498
124

Contestación demanda Mario Romero - Exp. 11100131030032019059000

Administrativo Paez Martín Abogados S.A.S <administrativo@paezmartin.com>

Jue 15/07/2021 8:47 AM

Para: Juzgado 03 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j03cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; juridica@enclaveconstrucciones.com <juridica@enclaveconstrucciones.com>; sergiofajardo@lfalegal.com <sergiofajardo@lfalegal.com>

2 archivos adjuntos (345 KB)

2021-07 - Contestacion demanda Mario Romero - Juzgado 3.pdf; 2021-07 - Solicitud sentencia anticipada-falta de legitimacion en la causa - Juzgado 03.pdf;

Señor:
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
j03cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Atn. Dra. Liliana Corredor Martínez

Referencia: Contestacion Demanda de reconvención

Demandante: Enclave Construcciones S.A.S.

Demandados: Mario Antonio Romero Mahecha.

Radicado: 11100131030032019059000

Asunto: **Contestación de la demanda.**

Carlos Páez Martín, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.094.563 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional número 152.563 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial del demandado **Mario Antonio Romero Mahecha,** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 19.470.185, de manera respetuosa me permito, enviar en archivo adjunto, contestación de la demanda, dentro de los proceso, objeto de la referencia, junto con sus respectivos anexos.

Cordialmente,

Carlos Páez

Link pruebas: [group_2012398588]https://servidor.paezmartin.com/tperez/PRUEBAS-EXP-11100131030032019059000.pdf Agregadas a carpeta digital. 2019-00590.

1091
125

PÁEZ MARTIN
ABOGADOS

Señor:
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
j03cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Atn. Dra. Liliana Corredor Martínez

Referencia:	Contestación Demanda de reconvención
Demandante:	Enclave Construcciones S.A.S.
Demandados:	Mario Antonio Romero Mahecha.
Radicado:	11100131030032019059000
Asunto:	**Contestación de la demanda.**

Carlos Páez Martín, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.094.563 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional número 152.563 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial del demandado **Mario Antonio Romero Mahecha,** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 19.470.185, de manera respetuosa me permito contestar la demanda presentada en contra de mi representado y por parte de **Enclave Construcciones S.A.S.**, en los siguientes términos:

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES:

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias, declarativas y de condena, toda vez que ninguno de los hechos en los que pretenden sustentarse evidencian un incumplimiento por parte de mi mandante; ni existe el más mínimo indicio de que el contrato que la actora pretende atacar haya sido celebrado para defraudar a terceros.

II. CON RELACIÓN A LOS HECHOS:

3.1. No me consta.

3.2. No es cierto que el señor **MARIO ANTONIO ROMERO MAHECHA,** haya contactado la sociedad **ENCLAVE CONSTRUCCIONES S.A.S.,** a través del señor Javier Vargas para ofrecer el inmueble-

3.3. Es cierto que se suscribieron los dos contratos y me atengo a lo probado en cada uno de ellos. Sin embargo, no son ciertas las apreciaciones subjetivas y sin fundamento planteadas por el apoderado de la parte demandante.

3.4. No es cierto como se relata en la demanda. El contrato se denominó:

Promesa de Tradición Bien Inmueble, a título de Aporte, en negocio fiduciario Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo", entre Enclave en calidad de "El Promitente Aquirente", Mario Romero, como "El Promitente Aportante", "Fideicomitente Aportante" o "Beneficiario del Fideicomiso" y Javier Vargas, en calidad de "Veedor/ auditor del proyecto"

Ahora bien, con respecto la obligación de constituir el fideicomiso al que se trasferiría el inmueble, estaba en cabeza de ENCLAVE, como así lo señala el numeral 7° de la Cláusula Octava de la promesa *"coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil"*

3.5. No es cierto. Como quiera que, el plan parcial no obedecía solamente al predio propiedad del señor MARÍO ANTONIO ROMERO MAHECHA, sino también, el plan parcial "Tintalito Mazuera Occidental" está delimitado de conformidad con el Plano n.° 1 de 2 "Propuesta Urbana y Cuadro General de Áreas.

No es cierto, además, que ENCLAVE haya hecho algún tipo de acompañamiento para la adopción del plan, como quiera que, la Secretaría Distrital de Planeación en respuesta calendada 14 de agosto de 2018, manifestó que mediante radicados No. 1-2016-18448 del 14 de abril de 2016 y 1-2016-26373 del 27 de mayo de 2016, se radicó la propuesta inicial del Plan Parcial Tintalito Mazuera Occidental. Así mismo, que, hasta el 5 de abril de 2017, es decir casi dos años después de celebrado el contrato de prestación de servicios, se había radicado por el promotor documento ajustado a las observaciones propuestas por los miembros del Comité Técnico de Planes Parciales. En dicha respuesta igualmente informó que *"según la base que reposa en nuestra Entidad" Enclave y/o su representante, el señor José Ernesto Peláez, "no han participado de manera directa en el proceso de formulación del Plan Parcial".*

3.6. No es cierto. Como se mencionó en el numeral anterior, en las respuestas dadas por la Secretaría Distrital de Planeación, *Enclave y/o su representante, el señor José Ernesto Peláez, "no han participado de manera directa en el proceso de formulación del Plan Parcial".* Ergo, no es cierto que ENCLAVE haya acompañado y apoyado al señor MARIO ROMERO y mucho menos de manera profesional.

Ahora bien, la actuación de la señora MARÍA PAULA CAMACHO, no tiene ninguna relación con la obligación que debía adelantar ENCLAVE con respecto a la adopción del plan. Por lo tanto, no puede decir esta última que haya participado activamente y haya acompañado en este proyecto al señor MARIO ANTONIO ROMERO.

