

# Radicado. 76001310300820200014100. Contestación llamamiento en garantía.

RV

Rafael Vanegas <rafael.vanegas@taxandcorp.com>

Mar 21/09/2021 8:12

?

?

?

?

?

Para:

- Juzgado 08 Civil Circuito - Valle Del Cauca - Cali

20092021-Respuesta llamamiento en Garantía- Proc Shahab Parviz.pdf

187 KB

?

Señores

**JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI**

E.S.D

**Referencia**

Proceso declarativo – Resolución de  
contrato fiduciario

**Asunto**

Contestación llamamiento en garantía.

**Demandante**

Shahab Parviz

**Demandado**

Newport S.A.S y otros

**Radicado**

76001310300820200014100

**Rafael Vanegas Herrera**, identificado con cédula de ciudadanía 1.017.156.986 y portador de la tarjeta profesional número 192.614 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la sociedad **Newport S.A.S**, domiciliada en la ciudad de Medellín, identificada con **NIT 900.313.924 – 9** y representada legalmente por **Ángel Samuel Seda**, identificado con pasaporte No. 598818123, mediante el presente correo electrónico, me permito enviar contestación al llamamiento en garantía presentado por la parte codemandanda en el proceso de la referencia.

En este orden de ideas, se adjunta la respectiva contestación.

Solicito el favor de que se acuse recibido el presente correo

Cordialmente,



Medellín, 20 de septiembre 2021.

Señores,

**JUZGADO OCTAVO (8) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI  
E.S.D.**

**Asunto:** Contestación llamamiento en garantía  
**Radicado:** 760013103008**2020 00141** 00  
**Referencia:** Proceso Declarativo  
**Demandante:** Sahab Parviz  
**Demandados:** Newport S.A.S. y otros  
**Llamante en garantía:** Fiduciaria Corficolombiana S.A. como vocera y administradora del "Fideicomiso *Meritage*"  
**Llamado en garantía:** Newport S.A.S.

**RAFAEL VANEGAS HERRERA**, identificado con cédula de ciudadanía 1.017.156.986 y portador de la tarjeta profesional número 192.614 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la sociedad **NEWPORT S.A.S.**, domiciliada en la ciudad de Medellín, identificada con **NIT 900.313.924-9**, mediante el presente escrito, procedo en los siguientes términos a contestar el llamamiento en garantía instaurado por **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.** como vocera y administradora del "**FIDEICOMISO MERITAGE**" en contra de mi representada en el proceso de la referencia:

## **I. RESPUESTA A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

**AL HECHO PRIMERO.** Es cierto tal como se evidencia en el **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS** que se anexó como prueba documental en el llamamiento en garantía.

**AL HECHO SEGUNDO.** Es cierto, conforme al **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS** que reposa en el expediente del proceso.

**AL HECHO TERCERO.** Si bien en la cláusula trigésima novena (39) del **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS** se pactó la cláusula de indemnidad que se transcribe en el hecho tercero del llamamiento en garantía, esto no significa que en el marco de un proceso judicial, opere de forma automática en favor del llamante en garantía la aplicación de la cláusula de indemnidad, pues se deberá atender a los presupuestos del régimen general de responsabilidad civil.

En el caso particular, las causas que dieron origen a la demanda en curso interpuesta por el señor Parviz en contra de **Newport S.A.S.** y **Fiduciaria Corficolombiana S.A.**

como vocera y administradora del "Fideicomiso *Meritage*", no son atribuibles a un incumplimiento de las obligaciones de **Newport S.A.S.** como fideicomitente del patrimonio autónomo "**FIDEICOMISO MERITAGE**" y gerente del proyecto inmobiliario **MERITAGE**, esto, toda vez que es más que evidente que **Newport S.A.S.** cumplió a cabalidad cada una de las obligaciones contractuales y obró siempre de buena fe y en forma diligente y cumplida, especialmente frente al llamante en garantía, tal como lo respaldan las siguientes acciones:

