

Radicado 2020-00106 | Verbal de Nubia Castellanos y otros contra BD Cartagena y otros | Recurso de reposición y apelación

Pedro Álvarez <pedro.alvarez@phrlegal.com>

Jue 30/09/2021 14:48

Para: Juzgado 45 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR (abogadolams@gmail.com) <abogadolams@gmail.com>; katherine.ortega.moreno@gmail.com <katherine.ortega.moreno@gmail.com>; financiera@bdbacata.com <financiera@bdbacata.com>; Laura Yazmin Lopez Garcia <laura.lopez@accion.com.co>; Daniel Posse <daniel.posse@phrlegal.com>; Alejandro Gómez <alejandro.gomez@phrlegal.com>

Señores

Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá

Despacho

Referencia: Proceso verbal declarativo de Nubia Stella Castellanos Hernández y otros contra BD Cartagena, Acción Fiduciaria y otros.

Radicación: 11001310304520200010600

Asunto: Recurso de reposición, y en subsidio de apelación, contra auto que decretó pruebas

Por instrucciones del doctor **DANIEL POSSE VELÁSQUEZ**, apoderado de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, y del (i) **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB - HOTEL**, (ii) **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA** ("Fideicomiso Parqueo Lote Uno"), y (iii) **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA** ("Fideicomiso Parqueo Lote Dos"), lo cual consta en el poder que obra en el expediente, estando dentro del término oportuno, por medio del presente correo electrónico remito recurso de reposición contra el auto del 27 de septiembre de 2021 mediante el cual se decretaron pruebas.

Conforme a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, copio del presente correo a los demás sujetos procesales.

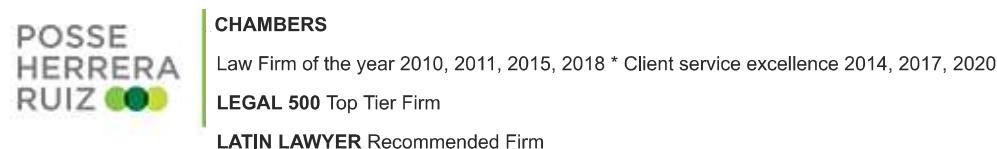
Cordial Saludo,

Pedro Álvarez

Cra 7 No. 71-52, Torre A Piso 5 / Bogotá – Colombia

T.: +571 3257300

pedro.alvarez@phrlegal.com / www.phrlegal.com



Este mensaje de correo electrónico es enviado por una firma de abogados y contiene información confidencial o privilegiada.

This e-mail is sent by a law firm and contains confidential or privileged information.

Señores

Juzgado Cuarenta y Cinco (45°) Civil del Circuito de Bogotá

Despacho

Referencia: Proceso verbal declarativo de Nubia Stella Castellanos Hernández y otros contra BD Cartagena, Acción Fiduciaria y otros.

Radicación: 11001310304520200010600

Asunto: Recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra auto que decretó pruebas

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.155.991 expedida en Usaquén, abogado titulado portador de la tarjeta profesional No. 42.259 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA** (en adelante “**Acción Fiduciaria**”), y de los patrimonios autónomos (i) **FIDEICOMISO BD CARTAGENA BEACH CLUB - HOTEL (“Fideicomiso BD Cartagena”)**, (ii) **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE UNO CARTAGENA (“Fideicomiso Parqueo Lote Uno”)**, y (iii) **FIDEICOMISO PARQUEO LOTE DOS CARTAGENA (“Fideicomiso Parqueo Lote Dos”)**, lo cual consta en el poder que obra en el expediente, interpongo recurso de reposición, y en subsidio de apelación, contra el auto del 27 de septiembre de 2021, notificado por estado del 28 de septiembre, mediante el cual el Despacho decretó pruebas.

I. PROCEDENCIA DEL RECURSO

De conformidad con el artículo 318 del Código General del Proceso, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, salvo norma legal en contrario. Por ello, el recurso de reposición procede contra el auto del 27 de septiembre de 2021 mediante el cual se decretaron y negaron pruebas.

Adicionalmente, conforme al artículo 321 del Código General del Proceso, el recurso de apelación es procedente contra aquellos autos que nieguen el decreto o la práctica de una prueba¹. En el caso que nos atañe, en el numeral 3.2.3 del auto impugnado se negó el interrogatorio del representante legal de BD Cartagena. Por ello, procede el recurso de apelación contra dicha decisión específica.

