe entender que el manejo directo de ellos lo hacía la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, así:

“En ese contexto, el proyecto BD Cartagena actualmente se encuentra en fase de desarrollo y ejecución de su construcción, la cual está a cargo de la constructora PRABYC INGENIEROS S.A.S., con un contrato integral. La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto.

En los términos de los Contrato de Fiducia Mercantil a través de los cuales se estructura el proyecto, los recursos aportados por los Participes / Beneficiarios son girados a la constructora, con una destinación específica la cual es el desarrollo y ejecución de la construcción del proyecto BD Cartagena, previa autorización expresa de una Interventoría Técnica”. (INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIESFA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL, Para el período comprendido entre el 01/01/2018 y el 30/06/2018) (Contestación de la demanda *Prueba No. 12. INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO*).

En otro informe la demanda **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, se expresa lo siguiente:

“Con esa finalidad, Acción Fiduciaria ha requerido a las partes involucradas en el desarrollo del Proyecto BD Cartagena Beach Club, esto es PRABYC INGENIEROS S.A.S., en su rol de constructor responsable de las obras del proyecto, y BD

CARTAGENA S.A.S., como promotor y desarrollador del mismo; **buscando planes de acción que garanticen la continuidad y terminación de la obra, salvaguardando los recursos depositados por los Partícipes y Beneficiarios, el cumplimiento de los objetos de los contratos fiduciarios y la protección de los bienes fideicomitidos**". (INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPE Bogotá D.C., 22 de enero 2019. FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB – HOTEL Para el periodo comprendido entre el 01/07/2018 y el 31/12/2018). (Contestación de la demanda *Prueba No. 12. INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO*).

En el INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPE FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL Para el periodo comprendido entre el 01/01/2019 y el 30/06/2019 (Contestación de la demanda *Prueba No. 12. INFORMES DE GESTION FIDEICOMISO*), la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., dice lo siguiente:

“(…)

11 HECHOS RELEVANTES QUE AFECTEN EL PROYECTO Y LAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO FRENTE A LOS MISMOS

ACCIÓN FIDUCIARIA como vocera y administradora del Fideicomiso, ha venido presentando diversos requerimientos a la sociedad BD CARTAGENA S.A.S, a efectos de que formulen propuestas serias para la solución integral y mitigación de los riesgos y situación actual del Proyecto BD Cartagena Beach Club, que permitan el cumplimiento del objeto de los negocios fiduciarios, y la culminación exitosa del mismo.

Frente a las propuestas presentadas, es necesario referir que las mismas no establecen mecanismos reales y soportados que permitan dar soluciones definitivas a escenarios como (i) Los retrasos en las fechas de entrega del proyecto, (ii) Retrasos en la culminación de la construcción y dotación del proyecto, (iii) La falta de control, estudio, y adecuada gestión de la cartera del proyecto, (iv) El no aporte de los recursos necesarios para la culminación del proyecto,

Luego, al corte de la presente rendición, a pesar de los diferentes requerimientos presentados por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera y administradora de los Fideicomisos que conforman el Proyecto BD Cartagena Beach Club, a la sociedad BD CARTAGENA S.A.S., como Fideicomitente Promotor

y Desarrollador del proyecto, es importante señalar que el proyecto aún presenta problemáticas respecto de:

- i. Los retrasos en las fechas de entrega del proyecto,
- ii. Retrasos en la culminación de la construcción y dotación del proyecto,
- iii. Falta de control, estudio, y adecuada gestión de la cartera del proyecto,
- iv. El no aporte de los recursos necesarios para la culminación del proyecto,
- v. Incertidumbre frente al estado actual para de la culminación de las obras constructivas del proyecto y la falta de ingreso para el desarrollo del mismo.
- vi. La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos.**

De las problemáticas aquí referidas, y ante la imposibilidad de generación de planes de acción y reactivación del proyecto por parte de BD Cartagena S.A.S., como Promotor y Desarrollador del mismo; derivan en la imposibilidad de dar cumplimiento al objeto y finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club Hotel, todo lo cual ha sido puesto en conocimiento de la sociedad Fideicomitente.
(...).

En el informe anterior, tiene especial relevancia el aspecto relacionado con **“La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos”**. Parece muy extraño, que se produzca **“La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos”**, cuando apenas unos meses anteriores, la fiduciaria había informado lo siguiente: **“En ese contexto, el proyecto BD Cartagena actualmente se encuentra en fase de desarrollo y ejecución de su construcción, la cual está a cargo de la constructora PRABYC INGENIEROS S.A.S., con un contrato integral. La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto”**.

Según lo dicho por la demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., acerca de que **“La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto”**, se debe señalar que entonces el manejo de los recursos del **proyecto BD Cartagena** los hacía directamente la fiduciaria y siendo así las cosas, por qué se produce **“La terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos”**, si los pagos los debió hacer directamente la demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a la referida sociedad **PRABYC INGENIEROS**.

Lo manifestado por la demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., acerca de que **“La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto”**, está conforme con lo estipulado en el numeral 6.1.2., de la **“CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, según el cual, los únicos recursos a los que tendría derecho **BD CARTAGENA S.A.S.**, era a **“los excedentes**

que se encuentren en el FIDEICOMISO, pero hasta tanto, estuviera ***“terminada la construcción y dotación de cada Etapa del Proyecto”***.

En consecuencia, como no se terminó la construcción y la dotación del proyecto, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no tiene facultad legal o contractual para haber girado, como así lo hizo sumas de dinero a **BD CARTAGENA S.A.S.**, porque como se reitera, el proyecto no terminó exitosamente y porque según la misma fiduciaria, ***“la sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto. En los términos de los Contrato de Fiducia Mercantil a través de los cuales se estructura el proyecto, los recursos aportados por los Participes / Beneficiarios son girados a la constructora, con una destinación específica la cual es el desarrollo y ejecución de la construcción del proyecto BD Cartagena”***. Las sumas de dinero giradas indebidamente por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a **BD CARTAGENA S.A.S.**, son las siguientes:

1. Documento denominado **“ORF 4136982”**, que contiene la orden de giro **No. 34** de fecha **9 de julio de 2015** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **NOVECIENTOS MILLONES SEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$900.006.400.00)**, por concepto de ***“Reintegro Cancelación Fac 215037 ALONSO Y ARQUITECTOS ASOCIADOS BALAGUER”***.

2. Documento denominado **“ORF 4469252”**, que contiene la orden de giro **No. 135** de fecha **22 de diciembre de 2015** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$980.754.484.00)**, por concepto de ***“Reintegro por pagos realizados por concepto de Sala de ventas”***.

3. Documento denominado **“ORF 4750222”**, que contiene la orden de giro **No. 186** de fecha **02 de mayo de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000.00)**, por concepto de ***“Anticipo según contrato BDC-21 obra BD CARTAGENA”***.

4. Documento denominado **“ORF 5072022”**, que contiene la orden de giro **No. 240** de fecha **12 de septiembre de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL VEINTIUN PESOS (\$2.483.783.021.00)**, por concepto de ***“1er Anticipo sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016”***.

5. Documento denominado **“ORF 5104002”**, que contiene la orden de giro **No. 246** de fecha **26 de septiembre de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL OCHOCIENTOS**

MILLONES DE PESOS (\$1.800.000.000.00), por concepto de *“Abono 2do Anticipo (2.828.943.944) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016”*.

6. Documento denominado **“ORF 5135552”**, que contiene la orden de giro **No. 248** de fecha **05 de octubre de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$1.028.943.944.00)**, por concepto de *“Saldo 2do Anticipo (2.828.943.944) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016 (saldo cuota septiembre – 16)”*.

7. Documento denominado **“ORF 5179532”**, que contiene la orden de giro **No. 253** de fecha **04 de noviembre de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.00)**, por concepto de *“Abono 3er Anticipo (2.700.000.000) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016”*.

8. Documento denominado **“ORF 5217382”**, que contiene la orden de giro **No. 256** de fecha **21 de noviembre de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200.000.000.00)**, por concepto de *“3er Abono saldo del 3er Anticipo (2.700.000.000) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016 (Saldo del anticipo 1.200.000.000)”*.

9. Documento denominado **“ORF 5252772”**, que contiene la orden de giro **No. 259** de fecha **09 de diciembre de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200.000.000.00)**, por concepto de *“1er Abono saldo del 4to Anticipo (2.700.000.000) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016”*.

10. Documento denominado **“ORF 5307972”**, que contiene la orden de giro **No. 268** de fecha **05 de enero de 2016** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.00)**, por concepto de *“3er Abono saldo del 4to Anticipo (2.700.000.000) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD*

CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016 (Saldo del anticipo 1.000.000.000)”.

11. Documento denominado “**ORF 5336952**”, que contiene la orden de giro **No. 269** de fecha **23 de enero de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.00)**, por concepto de *“1er Abono del 5to Anticipo (2.700.000.000) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016.*

12. Documento denominado “**ORF 5566112**”, que contiene la orden de giro **No. 283** de fecha **10 de mayo de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000.00)**, por concepto de *“2do Abono del 6to Anticipo (2.700.000.000) sobre el contrato de construcción del PROYECTO BD CARTAGENA BEACH CLUB, celebrado entre BD CARTAGENA como contratante y PRABYC INGENIEROS SAS como contratista, celebrado el día 24 de agosto de 2016 (Saldo del anticipo 1.400.000.000).*

13. Documento denominado “**ORF 5682852**”, que contiene la orden de giro **No. 287** de fecha **28 de junio de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$2.200.000.000.00)**, por concepto de *“Segundo Abono al primer corte de obra en trámite del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena.*

14. Documento denominado “**ORF 5695122**”, que contiene la orden de giro **No. 289** de fecha **7 de julio de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000.00)**, por concepto de *“Tercer Abono al primer corte de obra en trámite del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena).*

15. Documento denominado “**ORF 5733142**”, que contiene la orden de giro **No. 292** de fecha **26 de julio de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.00)**, por concepto de *“Cuarto Abono al primer corte de obra en trámite del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena).*

16. Documento denominado “**ORF 5789592**”, que contiene la orden de giro **No. 295** de fecha **22 de agosto de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000.00)**, por concepto de *“Séptimo Abono al*

primer corte de obra en trámite del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena”.

17. Documento denominado **“ORF 5990302”**, que contiene la orden de giro **No. 302** de fecha **16 de noviembre de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **SETECIENTOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$700.329.418.00)**, por concepto de *“Tercer corte de obra \$700.329418 en trámite del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena”.*

18. Documento denominado **“ORF 6079702”**, que contiene la orden de giro **No. 303** de fecha **21 de diciembre de 2017** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.00)**, por concepto de *“ANTICIPO MOVIMIENTO DE TIERRAS incluido en el otrosí 2 al contrato de precio globo fijo”.*

19. Documento denominado **“ORF 6215342”**, que contiene la orden de giro **No. 306** de fecha **21 de febrero de 2018** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE PESOS (\$1.066.656.139.00)**, por concepto de *“Saldo quinto corte de obra (709.957.718) y abono al primer corte de obra (356.698.421) en trámite del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena”.*

20. Documento denominado **“ORF 6447582”**, que contiene la orden de giro **No. 310** de fecha **29 de mayo de 2018** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **SETECIENTOS TRECE MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS (\$713.912.213.00)**, por concepto de *“Cancelación del corte de obra 7 del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena”.*

21. Documento denominado **“ORF 6498432”**, que contiene la orden de giro **No. 311** de fecha **22 de junio de 2018** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **OCHOCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS (\$820.000.000.00)**, por concepto de *“Abono corte de obra 8 del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena, según relación adjunta”.*

22. Documento denominado **“ORF 6219602”**, que contiene la orden de giro **No. 307** de fecha **26 de febrero de 2018** a favor del beneficiario **BD CARTAGENA**, identificado con Nit. **900.576.287**, valor girado por la suma de **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.00)**, por concepto de *“Abono al primer corte de obra en*

trámite del contrato de construcción del Proyecto Bd Cartagena Beach Club, ubicado en la ciudad de Cartagena”.

Las veintidós (22) órdenes de giro antes identificadas, dan cuenta que la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, entregó indebidamente a **BD CARTAGENA S.A.S.**, la suma de **\$24.344.385.619**, suma esta que no se debió entregar, porque según dicha fiduciaria, ***“la sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto. En los términos de los Contrato de Fiducia Mercantil a través de los cuales se estructura el proyecto, los recursos aportados por los Participes / Beneficiarios son girados a la constructora, con una destinación específica la cual es el desarrollo y ejecución de la construcción del proyecto BD Cartagena”***. En tales circunstancias, la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, incumplió con el deber estipulado en el numeral 2.3., de la **“CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, porque en lugar de recibir y administrar para el **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL** los recursos que aportaron LOS PARTICIPES (**\$87.020.839.875**), la fiduciaria recibió dichos aportes y de ellos entregó a **BD CARTAGENA S.A.S.**, la suma de **\$24.294.385.619**, a pesar de que esta sociedad no tiene derechos legales o contractuales sobre dicha suma de dinero.

Según la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, ***“PRABYC INGENIEROS S.A.S., en su rol de constructor responsable de las obras del proyecto”***. ***“En ese contexto, el proyecto BD Cartagena actualmente se encuentra en fase de desarrollo y ejecución de su construcción, la cual está a cargo de la constructora PRABYC INGENIEROS S.A.S., con un contrato integral. La sociedad BD CARTAGENA S.A.S, no maneja ningún recurso del proyecto.*** Esto significa que es a la constructora **PRABYC INGENIEROS S.A.S.**, a la cual la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, debía girar las sumas de dinero por concepto de la ejecución de la construcción del proyecto. Sin embargo, para dicha constructora, de las ordenes de giro allegadas por la fiduciaria al proceso, existe únicamente una orden de giro, así:

Documento denominado **“ORF 6802302”**, que contiene la orden de giro **No. 310** de fecha **19 de octubre de 2018** a favor del beneficiario **PRABYC INGENIEROS**, identificado con Nit. **800.173.155**, valor girado por la suma de **SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES VEINTE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$728.020.334.00)**, por concepto de **“PAGO ACTA NO. 10 CONTRATO DE CONSTRUCCION”**. Esto es que a pesar de que la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sabía y conocía que debía pagar a la constructora **PRABYC INGENIEROS S.A.S.**, no llevó a cabo los pagos correspondientes.

La falta del pago a la constructora **PRABYC INGENIEROS S.A.S.**, produjo como consecuencia ***“la terminación del Contrato de Construcción por parte de la sociedad PRABYC INGENIEROS por incumplimiento de pagos”***, así como lo informó la misma demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante el

documento de *junio 30 de 2019*, “**INFORME DE GESTIÓN – PARTÍCIPIES**” “**Fideicomiso: FA-2941 FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

Se hace necesario resaltar la orden de giro pagada por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante el documento denominado “**ORF 4093252**”, que contiene la orden de giro **No. 33** de fecha **16 de junio de 2015** a favor del beneficiario **FONT PASTOR JOSE RAFAEL**, con cedula de extranjería **No. 505,555**, valor girado por la suma de **TRES MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$3.300.000.000.00)**, por concepto de “**Pago Lote BD CARTAGENA**”.

Lo primero que llama la atención es el beneficiario de la suma pagada (**\$3.300.000.000.00**) a quien se identifica como **FONT PASTOR JOSE RAFAEL**, con cédula de extranjería **No. 505,555**, quien según las pruebas allegadas al proceso no tiene ninguna relación con el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, el “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**” o “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”. Igualmente, no está demostrado en el proceso que la persona aquí mencionada tenga relación con la construcción y la dotación del proyecto, por ejemplo, un proveedor.

Según los certificados de tradición y libertad de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria (No. **060-112873**, No. **060-113064** y No. **060-28660**) de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena; según la Escritura Pública No. 842 de 21 de mayo de 2014 de la Notaría Treinta y Seis de Bogotá, D.C.; y según la Escritura Pública No. 841 de 21 de mayo de 2014 de la Notaría Treinta y Seis de Bogotá, D.C., se mencionada a quien se identifica como **FONT BARCELO JOSE**, identificado como cédula de extranjería # **355831** y que se tratada de la persona de la cual, “**ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, adquirió la “**TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL**” de los inmuebles **060-112873**, No. **060-113064**, mediante la referida Escritura Pública No. 842 de 21 de mayo de 2014 de la Notaría Treinta y Seis de Bogotá, D.C., y de la cual “**ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A QUIEN ACTUA COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, adquirió la “**TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TITULO DE BENEFICIO EN FIDUCIA MERCANTIL FALSA TRADICION**”, del inmueble **060-28660**, mediante la referida Escritura Pública No. 841 de 21 de mayo de 2014 de la Notaría Treinta y Seis de Bogotá, D.C. En consecuencia, la persona que tuvo relación con los fideicomisos aquí referidos derivada de las transferencias ya identificadas fue **FONT BARCELO JOSE**, identificado como cédula de extranjería # **355831**, pero no **FONT PASTOR JOSE RAFAEL**, con cedula de extranjería **No. 505,555**, porque si mayor esfuerzo se puede evidenciar que se trata de personas diferentes.

Lo segundo que llama la atención es el concepto por el cual la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, pagó indebidamente la suma de (**\$3.300.000.000.00**) a **FONT PASTOR JOSE RAFAEL**, por concepto de “**Pago Lote BD CARTAGENA**”. Como se puede apreciar en el documento “**ORF 4093252**”, que contiene la orden de giro **No. 33** de fecha **16 de junio de 2015** y en

sus anexos, no se identifica cuál es el “**Lote BD CARTAGENA**” que supuestamente se pagó. En el proceso no existe prueba alguna mediante la cual se acredite que **FONT PASTOR JOSE RAFAEL**, haya vendido, aportado o transferido el supuesto “**Lote BD CARTAGENA**” y no hay prueba alguna que dicho lote costara la suma de **(\$3.300.000.000.00)**. En consecuencia, el pago que hizo la fiduciaria, por la suma mencionada, a la persona señalada y por el concepto referido, no tiene ninguna relación de causalidad con la construcción y la dotación del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que está definido en los numerales 1.5., de la “**CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”.

También se hace necesario resaltar la orden de giro pagada por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, mediante el documento denominado “**ORF 4120192**”, que contiene la orden de giro **No. 36** de fecha **1 de julio de 2015** a favor del beneficiario **BD PROMOTORES COLOMBIA SAS**, identificado con Nit. **900.236.747-1**, valor girado por la suma de **MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.800.000.000.00)**, por concepto de “**REINTEGRO GASTOS PUBLICIDAD PROYECTO BD CARTAGENA**”.

Lo primero que llama la atención es el beneficiario de la suma pagada **(\$1.800.000.000.00)** a quien se identifica como **BD PROMOTORES COLOMBIA SAS**, identificado con Nit. **900.236.747-1**, sociedad esta que según las pruebas allegadas al proceso no tiene ninguna relación con el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, el “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**” o “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”. Igualmente, no está demostrado en el proceso que la persona aquí mencionada tenga relación con la construcción y la dotación del proyecto, por ejemplo, un proveedor.

Lo segundo que llama la atención es el concepto por el cual la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, pagó indebidamente la suma de **(\$1.800.000.000.00)** a **BD PROMOTORES COLOMBIA SAS**, por concepto de “**REINTEGRO GASTOS PUBLICIDAD PROYECTO BD CARTAGENA**”. Como ya se ha mencionado, según el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y el “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y con base en las propias afirmaciones de la fiduciaria, según la cual, “*en los términos de los Contrato de Fiducia Mercantil a través de los cuales se estructura el proyecto, los recursos aportados por los Participes / Beneficiarios son girados a la constructora, con una destinación específica la cual es el desarrollo y ejecución de la construcción del proyecto BD Cartagena*”. En consecuencia, el pago que hizo la fiduciaria, por la suma mencionada, a la persona señalada y por el concepto referido, no tiene ninguna relación de causalidad con la construcción y la dotación del proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, que está definido en los numerales 1.5., de la “**CLÁUSULA PRIMERA.**

DEFINICIONES” del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”.

Entonces, con base en lo expuesto anteriormente, de las órdenes de giro aportadas por la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que ascienden a la suma de **\$30.172.405.953**, es suficiente para demostrar que la fiduciaria nunca dispuso de manera legal de los recursos recibidos de los partícipes, por lo que no le asiste la razón al Despacho de primera instancia al reconocer en la sentencia apelada que la fiduciaria actuó de manera diligente cuando es evidente que no lo hizo así. Adicionalmente, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no demostró como era su deber, cuál fue el destino de la suma de **\$56.848.433.922** que corresponde a la diferencia entre la suma que aceptó recibir de los partícipes por **\$87.020.839.875** y la suma de **\$30.172.405.953**.