- **NEWPORT S.A.S.**, por requerimiento de la fiduciaria solicitó a la Oficina de Abogados OTERO & PALACIO, la realización del estudio de tradición al lote de terreno con matrícula inmobiliaria 00-930485 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Sur, sobre el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario Meritage, el cual fue entregado el veintitrés (23) de julio de 2013 con concepto favorable.
- Así mismo, se solicitó a la fiscalía general de la nación vía derecho de petición información sobre los antecedentes de las personas naturales y jurídicas relacionadas en la cadena de tradición del lote de terreno sobre el cual se desarrollaría del proyecto, el cual tuvo por respuesta que ninguna de las personas comprometidas en la cadena de tradición tenía registro alguno por antecedentes y que sobre dicho lote no había inconveniente alguno.
- Que, por la acreditación de los requisitos exigidos por la fiduciaria por parte de mi representada, el diecisiete (17) de octubre de 2013 se formalizó el respectivo **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS**, los cuales tuvieron como objeto la constitución del patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO MERITGAE**, para lo cual se le hizo a dicha fiduciaria la tradición del inmueble.
- Así mismo, conforme a las exigencias de la fiduciaria, se vinculó a todos los interesados en adquirir unidades inmobiliarias en el proyecto en cuestión, mediante un contrato de "Encargo Fiduciario para la vinculación al **FIDEICOMISO MERITAGE**."
- El nueve (9) de febrero de 2015, **NEWPORT S.A.S.** logró acreditar igualmente ante la fiduciaria el cumplimiento de las condiciones para la entrega de los recursos de la Etapa 1 del proyecto Meritage, lo que significa, que mi representada cumplió con todos los requisitos de declaratoria de punto de equilibrio de dicha etapa, procediéndose al inicio de la construcción.
- Así mismo sobre cualquier evento extraordinario relativo al proyecto Meritage, **NEWPORT S.A.S.** ha cumplido con su deber de información frente a la fiduciaria, como frente a los beneficiarios de área.
- Todas y cada una de estas obligaciones se realizaron sin ningún inconveniente ni contratiempo, hasta que se produjo la diligencia de secuestro del bien inmueble efectuada por la Fiscalía General de la Nación, siendo este un hecho de un tercero que configura una causal de exoneración de responsabilidad civil contractual frente a mi representado por no ser jurídicamente viable imputarle a este los perjuicios o daños que pueda sufrir el llamante en garantía en virtud de este proceso.

**AL HECHO CUARTO.** No es un hecho, es una interpretación propia que hace el llamante en garantía respecto de la cláusula trigésima novena de indemnidad establecida en el **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS**, la cual hace en términos absolutos sin tener en cuenta los presupuestos del régimen general de responsabilidad civil para tales efectos, tal como fue expuesto en la respuesta al hecho precedente.

**AL HECHO QUINTO.** Este no corresponde a un hecho, si no a un juicio de valor que hace el llamante en garantía, así como una expectativa que tiene el mismo sobre el sentido en el que se debe surtir la decisión judicial frente al llamamiento en garantía interpuesto de cara al resultado del fallo que se emita al surtir todas las etapas procesales.

Pese a lo anterior, conforme a las excepciones propuestas desde la contestación de la demanda se reitera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar y en el eventual supuesto, de que las mismas prosperen, el llamamiento en garantía invocado por la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.S.** como vocera y administradora del **FIDEICOMISO MERITAGE**, para efectos de asumir las consecuencias económicas que se deriven de la respectiva sentencia condenatoria, no es procedente de cara a los argumentos que más adelante se exponen.

De igual forma, es de advertir que pese a la respuesta que se da a los hechos del Llamamiento en Garantía, esto no quiere decir que se acepten los hechos y las pretensiones de la demanda o responsabilidad alguna derivada de las mismas, ya que como se expuso en la contestación de la demanda se considera que no hay lugar a la declaratoria de nulidad del **CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO**.