Ahora en cuanto a la celebración de acuerdos contractuales celebrados con otras compañías, dicha manifestación no es objeto del presente litigio.

3.7. No es cierto. Y en todo caso, la manifestación de la designación de personas naturales y jurídicas para la adopción del plan, no es objeto del presente litigio y no guarda relación con el señor MARIO ANTONIO ROMERO.

3.8. No es cierto. Dentro de las obligaciones de ENCLAVE, entre otras, estaban:"[...] se *obliga expresamente acompañar diligentemente, tramitar y formalizar el avance del plan parcial denominado "Tintalito/ Mazuera"; además deberá informar oportunamente al PROPIETARIO del avance de su cometido, de tal forma, que ese pueda prever los actos necesarios para procurar los documentos imperiosos para la constitución de los ya mencionados fideicomisos.* Por lo tanto, no era un simple acompañamiento, sino una tramitar y formalizar, además de informar, lo cual nunca sucedió.

En todo caso, según la información de la Secretaría de Planeación Distrital, ENCLAVE nunca participó activamente en la formulación y adopción del plan, lo cual era su obligación.

En cuanto a la manifestación de la presentación hecha por el señor ROMERO MAHECHA a ENCLAVE, no me consta.

En cuanto al poder otorgado a favor de MARÍA PAULA CAMACHO, por parte del señor MARIO ROMERO, me atengo a lo probado en el documento que otorga poder.

3.9. No es cierto como se relata en la demanda. La cláusula tercera del contrato, reza lo siguiente:

"OBJETO.- El fin de este negocio jurídico, consiste por una parte, en comprometerse el PROMITENTE APORTANTE a transferir el INMUEBLE de su propiedad, identificado con el Folio de matrícula inmobiliaria No. 50c-1721851 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá –Zona Centro, al FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO DE PARQUEO, SANTA HELENA II, en cabeza de la FIDUCIA, a título de aporte, con el fin de realizar proyecto inmobiliario, construcción de vivienda y/o unidades comerciales, acorde a las normas que determine el plan parcial de desarrollo urbano denominado "Tintalito-Mazuera Occidental"; y, por otra parte, reglamentar las obligaciones y los derechos de cada una de LAS PARTES, para el desarrollo del citado proyecto.

En especial, el presente acuerdo reglamente: 1) La obligación de aporte de EL INMUEBLE; 2.) La forma de adquirir EL INMUEBLE por parte de LA PROMITENTE ADQUIRENTE en FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO DE PARQUEO; 3.) La forma de pago del precio del INMUEBLE; 4.)La constitución de un FIDEICOMISO y la cesión de derechos fiduciarios en dicho fideicomiso; 5.) La Constitución de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos

para el desarrollo del proyeto. 7.) Indicar, las obligaciones a cargado de cada una de LAS PARTES [...]".

No obstante, lo anterior, la obligación de constituir el fideicomiso y de pagar todos los gastos de constitución, eran de ENCLAVE. Por lo tanto, quien incumplió fue el extremo demandante.

Que Enclave igualmente incumplió la obligación establecida en el numeral 7° de la Cláusula Octava de la promesa "coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil", toda vez que mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2018, la fiduciaria BBVA Asset Management S.A., manifestó que no tiene ningún vínculo y/o relación contractual con Enclave.

Por lo tanto, en la medida en que no existiera FIDEICOMISO constituido, no se podía transferir el inmueble.

3.10. No es cierto como se relata en la demanda. mediante cinco (5) otrosíes al contrato de promesa, suscrito entre Enclave y Mario Romero, se modificó la fecha y la Notaría para suscribir contrato de fiducia mercantil "Inmobiliario de Parqueo – Santa Helena II". De acuerdo con el último Otrosí No. 5 de fecha 21 de abril de 2017, la firma del contrato de fiducia mercantil tendría lugar el 15 de mayo de 2017 en la Notaría 41 de Bogotá.

Que tal y como así da cuenta la comunicación remitida a Enclave mediante correo electrónico de fecha 16 de diciembre de 2016, por parte de Jhon Deiver Jimenez Fontecha, entonces Gerente Estructurador de BBVA Asset Management S.A., esta fiduciaria fue designada por Enclave como administrador fiduciario del proyecto a desarrollarse sobre el predio de Mario Romero.

Que en dicha comunicación se enlistaron los documentos requeridos para la constitución del fideicomiso tanto para personas jurídicas como para personas naturales.

Que, mediante documento radicado en las oficinas de Enclave, el 20 de diciembre de 2016, Mario Romero hizo entrega a esta sociedad de los documentos solicitados por la fiduciaria.

Que el día 23 diciembre 2016, Mario Romero se presentó ante la Notaría 41 del Circuito de Bogotá, para enterarse del trámite que allí se estaba surtiendo en relación con la escritura de contrato de fiducia mercantil. Allí fue atendido por la señora Carolina Aguirre Rojas del área de escrituración, quien le informa que falta la minuta del contrato de fiducia, los recibos de pago de los impuestos prediales que pudieran constatarse a través de consulta del chip y la cédula catastral del inmueble.

Ese mismo día, Mario Romero remitió por correo electrónico a la Notaría 41 de Bogotá, el escáner de los recibos prediales de los años 2009 a 2016. En respuesta a lo anterior, la notaría le hace

saber qué hace falta obtener el chip y la asignación de la cédula catastral del predio para efectos de registrar las declaraciones y pagos del impuesto predial.

Que tal y como consta en el radicado No. 2017 24479, el 11 de enero de 2017, Mario Romero inició ante la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital actuación de desenglobe, para la asignación de la cédula catastral del predio Santa Helena II y la obtención del CHIP, aun cuando esta era una obligación de Enclave véase el numeral 6° de la Cláusula Octava de la promesa, según el cual se comprometió a "Gestionar ante la Oficina de Catastro y de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, La Alcaldía [...]todo lo relacionado a la aclaración de cabida y linderos, y la asignación de la cédula catastral", a pesar de que esta era una obligación de ENCLAVE.