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, intentó demostrar que la suma recibida por concepto de aportes **\$87.020.839.875**, fue destinada al proyecto, aportando dos documentos, sobre los cuales, sin mayores detalles, en la sentencia apelada se menciona lo siguiente: ***“Indican que, hasta ahora lo alcanzado en el proyecto, incluso menguado por el eventual abandono de la obra, se equipara al 70% de la inversión ya pagada y a un avance del 65% de la obra”***. En la formulación del reparo en la audiencia, se dijo lo siguiente: ***“No es cierto que esté demostrado en el proceso que el dinero que reportaron que aportaron los fideicomitentes al proyecto que la fiduciaria reconoce ser 87 mil millones de pesos se haya invertido en el proyecto porque el dictamen pericial que se aportó por la fiduciaria no sirve para demostrar que el dinero se haya invertido allá, el objeto de ese dictamen era simplemente señalar cuánto valía el predio y cuánto valían las construcciones a valor comercial, es decir una expectativa de cuánto se podría pagar por el proyecto pero nunca que el dinero correspondiente a los 87 mil millones estuvieran allá invertidos, efectivamente y eso lo dijo el perito al preguntarse de manera especial sobre ese aspecto”***.

Uno de ellos es el documento ***“INFORME FINANCIERO DEL FIDEICOMISO FA 2941 BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL”***. Mediante el documento referido, no se puede demostrar que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera dado cumplimiento a lo estipulado en el numeral 7.2.1., de la **CLÁUSULA SEPTIMA.- INSTRUCCIONES** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, esto es que, las

órdenes de giro cumplieran con la exigencia de haber sido solicitadas “**por escrito [por] EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**”.

El documento menciona la siguiente “**Información entregada por parte de Acción Sociedad Fiduciaria:**”

1.1. *Certificación de recursos y punto de Equilibrio Etapa 1*

1.2. *Certificación de recursos y punto de Equilibrio todas las etapas.*

1.3. *Estados Financieros certificados 2020 del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club – Hotel, con sus notas*

1.4. *Estados Financieros certificados 2017, 2018 y 2019 del Fideicomiso BD Cartagena Beach Club – Hotel*

1.5. *Rendición de cuentas semestral e informe de gestión, semestres 1 y 2, años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020”.*

Como se puede apreciar, el documento no menciona documentos relacionados con las órdenes de giro que hubiera solicitado “**por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**”. Y como ya se mencionó, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, aportó documentos únicamente por la suma de **\$30.172.405.953**.

Según el artículo 226 del Código General del Proceso, “*todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones*”.

En la orientación de la norma mencionada, el dictamen tendría que “**ser claro, preciso, exhaustivo y detallado**” en el aspecto relacionado con las órdenes de giro que hubiera solicitado “**por escrito EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR**”, que el perito debió examinar para la identificación del destino de la suma de **\$94.355.968.678**. Ante la ausencia del requisito legal mencionado, el dictamen no es demostrativo del hecho que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hubiera entregado efectivamente a la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, la suma de **\$94.355.968.678**. De todas maneras, la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, no debió girar ninguna suma de dinero para **BD CARTAGENA S.A.S.**, porque como se reitera, el proyecto inmobiliario denominado “**BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no contó con **INTERVENTOR** y las sumas de dinero que hubieran sido recaudados por la fiduciaria “*en los términos de los Contrato de Fiducia Mercantil a través de los cuales se estructura el proyecto, los recursos aportados por los Participes / Beneficiarios son girados a la constructora, con una destinación específica la cual es el desarrollo y ejecución de la construcción del proyecto BD Cartagena*”.

Por lo anterior, desde ningún punto de vista, ya sea contractual, legal o probatorio, no es posible llegar a la conclusión que se presenta en la sentencia apelada, según la cual, “**Indican que, hasta ahora lo alcanzado en el proyecto, incluso**

menguado por el eventual abandono de la obra, se equipara al 70% de la inversión ya pagada y a un avance del 65% de la obra". Se trata de una conclusión que choca con el material probatorio que demuestra todo lo contrario.

En todo caso, el referido **"INFORME FINANCIERO DEL FIDEICOMISO FA 2941 BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL"**, no se puede tener como la prueba del cumplimiento de la obligación a cargo de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, porque conforme al artículo 1234 del Código de Comercio, el deber de **"Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses"**, es indelegable, circunstancia que está confirmada con lo consagrado en la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), así:

"6.1.2. Carácter indelegable

La rendición de cuentas es un deber indelegable en terceras personas u órganos del fideicomiso, pues el fideicomitente ha depositado su confianza en el profesionalismo del fiduciario para la realización de la gestión, por lo cual le corresponde rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones personalmente, entre otras razones, como administrador de los bienes fideicomitidos. En tal virtud, es a la sociedad fiduciaria a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el acto constitutivo y en la ley".

Pero si de algo sirve el **"INFORME FINANCIERO DEL FIDEICOMISO FA 2941 BD CARTAGENA BEACH CLUB HOTEL"**, es precisamente para demostrar el incumplimiento de la demandada de la obligación de **"Llevar la contabilidad del Fideicomiso"**, porque según el informe se encontró que a la **"Fecha de corte 31/12/2020"** de los **"Aportes inversionistas"** calculado en la suma de **\$94.363.854.667**, los **"Costos Legalizados"** ascendieron únicamente a la suma de **\$72.710.789.498**, mientras que los costos no legalizados que se llama **"Anticipo de contratos"**, asciende a la suma de **\$17.645.179.180**. Esto significa en términos sencillos que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, tiene por legalizar la suma de **\$17.645.179.180**, esto es, sin saber o sin conocer cuál es el paradero o el destino de esa suma de dinero que, valga decir, jamás podrá ser legalizada por la simple razón que la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**, fue sometida a liquidación judicial (**Auto No. 15611 del 20 de octubre de 2022**, de la **Superintendencia de Sociedades**, inscrita en la **Cámara de Comercio el 23 de diciembre de 2022 con el No. 02913790 del Libro IX**).

La presencia de la suma de **\$17.645.179.180** de **"Anticipo de contratos"**, esto es, por legalizar, permite confirmar la hipótesis de otro de los incumplimientos imputables a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que consiste en haber girado dicha suma de dinero sin la autorización del **INTERVENTOR**.

Efectivamente si la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, entregó la suma de **\$17.645.179.180** de **"Anticipo de contratos"**, no se puede considerar válidamente que haya cumplido con su obligación de **"Rendir cuentas"**

comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses", porque no existe comprobación de cuál fue el destino de la suma referida.

Ya se mencionó que, *"Por lo tanto, la rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los soportes que documenten la información presentada"*.

El otro documento aportado por la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, es el **"AVALÚO COMERCIAL DE UN PREDIO URBANO MA 202102066 de FECHA 11 DE FEBRERO DE 2021"**. Según ese documento, la **"Construcción"** tiene un porcentaje de ejecución **"ORC.EJEC"** del **"42%"**. Presenta un **"VALOR PRESUPUESTO"** por la suma de **"\$104.527.115.204"** y como **"VALOR EJECUTADO"** la suma de **"\$43.901.388.386"**. Con base en este documento, también se evidencia que no se puede aceptar la conclusión de la sentencia apelada, según la cual, **"Indican que, hasta ahora lo alcanzado en el proyecto, incluso menguado por el eventual abandono de la obra, se equipara al 70% de la inversión ya pagada y a un avance del 65% de la obra"**.

Aceptando en gracia de discusión como cierta la suma de **"\$43.901.388.386"** referida a la **"Construcción"**, en todo caso, sigue la duda sobre cuál fue el destino que dio la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a la suma de **\$43.119.451.489** que corresponde a la diferencia entre aquella y la suma de **\$87.020.839.875**, recibida por la fiduciaria de los partícipes o vinculados al **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**.

La sentencia apelada, pasó por alto lo informado en el **"AVALÚO COMERCIAL DE UN PREDIO URBANO MA 202102066 de FECHA 11 DE FEBRERO DE 2021"**, así: **"OBSERVACIONES: No posee servicios de electricidad exterior (postes de alumbrado eléctrico), no posee servicios de alcantarillado, acueducto, drenajes, todo el proyecto se encuentra abandonado hace más de tres años"**. Si la sentencia apelada, hubiera tenido en cuenta lo informado en el avalúo referido, no habría podido sacar la siguiente conclusión: *"Al fin de cuentas, parte de las prestaciones del fiduciario es la restitución de las inversiones a quien lo solicite bajo la respectiva penalidad, o distribuir las utilidades que genere para cada partícipe su inversión, e incluso consultar con la asamblea de partícipes el destino del proyecto, de suerte que esa finalidad contractual derruye la alegación respecto a la imposibilidad de cumplir el contrato de fiducia"*.

Sexto Reparó. **"Sexto reparo, en la sentencia se acepta que la Fiduciaria en la etapa precontractual del contrato de fiducia mercantil y de los contratos de vinculación cumplió con las normas de la Superintendencia Financiera, lo cual no lo hizo, basta con señalar que en el contrato de fiducia mercantil en la parte relacionada con los derechos fiduciarios, no menciona cuáles son los derechos"**

fiduciarios que sacó a circulación a venta con el Fideicomiso BD Cartagena Beach Club, tampoco menciona cuáles fueron las participaciones con las que se quedó el fideicomitente y no cumple con la función de identificar cada uno de los aspectos que la normativa de la superintendencia financiera le exige que deben quedar expresamente mencionados en los contratos de vinculación, por ejemplo para poner sólo el caso de la capacidad financiera y técnica que tendría que tener el fideicomitente BD Cartagena SAS., para desarrollar el proyecto, en el expediente está el Certificado de Existencia y Representación Legal de BD Cartagena SAS., como fideicomitente y allí sé que es con ese documento que se acredita que el capital pagado fue de 10 millones de pesos entonces no es posible predecir o predicar que de una sociedad que apenas tiene 10 millones de pesos, sea capaz y tenga la capacidad para desarrollar un proyecto que rondaba la cifra de los 100 mil millones de pesos”.

La sustentación del sexto reparo es la siguiente:

Para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, son aplicables la regulación consagrada en el numeral **5.5.**, de la **PARTE II – TÍTULO II – CAPÍTULO I** de la Circular Básica Jurídica (C.E. 007-96), expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, para los **“contratos de fiducia a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”**, así:

“5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias.

Son aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto el proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales.

Estos negocios están principalmente compuestos por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario.

La fiduciaria debe contar con contratos adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.

Sin perjuicio de las instrucciones especiales aquí definidas, a los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercialicen participaciones fiduciarias le

serán aplicables, en lo que corresponda, las normas definidas en el presente capítulo para los otros tipos de negocios fiduciarios.

Todos aquellos negocios fiduciarios en los que se comercialicen participaciones se entenderán para los efectos de lo dispuesto en los términos del artículo 146 numeral 4 del EOSF, como contratos de adhesión o de prestación masiva. En tal sentido, sin perjuicio de la facultad contenida en el subnumeral 3.3 del presente Capítulo, en el evento en que pasados 60 días hábiles después de la radicación de la solicitud de autorización la Superintendencia no haya emitido un pronunciamiento al respecto, se entenderá que el modelo de contrato ha sido autorizado.

5.5.1 Las sociedades fiduciarias al momento de decidir si comprometen o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, deben solicitar al gestor o promotor la información necesaria para evaluar, valorar y verificar aspectos como:

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, comprometió su responsabilidad, a pesar de que no cumplió con las siguientes normas como se pasa a demostrar, así:

“5.5.1.1. Los riesgos del negocio y las posibilidades de ganancia o pérdida, conforme a los escenarios proyectados para la operación. Tal información debe reposar en un documento que contenga la evaluación de riesgos del proyecto”.

Para el caso de “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no existe “***un documento que contenga la evaluación de riesgos del proyecto***”, esto es que contenga cuáles son “***los riesgos del negocio y las posibilidades de ganancia o pérdida, conforme a los escenarios proyectados para la operación***”. Sobre el punto referido, lo único que existe es el “**PARÁGRAFO QUINTO**” de la “**TERCERA: ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS**” del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, según el cual, “***el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a ACCIÓN, como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos de acuerdo a lo establecido en la precedencia, será para EL(LOS) PARTICIPE(S) en el de que no se den las condiciones de acuerdo con lo establecido en la cláusula quinta del presente documento y del FIDEICOMISO en caso contrario***”. Pero dicha cláusula no hace referencia al aspecto consagrado en la norma referida.

“5.5.1.2. Las condiciones que deben cumplirse para iniciar o continuar con cada fase del negocio”.

En la “**CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO**” del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” se mencionan las etapas, pero no está claramente identificadas las condiciones

para *iniciar o continuar*, al punto que la “**ETAPA DE CONSTRUCCION**”, no terminó y la “**ETAPA DE OPERACIÓN**”, no comenzó.

“5.5.1.3. El número de participaciones fiduciarias que se deben comercializar para obtener la viabilidad financiera del proyecto, la cual debe abarcar desde la fase pre-operativa hasta el inicio de la operación y debe tener en cuenta todas las fuentes de recursos”.

En el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no está estipulado ***“3l número de participaciones fiduciarias que se deben comercializar para obtener la viabilidad financiera del proyecto, la cual debe abarcar desde la fase pre-operativa hasta el inicio de la operación y debe tener en cuenta todas las fuentes de recursos”.***

En el contrato de fiducia mercantil está la siguiente cláusula, pero en ella no está identificado el aspecto consagrado en la norma mencionada.

“1.9. DERECHOS FIDUCIARIOS: Corresponde a la unidad de medida que permite determinar el porcentaje de derechos y obligaciones que le corresponden a EL(LOS) PARTICIPANTE(S) durante la ETAPA DE OPERACIÓN con ocasión de su vinculación al FIDEICOMISO, es decir, permiten determinar su participación en el mismo; para los efectos del presente contrato, habrá dos modalidades de Derechos Fiduciarios, los denominados FIDI SMART y FIDI BEACH, que tendrán las equivalencias y porcentajes de participación en el Fideicomiso que se describen en el Cuadro de Participación Anexo No. 4”.

“5.5.1.4. La existencia de los estudios de títulos en los que conste que los bienes que se transfieran o vayan a transferir no presentan problemas que afecten su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición”.

El inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. **060-28660** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, al momento de la transferencia al “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, presentaba ***“problemas que afecten su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición”***. Dicho inmueble es objeto de persecución en el **PROCESO: POSESORIO** que adelanta el **DEMANDANTE JOSE RAFAEL FONT PASTOR**, con el **DEMANDADO: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en el **JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, D.T. Y C.**, bajo radicación No. **13001310300520220007100**, inmueble que está afectado con las medidas cautelares de la inscripción de la demanda y “**AMPARO PROVISIONAL JUDICIAL**”, a la posesión que ejerce sobre el predio materia de este proceso, consistente además en ordenar a la **Acción Fiduciaria SAS**, se abstenga de ejercer

actos de violencia y despojo sobre ese mismo bien, con la finalidad de preservar sus derechos durante el transcurso del proceso”

“5.5.1.5. La existencia de los modelos, estudios técnicos y diseños con los que debe contar el proyecto, los cuales deben ser presentados por el promotor o gestor, según corresponda”.

Para el caso de “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no existe ***“los modelos, estudios técnicos y diseños con los que debe contar el proyecto”***. Esa falencia se ve reflejada entre otros aspectos, en el hecho que el proyecto ***“No posee servicios de electricidad exterior (postes de alumbrado eléctrico), no posee servicios de alcantarillado, acueducto, drenajes, todo el proyecto se encuentra abandonado hace más de tres años”***.

“5.5.1.6. Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto”.

Para el caso de “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no existen detalles o información de que efectivamente ***“se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto”***. Esa falencia, explica el fracaso del proyecto, porque la experiencia señala que uno de los elementos que permiten terminar exitosamente un proyecto, es precisamente el establecimiento de las fuentes de financiación.

“5.5.1.7. Que se cuente con la metodología para la cuantificación y valoración de las participaciones de los Negocios”.

Para el caso de “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no se contó ***“con la metodología para la cuantificación y valoración de las participaciones de los Negocios”***. Lo primero porque no se tiene información sobre cuál es el número de las participaciones comercializadas, y lo segundo porque no existe información para saber con base en qué criterios se decidió el valor por concepto los aportes pagados por los partícipes. Para el caso de los demandantes, las sumas pagadas oscilan entre **\$28.800.000**, la menor y **\$214.200.000**, la mayor, pero no se conoce ***“la metodología para la cuantificación y valoración”*** de dichos aportes.

5.5.1.8. Que el constructor y promotor cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.

Para el caso de “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN

FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL", el promotor es **BD CARTAGENA S.A.S.**, (hoy sometida a liquidación judicial (**Auto No. 15611** del **20 de octubre de 2022**, de la **Superintendencia de Sociedades**, inscrita en la **Cámara de Comercio** el **23 de diciembre de 2022** con el **No. 02913790** del **Libro IX**). Dicha sociedad no ***"cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto"***, lo que se demuestra con el mismo fracaso del proyecto. Según el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, contaba con apenas un capital pagado de **\$10.000.000**, suma insuficiente para cualquiera que fuera el proyecto intentado.

"5.5.1.9. Que se tomen las pólizas de seguros que amparen, por lo menos, los riesgos de daños a la obra, los riesgos en la construcción, daños a la maquinaria de la obra, daños a terceros y riesgos de responsabilidad civil, según aplique".

Para el caso de **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** y del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, no fueron tomadas ***"las pólizas de seguros que amparen, por lo menos, los riesgos de daños a la obra, los riesgos en la construcción, daños a la maquinaria de la obra, daños a terceros y riesgos de responsabilidad civil"***.

"5.5.1.10. Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra se encuentren vigentes"

Para el caso de **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"** y del **"CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL"**, no se encuentran vigentes las ***"licencias de construcción"*** ***"necesarios para el desarrollo de la obra"***, no se encuentran vigente. Dichas licencias que ya están vencidas y sin que se hubiera terminado la construcción y dotación del proyecto son:

La Resolución No. 0166 de 27 de agosto de 2010, **EL CURADOR URBANO DISTRITAL No. 2** de Cartagena, aprobó la modificación de la licencia de parcelación y construcción, sobre los predios ubicados en Punta Canoa Corregimiento de la Boquilla denominados Viviano y la Punta, cuyas cabidas, medidas, y linderos están señalados en la escritura pública No. 3578 y 3579 de 16 de octubre de 2008, suscritas en la Notaria Segunda del Círculo de Cartagena y No. 805 de 13 de marzo de 2013, suscrita en la Notaria Segunda del Círculo Notarial de Cartagena, identificados con las referencias catastrales No. 00-01-0002-0375-000 y 00-01-0002-0358-000 y matriculas inmobiliarias No. 060-112873, 060-113064, 060-28660.

La Resolución No. 0166 de 27 de agosto de 2010, fue objeto de modificación mediante, la **RESOLUCIÓN No. 0302 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013**, la **RESOLUCIÓN No. 0349 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2015**, la **RESOLUCIÓN No.**

0295 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2018, expedidas por **EL CURADOR URBANO DISTRITAL No. 2** de Cartagena.

“5.5.2. Los contratos fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias deberán contener, como mínimo, lo siguiente:

Para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no contienen los requisitos que se mencionan a continuación.

“5.5.2.1. El número de participaciones a enajenar y la indicación de las otras fuentes de recursos que constituyan la condición económica para iniciar cada una de las fases de proyecto”.

En el contrato de fiducia mercantil está la siguiente cláusula, pero en ella no está identificado el aspecto consagrado en la norma mencionada.

“1.9. DERECHOS FIDUCIARIOS: Corresponde a la unidad de medida que permite determinar el porcentaje de derechos y obligaciones que le corresponden a EL(LOS) PARTICIPE(S) durante la ETAPA DE OPERACIÓN con ocasión de su vinculación al FIDEICOMISO, es decir, permiten determinar su participación en el mismo; para los efectos del presente contrato, habrá dos modalidades de Derechos Fiduciarios, los denominados FIDI SMART y FIDI BEACH, que tendrán las equivalencias y porcentajes de participación en el Fideicomiso que se describen en el Cuadro de Participación Anexo No. 4”.

“5.5.2.2. Las condiciones financieras, técnicas y jurídicas que se deben cumplir para dar inicio a las etapas de desarrollo del proyecto y operación”.