II. PETICIONES

1. Solicito que se revoque parcialmente el auto del 27 de septiembre de 2021 mediante el cual se decretaron pruebas.

¹ **ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA.** *Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: 1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas. (...) 3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas (énfasis agregado).*

2. En su lugar, solicito que: (i) se revoque el numeral 3.1.2. del auto en el cual se decretó la exhibición de documentos solicitada por la parte demandante en los términos y alcances allí contenidos; (ii) se revoque el numeral 3.2.3. en el cual se negó el interrogatorio de parte del representante legal de BD Cartagena S.A.S. solicitado por mis poderdantes y que, en su lugar, se decrete dicho interrogatorio.
3. En caso de no accederse a lo solicitado en el numeral romano (ii), solicito que se dé trámite al recurso de apelación.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

A. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS RECAE SOBRE DOCUMENTOS SUJETOS A RESERVA, CUYA ENTREGA IMPLICA VIOLAR EL SECRETO PROFESIONAL QUE DEBEN CUMPLIR LAS ENTIDADES FINANCIERAS

1. En el **punto No. 1** de la exhibición de documentos, la parte demandante solicita que se exhiban *“los documentos relacionados con la **celebración de los contratos de vinculación con PARTICIPES** mediante los cuales, BD CARTAGENA S.A.S., y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., hayan logrado “los compromisos de aporte de los recursos que sean necesarios para la terminación de EL PROYECTO y su correspondiente dotación”.*
2. Es evidente que dicha solicitud implica desconocer la inviolabilidad del secreto profesional y de la reserva bancaria en cabeza de Acción Fiduciaria y revelar información reservada de terceros (más de 300) ajenos al debate y que no han autorizado expresamente la revelación de sus datos personales tales como: (i) nombres, (ii) cédulas, (iii) direcciones de residencia y lugar de trabajo, (iv) correos electrónicos, (iv) dineros depositados, e, incluso, (v) sus cuentas bancarias.
3. Al respecto, es necesario destacar que, conforme al artículo 74 de la Constitución Política², **el secreto profesional es inviolable**. Sobre el secreto profesional ha dicho la Corte Constitucional que este consiste en *“la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad”*. En este sentido, el secreto profesional es un derecho – deber del profesional, pues *“de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento”* (énfasis agregado)³.
4. En la misma línea de lo anterior, la Corte Constitucional también ha manifestado que es posible oponerse a la exhibición de documentos cuando: (i) los documentos no tienen relación con el objeto de la exhibición, (ii) los

² **ARTICULO 74.** *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”.*

³ Corte Constitucional, Sentencia C-301 del 25 de abril de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

documentos no le pertenecen, o (iii) **los documentos están sujetos a reserva legal**⁴.

5. En efecto, la exhibición solicitada recae necesariamente sobre información sujeta a reserva que terceros (en este caso partícipes del Proyecto BD Cartagena) pusieron a disposición de Acción Fiduciaria **en razón y como como consecuencia de la profesión y la actividad financiera que mi poderdante desempeña**.
6. Téngase en cuenta que la reserva de la información de las entidades financieras implica mantener bajo confidencialidad la información relacionada con los clientes y la situación de la compañía. Dicha reserva tiene como fundamento el derecho fundamental a la intimidad⁵, tanto de la entidad financiera como de los terceros que depositan su confianza en dicho profesional financiero, lo cual obliga a la entidad, en este caso a Acción Fiduciaria, a proteger y mantener bajo reserva la información.
7. Así pues, a modo de ejemplo, los contratos suscritos con los partícipes, los datos entregados para la celebración de estos y las comunicaciones intercambiadas entre las partes constituyen información que terceros entregaron a Acción Fiduciaria única y exclusivamente en razón a la actividad financiera y, específicamente, fiduciaria que lleva a cabo Acción Fiduciaria. Se trata de información compartida como consecuencia de una relación profesional entre una entidad fiduciaria y una serie de terceros que confiaron a dicha entidad información personal, que incluye, entre otras, las cédulas, lugares de trabajo y residencia, correos electrónicos, y demás información financiera.
8. Por ello, poner a disposición de la demandante la documentación solicitada implicaría revelar información y datos personales de cientos de partícipes del Proyecto BD Cartagena que Acción Fiduciaria está obligada a mantener bajo reserva, en cumplimiento del secreto profesional, y en virtud de lo dispuesto en disposiciones constitucionales y legales, de ahí que sea esencial revocar el auto que decretó la exhibición.