Que Enclave igualmente incumplió la obligación establecida en el numeral 7° de la Cláusula Octava de la promesa "coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil", toda vez que mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2018, la fiduciaria BBVA Asset Management S.A., manifestó que no tiene ningún vínculo y/o relación contractual con Enclave.

Que, en repuesta a un derecho de petición presentado por Mario Romero, el 7 de diciembre de 2018 la Notaría 59 de Bogotá, donde se suscribiría inicialmente la escritura pública de contrato de fiducia mercantil, informa lo siguiente:

"1. Revisado nuestro sistema notarial, ni usted, ni la sociedad de la cual solicita información, a la fecha han radicado documento alguno para efectos de ser elevados a escritura pública de ninguna índole".

Que de acuerdo con la respuesta de fecha 18 de diciembre de 2018, emitida por la Notaría 41 de Bogotá, según la cual *"no le consta ninguna solicitud recibida por parte de BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA y/o ENCLAVE CONSTRUCCIONES S.A.S. para elaborar escritura pública del bien citado", Enclave tampoco compareció el día y hora señalado en el Otrosí No. 05 a la promesa, a suscribir contrato de fiducia mercantil "Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo, Santa Helena II".*

Así las cosas, en la medida en que ENCLAVE nunca constituyó el FIDEICOMISO, no se podía hacer transferencia del inmueble.

3.11. No es cierto como se relata en la demanda. Mediante los correos electrónicos de fecha 18 de marzo de 2017, y 19 de abril de 2017, Mario Romero le informó a Enclave que el trámite de obtención y cédula seguía en trámite en Catastro, a los cuales se adjuntó la certificación expedida por esa entidad de fecha de 17 de marzo y 19 de abril de 2017.

Lo anterior, a pesar de que esta era una obligación de ENCLAVE, como así lo señala el contrato de promesa de aporte, así: numeral 6° de la Cláusula Octava de la promesa, según el cual ENCLAVE se comprometió a *"Gestionar ante la Oficina de Catastro y de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, La Alcaldía [...]todo lo relacionado a la aclaración de cabida y linderos, y la asignación de la cédula catastral"*

3.12. No es cierto como se relata en la demanda. El día 23 diciembre 2016, Mario Romero se presentó ante la Notaría 41 del Circuito de Bogotá, para enterarse del trámite que allí se estaba surtiendo en relación con la escritura de contrato de fiducia mercantil. Allí fue atendido por la señora Carolina Aguirre Rojas del área de escrituración, quien le informa que falta la minuta del contrato de fiducia, los recibos de pago de los impuestos prediales que pudieran constatarse a través de consulta del chip y la cédula catastral del inmueble.

Ese mismo día, Mario Romero remitió por correo electrónico a la Notaría 41 de Bogotá, el escáner de los recibos prediales de los años 2009 a 2016. En respuesta a lo anterior, la notaría le hace saber qué hace falta obtener el chip y la asignación de la cédula catastral del predio para efectos de registrar las declaraciones y pagos del impuesto predial.

3.13. No es cierto como se relata en la demanda. Además, es una apreciación subjetiva que busca inducir en error al juez. Las valoraciones realizadas carecen de fundamento por parte del extremo demandado.

Aunado a lo anterior, no existen multas y sanciones, por lo que la afirmación del demandante, resulta temeraria.

3.14. No es cierto como se relata en la demanda. Como quiera que nuevamente, el extremo demandante está realizando valoraciones subjetivas, las cuales, en ningún momento han sido probadas. Además, como se ha expuesto a lo largo del presente escrito, quien ha incumplido las obligaciones derivadas del contrato, ha sido ENCLAVE.

3.15. No es cierto como se relata en la demanda. *"En la Cláusula Cuarta Octava de la promesa, se pactaron como condiciones resolutorias: "[...] 2. Si en cualquier momento de la vigencia de este acuerdo, se identifique por cualquiera de las partes que el inmueble obtenga una condición de norma de uso del suelo que restrinja la posibilidad de un desarrollo óptimo y eficiente del objeto del presente acuerdo, las partes podrán decidir a su arbitrio presentar o no una propuesta respecto a un nuevo precio. 3. Que definido el "Plan Parcial Tintalito- Mazuera Occidental", resulte, que las posibilidades de desarrollo inmobiliario, no llena las expectativas económicas de las partes para el pago del precio del INMUEBLE y demás obligaciones monetarias".*

503
128

Dice esta misma cláusula, que de presentarse cualquiera de las enunciadas condiciones, las partes podrían dar por resuelto de pleno derecho la promesa sin que ello constituyera un incumplimiento a este contrato.

Que solo hasta el 20 de diciembre de 2018, el Alcalde Mayor de Bogotá, expidió el Decreto 805 de 2018, "[*p*]*or medio del cual se adopta el Plan Parcial de Desarrollo denominado "Tintalito Mazuera Occidental", ubicado en la localidad de Kennedy y se dictan otras disposiciones".*

Que de acuerdo con el artículo 20 del mencionado decreto, el uso principal permitido para la Manzana 4 a la cual pertenece el predio Santa Helena II, es para Vivienda de Interés Prioritario – VIP.