En la **“CLÁUSULA SEXTA. ETAPAS DEL CONTRATO”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** se mencionan las etapas, pero no está claramente identificadas las condiciones para *iniciar o continuar*, al punto que la **“ETAPA DE CONSTRUCCION”**, no terminó y la **“ETAPA DE OPERACIÓN”**, no comenzó.

“5.5.2.3. La indicación expresa de contar con un interventor, auditor o asesor externo, independiente de los fideicomitentes, para supervisar las actividades adelantadas por el promotor y/o gestor, durante todas las etapas del fideicomiso.

En aquellos eventos en que el proyecto esté relacionado con el desarrollo de proyectos de construcción, la actividad del interventor se regirá por las

disposiciones contenidas en el numeral 6 del Decreto 2090 de 1989 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”.

Para el caso del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, el proyecto no contó con un interventor seleccionado y con contrato suscrito, de conformidad con lo estipulado en el numeral 1.16., de la **CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES** y de la **CLAUSULA NOVENA.- INTERVENTOR** del contrato de fiducia mencionado. No está demostrado que la existencia del interventor cuya actividad estuviera ajustada a ***“las disposiciones contenidas en el numeral 6 del Decreto 2090 de 1989 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”.***

“5.5.2.4. Los órganos asesores y/o administradores de acuerdo con lo dispuesto el numeral 2.3.7 de presente Capítulo”.

Para el caso del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, la “**ETAPA DE OPERACIÓN**”, no comenzó, razón por la cual, no entró en funcionamiento la ASAMBLEA DE BENEFICIARIOS y el COMITÉ DE BENEFICIARIOS, que según la “**CLAUSULA DECIMA: ASAMBLEA DE BENEFICIARIOS**”, comenzarían a regir el fideicomiso, después de “***Suscrita el Acta de Terminación de cada Etapa del Proyecto***”.

“5.5.2.5. El procedimiento para la designación y reemplazo del promotor y/o del operador, las calidades que deben reunir y las causales para su remoción, así como el órgano establecido en el contrato a cargo de la adopción de tales decisiones”.

Para el caso del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no está estipulado el “*procedimiento para la designación y reemplazo del promotor y/o del operador, las calidades que deben reunir y las causales para su remoción, así como el órgano establecido en el contrato a cargo de la adopción de tales decisiones*”. Como se puede apreciar en la “**CLAUSULA DECIMA SEGUNDA.- OPERADOR**”, están contempladas en las calidades que debe reunir el operador, no están contempladas las causales para su remoción.

“5.5.2.6. La obligación del promotor de dar cumplimiento a las disposiciones de publicidad establecidas en la Parte I Título III Capítulo I de la CBJ”.

Para el caso del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, no está estipulada “***la***

obligación del promotor de dar cumplimiento a las disposiciones de publicidad establecidas en la Parte I Título III Capítulo I de la CBJ.

“5.5.2.7. La forma y metodología de valorar técnicamente los activos subyacentes que corresponden al patrimonio autónomo y el procedimiento para cuantificar y valorar las participaciones fiduciarias, según la naturaleza de dicho activo”.

Para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no está estipulada ***“la forma y metodología de valorar técnicamente los activos subyacentes que corresponden al patrimonio autónomo y el procedimiento para cuantificar y valorar las participaciones fiduciarias, según la naturaleza de dicho activo”***.

Según el numeral 1.18., de la **“CLÁUSULA PRIMERA.- DEFINICIONES”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, **“ACTIVO SUBYACENTE: Se entenderá por tal el(los) inmueble(s) y la edificación que se construya sobre el(los) inmueble(s) que forma parte del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, los cuales serán entregados al OPERADOR para su operación y explotación económica. Eventualmente podrán ser también las unidades que se construyan sobre el predio del FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA y que le son adjudicadas y/o asignadas al FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA, en virtud del sometimiento de dichos predios a un reglamento de propiedad horizontal, siempre y cuando no estén destinadas a la prestación del servicio de tiempo compartido, las cuales serán adjudicadas, asignadas y/o transferidas al FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**.

Sin embargo, en los contratos antes mencionados, no hay información sobre cuál es el valor de dicho activo subyacente, y no la hay acerca de la forma o de la metodología para valor el activo subyacente referido. En todo caso, como se demostró en el proceso, el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, carece de **“ACTIVO SUBYACENTE”**, porque de este no forman parte los inmuebles (060-112873 y 060-113064, que forman parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**; y el inmueble 060-28660, que forma parte del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**). Para el **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**, no existen inmuebles y mucho menos construcción y dotación del proyecto.

“5.5.2.8. Establecer el número de participaciones fiduciarias y el tiempo que el promotor las mantendrá a su nombre durante la vigencia del contrato. No se computarán para efectos del cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto, las participaciones que mantenga el promotor a su nombre, salvo cuando éste haya aportado recursos o bienes cuyo valor esté debidamente

soportado y que hubieren sido efectivamente transferidos al fideicomiso en razón de sus participaciones fiduciarias.”

Para el caso del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no están establecidas el ***“número de participaciones fiduciarias y el tiempo que el promotor [BD CARTAGENA S.A.S.] las mantendrá a su nombre durante la vigencia del contrato”***. Sobre este punto, no es cierta la apreciación que se hace en la sentencia apelada, cuando afirma que: ***“La fiduciaria informó la cantidad de participaciones que tenía el promotor BD Cartagena SAS en el proyecto BD Cartagena”***. Como se ha dicho, en el contrato de fiducia mercantil mencionado, sobre el aspecto de cuántas son las participaciones fiduciarias, no existe información estipulada.

“5.5.2.9. Establecer el procedimiento y los responsables para la suscripción de los contratos necesarios para la fase de operación. En caso de que dichos contratos estén previamente acordados por el promotor, sus términos y condiciones deberán ser conocidos por los partícipes al momento de su vinculación”.

Para el caso del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, los ***“contratos necesarios para la fase de operación”***, no están ***“previamente acordados por el promotor”*** porque ***“sus términos y condiciones”***, no fueron ***“conocidos por los partícipes al momento de su vinculación”***. Así las personas demandantes, en el momento de celebrar el “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no tuvieron conocimiento de la existencia previa de los mencionados contratos que se utilizarían en la ***“ETAPA DE OPERACION”***. En consecuencia, si dicha etapa de operación hubiera iniciado ***“los términos económicos del contrato del OPERADOR serán los definidos por la ASAMBLEA y el COMITÉ DE BENEFICIARIOS”*** de tal manera que la escogencia o la selección de la persona ***“que sirva como operador hotelero”*** no es facultad que estuviera en cabeza de las demandadas **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y **BD CARTAGENA S.A.S.**

“5.5.2.10. Los canales a través de los cuales la sociedad fiduciaria remitirá y suministrará a los fideicomitentes la información relacionada con el cumplimiento de la finalidad del contrato”.

Para el caso del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no quedaron estipulados ***“los canales a través de los cuales la sociedad fiduciaria remitirá y***

suministrará a los fideicomitentes la información relacionada con el cumplimiento de la finalidad del contrato”.

“5.5.2.11. Las reglas y el procedimiento para llevar a cabo la cesión de las participaciones, los cuales no pueden incluir condicionamientos que afecten injustificadamente el derecho de los participantes de ceder su posición contractual en cualquier momento, así como el deber de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de los mismos al momento de la cesión”.

Para el caso del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no quedaron estipuladas ***“las reglas y el procedimiento para llevar a cabo la cesión de las participaciones, los cuales no pueden incluir condicionamientos que afecten injustificadamente el derecho de los participantes de ceder su posición contractual en cualquier momento, así como el deber de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de los mismos al momento de la cesión”.***

“5.5.2.12 La obligación que tiene la fiduciaria, como vocera y administradora del patrimonio autónomo, de informar a los fideicomitentes cualquier situación de la cual llegue a tener conocimiento, que afecte el cumplimiento de la finalidad del negocio, entre las cuales se encuentran aquellas que alteren el normal desarrollo del proyecto afecto al patrimonio autónomo”.

Para el caso del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no quedó estipulada expresamente ***“la obligación que tiene la fiduciaria, como vocera y administradora del patrimonio autónomo, de informar a los fideicomitentes cualquier situación de la cual llegue a tener conocimiento, que afecte el cumplimiento de la finalidad del negocio, entre las cuales se encuentran aquellas que alteren el normal desarrollo del proyecto afecto al patrimonio autónomo”.***

“5.5.2.13. La prohibición expresa de que el constructor responsable del proyecto o los promotores autorizados, directamente o por medio de sus agentes o empleados, reciban dineros de los adquirentes de las participaciones”.

Para el caso del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL” y del “CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”, no quedó estipulada ***“la prohibición expresa de que el constructor responsable del proyecto o los***

promotores autorizados, directamente o por medio de sus agentes o empleados, reciban dineros de los adquirentes de las participaciones”.

“5.5.2.14. La indicación de que el desembolso de los recursos recaudados a través del negocio fiduciario, será con posterioridad al momento de alcanzar el punto de equilibrio y conforme a las condiciones establecidas en el contrato para tal fin”.

Para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no quedó estipulada **“la indicación de que el desembolso de los recursos recaudados a través del negocio fiduciario, será con posterioridad al momento de alcanzar el punto de equilibrio y conforme a las condiciones establecidas en el contrato para tal fin”.**

La demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para el caso del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, no cumplió con las obligaciones consagradas en las normas a las que se hace mención, porque no tiene cláusulas en las cuales se incluya **“manera precisa: i) todas las condiciones del negocio fiduciario, ii) los derechos y obligaciones de cada una de las partes, iii) la duración, iv) la estimación de costos del proyecto y v) las penalidades por incumplimiento de las partes. Igualmente, se debe estipular en dichos contratos que las participaciones fiduciarias adquiridas podrán generar ganancias o pérdidas, según se cumplan o no las proyecciones de la explotación y operación de los activos subyacentes, y demás aspectos que se consideren relevantes”.**

Si bien es cierto que, en la sentencia apelada, se hizo mención, entre otras, a las siguientes normas (artículos 2.5.2.1.1 y 2.5.2.1.2 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 9 artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Ley 1328 de 2009 y en el capítulo 1, título 3 de la parte 1 de la Circular Externa Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, número 029 de 2014, Ley 795 de 2003, Decreto 847 de 1993, hoy Decreto 2555 de 2010, tan bien es cierto que el Despacho no constató efectivamente el incumplimiento de las normas relacionadas con los **“negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias”**, para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

En este punto se debe mencionar igualmente que la sentencia apelada no se acudió la Jurisprudencia reciente tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., sobre asuntos litigiosos similares al proceso de la referencia.

Mediante sentencia de Veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil de Decisión, Magistrada Sustanciadora: Doctora SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA, en el proceso RADICADO: 11001 31 03 003 2020 00032 02, se dijo lo siguiente:

“De modo que, adicional a las obligaciones legales antedichas y en vista de que se trata de un negocio mercantil en el que prima la confianza entre los pactantes y, principalmente, en el fiduciario, se reclama de él honrar el tenor contractual, al igual que los mandatos característicos de su profesión, en procura de salvaguardar el deber de información, de protección de los bienes fideicomitidos, de lealtad, buena fe, diligencia y especialidad. (...)

En un caso de similares contornos del que ahora nos ocupa, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que las obligaciones de las fiduciarias exigen un mayor sigilo por ser de su especialidad esta clase de negocios mercantiles:

“[L]a intervención de este profesional del sistema financiero permite a los inversionistas depositar su confianza en el proyecto, basados en su independencia, profesionalismo y supervisión estatal, lo que garantiza que sus recursos serán destinados efectivamente a la construcción y con verdaderas probabilidades de éxito.

Los negocios fiduciarios inmobiliarios sirven para «la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto» (numeral 8.2. del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ). Sin embargo, dependiendo de la fase en que intervenga la fiduciaria, tienen un contenido diferente: (I) de administración y pagos; (II) de tesorería; o (III) de preventas.

En la circular a que se ha hecho referencia, la Superintendencia Financiera de Colombia distinguió las tres (3) finalidades enumeradas de la siguiente manera:
8.2.1. De administración y pagos. En virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y

transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

8.2.2. De tesorería. Tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.

8.2.3. De preventas. Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

3.3.3. En todo caso, frente al consumidor, la participación de la fiduciaria es un sello de confianza, con independencia del rol que cumpla dentro de las múltiples posibilidades enunciadas, pues su condición de «especialista en la gestión de negocios de esa índole y además autorizada, controlada y vigilada por el Estado, genera en todas aquellas personas que entran a formar parte del mismo, bien sea en calidad de propietarios de los inmuebles destinados para la construcción del proyecto, ejecutores, acreedores, proveedores, beneficiarios, etc., al punto de convertirse, en gran medida, en el factor determinante al momento de definir la efectiva participación de éstos en el plan ofertado» (CSJ, SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

Bien se ha dicho que «los inversionistas que consideran vincularse a un proyecto inmobiliario, la presencia de la fiduciaria es de suma importancia, pues los lleva al convencimiento de que el proyecto será adecuadamente administrado por una entidad profesional y altamente especializada» (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

3.3.4. Fruto de esta confianza se impuso a las fiduciarias el deber de «realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación», verificando aspectos tales como el aporte real y en legal forma de los terrenos, la ausencia de patologías en la tradición, la viabilidad del proyecto conforme al punto de equilibrio, la presencia de condiciones técnicas, financieras y jurídicas, la existencia de autorizaciones estatales, la suficiencia de las fuentes de financiación, y la contratación de pólizas de seguros por parte del constructor (numeral 5.2.1. del Capítulo I... CBJ).

Además, tratándose del encargo de preventas, en el contrato o acuerdo de vinculación de inversores, se debe indicar que el proyecto «cuenta con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo del proyecto y que los

misimos deben estar vigentes al momento de alcanzar el punto de equilibrio y/o las condiciones de desembolso de recursos», «la indicación de la destinación que se le dará a los recursos una vez se den las condiciones necesarias para el desembolso de los mismos», «la indicación de las causales y los plazos en los cuales procede la devolución de los recursos entregados a la fiduciaria» (numeral 5.2.2. ibidem), entre otros aspectos.

Por otra parte, en materia de fiducia para el desarrollo o ejecución de proyectos inmobiliarios, el contrato debe imponer a la fiduciaria el deber de verificación del punto de equilibrio, las condiciones para la transferencia de recursos por parte de los inversionistas, la duración del proyecto inmobiliario y sus etapas, la prohibición de pagos anticipados al promotor, y la certificación semestral del constructor sobre la correcta inversión de recursos (numeral 5.2.3. ibidem).

3.3.5. Sin duda, y conforme al marco normativo de esta actividad, la confianza que genera la fiduciaria le impone cargas especiales, tanto de información como de seguimiento, de suerte que la tranquilidad generada a los inversionistas por su intervención se corresponda con la realidad de la operación.”

Por contera, no cabe duda de que a los señores Plata Osses, Plata Cardona y Cardona de Plata, no se les puede endilgar el incumplimiento de sus compromisos de pago, cuando, como ha quedado visto, quien incumplieron en primer lugar fueron las demandadas, tanto la Fiduciaria como la fideicomitente desarrolladora, en quienes no hubo un verdadero compromiso en la ejecución del proyecto conforme a lo estipulado en el contrato inicial y en sus ajustes posteriores. (...).”

El asunto resuelto en la Sentencia inmediatamente referida es idéntico al caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

En Colombia bajo la marca **“BD”**, se comenzaron a desarrollar tres proyectos, en los cuales la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, funge como fiduciaria, así: en Bogotá, D.C., el proyecto **“COMPLEJO BD BACATA”**; en Cartagena, el proyecto **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y en Barranquilla, el proyecto **“COMPLEJO BD BARRANQUILLA”**. El común denominador en los tres proyectos es que todos son un completo fracaso para las personas que invirtieron sumas de dinero en ellos. Ninguno de esos proyectos terminó exitosamente, entre otras razones por el incumplimiento de las obligaciones en su calidad de fiduciaria, imputables a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

Para el caso del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** y del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, entre las justificaciones que ha dicho la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, hay una según la cual, no era necesario verificar **“que el constructor y promotor cuenta con**

capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto”, porque si bien **BD CARTAGENA S.A.S.**, no tenía capacidad económica, la encargada de la construcción del proyecto era **PRABYC INGENIEROS S.A.S.**, frente a lo cual en la presentación del reparo en la audiencia se expresó lo siguiente:

*“Tampoco se puede aceptar que porque el constructor supuestamente Prabyc, que tampoco aquí en el proceso quedó mostrado cuál fuera el constructor porque no hubo testigos de dicha sociedad y **no hay ningún contrato de construcción que vincule a Prabyc, al proyecto como constructora**, pero independientemente de quién haya sido el constructor, la responsabilidad por el desarrollo del proyecto era exclusivamente de **BD Cartagena SAS.**, y ésta **no podía haber desarrollado el proyecto como efectivamente se demostró y esa circunstancia no la advirtió, no la estudió y no analizó la fiduciaria de manera previa a la celebración de los contratos que dieron lugar al proyecto Fideicomiso BD Cartagena Beach Club**, entonces, en este caso, **la sentencia desconoce todo el material probatorio mediante el cual se acreditó el incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, el incumplimiento de las obligaciones del fideicomitente, se acreditó que el proyecto no se terminó, que el fideicomiso no tiene ninguna finalidad y que no es posible terminar exitosamente el proyecto porque el promotor del mismo, hoy en día se encuentra en liquidación**, entonces, con la posibilidad que tenga para desarrollar dichos reparos dejo formulado el recurso de apelación solicitando a la señora juez respetuosamente se ha concedido pues en el efecto suspensivo”.*

Con base en lo expuesto, se debe afirmar que no son acertadas las conclusiones a las que llegó la sentencia apelada, al decir que *“no es dable señalar que existe una imposibilidad absoluta de realizarse los negocios fiduciarios sub-examen. Quede*

claro, entonces, las pretensiones principales, subsidiarias, consecuenciales y de condena vertidas en la demanda han de negarse porque:

- 1. Los contratos de vinculación y el de fiducia al que se vincula cada demandante es válido.*
- 2. No hubo incumplimiento esencial por parte de los patrimonios autónomos demandados.*
- 3. Se demostró el incumplimiento de varios demandantes al dejar de pagar los aportes convenidos en los contratos de vinculación”.*

No le asiste la razón a la sentencia apelada porque en el presente caso, se abre campo alguna de las pretensiones de la demanda, cuyo estudio corresponde hacer al Tribunal.

Para los efectos legales de las que lleguen a ser las restituciones mutuas, dispuestas en la sentencia que dicte el Tribunal, se hace necesario presentar las siguientes consideraciones:

Según el **1546 del Código Civil**, “*en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*”

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

El “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, celebrado por los demandantes, está cobijado para el concepto de la “**bilateralidad**”, con la particular circunstancia que son los extremos contractuales, en lo que tiene que ver con las demandadas, tres sujetos, a saber: **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, que actuó en calidad de **FIDUCIARIA** del **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**” y como la vinculación fue a un negocio fiduciario, fue convocada al proceso además como fiduciaria del “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**” “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”. Pero además a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, se convocó al proceso, a título personal, directo o por sus propios actos y para que responda por ellos y con su propio patrimonio. El otro sujeto contractual demandado es **BD CARTAGENA S.A.S**. En el presente caso es decisivo el aspecto que las sumas de dinero pagadas por concepto de aportes por las personas demandantes fueron entregados a la demanda **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

Las circunstancias antes mencionadas, tienen connotaciones jurídicas como consecuencia de la declaración de inexistencia o de la declaración de resolución del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, derivadas de los efectos que generó dicho contrato de vinculación, mientras estuvo vigente, connotaciones que no están especialmente consagradas en normas especiales o del Código Civil o del Código de Comercio y que requieren

de lo que se puede denominar como una solución creativa para resolver el asunto litigioso.

La celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, produjo un primer efecto que fue la entrega de los aportes por las personas demandantes a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en las sumas que quedaron acreditadas en el proceso, en total **\$1.563.957.500.**

El segundo efecto que produjo la celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, con base en el numeral **2.3.**, de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, fue habilitar a la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, para que ***“Reciba y administre para el FIDEICOMISO los recursos que aporten LOS PARTICIPES”***. Lo que efectivamente sucedió porque la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, recibió de las personas demandantes por concepto de aportes la suma total de **\$1.563.957.500.**

El tercer efecto que produjo la celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, con base en el numeral **2.4.**, de la **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBJETO** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, es que las sumas de dinero aportadas por las personas demandantes, se debía destinar para el desarrollo del PROYECTO inmobiliario denominado **“BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, el cual, conforme a lo probado en el proceso, se desarrollaría en tres inmuebles a saber: la Matrícula: **060-112873** y la Matrícula **060-113064**, que figuran como propiedad del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**; la Matrícula **060-28660**, que figura como propiedad del **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**, pero que, como se demostró también en el proceso, ninguna de los tres inmuebles antes identificados, forma parte del **“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, frente al cual se llevó a cabo la vinculación de las personas demandantes, como consecuencia de la celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**.