B. LA EXHIBICIÓN ES IMPROCEDENTE PUESTO QUE LA DEMANDANTE NO CUMPLIÓ CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, YA QUE NO SE IDENTIFICARON LOS DOCUMENTOS CUYA EXHIBICIÓN SE REQUIERE

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-830 del 8 de octubre de 2002. M.P Jaime Araujo Rentería.

“La oposición puede ser planteada por la parte o el tercero frente a quienes se solicite la exhibición, en el término de ejecutoria del auto que la decreta, alegando que no tienen el objeto de ella, que el mismo no les pertenece o que goza de reserva legal. Adicionalmente, el tercero puede alegar que la exhibición le causa perjuicio.

⁵ Constitución Política, Artículo 15. *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.*

9. En la solicitud de exhibición, específicamente en los **puntos No. 1 y 3**, la parte demandante no cumplió con la carga de identificar y señalar concretamente **la clase o el tipo** de documentos objeto de la exhibición.
10. En efecto, la parte demandante se limita a solicitar, de manera genérica e indiscriminada, que Acción Fiduciaria exhiba una serie de documentos, sin hacer el mínimo esfuerzo por detallar o especificar los documentos solicitados.
11. Al respecto, se destaca que el artículo 266 del Código General del Proceso establece que “[Q]uien pida la exhibición expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento o la cosa se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, **su clase y la relación que tenga con aquellos hechos**. Si la solicitud reúne los anteriores requisitos el juez ordenará que se realice la exhibición en la respectiva audiencia y señalará la forma en que deba hacerse” (énfasis agregado).
12. Como se puede observar en el acápite de pruebas de la demanda, la parte demandante se limita a solicitar, por ejemplo, la “copia de los documentos relacionados con el proceso de prescripción adquisitiva de dominio para obtener una decisión judicial en la que se reconozca la adquisición del predio por prescripción, identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 060-28660” (...) y “copia de los documentos relacionados con “la celebración de los contratos de vinculación con partícipes”, mediante los cuales BD Cartagena y Acción Fiduciaria S.A., hayan logrado “los compromisos de aporte de los recursos que sean necesarios para la terminación de el Proyecto y su correspondiente dotación” (...).
13. Así pues, la parte demandante solicita “la copia de los documentos relacionados con...etc.” sin precisar en ningún momento a qué documentos específicos hace referencia. Por lo anterior, no es posible identificar los documentos que requiere la parte demandante, ni siquiera es posible conocer el tipo o clase de documento que se está solicitando, ya que no se sabe si se trata de contratos, comunicaciones, correos electrónicos, oficios, documentos internos, entre otras.
14. Así mismo, se solicita la exhibición de documentos relacionados con un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, sin especificarse en ningún caso cuáles son los documentos del proceso cuya exhibición se requiere. Incluso, ni siquiera se manifiesta el número del proceso al que se hace referencia o el juzgado en el cual este se encuentra radicado.
15. Por tal motivo, no puede considerarse que la parte demandante haya cumplido con la carga que le impone el artículo 266 del Código General del Proceso, consistente en indicar los documentos cuya exhibición se pretende. Al contrario, la parte demandante se limitó a realizar manifestaciones genéricas que ni siquiera permiten deducir concretamente cuáles son los documentos que se solicita exhibir.

16. La indefinición de la solicitud del demandante es tal, que limita y condiciona el derecho que tiene mi poderdante a alegar (de forma precisa y concreta) el carácter reservado de los documentos. En efecto, la solicitud de exhibición resulta tan amplia e indeterminada que no permite establecer, de forma individual y detallada, específicamente a qué documentos se está haciendo referencia.