Que lo anterior también fue confirmado por la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá, mediante concepto de uso N° 19-3-0159, de fecha 1° de marzo de 2019, emitido en respuesta a la solicitud presentada por Mario Romero, así:

"*Mediante el presente concepto se informa al peticionario del mismo, sobre el uso específico consultado de conformidad con las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollan (Artículo 2.2.6.1.3.1., Decreto 1197 de 2006).*
[...]
"El predio hace parte del Plan Parcial Tintalito Mazuera Occidental aprobado mediante el Decreto 805 del 20 de Diciembre de 2018 "Por medio del cual se adopta el Plan de Desarrollo denominado TINTALITO MAZUERA OCCIDENTAL, ubicado en la localidad de Kennedy y se dictan otras disposiciones", según el mencionado decreto el predio objeto de la consulta pertenece a la manzana 4 y los usos son los siguientes:

Vivienda, en desarrollo Unifamiliar, Bifamiliar y Multifamiliar (Vivienda de interés prioritario)" (Énfasis no pertenece a su original)

Que el área total construida para Vivienda de Interés Prioritario, asignada en el Plan Parcial "Tintalito Mazuera Occidental" es de 43.000 m2, según el artículo 24 del citado Decreto 805 de 2018.

Que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió el Decreto No. 2083 de 2004, en cuyo artículo 1° establece que el área mínima de lote para estas clases de vivienda será de 35 m2.

Que entonces, como el área total asignada en el plan parcial para vivienda VIP es de 43.000 m2, y el área para esta clase de viviendas es de por lo menos 35 m2, tan solo se estaría permitido construir un máximo de 1.228 Vivienda de Interés Prioritario.

Que de acuerdo con el artículo 2.1.1.1.1.1.2. del Decreto 1077 de 2015 *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio"*. La Vivienda de Interés Social Prioritaria (VIP), se define como aquella vivienda de interés social cuyo valor máximo es de setenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (70 smlmv) , esto corresponde a $57.968.120 para el año 2019. Y que así mismo, la Ley 1537 de 2012, establece que las viviendas VIP, son aquellas destinadas a las familias colombianas de menores recursos.

Que, si en el contrato de promesa se pactó que el precio mínimo garantizado a pagarse a Mario Romero por el proyecto, sería el *"equivalente al catorce por ciento (14%) del total de las enajenaciones a título oneroso del proyecto en todas sus fases y etapas. Importe que deberá ser cuando menos, equivalente a la suma de VEINTICUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($24.000.000.000.oo)"*, de acuerdo al uso asignado al inmueble, Mario Romero tendría que recibir la suma de $8.115.520, por una vivienda VIP para el año 2019.

Que, en consecuencia, para poderle pagar a Mario Romero, el precio mínimo garantizado, Enclave tendría que vender por lo menos 2.957 unidades de vivienda VIP, que es el resultado de dividir el precio mínimo garantizado ($24.000.000.000) entre el porcentaje a recibir por cada unidad efectivamente vendida ($8.115.000), es decir 1.729 unidades más de las que permite construir el plan parcial en el área asignada para vivienda VIP.

Que, así las cosas, el proyecto inmobiliario no resulta normativamente viable, ni reúne las condiciones esperadas en términos económicos para el pago del precio mínimo garantizado, lo que constituye una causal de resolución o, en su defecto, de terminación de la promesa de aporte a la luz de lo pactado en la cláusula vigésima y vigésima cuarta de este contrato.

Por lo anterior, sí se cumpliría la condición resolutoria señalada en la cláusula vigésima cuarta del contrato de promesa.

Ahora bien, en cuanto a la transferencia del inmueble, se reitera que, fue Enclave quien incumplió la obligación establecida en el numeral 7° de la Cláusula Octava de la promesa "coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil", toda vez que mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2018, la fiduciaria BBVA Asset Management S.A., manifestó que no tiene ningún vínculo y/o relación contractual con Enclave.

3.16. No es cierto como se relata en la demanda, como quiera que, mediante documento radicado 2-2017-17776 del 25 de abril de 2017, esto es a un mes de vencerse el plazo establecido por Mario Romero y Enclave, en el referido contrato de prestación de servicios, la Dirección de Planes Parciales de la Secretaría de Planeación Distrital, informó que el trámite del plan parcial

"Tintalito Mazuera Occidental" se encontraba en la etapa de formulación y revisión, esto es en la misma etapa en que se hallaba el predio al momento de la celebración del contrato de promesa de aporte. Tal y como así también dan cuenta los documentos anexos a la formulación de este plan parcial, los cuales pueden ser consultados a través del siguiente enlace http://www.sdp.gov.co/gestion-territorial/planes-parciales-de-desarrollo/planes/tintalito-mazuera-occidental, según oficio de fecha 14 de marzo de 2019, emitido por la Secretaría de Planeación de Bogotá, Dirección de Planes Parciales.

3.17. No es cierto como se relata en la demanda. En primer lugar, no puede señalar, sin prueba alguna que, mi mandante actuó de mala fe por realizar una propuesta. Esto es una apreciación subjetiva de la demandante y carece de todo fundamento, pues como se indica es una propuesta y todas luces, el demandante busca distorsionar los hechos y señalarlos como de mala fe, cuando no hay ningún fundamento para ello.

3.18. No es cierto como se relata en la demanda. Como quiera que, no se evidencia que el demandante haya atendido los requerimientos para ejecutar el proyecto, toda vez que, ni siquiera constituyó el FIDEICOMISO, al cual debería aportarse el inmueble.

3.19. No es cierto como se relata en la demanda. En todo caso, en demandante, realiza afirmaciones subjetivas sin fundamento. En cuanto a lo del plan parcial, interpreta erróneamente el demandado ha arriesgado el tiempo de adopción del plan parcial, como quiera que, mediante documento radicado 2-2017-17776 del 25 de abril de 2017, esto es a un mes de vencerse el plazo establecido en el contrato de prestación de servicios, la Dirección de Planes Parciales de la Secretaría de Planeación Distrital, informó en respuesta a una solicitud presentada por Mario Romero, que el trámite del plan parcial "Tintalito Mazuera/ Occidental" se encontraba en la etapa de formulación y revisión, esto es en la misma etapa en que se hallaba el predio al momento de la celebración del contrato de promesa de aporte.