## **II. PRONUNCIAMIENTO A LAS PRETENSIONES**

En cuanto a las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía, respetuosamente nos oponemos a las mismas, las cuales solicitamos lo siguiente:

- 1.** Que se declare improcedente el llamamiento en garantía solicitado por **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A** como vocera y administradora del **FIDEICOMISO MERITAGE**.
- 2.** En consecuencia, que se desestimen todas y cada una de las pretensiones solicitadas en el llamamiento en garantía interpuesto por **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**

Lo anterior con sustento en las siguientes:

### **III. EXCEPCIONES**

#### **CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.**

Si bien en el **CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS** se establece una cláusula de indemnidad en favor de la fiduciaria frente a cualquier reclamación, condena, responsabilidad, etc., sin calificación alguna de la conducta de **NEWPORT S.A.S.**, ni condiciones adicionales para que surja la obligación de indemnidad frente a los anteriores supuestos, la misma, en el presente escenario no puede entenderse en sentido literal, toda vez que de ser así, sería una cláusula exorbitante a ejercer por la fiduciaria, así como también constituiría un eximente de responsabilidad para la misma.

En el desarrollo de un proceso judicial, mediante el cual quien otorga la indemnidad se opone a la misma, no se debe interpretar esta al tenor literal del texto pactado, ni entenderse como un poder absoluto en favor del Fideicomitente, lo anterior, dado a que en el ejercicio del derecho de defensa es posible demostrar por quien otorgó la indemnidad, ausencia de responsabilidad bajo la normativa que regula la materia, lo cual impone un límite al poder absoluto, unilateral y automático que se aduce tener conforme a la literalidad de la cláusula pactada, debiendo determinar la responsabilidad por el perjuicio o daño que se reclame en virtud de dicha indemnidad conforme a los elementos comunes de la misma-culpa, daño y nexo causal-, tal como se explicó en las conclusiones desarrolladas por el Tribunal del *Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio de Bogotá* respecto de la *cláusula de indemnidad* en el -numeral 7- del laudo arbitral proferido en el proceso entre CONTACT CENTER AMERICAS S.A. Y COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P el veintiséis (26) de marzo de 2009.

En complemento de lo hasta el momento argumentado, se procede a citar los artículos 1604 y 63 del Código Civil, los cuales rigen el sistema de responsabilidad civil en Colombia:

**"ARTICULO 1604. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.** *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

*Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.*

**ARTICULO 63. CULPA Y DOLO.** *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*

*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.*

Conforme a las normas citadas, se tiene entonces que la responsabilidad siempre se derivará de un actuar culposo (conforme a los grados establecidos en el artículo 1604 del Código Civil) o de un actuar doloso de cualquiera de los contratantes y a su vez, dicho actuar debe desencadenar en un perjuicio o daño al otro contratante que deba ser asumido y/o resarcido por quien lo causó, es decir, que haga exigible determinada indemnidad en favor de quien padeció el daño o perjuicio.

Sin embargo, como se mencionó desde la contestación de la demanda y en la contestación a los hechos del llamamiento en garantía, en el caso objeto del proceso en curso, **NEWPORT S.A.S.** obró en todo momento de forma diligente y cumplida tanto en sus obligaciones propias de gerente del proyecto inmobiliario como de fideicomitente del

Fideicomiso Meritage, tanto es así, que la Fiduciaria al percibir el cumplimiento de cada uno de los requisitos exigidos por esta decretó el punto de equilibrio para la construcción de la Etapa 1 del Proyecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, no encajaría dentro del sistema de responsabilidad expuesto, que **NEWPORT S.A.S.** asuma en calidad de llamado en garantía las consecuencias pecuniarias del proceso en curso que eventualmente resulten imputadas mediante sentencia a la Fiduciaria como vocera y administradora del patrimonio autónomo, lo anterior, en razón a que no existe ni incumplimiento, ni actuar doloso o culposo por parte de **NEWPORT S.A.S.** que permita predicar por parte de la Fiduciaria la exigibilidad de la indemnidad pactada en su favor, pues de otra manera, en el caso en concreto, si el llamante en garantía fuere condenado en virtud de este proceso y a su vez, se decretare la procedencia del consecuente llamamiento en garantía en contra de **NEWPORT S.A.S.** por la ejecución de la cláusula de indemnidad, esta última estaría asumiendo la carga correspondiente a una responsabilidad demostrada a la Fiduciaria dentro del proceso, lo anterior, aun cuando su actuar de cara la ejecución del contrato de Fiducia Mercantil, se encontrase acorde a las disposiciones contractuales, es decir, que como se indicó en párrafos anteriores, estaría operando la disposición de indemnidad bajo un poder exorbitante, absoluto y eximente de responsabilidad de la Fiduciaria.