C. LA DEMANDANTE NO CUMPLIÓ CON LA CARGA DE SOLICITAR LOS DOCUMENTOS VÍA DERECHO DE PETICIÓN

17. La ley procesal impone en cabeza de las partes el deber de abstenerse de solicitarle al juez documentos que puede conseguir por intermedio del derecho de petición⁶.
18. Adicionalmente, el artículo 173 del Código General del Proceso establece que “[E]l juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente”.
19. En el presente caso, la parte demandante incumplió con su deber y solicitó directamente al juez que ordenara a mi poderdante expedir copias de una serie de documentos, genéricos e indeterminados, sin antes haber realizado dicha solicitud directamente a mi poderdante, a través del derecho de petición.
20. En ese sentido, no puede utilizarse el presente proceso judicial para subsanar las omisiones en las que incurrió la parte demandante. La solicitud de documentos se debió haber realizado antes de acudir a instancias judiciales y de solicitarle al Despacho que ordenara la expedición de copias de un sinnúmero de documentos.
21. Por otra parte, debe destacarse que en el presente caso la parte demandante no puede justificar su omisión y negligencia argumentando que no podía obtener los documentos por encontrarse estos sujetos a alguna clase de restricción o reserva. La solicitud de exhibición de la demandante es tan amplia, **que no es posible concluir a priori cuál es la naturaleza de todos los documentos solicitados en los distintos puntos de la exhibición solicitada**, y mucho menos si estos están sometidos a alguna clase de restricción que impidiera su entrega vía derecho de petición. De ahí la importancia de que el apoderado de la parte demandante hubiese identificado concretamente los documentos objeto de la exhibición.

⁶ Código General del Proceso, Artículo 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. *Son deberes de las partes y sus apoderados:*

“10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”.

D. ACCIÓN FIDUCIARIA Y BD CARTAGENA SON SUJETOS AUTÓNOMOS, INDEPENDIENTES Y CONFORMAN UN LITISCONSORCIO MERAMENTE FACULTATIVO, NO NECESARIO. LA NORMATIVIDAD PROCESAL NO IMPIDE EL INTERROGATORIO DE UNA PARTE QUE SE ENCUENTRE EN EL MISMO EXTREMO PROCESAL

22. Siendo totalmente respetuoso de las decisiones del despacho, es necesario exponer los motivos por los cuales no hay lugar a negar el interrogatorio de parte, solicitado por Acción Fiduciaria, del representante legal de BD Cartagena.
23. En efecto, no sólo la prueba cumple con todos los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad establecidos en la ley procesal, sino que, además, no hay disposición legal que impida que un demandado interroge a otro codemandado, mucho menos en un caso como este en el que los demandados conforman un litisconsorcio meramente facultativo.
24. Así pues, es necesario destacar que el artículo 169 del Código General del Proceso dispone que *“Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio **cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes**”* (énfasis agregado).
25. Por su parte, el artículo 168 del mismo estatuto procesal declara que *“El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.”*
26. En el presente caso, la prueba solicitada es útil para la verificación de los hechos del proceso y no resulta inconducente, impertinente o inútil.
27. Con la prueba se busca establecer y esclarecer el actuar de BD Cartagena, la diligencia que esta empleó en el desarrollo del Proyecto y si esta tiene algún grado de responsabilidad en los supuestos incumplimientos que alega la demandante. Valga aclarar que, respecto de cada una de las partes involucradas en el proceso, la responsabilidad es individual, independiente y autónoma.
28. Sobre la facultad con la que cuenta el juez para negar el decreto de una prueba y los elementos que deben configurarse para que las pruebas puedan ser rechazadas, ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente⁷:

*“La negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer **a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso** o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas; pero a juicio de esta Corte, **la impertinencia, inutilidad y extralimitación en***

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-393 del 7 de septiembre de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso” (énfasis agregado).