La Secretaría Distrital de Planeación en respuesta calendada 14 de agosto de 2018, manifestó que mediante radicados No. 1-2016-18448 del 14 de abril de 2016 y 1-2016-26373 del 27 de mayo de 2016, se radicó la propuesta inicial del Plan Parcial Tintalito Mazuera Occidental. Así mismo, que, hasta el 5 de abril de 2017, es decir casi dos años después de celebrado el contrato de prestación de servicios, se había radicado por el promotor documento ajustado a las observaciones propuestas por los miembros del Comité Técnico de Planes Parciales. En dicha respuesta igualmente informó que *"según la base que reposa en nuestra Entidad" Enclave y/o su representante, el señor José Ernesto Pelaez, "no han participado de manera directa en el proceso de formulación del Plan Parcial".*

Solo hasta el 20 de diciembre de 2018, se expidió el Decreto 805 de 2018, "[p]or medio del cual se adopta el Plan Parcial de Desarrollo denominado "Tintalito Mazuera Occidental", ubicado en la localidad de Kennedy y se dictan otras disposiciones".

3.20. No es cierto. Me atengo a lo probado.

3.21. Me atengo a lo probado en la radicación de conciliación.

3.22. Me atengo a lo probado en las audiencias de conciliación.

3.23. No es cierto. No se evidencia que el documento haya sido recibido. Y dentro de las pruebas aportadas por la parte demandante, se aporta otro documento.

3.24. No es cierto.

3.25. No es cierto como se relata en la demanda. Y en todo caso, el presunto correo enviado, nunca fue remitido al señor Mario Romero Mahecha.

3.26. De acuerdo con la Cláusula Segunda de promesa, Mario Romero como Enclave tendría la calidad de fideicomitentes en el respectivo contrato de fiducia, el primero en calidad de Fideicomitente Aportante, y la segunda, como Fideicomitente Constructor. Por su parte, la fiduciaria sería BBVA. o en su defecto, la sociedad fiduciaria que finalmente definieran "LAS PARTES", es decir Mario Romero y Enclave, tal cual quedó definido en la mencionada cláusula. El demandado Javier Vargas de acuerdo con el numeral 21 de la Cláusula 8ª actuaría únicamente como veedor y auditor integral del proyecto a desarrollar en el predio Santa Helena II, quien tendría facultades tales como: solicitar información relacionada con el proyecto, emitir conceptos técnicos, entre otros, según se desprende de esa misma cláusula.

Significa lo anterior, que el contrato de fiducia "prometido" conforme el cual se daría origen al Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo- Santa Helena II, debía suscribirse tanto por Mario Romero, en calidad de Fideicomitente Aportante, como por Enclave en su calidad de Fideicomitente Constructor y la entidad que finalmente decidieran las partes, a quien en el mismo acto de constitución del fideicomiso, se le haría la transferencia del pleno derecho de dominio y la posesión del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario, es decir el de propiedad de Mario Romero. No obstante, el contrato de promesa solo fue suscrito por Enclave, Mario Romero y Javier Vargas sin haber concurrido la voluntad de una entidad fiduciaria en la que es parte esencial en el negocio jurídico que se prometieron celebrar, tanto fiduciante como fiduciaria.

El no haberse suscrito la promesa por quien es parte esencial en el negocio futuro, se pasó por alto el requisito establecido en el artículo 1611 del Código Civil, según el cual: "La promesa de

609
130

celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes [...] 4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

La consecuencia de no haberse celebrado la promesa con la observancia de los requisitos hace que la misma no produzca obligación alguna. En la misma medida el artículo 897 del estatuto mercantil, sanciona con la inexistencia "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".

Ahora bien, en el marco de contrato de promesa, ENCLAVE en su calidad de fideicomitente constructor, era quien tenía el conocimiento, la experticia y la idoneidad para estructurar el proyecto y constituir el fideicomiso, tal y como se observa en el contrato de promesa de aporte, obligaciones que se incumplieron por ENCLAVE, a pesar de que Mario Romero, presto la debida diligencia par que todas las cosas salieran adelante y remitió la totalidad de la documentación necesaria, en los términos establecidos.

3.27. En el hecho señalado, se demuestra la mala fe del demandado, al enviar ese tipo de comunicaciones, como quiera que el contrato de promesa no se celebró, debido a la inobservancia de los requisitos hace que la misma no produzca obligación alguna. En la misma medida el artículo 897 del estatuto mercantil, sanciona con la inexistencia *"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"* y no por mala de mi representado.

3.28. No es cierto como se relata en la demanda, como quiera que, En el numeral V del acápite de consideraciones, se hizo constar que "EL INMUEBLE, se encuentra sujeto, al proceso de adopción del plan parcial denominado "Tintalito – Mazuera Occidental" que, según el concepto de la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá D.C., de fecha veintiuno (21) de mayo del año dos mil catorce (2014), para la fecha mencionada, se encontraba en su primera fase, Etapa de Formulación y Revisión. Este plan parcial a futuro, otorgará la reglamentación urbana para el correspondiente desarrollo inmobiliario del predio, objeto del presente contrato; plan parcial que a la fecha de la firma del presente acto jurídico, se ha denominado "Tintalito- Mazuera Occidental", el cual se encuentra en el mismo estado de formulación, conocido y aceptado por la PROMITENTE ADQUIRENTE, conforme a documento de prestación de servicios profesionales firmado por las partes aquí intervinientes, en el cual esta misma parte, se obligó expresamente a acompañar diligentemente, tramitar y formalizar su avance con el fin de obtener la mayor rentabilidad del desarrollo urbano del predio, en

virtud a la norma de tratamiento urbano del aludido inmueble, que se otorgue por el mencionado plan parcial".