Lo anterior nos lleva a plantear el cuarto efecto que produjo la celebración del **“CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”** que consiste en la afectación desde el punto de vista económico positivo, que se produjo en los tres patrimonios autónomos referidos (**“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**, **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA”**, **“FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA”**), porque de las sumas de dinero aportadas por los partícipes destinadas al primer patrimonio (**“FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL”**) se predica que fueron levantadas construcciones en los inmuebles del

segundo y tercer patrimonios autónomos (“**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”).

Lo anterior implica qué, los efectos de la sentencia del Tribunal que resuelva el asunto litigioso se deben hacer extensivos, contrato todos los sujetos demandados **BD CARTAGENA S.A.S.**; **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a título personal, directo o por sus propios actos y para que responda por ellos y con su propio patrimonio; **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, como vocera y administradora de los patrimonios autónomos, “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, porque, de todas maneras fue **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, quien recibió “*los recursos*” que *aportaron LOS PARTICIPES*”, recursos que, si se permite la expresión, fueron a parar, afectando así económica y positivamente a los tres patrimonios autónomos ya referidos (“**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”), con la construcción, aunque fallida e incompleta que se alcanzó a levantar. Por lo tanto, además de las demandadas **BD CARTAGENA S.A.S.**, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a título personal, directo o por sus propios actos y para que responda por ellos y con su propio patrimonio, esos tres patrimonios autónomos, como consecuencia de que recibieron un efecto económico derivado de la celebración del contrato de vinculación, como consecuencia de la declaración de inexistencia o de la declaración de resolución del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, deben ser sometidos por vía de la sentencia judicial, a “*las restituciones mutuas*” de que trata el artículo 1746 del Código Civil, esto es “*para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato*” que se declaró resuelto.

Las personas demandantes, como consecuencia de la celebración del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, y por el pago de las sumas de dinero aportadas para el fallido proyecto inmobiliario, no recibieron absolutamente nada, en contraprestación, de ninguno de los tres patrimonios autónomos (“**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**”, “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”), razón por la cual, aquellas personas demandantes, nada están obligadas a restituir a favor de los patrimonios autónomos mencionados, como consecuencia de la resolución del “**CONTRATO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”. Y valga decir, para todos los efectos a que haya lugar que, las personas demandantes, no recibieron absolutamente nada de la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en su condición de demandada directa, como no recibieron nada de la demandada **BD CARTAGENA S.A.S.**

Ahora, en el hipotético caso en que la demandada **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en forma directa como entidad fiduciaria, no fuera declarada que incumplió las obligaciones a su cargo, la condena a la restitución de las sumas de

dinero pagadas por las personas demandantes, se deberá hacer extensiva contra los tres patrimonios autónomos demandados, esto es, contra el “**FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB-HOTEL**”, el “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA**” y el “**FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA**”, cuya vocera y administradora es **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, porque las sumas de dinero aportadas por las personas demandantes quedaron puestas en las construcciones, aunque incompletas, que se alcanzaron a levantar sobre los tres inmuebles ya mencionados (**060-112873, 060-113064 y 060-28660**) que forman parte de los patrimonios autónomos ya mencionados. La solución aquí reclamada se fundamenta en que la fiducia mercantil, no está instituida legalmente para defraudar los derechos económicos de quienes intervienen en ella, como fideicomitente o beneficiarios, sino como así lo consagra el artículo 1226 del Código de Comercio, “***para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario***”.

SOLICITUDES

De manera respetuosa se solicita lo siguiente:

Primera. Recovar la sentencia dictada por el **Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, D.C.**, en la audiencia pública celebrada el **4 de abril de 2024**, en el trámite del proceso de la referencia.

Segunda. Dictar la sentencia que en derecho corresponda, que incluya el análisis de todas las pretensiones de la demanda en el orden en que estas fueron presentadas.

Se envía copia del presente memorial y de sus anexos a la Doctora **MONICA ALEXANDRA MACIAS SANCHEZ**, como liquidadora de la sociedad **BD CARTAGENA S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, al correo electrónico: <atencionacreedoresbd@gmail.com>
<monicamaciasassupersociedades@gmail.com>
<procesoconcursoalmonicaamacias@gmail.com>

Se envía copia del presente memorial y de sus anexos al Doctores **DANIEL POSSE VELÁSQUEZ** y **PEDRO MIGUEL ÁLVAREZ GIRALDO**, como Apoderados Especiales de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y Vocera de los **FIDEICOMISOS LOTE COMPLEJO BACATÁ y FIDEICOMISO AREAS COMERCIALES FASE 3**, al correo electrónico: <notijudicial@accion.com.co>
<daniel.posse@phrlegal.com> <pedro.alvarez@phrlegal.com>

Cordialmente,

Luis Angel Mendoza Salazar

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR

C.C. 74242450 de Monquirá

T.P. 85.393 del C.S.J.

Carrera 14 # 94 A 24 Oficina 305 Edificio Acocentro 94 P.H., Bogotá, D.C.

Correo electrónico: abogadolams@gmail.com>

Teléfonos: 3164453056

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 015-2021-00145-01 DRA HENEY VELASQUEZ ORTIZ

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 08/05/2024 14:43

Para:Nuevo Reparto Sala Civil <nuevorepartosalacivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

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

📎 3 archivos adjuntos (673 KB)

05AutoOrdenaAbonarDebidaForma.pdf; actaindivd3751.pdf; CARATULA202100145 01.pdf;

Cordial saludo,

Por medio de la presente, remito recurso de queja que correspondió a este despacho judicial por reparto, para los fines pertinentes.

Agradezco la atención prestada,

Atentamente,

☐

☐



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

David Santiago Parra Díaz

Citador

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil

Dirección: Av. Calle 24 No. 53-28 - Torre C - Oficina 305

Teléfono: 018000110194 Ext. 88349-88350-88353.

Fax: Ext. 8350 - 8351

Bogotá, Colombia.

E-mail: dparradi@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Yanira Andrea Rojas Figueroa <yrojasf@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 23 de abril de 2024 16:38

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: PROVIDENCIA DRA VELASQUEZ RV: auto cúmplase

Cordial saludo,

Remito providencia para fines pertinentes.

Yanira Andrea Rojas Figueroa

Auxiliar de servicios generales

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil

Dirección: Av. Calle 24 No. 53-28 - Torre C - Oficina 305

Bogotá, Colombia.

E-mail: Yrojasf@cendoj.ramajudicial.gov.co

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

Enviado: martes, 23 de abril de 2024 16:30

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

Asunto: PROVIDENCIA DRA VELASQUEZ RV: auto cúmplase

PROVIDENCIA DRA VELASQUEZ

Atentamente,



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

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


OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Despacho 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des02sctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado el: martes, 23 de abril de 2024 4:28 p. m.

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

Asunto: auto cúmplase

Buenas tardes remito el auto adjunto para lo pertinente.

Cordialmente,

MARÍA PAULA BARRERO

Auxiliar Judicial

Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá

Despacho Dra HENEY VELASQUEZ ORTIZ

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

110013103015202100145 01

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

Magistrado : **HENEY VELASQUEZ ORTIZ**

Procedencia : 015 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103015202100145 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : PIEDAD DEL SOCORRO PALACIO DE OSPINA

Demandado : RETOMAUTOS A&G SAS

Fecha de reparto : 16/02/2024



Rama Judicial
República de Colombia

REPUBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

110013103015202100145 01

FECHA IMPRESION 8/05/2024

PAGINA 1

GRUPO **RECURSOS DE QUEJA**

REPARTIDO AL MAGISTRADO

DESP

SECUENCIA

FECHA DE REPARTO

HENEY VELASQUEZ ORTIZ

003

3751

8/05/2024

IDENTIFICACION

NOMBRES Y APELLIDOS / RAZON SOCIAL

PARTE

1	21167092	PIEDAD DEL SOCORRO PALACIO DE OSPINA
2	900352516	RETOMAUTOS A&G SAS

DEMANDANTE
DEMANDADO

FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ

Presidente

Elaboró dlopezr
BOG305SR

אזהמנא דהההת נרפ"קרה היקל

verbal

Demandante: Piedad del Socorro Palacios de Ospina

Demandado: Retomautos A&G S.A.S.

Rad. 021-2021-00145-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintitrés de abril de dos mil veinticuatro.

Ref: Exp. 015-2021-00145-01.

De la revisión efectuada a las diligencias remitidas sobre este asunto se evidenció que:

- i) Mediante acta de reparto con secuencia No. 1115 del 16 de febrero de 2024, fue asignado a este despacho el proceso 110013103015202100145-01 del Juzgado 15 Civil del Circuito de esta ciudad y, según el oficio No. 151 del 15 de febrero de la presente anualidad, se remitió para resolver el recurso de queja contra la providencia del 11 de septiembre de 2023.
- ii) Que el 16 de febrero de 2024 se asignó a este despacho el proceso como apelación de auto, siendo en realidad un recurso de queja.
- iii) Que de acuerdo con el inciso 3° del artículo 353 del C.G.P., la secretaria debe correr traslado por el termino de tres (3) días a la otra parte para que se manifieste en lo que estime pertinente.

Exp. 015-2021-00145-01

Por lo brevemente expuesto se **DISPONE** que:

PRIMERO: Por secretaría se efectúe el abono en el reparto del proceso 1001310301520210014501, proveniente del Juzgado 15 Civil del Circuito de esta urbe, en debida forma, esto es como recurso de queja y no como apelación de auto.

SEGUNDO: Procédase a correr el respectivo traslado de acuerdo a lo consagrado en el artículo 353 del C.G.P.

TERCERO: Efectúense las respectivas desanotaciones en el sistema para que el ingreso del expediente quede como recurso de queja y no como apelación de auto.

Cúmplase,

HENEY VELÁSQUEZ ORTIZ

Magistrada

Firmado Por:

Heney Velasquez Ortiz

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **4541bf8bf5332685dac0346e61a02933a92113b20c653ad50a3cf333589fe972**

Documento generado en 23/04/2024 04:25:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

[11001310301520210014501](#)

MEMORIAL DR ZAMUDIO RV: PROCESO 2018-00192 - 002 - Sustentación apelación sentencia

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 3/05/2024 12:19 PM

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

📎 1 archivos adjuntos (273 KB)

03052024 RAD 2018-00192 -002 Apelación sentencia.pdf;

MEMORIAL DR ZAMUDIO

Atentamente,



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

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

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Linda De Sales <lidesales@desales.com.co>

Enviado el: viernes, 3 de mayo de 2024 12:12 p. m.

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: salazarjuridico@gmail.com; notificaciones@galegal.co; agomez@galegal.co; egamboa@galegal.co; galejandrocastroescalante@gmail.com

Asunto: PROCESO 2018-00192 - 002 - Sustentación apelación sentencia

No suele recibir correos electrónicos de lidesales@desales.com.co. [Por qué esto es importante](#)

Honorables Magistrados

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Civil

Magistrado Manuel Alfonso Zamudio Mora

E. S. D.

Referencia: Demanda de declaración de pertenencia
Demandante: GERMÁN LEMOINE AMAYA

Demandado: CONSTRUCTORA LEMOINE LTDA.
Radicado: 2018-00192-02
Asunto: Sustentación recurso de apelación sentencia primera instancia

La suscrita, **Linda De Sales Hamburger**, actuando en calidad de apoderada especial de la parte demandante, de conformidad con lo previsto en los artículos 320 y siguientes del Código General del Proceso – C.G.P. y lo ordenado por su Despacho por medio de auto de 24 de abril de 2024, notificado el pasado 25 de abril, respetuosamente me permito adjuntar la sustentación del **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2024 por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá.

Del Honorable Magistrado, con toda atención,

Linda De Sales Hamburger
Apoderada demandante



Honorables Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
Magistrado Manuel Alfonso Zamudio Mora
E. S. D.

Referencia: Demanda de declaración de pertenencia
Demandante: GERMÁN LEMOINE AMAYA
Demandado: CONSTRUCTORA LEMOINE LTDA.
Radicado: 2018-00192-02
Asunto: Sustentación recurso de apelación sentencia primera instancia

La suscrita, **Linda De Sales Hamburger**, actuando en calidad de apoderada especial de la parte demandante, de conformidad con lo previsto en los artículos 320 y siguientes del Código General del Proceso – C.G.P. y lo ordenado por su Despacho por medio de auto de 24 de abril de 2024, notificado el pasado 25 de abril, respetuosamente me permito sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2024, con base en los siguientes argumentos:

1. La sentencia apelada

En la decisión apelada, la juez de primera instancia decidió negar las pretensiones de la demanda pues, a su juicio, en el presente asunto operó la cosa juzgada, con ocasión de la sentencia proferida en el año 2007 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá. En dicha oportunidad, el señor Germán Lemoine (q.e.p.d.) inició una demanda de pertenencia contra Constructora Lemoine, con el fin de que se declarara el derecho de dominio sobre la Casa No. 3 ubicada en el predio de mayor extensión denominado La Soñada. En ese proceso prosperó la excepción de “inexistencia del derecho”, formulada por la parte demandada.

Conforme se puede leer en la sentencia del Juzgado 35, en esa ocasión las pretensiones fueron denegadas con base en el siguiente planteamiento: *“Obsérvese que el inmueble pretendido en usucapión, se encuentra ubicado sobre el predio de mayor extensión denominado “La Soñada” de propiedad de la sociedad demandada, el cual fue adquirido con los dineros aportados por los mismos socios (calidad que ostenta el demandante), teniendo derecho aquellos, en la misma proporción, a participar en las pérdidas y ganancias de esa negociación, lo que excluye al demandante de pretender ostentar la calidad de poseedor para reclamar derecho alguno de pertenencia por prescripción, lo que conlleva a la prosperidad de la excepción de mérito denominada Inexistencia del Derecho”*.



Así, con fundamento en la decisión citada, la juez de primera instancia consideró que las circunstancias que dieron origen al proceso del Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá no han variado y, por tanto, declaró de oficio la excepción de cosa juzgada. Conforme se sustentó en la sentencia apelada, en el presente asunto se debe aplicar la subregla prevista en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la tenencia reconocida en una sentencia, que sirvió para denegar una reclamación de pertenencia, no podrá ser controvertida en un proceso posterior.

2. La cosa juzgada en los procesos de pertenencia

La figura de la cosa juzgada se encuentra regulada en el artículo 303 del Código General del Proceso, el cual establece que “[l]a sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.” Con base en esta norma, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que para que opere el fenómeno de la cosa juzgada se requiere que exista identidad de partes, de objeto y de causa.

Respecto de la identidad de partes, la Corte Constitucional ha señalado que ésta se refiere a que *“al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”*¹

En cuanto a la identidad de objeto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *“[l]a coincidencia, en torno a esta cuestión, debe buscarse principalmente en el ruego genitor, en el conjunto y en el contenido real de los hechos propuestos como generadores de situaciones jurídicas concretas comparando el libelo o causa inicial, con la nueva demanda y cuya protección se solicita del Estado.”*²

Finalmente, en cuanto a la causa, ésta ha sido definida como *“el hecho jurídico que sirve de fundamento a las súplicas, vale decir, la situación que el actor hace valer en su demanda como cimiento de la acción, distinto por supuesto de ésta, porque de un solo y mismo sustrato fáctico pueden derivar varias acciones.”*³

Ahora bien, respecto de la cosa juzgada en procesos de pertenencia, se ha precisado que debido a su naturaleza dinámica y dado que el reconocimiento del derecho depende en gran medida del paso del tiempo, se debe realizar un estudio más detallado. En virtud de lo anterior, resulta vital que en este tipo de procesos el fallador analice a fondo las circunstancias que dan origen a un nuevo proceso, a pesar de existir una sentencia anterior que no reconoció el derecho de dominio. Así las cosas, la aplicación de la

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de noviembre de 2017, STC 18789-2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

³ Ibidem.



cosa juzgada en procesos de pertenencia no se puede dar de forma rígida y sin un análisis de cada uno de los elementos que se invocan en la nueva demanda.

3. El caso concreto

- a. **En la sentencia apelada no se tuvo en cuenta que, en esta oportunidad, la parte demandada no se opuso a las pretensiones y manifestó nunca haber ejercido actos de señor y dueño sobre el inmueble objeto del proceso**

Tal y como quedó probado en el proceso, quien figura como propietaria del lote de mayor extensión donde se encuentra la Casa No. 3 es la Constructora Lemoine. Es importante tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurrió en el proceso que llevó el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá (identificado con radicado No. 2001-1096), en esta oportunidad, al contestar la demanda, la sociedad demandada manifestó no oponerse a la prosperidad de las pretensiones formuladas.

Lo anterior resulta de la mayor relevancia, pues fue con ocasión de la excepción de “inexistencia del derecho” planteada por la constructora ante el Juzgado 35, que ese Despacho decidió negar las pretensiones del demandante. Sin embargo, después de esa decisión, y transcurrido el tiempo exigido por las normas aplicables para que opere la prescripción adquisitiva del derecho de dominio, se interpuso la presente demanda, en la que no solo la constructora demandada no se opuso a las pretensiones, sino que su representante legal reconoció que el inmueble objeto del proceso no fue construido por la sociedad y que nunca lo ha mantenido, ni se ha ocupado de todo los gastos que ha requerido, como reparaciones, mantenimiento, pago de servicios, impuestos prediales, entre otros, lo que supone un cambio fundamental que elimina la existencia de cosa juzgada. Es decir, que la sociedad demandada nunca ejerció ni ejerce en la actualidad actos de señor y dueño sobre la Casa No. 3, cuyo derecho de dominio se reclama.

Adicionalmente, en la sentencia apelada se omitió valorar que en el proceso con radicado 2001-1096, al prosperar la excepción de inexistencia del derecho, se consideró que el demandante actuaba como socio administrador de la sociedad demandada y no como poseedor. Sin embargo, en el proceso que hoy nos ocupa quedó demostrado que la sociedad demandada no desarrolla su objeto social, no cuenta con ingresos y que su único activo (el predio La Soñada) se encuentra en posesión de varios sujetos. Así, estando inactiva la sociedad, no puede considerarse que el demandante y hoy sus herederos, actuaron y actúan en calidad de administradores.

Así, en primera instancia se pasó por alto que en el presente asunto se dio una interversión del título con posterioridad a la sentencia del Juzgado 35 Civil del Circuito en el año 2007, toda vez que luego de proferida esa decisión el señor Germán Lemoine ejecutó actos con ánimo de señor y dueño sobre la Casa No. 3 del predio La Soñada y no en su calidad de socio de Constructora Lemoine. A manera de



ejemplo, con las pruebas aportadas con la demanda quedó demostrado que a partir del 8 de octubre de 2010 el demandante arrendó la Casa No. 3 y recibió para sí el canon pactado; así mismo, como quedó probado en el proceso, terceras personas reconocieron únicamente al demandante como propietario del inmueble y manifestaron no tener trato ni conocimiento de que la constructora fuera la dueña de la Casa No. 3 objeto de litigio.

Por tanto, con las pruebas practicadas en el proceso se logró demostrar que el señor Lemoine abandonó su posición de socio de la Constructora y tomó posesión del bien con ánimo de señor y dueño, circunstancia que no fue valorada por el juzgado de primera instancia. Aunado a lo anterior, se reitera que en esta oportunidad la sociedad demandada no se opuso a las pretensiones formuladas, con lo cual correspondía al despacho declarar el derecho de dominio.

b. De conformidad con los argumentos expuestos, en el presente asunto no se configura la identidad de causa necesaria para que opere la cosa juzgada

Si bien existe identidad de partes y de objeto entre el presente proceso y el identificado con número de radicado 2001-1096, es importante aclarar que la causa en ambos procesos no es la misma, pues lo que fundamenta las pretensiones de esta nueva demanda, son los hechos ocurridos con posterioridad a la sentencia del año 2007 proferida por el Juzgado 35.

Así, no solo desde el año 2007 el demandante y hoy sus herederos ejercieron y siguen ejerciendo actos de señor y dueño sobre la Casa No. 3, sino que actualmente no se podría argumentar que se actuó en calidad de socio administrador de la sociedad demandada, pues tal y como fue reconocido por su representante legal, la constructora no desarrolla actividad alguna, no tiene ingresos y nunca ejerció actos sobre la Casa 3 cuyo derecho de dominio se reclama.