29. En ese sentido, **la prueba resulta pertinente** puesto que busca probar hechos relacionados con el actuar de BD Cartagena en el marco de la ejecución del proyecto, hechos que son objeto de controversia y que, según alega la demandante, derivaron en incumplimientos contractuales que generaron perjuicios.
30. Por otro lado, **la prueba resulta útil** puesto que los hechos que se buscan probar, relacionados con el actuar de BD Cartagena y sus posibles incumplimientos, no han sido probados a través de otro medio de prueba. Tan es así, que la parte demandante también solicitó el interrogatorio del representante legal del fideicomitente y este fue decretado por el Despacho.
31. Finalmente, **la prueba resulta pertinente** ya que a través del interrogatorio y las declaraciones que realice el representante legal del fideicomitente será posible clarificar y definir: (i) cuál fue el rol de BD Cartagena en el proyecto; (ii) qué dificultades se presentaron en el desarrollo del mismo; (iii) qué medidas tomó el fideicomitente ante las dificultades surgidas entre otros.
32. Visto lo anterior, es claro que el interrogatorio de parte del representante legal de BD Cartagena cumple con los requisitos generales de toda prueba, de ahí que no haya lugar a negar su decreto.
33. Ahora bien, la prueba solicitada tampoco contraría las normas especiales que rigen el interrogatorio de parte.
34. En primer lugar, no hay ninguna norma del Código General del Proceso que restrinja la posibilidad de que uno de los integrantes de la parte demandada solicite el interrogatorio de otro de los codemandados.
35. En efecto, el artículo 198 del Código General del Proceso dispone que “[E]l juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.”
36. Como se puede observar, el nuevo estatuto procesal no trae ninguna limitación sobre los interrogatorios que las partes pueden solicitar. A diferencia de lo que sucedía en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 192 disponía expresamente que las partes podían pedir la **citación de la parte contraria para interrogarla**, el Código General del Proceso no exige que se cite exclusivamente a la parte contraria. Por tal motivo, en un caso como el presente, en el que el extremo pasivo está compuesto por varios sujetos, es claro que el artículo 198 del Código General del Proceso permite que cualquiera de los demandados cite a los demás miembros del extremo pasivo con el propósito de interrogarlos.

37. En segundo lugar, y en estricta relación con lo anterior, el nuevo estatuto procesal contempla la posibilidad de que el apoderado interroge a su propio poderdante. Frente a este asunto no sólo es relevante tener en cuenta lo dispuesto en el ya citado artículo 198 del Código General del Proceso, sino también el artículo 165, que consagra expresamente la declaración de parte como un medio de prueba autónomo⁸ y el artículo 191 que manifiesta que “[L]a simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas⁹.”
38. Así pues, si el Código General del Proceso consagra como medio de prueba la declaración de parte, y permite que un apoderado interroge a su propio poderdante, no hay motivo para considerar que está proscrita la posibilidad de que los sujetos de la parte demandada soliciten el interrogatorio de los demás codemandados que integran la parte pasiva del litigio.
39. En tercer lugar, resulta pertinente destacar que Acción Fiduciaria, los patrimonios autónomos y BD Cartagena conforman un litisconsorcio facultativo, no necesario.
40. En efecto, Acción Fiduciaria está vinculada a BD Cartagena a través de un contrato de fiducia, negocio jurídico plurilateral en el cual las partes asumen obligaciones de naturaleza totalmente distinta, independientes y autónomas entre sí. Las obligaciones a cargo de una de las partes no están simultáneamente a cargo de las otras. Cada parte del contrato plurilateral desarrolla una serie de actuaciones que son completamente diferentes de las que realizan las demás, lo cual implica que no haya solidaridad entre ellas puesto que no hay identidad alguna entre las obligaciones. A modo de ejemplo, Acción Fiduciaria no estaba a cargo de los estudios técnicos y de la construcción de la obra, sino que se limitaba a realizar acciones propias de su labor fiduciaria.
41. Por ello, el juicio de reproche y de responsabilidad que se efectúe a Acción Fiduciaria o a los patrimonios autónomos no puede basarse en las obligaciones que estaban a cargo de BD Cartagena. Que cada parte tenga a su cargo obligaciones totalmente distintas e independientes implica, necesariamente, que el juicio de reproche deba realizarse sobre las obligaciones específicas que cada una de las partes asumió.
42. Por lo anterior, es claro que, aun estando en el mismo extremo del litigio, las obligaciones a cargo de BD Cartagena no coinciden en lo absoluto con las que asumieron Acción Fiduciaria y los Fideicomisos, lo cual hace conducente,

⁸ **ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA.** “*Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*” (énfasis agregado).

⁹ **ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN.** “*La confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. (...) La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas*” (énfasis agregado).”

pertinente y útil el interrogatorio del representante legal del fideicomitente solicitado por mis poderdantes.

Con mi acostumbrado respeto,



DANIEL POSSE VELÁSQUEZ

C.C. No. 79.155.991 de Usaquén

T.P No. 42.259 del C.S. de la J.