3.29. No es cierto como se relata en la demanda. ENCLAVE sí ha incumplido con sus obligaciones, teniendo en cuenta que, la Secretaría Distrital de Planeación en respuesta calendada 14 de agosto de 2018, manifestó que mediante radicados No. 1-2016-18448 del 14 de abril de 2016 y 1-2016-26373 del 27 de mayo de 2016, se radicó la propuesta inicial del Plan Parcial Tintalito Mazuera Occidental. Así mismo, que, hasta el 5 de abril de 2017, es decir casi dos años después de celebrado el contrato de prestación de servicios, se había radicado por el promotor documento ajustado a las observaciones propuestas por los miembros del Comité Técnico de Planes Parciales. En dicha respuesta igualmente informó que "*según la base que reposa en nuestra Entidad" Enclave y/o su representante, el señor José Ernesto Pelaez, "no han participado de manera directa en el proceso de formulación del Plan Parcial".*

En ese orden de ideas, nunca hubo acompañamiento, ni diligencia por parte de ENCLAVE para lograr dicha aprobación, en los tiempos requeridos.

3.30. No es cierto como se relata en la demanda, como quiera que la condición resolutoria sí operó, en el sentido de que el área total construida para Vivienda de Interés Prioritario, asignada en el Plan Parcial "Tintalito Mazuera Occidental" es de 43.000 m2, según el artículo 24 del citado Decreto 805 de 2018.

Que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió el Decreto No. 2083 de 2004, en cuyo artículo 1° establece que el área mínima de lote para estas clases de vivienda será de 35 m2.

Que entonces, como el área total asignada en el plan parcial para vivienda VIP es de 43.000 m2, y el área para esta clase de viviendas es de por lo menos 35 m2, tan solo se estaría permitido construir un máximo de 1.228 Vivienda de Interés Prioritario.

Que de acuerdo con el artículo 2.1.1.1.1.1.2. del Decreto 1077 de 2015 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio". La Vivienda de Interés Social Prioritaria (VIP), se define como aquella vivienda de interés social cuyo valor máximo es de setenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (70 smlmv), esto corresponde a $57.968.120 para el año 2019. Y que así mismo, la Ley 1537 de 2012, establece que las viviendas VIP, son aquellas destinadas a las familias colombianas de menores recursos.

Que, si en el contrato de promesa se pactó que el precio mínimo garantizado a pagarse a Mario Romero por el proyecto, sería el "equivalente al catorce por ciento (14%) del total de las enajenaciones a título oneroso del proyecto en todas sus fases y etapas. Importe que deberá ser cuando menos, equivalente a la

suma de VEINTICUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($24.000.000.000.oo)", de acuerdo al uso asignado al inmueble, Mario Romero tendría que recibir la suma de $8.115.520, por una vivienda VIP para el año 2019.

Que, en consecuencia, para poderle pagar a Mario Romero, el precio mínimo garantizado, Enclave tendría que vender por lo menos 2.957 unidades de vivienda VIP, que es el resultado de dividir el precio mínimo garantizado ($24.000.000.000) entre el porcentaje a recibir por cada unidad efectivamente vendida ($8.115.000), es decir 1.729 unidades más de las que permite construir el plan parcial en el área asignada para vivienda VIP.

Que, así las cosas, el proyecto inmobiliario no resultaba normativamente viable, ni reúne las condiciones esperadas en términos económicos para el pago del precio mínimo garantizado, lo que constituye una causal de resolución o, en su defecto, de terminación de la promesa de aporte a la luz de lo pactado en la cláusula vigésima y vigésima cuarta del contrato de promesa.

3.31. No es cierto como se relata en la demanda. El señor Mario Romero Mahecha es el socio comanditario de Edmacoro S. en C.S. y que los socios comanditarios son las personas mencionadas en este hecho. No es cierto que el señor Mario Romero sigue teniendo la disposición del aludido inmueble, pues al respecto hay que atenerse a la naturaleza y obligaciones emanadas del contrato de fiducia mercantil.

Es cierto, según se deduce de la simple lectura del clausulado del contrato de fiducia, que el señor Mario Romero perdió todos los derechos y beneficios emanados de su calidad de propietario del inmueble al momento de aportarlo al fideicomiso. Se contradice el demandante en los hechos, pues en uno afirma que el señor Romero Mahecha no tiene ningún derecho ni beneficio ni facultad de impartir instrucciones; mientras que en otro indica que sigue disponiendo del inmueble que conforma el patrimonio autónomo.

Ahora bien, no es cierto que el aporte del inmueble al fideicomiso "sin contraprestación alguna" "constituye una acción de insolvencia en fraude a terceros acreedores de buena fe". Tal afirmación evidencia un total desconocimiento de la naturaleza, finalidad y peculiaridades del negocio fiduciario, como se explicará más adelante en la respectiva excepción.

3.32. Me atengo a lo probado en la escritura.

3.33. No se cierto como se relata en la demanda. El presunto "fraude" del señor Mario Romero Mahecha consistió –según la actora– en no haberle vendido el inmueble que fue materia de un contrato de promesa de venta inexistente, lo cual no tiene nada de fraudulento y evidencia un desconocimiento en los conceptos por parte del demandante.

Ahora bien, Enclave Construcciones S.A.S. no podrá exigir el cumplimiento del contrato de promesa de venta del inmueble porque se trata de un negocio jurídico inexistente, por faltarle los requisitos exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

3.34. No es cierto como se relata en la demanda. Mi mandante no ha incumplido ninguna obligación, cosa que sí ha hecho ENCLAVE.