#### **AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL.**

La cláusula de indemnidad por medio de la cual, la llamante en garantía pretende endilgar a mi poderdante la responsabilidad de asumir todos los conceptos derivados de una eventual sentencia condenatoria en el proceso de referencia, no puede considerarse absoluta y de inmediata aplicación como ya se expuso, ya que en el marco de un proceso judicial se debe demostrar, que dicha condena fue resultado de un actuar negligente o de un incumplimiento en general imputable a **NEWPORT S.A.S.**, lo cual en el caso concreto, no es posible de predicar ya que, el incumplimiento configurado en el caso concreto, es catalogado como un evento de fuerza mayor, pues escapo del control y previsibilidad por parte de NEWPORT S.A.S, para ello es preciso aclarar los requisitos necesarios para que tal evento se configure según la corte constitucional en la Sentencia T -271 de 2016, en la cual estableció: (...) La fuerza mayor y caso fortuito se encuentran acreditados si se configuran tres requisitos: i) que se trate de un hecho irresistible, es decir, que no se puedan superar sus consecuencias; ii) Que se trate de un hecho imprevisible, esto es, que no pueda ser contemplado de manera previa y iii) Que se trate de un hecho externo. Sin embargo, para determinar la configuración de estos tres requisitos, se debe analizar cada caso concreto, para determinar su ocurrencia.

Concentrándonos en el caso concreto, el incumplimiento objeto del presente proceso aducido por la parte demandante en contra de NEWPORT S.A.S. es producto de un hecho de un tercero, por ende constituye un evento totalmente ajeno al dominio, control y prevención por parte de la sociedad, ya que la causa de la suspensión del proyecto fue la decisión tomada por parte de la Fiscalía General de la Nación, relativa a las medidas

cautelares emitidas sobre el inmueble , incluso a pesar de que mi representado de manera diligente y oportuna elevo consulta ante dicho organismo con la intención de conocer los antecedentes del lote, incluso sin tener la obligación de ello. por consiguiente, fue el actuar de esta entidad pública el motivo por el cual se desencadena el presente litigio, toda vez que está ya se había pronunciado sobre la existencia de investigaciones penales sobre el inmueble o sobre las personas que componían la cadena de tradición, indicando que no existía ningún requerimiento de esta índole, por lo que se generó la confianza requerida para la estructuración del proyecto.

En consecuencia, **NEWPORT S.A.S.** no debería estar en la posición de llamado en garantía en virtud de la cláusula de indemnidad citada, ya que no es posible predicar la existencia de un nexo directo de causalidad de un hecho imputable a **NEWPORT S.A.S.** ya que actuó con la debida diligencia exigida por la ley.

En este orden de ideas, aquellos conceptos que podrían derivarse de la sentencia condenatoria y que el llamante en garantía pretende que sean asumidos por **NEWPORT S.A.S.** deben guardar un nexo de causalidad con la conducta que demuestre el incumplimiento de las obligaciones contractuales, nexo que no se configura por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor en el caso concreto, por lo que, si se llegare a probar la responsabilidad imputable a la Fiduciaria sería esta quien debería asumir directamente las consecuencias pecuniarias derivadas de la misma y no **NEWPORT S.A.S.** en calidad de llamado en garantía.

#### **IMPROCEDENCIA CLÁUSULA DE INDEMNIDAD.**

La cláusula de indemnidad es una cláusula modificatoria del nivel de responsabilidad, en la cual una de las partes contractuales por tener determinadas prestaciones a su cargo o por tener determinada posición, adquiere voluntariamente un mayor grado de responsabilidad frente al otro contratante en determinadas circunstancias.