Por tanto, a diferencia de lo que sucedió en el primer proceso, en el cual la sociedad demandada alegó que existía una "carencia de causa" y una "inexistencia del derecho", en el presente trámite la Constructora ha reconocido que no desarrolla su objeto social, que son otros sujetos los que se encargan de mantener el bien, que no cuenta con la tenencia material del inmueble y que no destina recursos para cumplir con las obligaciones que surgen en cabeza de un propietario. En ese sentido, se considera que el Juzgado de primera instancia omitió tener en cuenta este cambio fundamental entre un proceso y otro, que no permite afirmar que existe identidad en la causa, dada la ausencia de oposición de Constructora Lemoine y su reconocida omisión a desarrollar su objeto social y a ejercer cualquier acto de señor y dueño sobre el bien.

Se reitera que en primera instancia no se tuvo en cuenta que en el presente asunto operó la interversión del título, toda vez que el demandante abandonó su posición de socio de Constructora Lemoine para ejercer verdaderos actos de señor y dueño sobre la Casa No. 3, que fueron reconocidos por terceros al interior del proceso. Por tanto, debe recordarse que a partir del año 2010 el demandante arrendó el referido inmueble y recibió para sí el canon de arrendamiento. Adicionalmente, se ocupó de los gastos y arreglos



que requirió la casa y realizó el pago de impuestos prediales y servicios públicos, todo lo cual quedó plenamente demostrado en este trámite.

En consecuencia, el Despacho de primera instancia omitió valorar un hecho fundamental, que radica en el inicio del arrendamiento del inmueble por parte del demandante. Es así como el señor Germán Lemoine puso en arriendo exclusivamente el inmueble del cual se reputaba poseedor, más no se encargó en ningún momento de la totalidad del predio La Soñada, ni pretendió arrendarlo en su totalidad, lo que evidencia su calidad de poseedor únicamente respecto del inmueble objeto del litigio y el abandono de la posición de socio de la Constructora. En el mismo sentido ninguno de los socios de la Constructora recibió pago alguno por el arriendo de la Casa No. 3 y el canon de arrendamiento por ese inmueble nunca ingresó al patrimonio de la sociedad.

De esta manera queda claro que a partir del año 2010 el señor Lemoine actuó con ánimo de señor y dueño como verdadero poseedor de la Casa 3, desconociendo la propiedad del inmueble por parte de la Constructora.

Por tal motivo, como se expondrá a continuación, negar que el señor Germán Lemoine tuvo la calidad de poseedor y que, posteriormente, sus sucesores han mantenido dicha calidad, implica dejar un vacío sobre el inmueble que carece de sentido. De ahí que sea necesario reconocer que se han cumplido los requisitos para la posesión.

c. Negar la prescripción implica, necesariamente, dejar el bien en un limbo

En este caso quedó probado que la parte demandante posee la Casa No. 3, se ocupa de todos los gastos que ésta requiere, de su mantenimiento, reparaciones, pago de servicios públicos, entre otros. Así mismo, se demostró que terceras personas reconocen a la parte demandante como señor y dueño del inmueble. Es de aclarar que dicha posesión se ha dado desde el año 2007 de forma pública, pacífica y tranquila, sin violencia ni clandestinidad y de manera permanente, continua y adecuada.

Por el contrario, la parte demandada reconoció que no posee la Casa No. 3, pues no tiene la aprehensión material de la misma, tampoco destina recursos para su mantenimiento o cuidado y, en general, se ha desentendido de la situación del inmueble.

A pesar de lo anterior, en primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda por la supuesta configuración del fenómeno de la cosa juzgada, la cual se fundamenta en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que fue citada en la audiencia celebrada el pasado 15 de febrero.

De acuerdo con lo anterior, el problema radica en que: (i) existe un demandante que alega poseer el bien; (ii) un demandado que no se opone a las pretensiones de la demanda y que, conforme al acervo probatorio, no ejerce acto de dominio alguno sobre el inmueble desde hace más de diez años y (iii) unos



terceros que reconocen al demandante como el único dueño del inmueble. Por ello, al declararse la cosa juzgada se deja el inmueble bajo un galimatías jurídico. En efecto, el demandante alega tener la posesión del bien, mientras que la demandada reconoce que no realiza actos de señor y dueño y que carece de cualquier aprehensión material del mismo.

Por ello, a raíz del fallo objeto de impugnación, el inmueble queda en una situación similar a la de un baldío, pues se niega la posibilidad de que exista posesión, mientras que quien figura como propietario del bien no ejerce los actos típicos del dominio.

En consecuencia, negar las pretensiones de la demanda implica dejar el inmueble en un limbo jurídico. La causa de dicho limbo es una interpretación rígida de la jurisprudencia de la Corte Suprema frente a la cosa juzgada en procesos de pertenencia. Dicha interpretación rígida implica petrificar, de manera ficticia, dinámicas que son naturales y que resultan esenciales para generar certeza y claridad en los títulos de dominio de los inmuebles que se encuentran en el territorio nacional. En ese sentido, al aplicar la jurisprudencia de tal manera, se rompe el mismo fin esencial de la cosa juzgada: la seguridad jurídica.

En el escenario actual, lo único que se logra es generar una incertidumbre a largo plazo ya que el bien: (i) no podrá ser poseído por quien lo ocupa desde hace décadas y (ii) no será objeto de actos de señor y dueño por quien figura como titular del derecho de dominio.

Es así como se considera que la interpretación que se dio en primera instancia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en un proceso de pertenencia como el que nos ocupa, desconoce los cambios presentados en la posición del demandante frente al bien objeto del proceso y, en consecuencia, dicha postura implica negar el estado actual del inmueble y negar el reconocimiento de la posesión y la declaratoria del derecho de dominio como un supuesto de hecho que está reconocido en la ley aplicable. Así las cosas, la sentencia de primera instancia no se ocupó de analizar que en este asunto están dadas y demostradas las condiciones y elementos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia para reconocer la posesión del demandante.

En relación con lo expuesto, en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴ se precisó que de conformidad con el inciso tercero del artículo 2531 del Código Civil desde el momento en que se pruebe que surgió la posesión y terminó la tenencia, inicia la contabilización del plazo prescriptivo. Así, los actos ejercidos con ánimo de señor y dueño por medio de los cuales se desconoce el dominio ajeno generan un abandono de la posición de tenencia y la transformación a verdadero poseedor, que fue precisamente lo que ocurrió en este asunto.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 2020. Rad. 11001-31-03-020-2009-00625-01. M.P.: Luis Alfonso Rico Puerta.



d. En todo caso, debe tenerse en cuenta que Constructora Lemoine acordó adjudicar el bien

Finalmente, debe destacarse que el Despacho omitió valorar que mediante acuerdo del 2 de diciembre de 1982 celebrado entre Helena Lemoine, Rafael Lemoine, Carlos Lemoine, Francisco Pereira, Gonzalo Uribe, Elkin Uribe Germán Lemoine y la Constructora Lemoine (como persona jurídica autónoma) se resolvió adjudicar porciones del inmueble La Soñada. Mediante dicho acuerdo no se otorgó a cada uno de los socios de Constructora Lemoine la tenencia sobre el bien. Todo lo contrario, mediante dicho acuerdo se evidencia que la Constructora renunció a ejercer los actos de señor y dueño sobre el inmueble.

En efecto, en el acuerdo se observa que se pactó adjudicar distintas porciones del inmueble La Soñada a los socios de Constructora Lemoine. Dicha adjudicación no se realizó a título de tenencia pues, conforme se puede leer en la cláusula octava, cada adjudicatario recibiría la posesión real y material de la porción del inmueble que se le asignara. Además, en la cláusula décima primera se declaró que la Constructora se obligaría a transferir las unidades de vivienda mediante la legalización de títulos de propiedad definitivos. Al respecto se lee en la cláusula octava del referido acuerdo: *“Cada adjudicatario recibirá la posesión real y material de la parte que le corresponda en la primera porción del inmueble, para su disfrute individual e indefinido”*.

Por tanto, resulta claro que la Constructora cesó de ejercer actos de señor y dueño y que los poseedores del predio La Soñada fueron quienes se encargaron de mantenerlo física y económicamente.

4. Solicitud

Con base en los argumentos expuestos, respetuosamente solicito se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se declare el derecho de dominio reclamado sobre la Casa No. 3.

Del Honorable Magistrado, con toda atención,


Linda De Sales Hamburger
C.C. No. 55.221.968
T.P. No. 219.161 del C.S.J.

MEMORIAL DR YAYA RV: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION. PROCESO VERBAL DE RESTITUCION INMUEBLE, RAD. No. 11001310300820220053101

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 08/05/2024 15:07

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

📎 1 archivos adjuntos (167 KB)

SUSTENTACION APELACION A LA SENTENCIA.pdf;

MEMORIAL DR YAYA

Atentamente,



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

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

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Nhora Rocio Duarte Diaz <nhorarduarte@yahoo.es>**Enviado el:** miércoles, 8 de mayo de 2024 2:59 p. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>**CC:** José Ignacio castaño García <nacholibre_3027@yahoo.es>; risasalerta@hotmail.com**Asunto:** SUSTENTACION RECURSO DE APELACION. PROCESO VERBAL DE RESTITUCION INMUEBLE, RAD. No. 11001310300820220053101

No suele recibir correos electrónicos de nhorarduarte@yahoo.es. [Por qué esto es importante](#)

Buenas tardes,

De manera atenta, actuando en mi calidad de apoderada judicial de la parte actora actora y apelante, dentro del proceso verbal de restitución de bien inmueble, de Leasing Corficolombiana S.A. Liquidada contra Show Alerta EU y Juan Ricardo Lozano Amaya, Rad. No. 11001310300820220053101, M.P. Dr. Oscar Fernando Yaya Peña, adjunto al presente, para trámite y pronunciamiento del Despacho el memorial del asunto, en seis (6) folios.

Atentamente,

NHORA ROCIO DUARTE DIAZ

SOLUCIONA D&P S.A.S.

ABOGADOS

Teléfono. (1) 4685151

Celular: 3166942451

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA SEPTIMA CIVIL DE DECISION

Att: M.P. Dr. Oscar Fernando Yaya Peña

E. S. D.

REF: Proceso Verbal de Restitución de Inmueble.

Rad. 11001310300820220053101.

DEMANDANTE: Leasing Corficolombiana S.A. Liquidada

DEMANDOS: Show Alerta EU y Juan Ricardo Lozano Amaya.

ASUNTO: Sustentación Recurso de Apelación contra la sentencia.

Actuando dentro del proceso de la referencia, en mi calidad de apoderada judicial de la parte actora y apelante, dentro del término de ley, de manera respetuosa presento sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de abril de 2024, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá D.C.

Los reparos a la sentencia de primera instancia, se centran en el inconformismo de la declaratoria de inexistencia de la causal invocada para la restitución, por no estar configurada la misma, primero, porque asimiló el pagaré suscrito simultáneamente con el contrato de leasing, a un pago de las obligaciones dinerarias que resultaran de dicho contrato y segundo porque determinó que el contrato de leasing No.25900, fundamento de la presente acción, no se encuentra vigente por haberse dado el vencimiento del termino pactado. UNA COSA ES LA VIGENCIA DEL CONTRATO Y OTRA LA VIGENCIA DE LAS OBLIGACIONES OBJETO DEL MISMO, PUES ESTAS PUEDEN SER POSTERIORES A LA TERMINACION DEL PLAZO PACTADO, como ocurrió en el caso que nos ocupa y que expondré a continuación.

En cuanto a los repartos de la sentencia:

1. INDEBIDA VALORACION PROBATORIA del contrato de leasing No.25900, fundamento de la restitución demandada.

La Juez de primera instancia, no tuvo en cuenta en la valoración probatoria que hizo del mencionado contrato, que las partes pactaron **obligaciones mutuas**, cuyo cumplimiento **es posterior a la terminación de la vigencia del plazo pactado en el contrato**, así:

1.1. Obligación de cumplimiento del Locatario, pactada en la clausula decima, de asumir los gastos, impuestos, costos y demás contribuciones que se ocasionen en el ejercicio de la opción de adquisición, así como los que se causen en la adquisición, enajenación y registro del bien inmueble.

1.2. Obligación de cumplimiento de Leasing Corficolombiana, pactada en la clausula decima primera, literal e), de permitir ejercer la opción de adquisición del inmueble materia del contrato, en los términos de la clausula decima octava y realizar la transferencia de dominio mediante el trámite legal.

1.3. Obligación de cumplimiento del Locatario, pactada en la clausula decima primera, literal e), de asumir el pago de los costos que se ocasionen con el ejercicio de la opción de adquisición.

1.4. Obligación de cumplimiento del Locatario, pactada en la clausula decima tercera, literal L), de facilitar la documentación necesaria para que Leasing Corficolombiana transfiera el dominio del bien inmueble, dentro del mes siguiente en que el Locatario ejerza la opción de compra.

De la lectura y comprensión de estas clausulas del contrato de leasing No.25900, fácil es concluir, que todas ellas conllevan obligaciones para las partes, que deben cumplir con posterioridad al vencimiento del plazo pactado; por lo que si los Locatarios incumplieron con su obligación del pago del impuesto predial del inmueble objeto del mismo, éste configura una causal para que Leasing Corficolombiana S.A., solicite la restitución del bien inmueble objeto del mismo, independientemente de si está o no vigente el plazo pactado en el contrato, pues como ya se dijo anteriormente, estas obligaciones son de cumplimiento posterior al vencimiento del plazo pactado y mientras

existan obligaciones vigentes derivadas de un contrato, el contrato está vigente.

2. INDEBIDA VALORACION PROBATORIA del pagaré No.25900 y las demás obrantes en el proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, Rad. No.11001400302620220077500.

Para la Juez de primera instancia, el pagaré No.25900, constituyó PAGO de las obligaciones derivadas del contrato de leasing No.25900, y que tanto fue así, que la sociedad demandante, optó por ejecutar el mismo a través de proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, olvidando que si bien es cierto, este título valor lo suscribieron Los Locatarios, para garantizar el pago de sus obligaciones **contractuales futuras**, no puede conducirnos a concluir, que por si mismo éste, constituya el pago de las mismas, pues bien podemos estar frente a un proceso ejecutivo inoperante, pues si no se logra el embargo de bienes que garanticen el pago de la obligación, de nada sirvió el trámite del mismo.

Además, el hecho que se haya garantizado el pago de las obligaciones contractuales, a través de la suscripción de un titulo valor diferente al mismo contrato, no implica, que el Arrendador pierda su facultad de demandar la restitución del bien que entregó en arrendamiento financiero, por el incumplimiento del Locatario de sus obligaciones, que en este caso, debían cumplirse con posterioridad al vencimiento del plazo pactado.

Tanto en el proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, Rad. No.11001400302620220077500, a folios 18 y 19, como en el presente proceso, a folios 57 y 58, obra prueba documental, en donde consta que mi representada Leasing Corficolombiana S.A. advierte a los Locatarios, la responsabilidad que tienen de pagar entre otras, las obligaciones tributarias del bien objeto del contrato de leasing, después de ejercida la opción de compra y que condiciona el paz y salvo expedido; prueba documental que no fue valorada en primera instancia.

3. VALORACION INDEBIDA del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la entidad demandante.

La Juez de primera instancia, valoró de manera errada e incriminatoria, lo afirmado por la representante legal de la demandante, en cuanto al trámite del proceso ejecutivo que se tramita en el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, Rad. No.11001400302620220077500, en donde se pretende el pago de lo adeudado por los demandados, por concepto de impuesto predial del inmueble objeto del contrato de leasing No.25900, para concluir, que la causal invocada en dicho proceso, era la misma, para solicitar la restitución en la presente acción.

Contrario a lo anterior, no fueron tenidas en cuentas las declaraciones realizadas por la Representante Legal de la Demandante, sobre las razones por las cuales se ejercieron los dos derechos que tenía la misma, de solicitar la restitución del activo de su propiedad por el incumplimiento de los demandados y de perseguir el pago de lo adeudado.

4. Errada aplicación de las normas sustanciales, artículos 905 y 882 del Código de Comercio.

En las consideraciones de la sentencia de primera instancia, La Señora Juez, asimiló el contrato de leasing al contrato de compraventa, contrariando la misma jurisprudencia que esgrimió en su sustento, desconociendo la naturaleza jurídica del contrato de leasing y argumentó que conforme al artículo 905 del Código de Comercio, el pagaré que suscribieron los aquí demandados debía equipararse a dinero y que en consecuencia el pago de las obligaciones adquiridas en el contrato de leasing objeto del presente acción, estaban satisfechas.

La definición que hace el artículo 905 del Código de Comercio, es del contrato de compraventa y claramente establece que **el dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio**, por lo que la sentenciadora no puede dar aplicación a esta norma sustancial, para fundamentar su decisión, que el pagaré No.25900, que ejecuta mi representada en el proceso ejecutivo que se tramita en el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, Rad. No.11001400302620220077500, constituyó el pago de la obligación adeudada a mi representada, pues lo que se está pretendiendo es el pago de los impuestos prediales del inmueble objeto del contrato de leasing, dejados de pagar por los demandados, mas no EL PRECIO DEL INMUEBLE.

La errada aplicación que dio la Juez Ad-quo, del artículo 882 del Código de Comercio, consistió en considerar que el pagaré No.25900 suscrito por los demandados al momento mismo de suscribirse el contrato de leasing No.25900, tal como se encuentra probado dentro del proceso, **se entregó para pago de una obligación anterior**, tal como lo prescribe esta norma sustancial; cuando realmente este título valor se entregó de manera simultánea a la celebración del mencionado contrato de leasing, para garantizar el pago de obligaciones futuras, adquiridas en el mismo.

El objeto de esta norma sustancial, es dar por pagas obligaciones anteriores, no satisfechas y no obligaciones que se adquieren a futuro; porque en estos casos los títulos valores no constituyen pago de las obligaciones, sino garantía del pago de las mismas.

5. Indebida aplicación e interpretación del concepto No.016050253-002 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia y de la Jurisprudencia, que la llevaron a asimilar el contrato de leasing al contrato de compraventa y a considerar que el título valor Pagaré No.25900, constituye pago de las obligaciones objeto del contrato de leasing No.25900, fundamento de la presente acción.

Esta indebida aplicación e interpretación, ya fue expuesta por la suscrita anteriormente.

La decisión adoptada por la Juez de primera instancia, de considerar que no está configurada la causal de incumplimiento invocada en la demanda, para la restitución, conforme a sus consideraciones, desconoce lo preceptuado por nuestro estatuto procesal, para el trámite de los procesos de restitución de bienes inmuebles, artículo 384 del C.G.P., especialmente el inciso segundo del numeral 4 y el numeral 7, de donde a claras luces se reconoce el derecho del arrendador, a exigir la restitución del bien arrendado y simultáneamente a exigir el pago de las obligaciones dinerarias adeudadas.

Con la sentencia apelada, se desconoce los derechos legales de mi representada, de obtener la restitución del bien inmueble de su propiedad, por incumplimiento de los Locatarios de las obligaciones adquiridas, y de obtener al mismo tiempo, el pago de lo adeudado por los Locatarios.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nhora Rocio Duarte Diaz', written in a cursive style.

NHORA ROCIO DUARTE DIAZ

C.C. No. 63.315.006

T.P. No. 75.061 C. S. de la J.

MEMORIAL DRA GALVIS RV: Ref: DECLARATIVO: No.11001310301520150076901
DEMANDANTE: DANIEL HIGUERA PUERTO DEMANDADO : GRACIELA HIGUERA
PUERTO, CESAR HIGUERA PUERTO Y DORA HIGUERA PUERTO. Asunto: SUSTENTACIÓN
RECURS

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

Jue 2/05/2024 2:26 PM

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

 1 archivos adjuntos (346 KB)

SUSTENTO APELACION HIGUERA PUERTO ELVIA VS DANIEL HIGUERA 1.pdf;

MEMORIAL DRA GALVIS

Atentamente,



De: olga teresa cajamarca cajamarca <olgatmarca@hotmail.com>

Enviado el: jueves, 2 de mayo de 2024 12:49 p. m.

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; JOSE QUINTANA <quintanaabogado@yahoo.com>

Asunto: Ref: DECLARATIVO: No.11001310301520150076901 DEMANDANTE: DANIEL HIGUERA PUERTO
DEMANDADO : GRACIELA HIGUERA PUERTO, CESAR HIGUERA PUERTO Y DORA HIGUERA PUERTO. Asunto:
SUSTENTACIÓN RECURSO DE

No suele recibir correos electrónicos de olgatmarca@hotmail.com. [Por qué esto es importante](#)

Buenas tardes, adjunto memorial sustentando recurso .