Según se desprende de la Cláusula Vigésima de la promesa, son casuales terminación del contrato "[...]3°. La inviabilidad de EL PROYECTO en términos económicos, tanto para LA PROMITENTE APORTANTE, como para LA PROMITENTE ADQUIRENTE, una vez se conozcan los términos normativos del plan parcial denominado Tintalito- Mazuera, para el INMUEBLE objeto del presente acuerdo. 4. Que la normatividad urbana del desarrollo del inmueble no garantice el pago del valor mínimo, en relación con la cantidad de metros cuadrados negociables que resulten del proyecto".

Así mismo en la Cláusula Vigésima Octava de la promesa, se pactaron como condiciones resolutorias: "[...] 2. Si en cualquier momento de la vigencia de este acuerdo, se identifique por cualquiera de las partes que el inmueble obtenga una condición de norma de uso del suelo que restrinja la posibilidad de un desarrollo óptimo y eficiente del objeto del presente acuerdo, las partes podrán decidir a su arbitrio presentar o no una propuesta respecto a un nuevo precio. 3. Que definido el *"Plan Parcial Tintalito- Mazuera Occidental"*, resulte, que las posibilidades de desarrollo inmobiliario, no llena las expectativas económicas de las partes para el pago del precio del INMUEBLE y demás obligaciones monetarias".

En la Cláusula Séptima de la promesa, se pactó que, en caso de incumplimiento total de las obligaciones a cargo de las partes, "que impida o afecte el desarrollo de EL PROYECTO" la parte incumplida reconocería a favor de la otra, "una sanción a título de indemnización anticipada de daños y perjuicios, por la suma del veinte por ciento (20%) tomado del valor mínimo garantizado a pagar como precio del inmueble aportado". *No obstante, según lo establecido en el parágrafo segundo de esta misma cláusula, la pena allí prevista no tendría lugar "[e]n caso de acaecimiento de alguna de las condiciones descritas en la CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA del presente documento", evento en el cual el contrato se entendería resuelto de pleno derecho dando lugar a la restitución de las prestaciones mutuas a que hubiere lugar.*

Por correo electrónico de fecha 6 de diciembre de 2016, Jhon Deiver Jimenez (Gerente Estructurador de Fiducia) de BBVA Asset Management S.A. remitió propuesta de servicios fiduciarios "para la constitución de un Contrato de Fiducia Mercantil para el desarrollo del proyecto inmobiliario a desarrollarse en el predio denominado "SARAN HELENA II". Del contenido de esta propuesta se observa que la fase inicial [FASE 1- FIDUCIA DE

60
132

ADMINISTRACIÓN (PARQUEO)], debía suscribirse, tanto por Mario Romero, como por Enclave y la fiduciaria.

El 16 de diciembre de 2016, BBVA Asset Management S.A., remitió comunicación a Enclave en la que agradece haber sido seleccionada como administrador fiduciario del proyecto a desarrollarse sobre el predio de Mario Romero.

En esa misma comunicación, BBVA Asset Management S.A enlistó los documentos que se requerían tanto para persona natural como jurídica, para la constitución del fideicomiso.

Mediante documento radicado en las oficinas de Enclave, el 20 de diciembre de 2016, Mario Romero le hizo entrega a esta sociedad de los documentos solicitados por la fiduciaria.

Por sugerencia de Enclave, la firma del contrato de fiducia mercantil tendría lugar ya no en la Notaría 59 acordada inicialmente sino en la Notaría 41 de Bogotá, el día 15 de mayo de 2017. Por lo anterior, se suscribió Otrosí No. 5 a la promesa de fecha 21 de abril de 2017.

l día 23 diciembre 2016, Mario Romero se acercó a la Notaría 41 del Circuito de Bogotá, a indagar sobre el trámite que allí se estaba surtiendo presuntamente con relación al contrato de fiducia mercantil. En este Despacho Notarial fue atendido por la señora Carolina Aguirre Rojas del área de escrituración, quien le informó que no existía minuta de escritura de contrato de fiducia, ni soportes de pago del impuesto predial que pudiera constatarse a través de consulta del chip y la cédula catastral del inmueble.

Por correo de fecha 23 de diciembre de 2016, Mario Romero remitió a la dirección yury@notaria41bogota.com las declaraciones de impuesto predial que dan cuenta del cumplimiento de su obligaciones fiscales como propietario del inmueble, en cuya parte final se lee "Con base a estas pruebas dejo al sano criterio del Notario la decisión de autorizar la constitución y otorgamiento de la escritura de constitución del fideicomiso mercantil de parqueo Santa Helena II, conforme para el efecto lo haya solicitado la Fiduciaria del BBVA".

En respuesta a lo anterior, la encargada de la Notaría 41 del Circuito de Bogotá, le comunicó telefónicamente a Mario Romero, que su predio no contaba con chip ni cédula catastral asignada con lo cual se pudiera hacer el registro de las declaraciones y pagos del impuesto predial.

Por otra parte, la Notaría 41 de Bogotá, el 18 de diciembre de 2018, informó que "no le consta ninguna solicitud recibida por parte de BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA y/o ENCLAVE CONSTRUCCIONES S.A.S. para elaborar escritura pública del bien citado". Lo anterior, demuestra el incumplimiento de ENCLAVE y no de mi representado.