Sin embargo, como bien se indica la indemnidad es una cláusula que tiene relación directa con la responsabilidad que asume cada contratante y conforme al laudo arbitral del 5 de marzo de 2005 proferido en el marco del proceso entre **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. e INVERCOLSA S.A.**, el tribunal expone que: *en términos generales la cláusula de indemnidad consiste en el convenio que hacen las partes respecto de los perjuicios derivados de un incumplimiento. (subraya fuera del texto).*

Así mismo, teniendo en cuenta los siguientes artículos del Código Civil:

**ARTICULO 1613. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.** *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

**ARTICULO 1615. CAUSACION DE PERJUICIOS.** *Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.*

**ARTICULO 1616. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACION DE PERJUICIOS.** *Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.*

*La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.*

*Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.*

Si bien la indemnidad es una cláusula modificatoria de la responsabilidad y en algunos casos exonerativa de la misma, esta no es de aplicación absoluta, pues precisamente se encuentre limitada por la responsabilidad, es decir, el acaecimiento de determinada circunstancia que implique un daño o perjuicio para una de las partes contractuales a causa de un actuar doloso o culposo o de un incumplimiento por parte de la otra en desarrollo de la relación contractual.

De lo anterior que en el Laudo Arbitral del veintiséis (26) de marzo de 2009 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal expresara: *"Se debe tener en cuenta que la estipulación de la cláusula de indemnidad en el escenario judicial no puede tener ese alcance general, pues, la parte que está obligada a la indemnidad puede ejercer su derecho de defensa, invocando y demostrando causales de exoneración de responsabilidad, generando un límite o efecto relativo en el aludido pacto. Por lo que el juez que conozca el caso debe determinar la responsabilidad de acuerdo a las reglas de la responsabilidad y a los elementos comunes de la misma, los cuales son el análisis de la culpa, daño y nexa causal".*

Que bajo los anteriores supuestos establecidos en los párrafos precedentes, es posible la aplicación de la cláusula de indemnidad en favor de quien se pactó, cuando quien la otorgó es responsable de las consecuencias, daños o perjuicios en virtud de un incumplimiento contractual; pero cuando quien otorgó la indemnidad, no ha fallado en sus deberes y/o prestaciones establecidas desde el contrato y la ley, no es procedente su aplicación automática y absoluta, pues en tal caso, se evidenciaría un desequilibrio contractual al tener que asumir, quien otorga la indemnidad, todos los riesgos y consecuencias asociados al contrato e imputables a la otra parte, los anteriores, solo por el simplemente hecho de la existencia de una cláusula de indemnidad y sin atender a determinar la implicación de la parte que otorgó la misma en los hechos que conllevaron

al desenlace de las consecuencias adversas para quien tiene a su favor la disposición de indemnidad.

En tal virtud, dados los argumentos expuestos a lo largo de cada una de las excepciones al llamamiento en garantía interpuesto por la Fiduciaria Corficolombiana como vocera y administradora del Fideicomiso Meritage, se solicita comedidamente Sr. Juez ponga en consideración las siguientes:

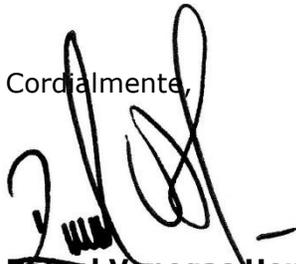
#### **IV. PRUEBAS**

Se tendrán como pruebas las que se encuentran en el respectivo expediente, las cuales fueron aportadas por ambas partes en el proceso de la referencia.

#### **V. DIRECCIÓN PARA NOTIFICACIONES**

Las recibiré en la Secretaría de su Despacho o en la siguiente dirección: Calle 1 No. 35-69 Palms Avenue Business Center Oficina 343. Teléfono: 479-80-58. Correo electrónico: [rafael.vanegas@taxandcorp.com](mailto:rafael.vanegas@taxandcorp.com).

Cordialmente,



**Rafael Vanegas Herrera**

CC. 1.017.156.986

T.P. 192.614 del C. S de la J.

Apoderado **Newport S.A.S.**