OLGA CAJAMARCA C

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Doctora RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistra Ponente

E.

S.

D.

Ref: DECLARATIVO: **No.11001310301520150076901**

DEMANDANTE: **DANIEL HIGUERA PUERTO**

DEMANDADO : **GRACIELA HIGUERA PUERTO, CESAR
HIGUERA PUERTO Y DORA HIGUERA PUERTO.**

Asunto: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION**

Actuando en calidad de apoderada especial de la parte actora citada en el proceso de la referencia y estando dentro de la oportunidad procesal, respetuosamente manifiesto al Despacho descorro el traslado para sustentar el recurso de apelación interpuesto de conformidad con el auto de fecha 24 de abril de 2024, notificado por estado el 25 del mismo mes y año y al efecto manifiesto lo siguiente:

El Juez de primera Instancia no analizó en conjunto las pruebas y los testimonios arimados al expediente, tampoco hizo un análisis profundo de la prueba indiciaria obrante en la foliatura a fin de establecer la veracidad del negocio realizado por los demandados.

Ha señalado la Jurisprudencia que “...la prueba indirecta o indiciaria es la más socorrida a efectos de establecer la simulación de los negocios jurídicos, siendo indicios reveladores, que no los únicos, el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el precio exiguo... la carencia de necesidad del vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago. Y a esta gama de indicios se suman, la denominada “causa simulandi” o móvil para la simulación; el tiempo sospechoso del negocio; la ausencia de movimientos de las cuentas bancarias; el precio no entregado de presente; el lugar sospechoso del negocio, documentación y precauciones sospechosas y la no justificación dada al precio recibido...”

(“...”) .En una compraventa, por ejemplo, se da la simulación absoluta cuando no obstante existir formalmente la escritura pública que la expresa, no hay ánimo de transferir en quien se dice allí vendedor, ni adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio . En este tipo de operaciones, detrás del acto puramente ostensible y público no existe un contrato específico de contenido positivo. Sin embargo, las partes celebran en secreto un convenio que es el de producir y sostener ante el público un contrato de compraventa enteramente ficticio con el ánimo de engañar hasta obtener ciertos fines. Las partes convienen pues en producir y sostener una ficción para conservar una situación jurídica

determinada (“...”) (CSJ SC, 19 jun. 2000 y CSJ SC3598-2020, 28 sep., citadas en SC1960-2022 M.P. Luis Alonso Rico Puerta) (Resaltado propio del texto).

EN CUANTO AL ANÁLISIS DE LA SIMULACIÓN

El Juez rotula que la parte demandante no logró demostrar que para el año 1987 el inmueble situado en la calle 11 No. 26-46 de Bogotá, D. C., tuviese un valor comercial muy superior a los \$3’000.000,00, señaló “...dejando a salvo que lo que, se negoció en ese entonces, únicamente, recayó sobre la mera o nuda propiedad...”.

El Ad quem da por justificado sin estarlo que el negocio se realizó solo sobre la nuda propiedad, arguyendo que, el valor dado para la venta del inmueble estaba establecido en la escritura de venta y en los documentos anexos; señalando en renglones siguientes que en la escritura se observaba la reserva del usufructo. El Juez pierde de vista que de los interrogatorios de parte recibidos y testimonios recepcionados dan cuenta que el usufructo se hizo por dos razones: la primera, porque la señora ELVIA, traspaso la casa a nombre de sus hijos; la segunda por cuanto el usufructo se hizo por recomendación de una inquilina; más, en ninguna parte quedó constancia o se señaló por parte de los demandados en sus interrogatorios que el valor de la venta se había fijado en ese precio por la reserva de usufructo.

Resalta el Juez de primera instancia que, la parte actora incumplió la regla de los cánones del artículo 167 y 240 del Código General del proceso, por cuanto no acreditó el valor del inmueble.

Ahora bien, Honorables Magistrados, en el interrogatorio rendido por la señora DORA CECILIA, GRACIELA Y CESAR a la pregunta de cómo se pactó el precio de la venta cada uno de ellos dio una versión distinta, Dora señaló “..el precio realmente lo pactó mi mamá en 3 millones de pesos cada uno pagó \$1,000,000 se vieron varias posibilidades y se llegó a eso ...”, respuesta diferente a la que dijo su hermano Cesar, quien manifestó “Fue pagada en la notaría, el precio fue de \$3’000.000,00, a eso quiero hacer claridad acerca de algo importante para la época, el avalúo catastral de ese predio en su época era de \$1’605.860,00 como consta en la escritura pública...” mientras la señora Graciela manifestó que su hermano Cesar era quien estaba haciendo eso que él, sabía muy bien cuánto valía la casa.

En resumen, se observa que ninguno de los tres demandados al momento de la compra, mucho y nada les importó el precio del inmueble pues en sus interrogatorios justifican el valor dado a la compraventa de la casa así: uno de ellos justifica el precio en el documento que consta en la escritura, la otra, que fue el valor dado por su señora madre y la última, que su hermano era el

que sabía cuanto valía la casa; contrario a lo que se argumenta en la sentencia en cuanto a justificar el precio del inmueble por la compra de la nuda propiedad, con la reserva del usufructo.

Arguye el Juez en su fallo que no se puede decir que no hubo pago pues en la escritura “*sí existe un documento, precisamente, el mismo instrumento ...*”. Ciertamente es y no se discute que, eso dice el documento, pero, de los interrogatorios rendidos existen dudas que ese pago se hizo, además, es de obligatorio cumplimiento en el protocolo de cualquier escritura insertar y dar un valor a la venta del inmueble.

Al respecto, en CSJ SC11997-2016 se anotó que

(...) si bien las escrituras públicas que se otorgan para perfeccionar acuerdos de voluntades son medios de prueba de las obligaciones que de ellas emanan, no siempre su contenido es fiel reflejo del querer de los pactantes, ya sea por el propósito de distorsionar la realidad de lo convenido o al hacer aparecer como cierto lo que ... no sucedió (...).

En CSJ SC9072-2014, se precisó

“...lo usual en los contratos escritos es que lo consignado en ellos corresponda al querer de los pactantes, sirviendo como un registro de los deberes y derechos recíprocos convenidos, a más de un medio idóneo para hacerlos valer (...) No obstante lo anterior, casos hay en que las estipulaciones expresadas disfrazan la voluntad de los intervinientes. Es así como la Corte ha desarrollado la figura de la simulación, con base en el artículo 1766 del Código Civil, diferenciándola en dos clases: De un lado la relativa, que sucede cuando a un acuerdo se le da un aspecto contrario al real, por ejemplo si se hace pasar por una venta lo que es una donación. Por otra parte la absoluta, en el evento de que no exista ningún ánimo obligacional entre los actores, verbi gratia si se aparenta una insolvencia para afrontar reveses económicos...”

Otro indicio que no fue valorado en conjunto por el señor Juez, y no menos importante, es que dos de los demandados manifestaron que vivían con la señora ELVIA, y al indagar como se hizo el pago de la venta los tres manifestaron que, en la notaría, afirmación que analizada con los otros indicios no da certeza a lo dicho por los demandados y falta a lógica cuando comprador y vendedor residen en el mismo inmueble.

Actuaciones encaminadas a obtener la confianza de María Elvia

Argumenta el Juez de Primera Instancia, que no aparece probado las manipulaciones o maniobras para ganarse la confianza de María Elvia.

Pero, de los testimonios recepcionados si podemos concluir que existe un indicio relevante del negocio simulado cual es el parentesco y la familiaridad de las partes

Cesar señaló : “...Bueno, pues que yo tenga recuerdo de eso, en el sentido de que ella no les hubiera ofrecido el inmueble también a ellos pues, no tengo razón, la razón que sí nos dio a nosotros, que éramos las personas que estábamos más cercanas a ella, mi hermana Graciela, mi hermana Dora y mi persona, en el inmueble con ella convivíamos, mi hermana Graciela y mi persona, entonces, pienso que por la cercanía que tenía con nosotros y porque nosotros éramos los que estábamos pendientes de su salud y de las circunstancias propias de que le estuviera pasando en el momento o hacía atrás, pues, por eso yo pienso que tomó la decisión de solicitarnos a nosotros, más allá de, pues, de los problemas de salud por los cuales pasaba en ese momento, problemas de salud...”

Por su parte, Dora Cecilia, evocó que su señora madre María Elvia se sentía más segura ofreciéndole en venta el inmueble a sus hijos y no a terceras personas “...Sí señora, a ver mi mamá estaba pasando por una situación económica un poquito apretada y tenía que mandarse hacer una operación del útero, viendo , en la situación que estábamos viviendo entonces ella ofrece la casa porque pues mi mamá se sentía más segura que ofrecérsela a un tercero, entonces esa, esa fue la situación, consultó con mis hermanos, de todas formas habían dos hermanas en Estados Unidos, entonces las llamó y les dijo, ella también creo que le dijo a mi hermano Daniel y por supuesto a nosotros que somos, estábamos eh Chela y César vivían en la casa con ella y yo estaba muy pendiente también de la salud y de todas las diligencias que tenía que hacer mi mamá y se llevó a cabo la negociación...”

Julia Graciela señaló “Porque éramos los que estábamos más cerca, las dos hermanas viven en Estados Unidos y Daniel pues él casi no iba por allá a visitar a mí mamá”

“la familiaridad que en últimas es la que constituye el indicio de simulación” (CSJ, SC6866, 30 mayo. 2014, rad. 2007-00080-01).

Igualmente ha señalado la Jurisprudencia: “acerca y allega a un grupo de personas como un círculo relacional social que apoyados por la común pertenencia e interdependencia por diferentes factores, facilita la celebración de negocios onerosos o gratuitos, serios o simulados mediados por vínculos de confianza, credibilidad, apoyo, conservación de secretos y muy variados tratos personales y sociales”. Por último, con respecto a la idoneidad del indicio como medio de prueba a la hora de demostrar la simulación, el alto tribunal concluyó que “debido al acuerdo oculto propio de ese fenómeno, el medio de prueba que permite poner de relieve la verdadera intención de los contratantes es el indicio, por medio del cual el fallador, fundado en un hecho demostrado (hecho indicante o conocido) y auxiliándose de las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, deduce o infiere la existencia de un supuesto fáctico desconocido (hecho indicado o desconocido), laborío que, cuando se trata de inferir el acuerdo simulatorio, solo puede llevarse a cabo a partir del análisis de una pluralidad de indicios concordantes que, en conjunto, apuntan en el mismo sentido, pero que, si se analizaran por separado, podrían llevar a diversas conclusiones, eventualmente discordantes”. (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

Del interrogatorio de partes transcritos anteriormente se puede inferir que la señora MARIA ELVIA hizo la venta a sus hijos no por la necesidad de vender sino como ellos mismos relatan por “la cercanía que tenía con nosotros y porque nosotros éramos los que estábamos pendientes de su salud y de las circunstancias...” “...ella nos ofreció el predio y se decidió la compra de ese predio contando con la aprobación de los demás hermanos, eso es todo...”

Ha dicho la Corte que *“la confianza originada en las relaciones familiares entre vendedor [y] comprador” es “un ambiente propicio para concertar negocios aparentes” (SC16608, 7 dic. 2015, rad. 2001-00585-02), “pues es lógico que se elija para urdir la simulación a una persona de confianza y no a un extraño” (SC7274, 10 jun. 2015, rad. 1996-24325-01).*

Estos interrogatorios dan cuenta que la señora MARIA ELVIA hace la venta a sus hijos por ser los más cercanos a esta, y dado que ella les ofreció el predio. Obsérvese que las testigos arrimadas por la parte demandada dan cuenta que la señora MARIA ELVIA, era ayudada por sus hijas y que el negocio venia mal supuestamente desde el año 1980, que el negocio siempre estuvo en cabeza de la señora MARIA ELVIA, y perduró hasta el año 2005, igualmente la testigo GLADYS ELISA, a la pregunta de cómo era el estado de salud de la señora MARIA ELVIA PUERTO, señaló *“muy bien ella podía caminar para todo lado está muy bien”* (1:00:39), según la testigo, el negocio comenzó a decaer en el año 87 que la señora le gustaba *“hacer almuerquito así, no se vendiera siguió con su negocio”* al preguntarle que ingresos utilizaba señaló que *sus hijas que estaban en Estados Unidos la apoyaban que ella solventaba con lo poquitico que podía vender* (1:02:58).

De otra parte, señala el Ad quem *“...Con todo, José Daniel Higuera Camargo, en su interrogatorio de parte, resaltó que su abuela María Elvia, en alguna oportunidad, le dijo a una de sus hermanas que la disculpara por haber hecho eso, pero que, tocaba decirle a Dora pues, ella es la que maneja todo y agregó “...pero, obviamente, ella hacía lo que Dora y César le decían, no, ella ha sido siempre manipulada por ellos... empero, no existe medio de prueba diferente al dicho del integrante de la parte activa, situación que no le da certeza a este sentenciador sobre dicha circunstancia...”*

Pasó por alto el Juez de Primera Instancia, valorar el interrogatorio rendido por la señora ALEYDA MARITHZA HIGUERA y evaluarlo en conjunto con el interrogatorio de parte del señor DANIEL HIGUERA CAMARGO porque, contrario a lo que señala el fallador de primera instancia, en el interrogatorio rendido por la señora ALEYDA, se dijo: *“...a raíz de que mi papá se dio cuenta mi tía Dora le pidió perdón, le dijo que lo sentían mucho que no sé qué, que para subsanarlo iban a poner el otro a nombre de los otros tres hermanos, mi papá no aceptó y, entonces, en consecuencia mi abuela habló con nosotros y nosotros le dijimos a mi papá, ‘papá hay que hacer algo’, mi papá habló con sus hijos Aleyda, Elvia Judith, Sandra, Daniel y Sirley y, mi hermana Elvia Judith le dijo pues que aceptara que le pusieran el bien entonces a nombre de él, él no aceptó, ...”*

De la misma manera, el Juez no valoró la prueba documental arrimada por el apoderado de los aquí demandantes para la época ; estos es, memorial visible a folio 209 del cuaderno principal (reforma de la demanda) en donde se aporta un CD, que contiene los pormenores de dos reuniones en la que la parte demandada reconocía que la venta realizada por su señora madre (MARIA ELVIA PUERTO) no fue real y querían reconocerle a su hermano

Daniel Higuera Puerto, su cuota parte; una de las reuniones se llevó a cabo el día 15 de agosto del 2015 en el apartamento de Julia Graciela Higuera puerto, en donde además participaron Rita Antonia Higuera de González, Alzira Higuera de niño, Dora Cecilia Higuera Puerto ,Aleida Maritza Higuera Camargo y Elvia Judith Higuera Camargo, en la que Dora Higuera reconoce y acepta el error que cometieron de haber puesto el bien a nombre de ellos tres, excluyendo a los demás hijos; la otra reunión se hizo el día 10 de febrero del 2017 en una cafetería OMA en el centro Comercial Salitre de la ciudad de Bogotá, en la cual intervinieron Dora Cecilia Higuera Puerto, César Augusto Higuera, Puerto Sandra Lucía, Higuera Camargo, Aleyda Maritza Higuera Camargo y Elvia Judith Higuera Camargo.

Reuniones estas que fueron confirmadas por los demandados en sus interrogatorios de parte; el demandado CESAR HIGUERA PUERTO, al preguntarle si se habían reunido para arreglar las diferencias respecto de la venta que les había hecho la señora MARIA ELVIA respondió: *“Siempre hemos estado dispuestos a no llevar a esto términos que estamos ahora en esa concordancia sí tuvimos reunión”* , al indagar sobre la reunión con otra demandada señora JULIA GRACIELA HIGUERA PUERTO, admitió que habían existido las mencionadas reuniones que esta no había asistido pero si, sus hermanos Cesar y Dora.

La Corte, respecto a los indicios y contraindicios ha señalado *“ De manera que, cuando en el proceso existan indicios y contraindicios respecto a una misma situación, corresponderá al funcionario judicial hacer un análisis integral, con el fin de establecer cuál de las inferencias presuntivas ofrece mayor poder persuasivo, sin que sea posible restringir el análisis a un solo grupo de ellos, so pena de incurrir en un error de hecho por haberse dejado de relacionar indicios entre sí que hubiesen permitido llegar a una decisión diversa”* (CSJ, AC1174, 23 mar. 2018, rad. 2009-00174-01). Total que, la libertad en la valoración probatoria del juzgador, “no es de tal naturaleza que pueda dejar de ver hechos que aparecen demostrados en el proceso y que ciertamente sirven de hechos indicados de otros” (CSJ, SC, 23 mar. 1977). (subrayado fuera de texto).

“ En otras palabras, no es suficiente que el fallador estime que “existían otras probanzas en calidad de contraindicios”, sino que debe plantear debidamente “las razones o motivos que justificaran y destruyeran los indicios acreditados, con la existencia de esas contrapruebas” (SC033, 15 en. 2015, rad. 2006-00307-01).

“Causa de la venta y posesión de María Elvia respecto del hotel restaurante posterior a la compraventa de la nuda propiedad a sus hijos César Augusto, Dora Cecilia y Julia Graciela”

El Juez de primera Instancia toma el testimonio de la señora AVELLA LOPEZ, testigo de la demandada, para concluir que “...una imprecisión en términos del momento en que se dio la conversación entre María Elvia y Gloria en realidad ni quita ni pone

ley a esa conversación...”, pero deja de observar el fallador que la testigo sí, miente y no es coherente al momento de manifestar el tiempo en que aconsejo vendiera con el usufructo.

“...H: 01:23:39. Pregunta: ¿Por qué entonces usted le recomendó a la señora María Elvia Puerto que guardara el usufructo, si, usted tenía conocimiento que se lo iba a vender a sus hijos, primero le Hago esa pregunta, usted tenía conocimiento que ella le iba vender el inmueble a Dora, César y Graciela?. Contestó: “No, después, después”.H: 01:23:58. Pregunta: ¿Después de qué. Contestó: “Después de que ella me comentó, que fue que ella me dijo ya esto lo vendí y se lo vendí a tales hijos.”.H:01:42:07. Pregunta: ¿Y entonces, en qué momento usted le recomendó del usufructo a la señora Graciela?. Contestó: “A la señora Elvia”. H:01:24:14.Pregunta:¿Elvia Perdón, a la señora Elvia?. Contestó: “Cuando me comentó que la situación del hotel estaba muy mal y que ya no podía con tanta deuda o gastos y entonces que ella iba a vender el hotel y ahí pues, me preocupó porque yo vivía, vivía con ellos y me atendían mi alimentación y la vivienda.”.(Se resaltó y subrayó) H:01:24:38. Pregunta:¿Pero la señora María Elvia Puerto en algún momento le dijo a usted que se lo iba a vender a sus 3 hijos ? .Contestó: “Sí, ya lo dijo, cuando después, después me dijo ‘ya vendí este hotel, ya no es mío’ ” . H:01:24:52.Pregunta:¿Por eso?. Contestó: “Se lo vendí a Juliano y a Sotano ”.H:01:24:56.Pregunta:¿Por eso, antes de vendérselo, cuando, antes de comentarle ella que ya lo vendió a Juliano y a Sotano, usted le había recomendado del usufructo o fue después?. Contestó: “Antes, antes que, a no, después no porque, antes no porque yo no sabía a quién se lo vendía y si los que iban a comprar no sabían, no eran sus hijos, como les iba a reservar el usufructo, después. ”.H:01:25:24.Pregunta : ¿Y entonces usted por qué después le recomendó, o sea por qué ella tenía conocimiento de que, por qué a la venta si le guardó el usufructo si usted le recomendó fue después de que supo que ella vendió? Contestó: “No, si después ya se lo dije, como yo acostumbro, yo sabía que uno, uno siempre si le va a vender a familiares se guarda el usufructo sí, y ya es particulares ya no.”.H:01:25:50. Pregunta :¿Por eso, pero usted ya sabía que se lo había vendido a los hijos, entonces, no sabía que se lo había vendido a los hijos, entonces, por qué le recomendó el usufructo, si usted no sabía?. Contestó: “Porque eso es un comentario que se hizo, no más, un comentario que se hizo doctora, si, por hechos de mi familia que se reservan el derecho de usufructo, cuando venden entre familiares y cuando ya son extraños cómo va a reservarse el derecho de usufructo.”.H:01:26:21. Pregunta: ¿O sea, que en el momento, en conclusión, ella, la recomendación del usufructo que le hizo al inmueble cuando lo vendió en el año 87, no fue básicamente su recomendación, porque usted dice que fue después cuando se enteró que efectivamente ella ya había vendido el inmueble que le recomendó el usufructo?. Contestó:“ No, no antes, antes, se hizo el comentario, se hizo el comentario en ventas.”

A cierto hechos la testigo manifiesta estar segura de lo que cuenta, pero es enfática en mencionar que labora; veía que el negocio venía a capa caída no había ventas no iban conductores a almorzar; pero en sus testimonios manifestó que laboraba en una Notaria, es decir, cumplía un horario que de lógica no le daba tiempo para saber que al negocio le iba mal, que el señor Cesar se hacia sus “pesitos” con el taxi y que Graciela era prospera con su negocio.

A la pregunta hecha por el apoderado de los demandados sobre “Le comentó a usted con quién iba a hacer el negocio...” respondió “...No primero lo iba a vender a

particulares y Cesar los tres hijos que vivían cerca de ella se oponían ... entonces ya ellos después allá hablarían o qué concretaron y ella la señora Elvia después me dijo señorita yo ya vendí el hotel los dueños son Dora Graciela y César le dije señora Elvia usted se resolvió el derecho de dominio y usufructo dijo sí como usted me dijo entonces no sé cómo quedó su escritura” (1:20:11).

Ahora bien, al preguntar la suscrita apoderada señaló:

“...Pregunta: ¿Pero la señora María Elvia Puerto en algún momento le dijo a usted que se lo iba a vender a sus 3 hijos ? .Contestó: “Sí, ya lo dijo, cuando después, después me dijo ‘ya vendí este hotel, ya no es mío’ ” . H:01:24:52.Pregunta:¿Por eso?. Contestó: “Se lo vendí a Juliano y a Sotano ”.H:01:24:56.Pregunta:¿Por eso, antes de vendérselo, cuando, antes de comentarle ella que ya lo vendió a Sotano y a Sotano, usted le había recomendado del usufructo o fue después?. Contestó: “Antes, antes que, a no, después no porque, antes no porque yo no sabía a quién se lo vendía y si los que iban a comprar no sabían, no eran sus hijos, como les iba a reservar el usufructo, después. ”.H:01:25:24.Pregunta : ¿Y entonces usted por qué después le recomendó, o sea por qué ella tenía conocimiento de que, por qué a la venta sí le guardó el usufructo si usted le recomendó fue después de que supo que ella vendió? Contestó: “No, si después ya se lo dije, como yo acostumbro, yo sabía que uno, uno siempre si le va a vender a familiares se guarda el usufructo sí, y ya es particulares ya no.”.H:01:25:50. Pregunta :¿Por eso, pero usted ya sabía que se lo había vendido a los hijos, entonces, no sabía que se lo había vendido a los hijos, entonces, por qué le recomendó el usufructo, si usted no sabía?. Contestó: “Porque eso es un comentario que se hizo, no más, un comentario que se hizo doctora, si, por hechos de mi familia que se reservan el derecho de usufructo, cuando venden entre familiares y cuando ya son extraños cómo va a reservarse el derecho de usufructo.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Se observa de este testimonio que no es coherente en sus respuestas, pero, aun así, el Juez señala en el fallo que “...hipotéticamente, aceptando una impresión en términos del momento ...en realidad ni quita ni pone ley a su versión...”

Igualmente existe contradicción entre lo dicho por los demandados en sus interrogatorios de parte y lo señalado por las testigos, pues mientras los demandados señalan que su señora madre les solicitó y ofreció la casa, las testigos manifestaron que sus hijos le dijeron que le vendieran la casa; pero, aun así, el Juez le da total credibilidad a las testigos, veamos: Cesar manifestó: “...pienso que por la cercanía que tenía con nosotros y porque nosotros éramos los que estábamos pendientes de su salud y de las circunstancias propias de que le estuviera pasando en el momento o hacía atrás, pues, por eso yo pienso que tomó la decisión de solicitarnos a nosotros, más allá de, pues, de los problemas de salud por los cuales pasaba en ese momento, problemas de salud...” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Por su parte, Dora Cecilia, narró “...entonces ella ofrece la casa porque pues mi mamá se sentía más segura que ofrecérsela a un tercero, entonces esa, esa fue la situación, ...” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Mientras que las testigos Gloria señala: "...los hijos se oponían en un comienzo, los que estaban más cerca de él, de ella y la atendían, a que vendiera, pero al verla tan preocupada y ya no era vida esa preocupación pagar nómina, liquidaciones de las, empleados, eran más o menos unos 6 o 7 empleados entonces, ellos allá acordaron,..." (H: 01:13:45).

Elisa Rodríguez Moya narra "...ella quería vender su casa y los hijos le dijeron que ellos pues, se la dejara a ellos porque en realidad para venderle a otro, a un tercero pues no sería justo y, ella aceptó eso..." (H: 00:46:17.)

Arguye el señor Juez que existen razones que brindan mayor credibilidad a las versiones de las señoras Gloria Avella López y Elisa Rodríguez Moya, por cuanto son testigos de primera mano, manifiesta que en cuanto a los testigos arrimados por la actora iban allí cuando María Elvia los invitaba y no estaban de asiento como si estaban Gloria y Gladys, a renglón seguido señala "en los esposos de las nietas de María Elvia su imparcialidad se ve mermada dada, precisamente, esa condición de prole matrimonial...", pero, no observó que las testigos arrimadas por la parte demandada señoras "Gloria Avella López y Elisa Rodríguez Moya" no fueron espontaneas en su declaración, además que la señora ELISA, se refiere a la señora MARIA ELVIA PUERTO como su "comadre", igualmente en los videos de la audiencia de interrogatorios y testimonios la suscrita deja constancia de las diferentes interrupciones en algunos momentos cuando se interrogaba a las testigos; de la misma manera, de los audios de la audiencia se escucha que la testigo ELISA estaba siendo orienta (0:54:54) (1:00:15), se escucha la respuesta por otra persona "esta arrendado"; ahora bien, los testigos arrimados por la parte actora nunca fueron tachados de sospechosos, por ello se les debe dar la credibilidad y veracidad a los mismos.

Según el Juez de Primera Instancia las testigos fueron coherentes, pero, contrario a los audios se puede concluir que fueron coherentes en señalar que sus hijos le pidieron a la mamá que les vendiera, porque mientras una testigo habla que para el año 1987 le comenzó a ir mal en su negocio la otra testigo señala que fue desde el año 1980, igualmente se contradicen por cuanto GLORIA señala la necesidad de la venta porque el negocio iba mal; mientras la señora GLADYS, manifiesta que el negocio siguió porque se vendían almuerzitos y sus hijas de Estados Unidos y los que vivían con ella le colaboraban.

Al respecto, el artículo 404 del CPP., el cual describe: "... *Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el*

contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad...” (C. P.P., 2000, p.252) (negrilla y subrayado fuera de texto).

Igualmente, Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana critica, sin perjuicio de solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que el asigne a cada prueba. (C.G.P., 2012, Art. 176).

En otro aparte del fallo manifiesta el Juez de Primera Instancia “...un recurso económico importante del negocio que funcionaba en la calle 11 No. 26-46 para el año 1987 y que, de alguna manera, llevar a este juzgador a la certeza que, en María Elvia no existía la necesidad de negociar la nuda propiedad... a manera de ejemplo, la fecha en que se adquirió la vivienda de Santa Isabel y si ese acto fue concomitante con la celebración del instrumento, 6229...”

Respetados Magistrados, contrario a lo que señala el Ad quem, al unísono demandados, testigos y demandantes fueron enfáticos en afirmar que para la fecha en que se hizo la venta, la señora MARIA ELVIA PUERTO, tenía un inmueble en Santa Isabel y que estaba arrendado, así se escucha de los interrogatorios: CESAR HIGUERA, expreso que sí, existía la casa en Santa Isabel que lo tenía “como una segunda entrada” (0:29); a su turno la señora DORA señaló a la pregunta de qué otros bienes tenía la señora MARIA ELVIA al momento de la venta de la casa manifestó “...Tenía la casa de Santa Isabel que ayudó bastante porque esa casa estaba arrendada entonces nos ayudó un poco sobre todo a mi mamá le ayudó a salir de muchas cosas...” (0:53:21); por su parte la señora JULIA GRACIELA, a la pregunta de qué otros bienes tenía la señora MARIA ELVIA PUERTO al momento de la venta respondió “Tenía la casa de Santa Isabel estaba arrendada... y eso le servía para sus gastos también...” . (1.04:08).

Se probó que la señora MARIA ELVIA PUERTO DE HIGUERA, tenía más bienes, no solo eso, recogía los arriendos del inmueble de su propiedad en Santa Isabel; tal hecho da cuenta, que tenía capacidad económica para solventar su posible “decaimiento en las ventas”.

Arguye el señor Juez que la señora MARIA ELVIA PUERTO presentaba una situación de enfermedad; hecho este que no quedó probado, pues de la prueba documental y testimonial que se recaudó de ambas partes, ninguno manifestó y habló de la difícil situación de enfermedad por la que estuviera pasando la señora MARIA ELVIA PUERTO, incluso, la señora AVELLA LOPEZ, quien convivió con ella por muchos años no relato nada sobre su estado de salud manifestó que tenía un problema en el útero, pero no sabe desde que fecha. La señora GLADYS ELISA, igualmente señala que estaba esperando una

cirugía, pero en ninguna parte de su testimonio afirmó que la razón de la venta era por su enfermedad; a la pregunta de su estado de salud, señaló que estaba muy bien, los testimonios e interrogatorios de la parte actora también dieron cuenta del buen estado de salud que gozaba la señora MARIA ELVIA PUERTO.

De otra parte, las causas y motivos para simular sirven como pruebas entre otros la falta de necesidad para enajenar y parentesco entre otros, la sentencia CSJ SC16608-2015, señaló

(...) causa o motivo para simular - falta de necesidad de enajenar o gravar – venta de todo el patrimonio o de lo mejor – relaciones parentales, amistosas o de dependencia – falta de medios económicos del adquirente – ausencia de movimientos en las cuentas corrientes bancarias – precio bajo – precio no entregado de presente – precio diferido o a plazos – no justificación del destino dado al precio – persistencia del enajenante en la posesión – tiempo sospechoso del negocio – ocultación del negocio – falsificaciones, captaciones de voluntad, otras maniobras torticeras – documentación sospechosa – precauciones sospechosas – falta de equivalencia en el juego de prestaciones y contraprestaciones – dejadez – pasividad del cómplice – intervención preponderante del simulador – falta de contradocumento – intentos de arreglo amistoso – conducta procesal de las partes». (negrilla y subrayado fuera de texto).

Señala el juez de primera instancia que es verídico “...que María Elvia se guarneció del usufructo y si bien esta situación podría computar, con muchos otros indicios, como un hecho indicador de la situación, obviamente, en el sub examine, no es posible llegar a semejante conclusión pues para todos y cuando se dice todos hace referencia a esa judicatura tanto a demandantes como ha demandados, manifestaron la unión que tenía María Elvia con el hotel restaurante, la mayoría lo dominó como el negocio de María Elvia...”

Justifica el Juez la reserva del usufructo por parte de la señora MARIA ELVIA PUERTO, al dicho de todos las partes y testigos en cuanto a la unión de esta con su restaurante hotel; hecho este que es cierto solo en cuanto a que la vida de la señora MARIA ELVIA, era su negocio, pero, no, en cuanto a que sus hijos se lo quisieron dejar porque era su vida, pues se demostró que la señora MARIA ELVIA nunca tuvo la intención de vender su casa, por cuanto nunca sufrió de premuras económicas, sino fue una manera de proteger su patrimonio por recomendación de un tercero.

En resumen, Honorables Magistrados:

Respecto al indicio afectivo (coiunctio sanguinis et affectio contraentium),

Se evidencia el parentesco entre vendedor y comprador. Pero tal relación de consanguinidad también se tenía con los perjudicados, es decir, con su hijo

DANIEL HIGUERA PUERTO, respecto a los cuales se advierte que la señora PUERTO DE HIGUERA, a pesar que vivió por temporadas con ella y según los testigos “no le colaboraba” por ello no le participó de la venta, solo a sus otros tres hijos, reservándose el usufructo que los ponía al margen de los beneficios del HOTEL RESTAURANTE; igualmente para la época de la venta la señora MARIA ELVIA PUERTO DE HIGUERA contaba con 67 años de edad, y conforme lo narra la interrogada ALEYDA MARITHZA HIGUERA CAMARGO la señora MARIA ELVIA PUERTO, tenía el ánimo de ir repartiendo su fortuna, al punto que les dio “adelantos” a sus hijos “...así como les entregó a ellos el bien del Ricaurte, les entregó a mi papa y a sus dos hermanas Rita y Alcira el otro bien y a mí me entregó el predio de Duitama sin mediar dinero, cuando mi abuela toma la decisión de poner a nombre de mis tías y de mi papá el bien de Santa Isabel, mi tía Dora me llama y me dice ‘necesito un millón de pesos para pagar los derechos de notaria, de beneficencia y registro’ yo le dije ese día tía Dora si ustedes dieron dinero el día que mi abuela puso el bien a nombre de ustedes, muéstreme la prueba y yo con mucho gusto le doy el millón de pesos, a lo que ella, a los tres días llamó a mi hermana Sirley para que fueran a la notaría y firmaran la escritura, nunca dimos dinero...” (H:00:40:56).

Dentro de ese contexto, es claro que la señora MARIA ELVIA PUERTO DE HIGUERA quería ir repartiendo en vida su patrimonio, “pero ello no era patente para que privilegiara de manera tan sesgada a unos herederos frente a otros”. Es por ello, que la edad de la vendedora también es un indicio que debe considerarse, a la hora de sumar todas las pruebas.

El Juez de Primera Instancia debió hacer una labor de ponderación entre los indicios y contraindicios para definir cuál de las hipótesis tenía mayor mérito de convicción considerando la convergencia y gravedad y ello tendría un resultado totalmente diferente al fallo de primera instancia.

EN CUANTO A LA CAUSA SIMULATORIA.

“...Para demostrar la simulación el punto de partida está dado por el motivo de la simulación, lo cual no es más que el interés serio e importante que condujo a la parte a realizar el negocio disfrazado por lo general se simula para sustraer el cumplimiento de una obligación evadir una disposición legal guardar o aparentar una posesión posición social o económica independientemente de que el fin sea lícito o no...” (CSJ 7274 10 de junio del 2015 radicado número 1996-24325-01). Dentro del trámite del proceso en especial la recolección de las pruebas tanto los interrogatorios de parte de los demandantes y demandados junto con los testimoniales se pudo colegir que el interés que tenía la señora MARIA ELVIA PUERTO era dejar a sus hijos “preferidos” el bien inmueble en el cual ella tenía su restaurante hotel e impedir que aquellos que no le colaboraron tuviesen acceso al mismo así se pudo probar con el mismo interrogatorio de parte de los señores César, Graciela y Dora Higuera Puerto, como ya se transcribió en renglones arriba.

EN CUANTO A LA RETENCIÓN DE LA POSESIÓN

A pesar de que, los demandados manifestaron que el Hotel Restaurante era su vida por lo mismo su madre continuó allí hasta incluso el año 2005, la prueba testimonial e interrogatorios de parte todos absolutamente todos señalaron que la señora María Elvia Puerto fue quien disfrutó del bien inmueble hasta el año 2005. Respecto a la posesión ha señalado la Corte “*releva también la falta de seriedad del acto que él vende que el vendedor sí, continuará con la posesión del inmueble, conduciéndose y obrando como propietario con posterioridad a la venta con lo cual es evidente que la situación de hecho de los contratantes no estaba en armonía con el cambio de sus posiciones jurídicas que se produjo en virtud de la enajenación* (SC7274 del 2015 radicado número 1996 - 24325 – 01), como precisamente se advierte en el presente asunto al acreditarse el señorío de la señora María Elvia Puerto de Higuera después de perfeccionarse los actos de enajenación.

NECESIDAD PARA REALIZAR LA VENTA

cómo se dijo en renglones arriba de este escrito, el Juez no valoró lo señalado por cada uno de las partes en el asunto en sus interrogatorios de parte, tanto demandantes como demandados manifestaron que la señora María Elvia Puerto era una persona de una situación económica buena manifiestan que al momento de la venta la señora María Elvia Puerto tenía un inmueble en Santa Isabel y del cual recibía un arriendo, es decir, no tenía la penuria económica que manifiestan los demandados en la contestación de la demanda. De tener los demandados la intención real de colaborarle a su señora madre por las penurias económicas que venía pasando supuestamente y la supuesta enfermedad lo lógico era que a través de su familia se hubiesen adoptado medidas que le permitieran continuar con su negocio sin la necesidad de la venta que supuestamente tuvo que hacer la señora para mitigar sus necesidades. La Corte ha establecido que es indicativo de la simulación que “El vendedor era una persona con una posición económica privilegiada, sus condiciones patrimoniales eran óptimas y por lo tanto ningún interés tenía para defenderse del predio desprenderse del predio y no se demostró que tuviera un motivo que la impulsara a llevar a cabo la enajenación ni consta que tuviese deudas pendientes al momento de celebrar el contrato” (SC 7274 10 de junio del 2015 radicado 1996 - 24325-01). de allí que siendo la señora María Elvia Puerto una persona acostumbrada a ordenar sus negocios carece de razonabilidad que se desprendiera de su restaurante hotel si no fuera por la intención ilícita de afectar la prole con quien tenía menor contacto y afinidad.

Son están las razones por las cuales está probada la simulación; el Juez dejó de valorar la abundante prueba existente que junto con los elementos indiciarios dan cuenta que existió una simulación en la venta realizada entre madre e hijos.

“... En el indicio, por el contrario, las pruebas hubo directas solo dejan al descubierto la existencia del hecho indicador, el cual sirve de punto de partida al sentenciador para la elaboración de un razonamiento que le permitirá inferir, al momento de dictar el fallo, una conclusión que se enmarca siempre en el campo de la probabilidad, pero que a la luz de las reglas de la experiencia deviene altamente probable o convincente, al punto de no albergar ningún margen de duda razonable. “De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial, pues no se tiene ningún contacto sensorial con el hecho desconocido, sino sólo con situaciones que, una vez demostradas, el entendimiento humano puede ligar con el acontecimiento que finalmente se pretende establecer. “Cabe advertir, sin embargo, que aun cuando la inferencia racional es una condición de posibilidad para la elaboración de las hipótesis indiciarias, ello no asegura la verdad necesaria de sus proposiciones, como quiera que aquélla está conformada por juicios derivados de la experiencia que, por muy convincentes que se nos muestren, albergan la posibilidad de ser falibles o contingentes. “El indicio presenta una estructura lógica que consiste en un razonamiento que parte de una premisa especial (el hecho probado), para arribar a una conclusión hipotética (el hecho desconocido), a la cual se llega gracias a una regla de la experiencia (altamente probable), que es la que le otorga un amplio margen de convicción, dentro de los parámetros de lo razonable y de lo que la cotidianidad nos revela. “El fundamento de las reglas de la experiencia está constituido por la constancia que se observa en una relación de causa a efecto, es decir por la costumbre que se tiene en una serie causal. “De ahí que el valor racional de la inferencia indiciaria es siempre de probabilidad, pues basta un solo hecho que refute o contradiga el enunciado que se cree verdadero, para que se vea mermado el grado de confianza que en él se tiene, a pesar de lo cual es posible concebir hipótesis indiciarias que suelen alcanzar el carácter de concluyentes el estar más allá de todo margen de duda razonable porque las máximas de la experiencia les otorgan un alto grado de convicción.” ... “De ahí que esta Corporación haya precisado que “el mérito probatorio del indicio se encuentra íntimamente relacionado con la aptitud que tenga para llevar al juzgador a inferir lógicamente la existencia del hecho investigado, es decir, de la mayor o menor conexión lógica que encuentre entre el hecho indiciario y el hecho desconocido por probar, de acuerdo con las reglas de la experiencia o de la lógica, pues entre más ajustada a tales reglas resulte la inferencia, mayor será su significación probatoria.” (Sentencia de Casación Civil de 25 de noviembre de 2002)”. *Cursivas y cita dentro del texto.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2013, Rad.: 11001-31-03-022-1998-15344-01.

En sentencia SC9072-2014 se memoró que

“[e]norme es la importancia que reviste la prueba indirecta en el escrutinio de la voluntad negocial cuando se le impugna por falta de contenido real, dado que ante la habitual falta de prueba escrita emanada de los contratantes que dé cuenta de su apariencia, lo mismo que de otra prueba directa que la saque a la luz, las más de las veces es el celoso rastreo del negocio, de sus circunstancias y las de sus agentes, el que proporciona los datos a partir de los cuales es factible desentrañar la disconformidad, consciente e intencionada, entre la voluntad expresada y el genuino querer que animó a quienes dijeron concertar el negocio atacado. De ordinario, dice Ferrara, la simulación “se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél, y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de

indicios, de conjeturas (per coniecturas, signa et urgentes suspiciones) y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en el mismo terreno” (La simulación de los negocios jurídicos, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, pág. 384).

Por la naturaleza de los indicios, fundamentalmente se configurará *error facti* cuando el juzgador se equivoca en la determinación de los hechos indicadores o en el juicio inferencial; esto es, cuando deja de apreciar, tergiversa o supone los medios demostrativos que dan cuenta de los sustratos fácticos intermediarios, así como cuando el razonamiento deductivo es arbitrario o carente de sindéresis (CSJ, SC225, 27 jun. 1989).

Tal es la posición jurisprudencia sobre la materia:

“ Con apoyo en [la] estructura de la prueba indiciaria es viable colegir que su errada ponderación fáctica solamente puede darse, en primer lugar, por la incorrecta apreciación de los hechos indicadores, ya sea por preterirse los efectivamente demostrados, o por desfigurárseles al punto de hacerles perder los efectos que de ellos se derivan, o por suponerse unos inexistentes; y, en segundo lugar, porque el raciocinio del sentenciador al deducir el hecho indicado, contradiga abierta y notoriamente el sentido común o las leyes de la naturaleza “ (CSJ, SC12469, 6 sep. 2016, rad. 1999-00301-01).

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:

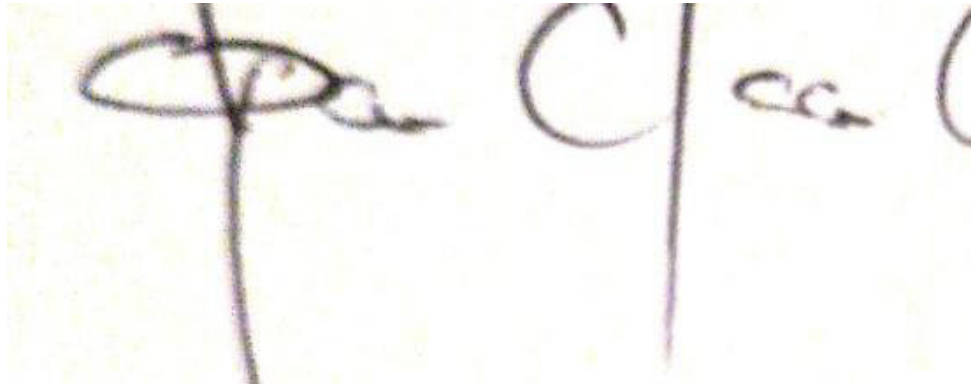
No le asiste razón al Juez de primera instancia en señalar que “En realidad, de la valoración de la prueba realizada líneas atrás, no se infiere, la más mínima circunstancia plausible que, ese fuere el querer de los contratantes, con otras palabras, que la causa eficiente de María Elvia fuese la donación motivada por su mera liberalidad o, se tratase, a lo sumo, como una retribución a los servicios prestados o algo que se le pareciere, situaciones similares a esa no aparecen acreditadas...”, Por el contrario y como ya se sustentó está probado que efectivamente la venta se realizó para favorecer a sus hijos más cercanos, por su colaboración y cercanía.

Conforme a lo anterior, solicito al despacho las siguientes:

PETICIONES:

1. Revocar la sentencia emitida por el Juez de Primera Instancia.
2. Condenar en costas a la parte demanda.

De los Honorables Magistrados, atentamente

A close-up photograph of a handwritten signature in dark ink on a light-colored, slightly textured paper. The signature is written in a cursive style, with the first part appearing to be 'Pa' and the second part 'Ca'.

OLGA TERESA CAJAMARCA CAJAMARCA
T. P. No.217.600 del Consejo S. de la J.
C. de C. No.39'707.916 de Mosquera

MEMORIAL DRA GALVIS RV: RECURSO DE SUPLICA (11001310301520180027201)

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

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 8/05/2024 4:39 PM

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

 1 archivos adjuntos (662 KB)

RECURSO DE SUPLICA (11001310301520180027201).pdf;

MEMORIAL DRA GALVIS

Atentamente,

**De:** Ulises Canosa <ulises.canosa@ucsabogados.com>**Enviado el:** miércoles, 8 de mayo de 2024 4:00 p. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>**CC:** delapava@fdplegal.com; contabilidadserranolievano@gmail.com; Ernesto Serrano<eserrano@serranogomez.com.co>**Asunto:** RECURSO DE SUPLICA (11001310301520180027201)No suele recibir correos electrónicos de ulises.canosa@ucsabogados.com. [Por qué esto es importante](#)

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**SALA CIVIL – M.P. Dra. Ruth Elena Galvis Vergara**secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

C.C.: Demandante: delapava@fdplegal.com, contabilidadserranolievano@gmail.comDemandado: eserrano@serranogomez.com.co**REFERENCIA:** PROCESO DECLARATIVO DE **SERRANO LIÉVANO Y COMPAÑÍA S. EN C. (CIA S.A.S.)** Vs. **ERNESTO SERRANO PINTO**

RADICADO: 11001-31-030-15-2018-00272-01

ASUNTO: **RECURSO DE SÚPLICA**

ULISES CANOSA SUÁREZ, apoderado de **ERNESTO SERRANO PINTO**, interpongo recurso de **SÚPLICA** contra el auto del dos (02) de mayo de 2024, notificado por estado del tres (03) de mayo de 2024, que decidió negar el decreto de pruebas en segunda instancia, para que dicha providencia se revoque y, en su lugar, se decreten las pruebas solicitadas y se practiquen en la audiencia que dispone el artículo 327 del CGP, en concordancia con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, mediante documento adjunto en archivo "PDF".

Cordialmente,



Ulises Canosa Suárez

Doctor en Derecho

+ (57) 316 447 8998
+ (57) 318 646 8384

ulises.canosa@ucsabogados.com

Teleport Business Park
Calle 113 No. 7 - 45, Torre B, Oficina 1002

Antes de imprimir este mensaje, por favor compruebe que es necesario hacerlo - Before you print this message please consider if it is really necessary. Esta comunicación es emitida por un abogado en ejercicio y por tanto está sujeta a secreto profesional; es confidencial y para su uso exclusivo por parte de su destinatario/a. Si ha recibido esta comunicación por error, su lectura, copia y uso están prohibidos, en cuyo caso le rogamos que la borre y nos lo comunique inmediatamente. - This communication is issued by a practising lawyer and is therefore subject to professional secrecy, it is confidential and for the exclusive use of the addressee. If you have received this communication in error, its reading, copying and use are prohibited, in which case please delete it and inform us immediately

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL – M.P. Dra. Ruth Elena Galvis Vergara

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO DE **SERRANO LIÉVANO Y COMPAÑÍA S. EN C. (CIA S.A.S.) Vs. ERNESTO SERRANO PINTO**
RADICADO: 11001310301520180027201
ASUNTO: **RECURSO DE SUPLICA**

ULISES CANOSA SUÁREZ, apoderado de **ERNESTO SERRANO PINTO**, interpongo recurso de **SÚPLICA** contra el auto del dos (02) de mayo de 2024, notificado por estado del tres (03) de mayo de 2024, que decidió negar el decreto de pruebas en segunda instancia, **para que dicha providencia se revoque y, en su lugar, se decreten las pruebas solicitadas** y se practiquen en la audiencia que dispone el artículo 327 del CGP, en concordancia con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, donde, además deberán oírse las alegaciones de las partes y dictarse la sentencia por el Tribunal Superior.

El recurso de súplica tiene el propósito de asegurar que, en la segunda instancia, se reúnan las condiciones para que se dicte una sentencia legal y justa por parte del Tribunal, con plena garantía de los derechos fundamentales de las partes, en especial los del debido proceso y de acceso a las pruebas necesarias para acreditar los supuestos de hecho de las normas sustanciales aplicables, entre las que resalta, con especial fulgor, el artículo 1264 del Código de Comercio que no se hizo obrar en este caso y que dispone: ***El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos.***

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

1. Mediante el auto impugnado la Magistrada Ponente resolvió (...) **DENEGAR** el decreto y práctica de los testimonios pedidos por el apoderado del señor Serrano Pinto; así como, el decreto y práctica de la experticia oficiosa”. La providencia se notificó por estado No. E-075 del tres (03) de mayo de 2024.
2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 331 del CGP, el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, entre los que está el que niega la práctica de pruebas (artículo 321 del CGP No. 3), dictados por el Magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia.

¹ De acuerdo con lo establecido en los artículos 3 y 9 de la Ley 2213 de 2022, remitimos copia a los demás sujetos procesales. **Demandante:** delapava@fdplegal.com, contabilidadserranolievano@gmail.com. **Demandado:** eserrano@serranogomez.com.co



II. FUNDAMENTOS

1. El art. 327 del CGP dispuso los eventos en los que es procedente el decreto y la práctica de pruebas durante la segunda instancia. De un lado, esta norma destaca la facultad **oficiosa** que tiene el juez para decretarlas y, de otro, enlistó cinco (5) hipótesis en las que dicha actividad resulta viable a **petición de parte**.

El numeral segundo de esa disposición avaló el decreto de las pruebas que, a pesar de haber sido *“decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió”*.

2. Ahora bien, es indiscutible que los artículos del CGP no comprenden todas las situaciones particulares que pueden presentarse en los procesos. Siempre quedan vacíos o deficiencias (artículo 12 CGP), surgen dudas o inquietudes (artículo 11 CGP) y hasta se presentan contradicciones en algunos casos (artículo 5º de la Ley 57 de 1887).

Para superar estas incidencias, en su función de administrar justicia los jueces deben efectuar la interpretación de la ley para su aplicación a los casos concretos. Esa interpretación alcanza las normas de: a) La Constitución; b) El derecho sustantivo; c) El derecho probatorio para la comprobación fáctica; y d) Las procesales que gobiernan la actividad del juez.

Claro está que interpretar – como lo advierte Guastini - es un vocablo ambiguo por varias razones²:

- a) Porque obliga diferenciar entre la **interpretación en abstracto**, que consiste en determinar el significado de las normas por lo equivoco de los textos y por los diferentes métodos interpretativos; de la **interpretación en concreto** que conlleva subsumir cada supuesto de hecho en una disposición;
 - b) Porque interpretar hace referencia a una labor cognitiva de identificación de alternativas que puede conducir a encontrar nuevas opciones de entendimiento³.
3. En el presente caso la parte actora SERRANO LIÉVANO, demandada en reconvención, **solicitó el testimonio del “representante legal de la sociedad Gloria Foods Jorb S.A. para que se pronuncie sobre los hechos de la demanda, y en particular, sobre las circunstancias en las que se negoció y se suscribió el Contrato Marco de Adquisición, las circunstancias en las que se generó y acordó la contingencia denominada “Monto Retenido por Gravamen”, las instrucciones y órdenes de giro impartidas para el pago de la suma de cierre, entre otros hechos fundamentales de la presente demanda. El representante podrá ser notificado en la dirección carrera 7 No. 156-78, piso 15 de la ciudad de Bogotá D.C.”**⁴.

² GUASTINI, Riccardo. *“Teoría e ideología de la interpretación constitucional”*, UNAM Mínima Trotta, 2010, páginas 53 y siguientes.

³ Ibidem.

⁴ Ver folio 364 del pdf “01CuadernoReconvención.pdf” de la carpeta “02CuadernoReconvención” del expediente digitalizado



4. Dicha declaración fue desistida durante la audiencia inicial de 10 de agosto de 2021. Las demás pruebas fueron decretadas.

Por su parte, respecto de los testimonios que pudieran ser desistidos por la demandante inicial, el entonces apoderado de Ernesto Serrano Pinto manifestó⁵:

1.2. De las pruebas testimoniales solicitadas por la demandante inicial SERRANO LIÉVANO Y CIA SAS.

Desde ya me reservo la facultad de interrogar a los testigos solicitados por la demandante inicial, aún cuando tales medios de prueba lleguen a ser desistidos.

5. Efectivamente **-y es una circunstancia que no pretende desconocerse con la petición de pruebas en segunda instancia-**, durante la audiencia celebrada el 20 de junio de 2023, en ejercicio de la facultad concedida en los artículos 175 y 316 CGP, la demandante **desistió** de dicho testimonio y la parte que ahora represento guardó silencio.

Este acto procesal de desistimiento fue el que determinó que la prueba no se practicara (minuto 01:01 de la audiencia obrante en el archivo 035 del cuaderno principal).

Entendidos los antecedentes de este modo, se trata de una prueba solicitada en primera instancia que dejó de practicarse sin culpa de la parte que ahora insiste en ella, cuya relevancia en primera instancia podía no ser evidente, circunstancia que pudo conducir al anterior abogado a guardar silencio, pero cuya importancia es resplandeciente en segunda instancia, si se leen con atención los fundamentos del fallo apelado.

6. Destáquese que el testimonio del representante legal del Grupo comprador de CALIFORNIA, LECHESÁN E INCOLÁCTEOS, -bien sea el de la época en que ocurrieron los hechos o el actual, quien deberá estar enterado incluso de hechos anteriores a su representación- resulta de vital jerarquía en un proceso que busca averiguar la verdad para la administración de la justicia, con el fin de esclarecer las cuestiones relativas a la gestión precontractual de las partes, sus antecedentes, tiempos, protagonistas, interlocutores, términos de los acuerdos, vicisitudes del negocio, así como las situaciones referentes a la ejecución y cumplimiento del contrato, supuestos fácticos que la demandante pretendió ensombrecer persistentemente, también con el inusitado desistimiento de la prueba en la que ahora se insiste, situación que, en segunda instancia, debe superarse, escuchando a quienes no declararon en primera y, de esta manera despejar las zonas de penumbra que siguen existiendo y por las cuales continúan discutiendo los contendientes.
7. Visto lo acontecido de esta forma es que se configura el supuesto a que se refiere el numeral 2 del artículo 327 del CGP, en la medida que, sin culpa de la parte que represento, se dejó de practicar una prueba cuya pertinencia y utilidad en segunda instancia no admite disputa.

⁵ Ver folio 1249 del pdf "001ExpedienteDigitalizado"



8. En esta misma dirección y bajo otro supuesto, ya no el de la petición de parte, sino el poder-deber de decretar pruebas de oficio, hay que recordar que el artículo 327 del CGP, en armonía con el artículo 42 numeral 4º, advierte que es un deber del juez, antes de fallar, emplear los poderes que este código le confiere en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.
9. De resaltar, en relación con los fines de este recurso de súplica, que siguiendo la preceptiva constitucional, el CGP utiliza el proceso como una “*comunidad solidaria de trabajo*” para el averiguamiento de la verdad. Se abandonó, por insuficiente, la concepción clásica y estática, para acoger en cuanto a pruebas la noción dinámica que se acompasa con el “*principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción*”⁶.

Por el mismo derrotero se fortaleció en el artículo 170 del CGP el decreto de pruebas de oficio al reemplazarse la expresión del antiguo CPC que decía: “*podrán decretarse pruebas de oficio*”, por una imperativa: “*El juez **deberá** decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia*”.

Estas instituciones reflejan la corriente ideológica preponderante en el nuevo ordenamiento que se acompasa mejor con la opción de acceder a la solicitud presentada de practicar pruebas en segunda instancia, que con la alternativa de negarlas porque el anterior apoderado guardó silencio ante el artero desistimiento probatorio que presentó la parte demandante.

No hay que olvidar que CGP destierra la concepción del proceso como “*juego de partes*”, esto es como el “*estéril y árido juego de fuerza y de destreza*” de que habló Calamandrei⁷ selección del legislador que apuntala la petición de pruebas en segunda instancia.

10. Sobre esa temática la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2019 recordó que “*El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, **no es una atribución o facultad potestativa** del Juez: **es un verdadero deber legal**. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, **a partir** de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, **surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia**; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material*”.
11. Estos mismos fundamentos soportan sólidamente la petición al Tribunal para que decrete un dictamen pericial en segunda instancia para los fines del artículo 1264 del Código de Comercio que, al regular la remuneración a que tiene derecho ERNESTO SERRANO PINTO, preceptúa: “*...El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos...*”.

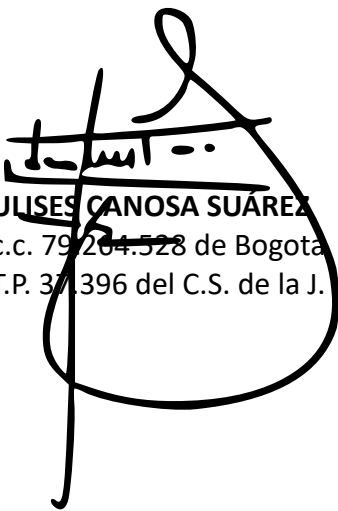
⁶ PEYRANO W., Jorge y otros. Cargas Probatorias Dinámica, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 20.

⁷ Hasta el siglo XIX, el proceso civil se desarrollaba fuera de audiencia, como algo privado o “*cosa de las partes*”, sin la presencia del juez quien, además, carecía de poderes de dirección e investigación y permanecía distante, como un espectador llamado sólo para decidir, al final del proceso, con fundamento en los escritos que los abogados de las partes se habían “*cambiado*”. “*El temor de que el juez, al entrar “en la arena” terminase por perder su imparcialidad, era tan grande que incluso las pruebas eran asumidas con frecuencia en ausencia del juez, el cual, por consiguiente, no tomaba conocimiento directo de ellas, sino solamente indirecto, a través de los protocolos o “verbales” (actas) escritos, redactados por secretarios.... La escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas: sobre todo, las partes y los testigos*”. CAPPELLETTI, Mauro, El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Breviarios de Derecho, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973, pp. 47 y 48.



12. Si bien durante la primera instancia se practicó un dictamen pericial que fue aportado por ERNESTO SERRANO PINTO con el fin de acreditar, entre otras, el monto de la remuneración que **por ley** le corresponde al mandatario de un negocio mercantil que desempeñó una labor en beneficio de otro, si por cualquier motivo se llegare a compartir por el Tribunal el planteamiento del juez de primera instancia sobre este medio de prueba que conceptúa sobre la cuantía de la remuneración, es indispensable decretar de oficio un nuevo dictamen **con el fin de establecer el monto de la retribución usual por el género de actividades desarrolladas por Ernesto Serrano Pinto a partir de 2013 y hasta 2018, respecto de la venta de Conservas California, Lechesán, Incolácteos y los otros bienes adquiridos por los compradores**, que son las cuestiones que el perito debe absolver, para los fines del artículo 230 del CGP⁸.

Cordialmente,



ULISES CANOSA SUÁREZ
c.c. 79.264.528 de Bogotá
T.P. 37.396 del C.S. de la J.

⁸ En salvamento de voto del Magistrado Luis Armando Toloza Villabona a la decisión mayoritaria de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia SC6315-2017, se recordó la necesidad de decretar pruebas de oficio siempre que resulte indispensable para alcanzar el plausible propósito de averiguar la verdad: “Ahora bien, en últimas, se repudia tal proporción, en aplicación de los artículos 37, 38, 179, 180 y 183 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de cumplir la sagrada e ineludible misión de administración justicia, debió entonces, decretarse pruebas de oficio, pero no afirmar, «(...) que si bien es cierto, se ha acreditado la existencia de un contrato de agencia mercantil (...) también lo es que, del mismo no pueden (...) deducirse obligaciones económicas a reconocer, por cuanto las mismas no fueron probadas por la parte actora (...)» (fls.122 y 123., cd. tribunal), con mayor razón si, como lo admitió, el artículo 1322 del Código de Comercio menciona el derecho a remunerar al agente y el artículo 1264 ibidem prevé como remuneración para el mandatario la estipulada o usual para este género de actividades, las cuales pueden comprobarse por medio de peritos... Si la prueba era insuficiente, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la misma Corte han debido entonces ordenarse, de oficio, la práctica de las pertinentes pruebas; porque, no puede ser que, dada la especial naturaleza del contrato de agencia comercial y de los elementos requeridos para su estructuración, en esta ocasión el ad quem y la mayoría de la Sala lo tengan como la especie negocial realmente alcanzada entre las partes, pero, en una determinación que rompe toda lógica, se nieguen las aspiraciones económicas a la parte actora”. Dejamos constancia que todos los datos de la sentencia se encuentran en el siguiente número de radicado: 11001-3103-019-2008-00247-01