3.35. Me atengo a lo probado en el acta.

3.36. Me atengo a lo probado en el trámite arbitral.

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. **El contrato de promesa de tradición de bien inmueble, a título de aporte, en negocio fiduciario fideicomiso mercantil inmobiliario de parqueo, santa helena ii" no produce obligación alguna por no concurrir todos los elementos del contrato de promesa establecidos en el artículo 1611 del Código Civil, aplicado a los negocios mercantiles por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio, al no haber sido suscrito por una entidad fiduciaria.**

De conformidad con la cláusula segunda del contrato, Mario Romero y Enclave ostentarían la calidad de fideicomitentes, respecto del contrato de Fiducia[1], el primero en calidad de fideicomitente aportante y la segunda como fideicomitente constructor. Por su parte la fiducia sería Alianza Fiduciaria S.A., o en su defecto la sociedad fiduciaria que finalmente definieran "LAS PARTES"; es decir, Mario Romero y Enclave.

En el marco del contrato de promesa, numeral 7° de la Cláusula Octava de la promesa, ENCLAVE, se obligaba a *"coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil"*. Sin embargo, esta actuación nunca se llevó a cabo, por causa imputable a ENCLAVE, a pesar de que Mario Romero allegó en forma oportuna toda la documentación solicitada.

Teniendo en cuenta el escenario anterior, el contrato de fiducia prometido, por medio del cual se daría origen al Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo – Santa Helena II, debería haberse suscrito tanto por Mario Romero, en calidad de fideicomitente aportante y Enclave, como Fideicomitente constructor, así como por BBVA Assestment, quien fue la entidad por la que optaron las partes, a quien en el mismo acto de constitución del fideicomiso, se le haría transferencia plena del

---

[1] Código de Comercio. Artículo 1226. a 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. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

De conformidad con la precitada norma, los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil son: (i) la presencia de Fiduciante y Fiduciaria (ii) la transferencia de dominio (iii) la constitución o surgimiento de un patrimonio autónomo (iv) el fiduciario, quien deberá ser una persona jurídica calificada, autorizada por la Superintendencia Financiera.

607
133

derecho de dominio y posesión del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario.

No obstante, lo anterior, el contrato de promesa sólo fue suscrito por Mario Romero, Enclave y Javier Vargas, sin haber concurrido la voluntad de la entidad fiduciaria, la cual es parte esencial en el negocio jurídico que se prometieron celebrar, tanto fiduciante, como fiduciaria.

Así las cosas, el no haberse suscrito la promesa por quien es parte esencial en el negocio jurídico futuro, desconoce el requisito establecido en el artículo 1611[2] del Código Civil, sobre todo, la relativa al numeral 4, "q*ue se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales."*

En ese orden de ideas, la consecuencia de no haber celebrado la promesa con la observancia de los requisitos propios de la misma, hace que ésta no produzca obligación alguna, como en efecto lo señala el artículo 89 del Código de Comercio, cuando sanciona con inexistencia, así: *La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.*

***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**."* Subrayado y negrilla por fuera de texto.

Ahora bien, se advierte la confusión de conceptos jurídicos en que incurrió la demandante, pues no existe claridad de si está pidiendo la declaración de simulación o la revocación por fraude a "acreedores".

La pretensión, además de oscura, es temeraria y falaz, pues el supuesto "fraude" del señor Mario Romero Mahecha consistió –según la actora– en no haberle vendido el inmueble que fue materia de un contrato de promesa de venta inexistente, lo cual no tiene nada de fraudulento porque se trata de una simple disputa civil.

Lo anterior descarta la existencia del incumplimiento, al tiempo que evidencia la falta de seriedad de las pretensiones, pues las diferencias que surgieron entre los suscriptores de una promesa de compraventa que no cumple con los requisitos legales para su

---

[2] Código Civil. Artículo 1611. a promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1a.) Que la promesa conste por escrito. 2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 <sic 1502> del Código Civil. 3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

existencia, no tienen la aptitud de erigirse en factores constitutivos de "fraude".

Es más, al haber aseverado la actora que el supuesto incumplimiento o propósito del señor Mario Romero Mahecha fue transferir el dominio del inmueble a la fiduciaria para "incumplir" el contrato de promesa de venta celebrado con Enclave Construcciones, confesó que el aporte del predio al fideicomiso fue un negocio real, verdadero, cierto y querido por las partes del negocio fiduciario.

De igual manera se ha expresado que "*si el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, nada impide dentro del régimen de la libertad de las convenciones que los pactos secretos sean eficaces, sin perjuicio eso sí de los intereses de terceros, pues que la voluntad declarada se subordina a la voluntad real*".[3]

Por el contrario, al haber confesado el apoderado de la actora que la verdadera intención del fideicomitente fue incumplir un contrato de promesa de compraventa, afirmó clara, fehaciente, inequívoca y contundentemente que la intención real del constituyente del fideicomiso (pues la de la sociedad fiduciaria es imposible de conocer) fue transferir la propiedad del predio a la fiduciaria, sin que se vislumbre en ello el más mínimo asomo de ficción o apariencia.

No está de más precisar que en virtud de la celebración del negocio fiduciario nace a la vida jurídica una entidad: el patrimonio autónomo, cuyos efectos jurídicos no son ni pueden ser susceptibles de simulación o defraudación, pues ha generado y sigue generando consecuencias reales en el mundo del derecho.

Además, la parte final del artículo 1226 del Código de Comercio establece que *"sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios"*. Esto significa que, al estar los negocios fiduciarios sometidos a inspección, vigilancia y autorización del Estado, una vez constituidos, no son susceptibles de simulación; pues ello sería tanto como admitir que el propio Estado prestó su consentimiento para dar la apariencia de realidad a un negocio jurídico inexistente, lo cual es absurdo.

A lo anterior hay que agregar que, en virtud del mandato establecido en el artículo 1237 del Código de Comercio, *"todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia"*. Se trata de una norma imperativa, según la cual la remuneración que percibe la fiduciaria por su gestión de administradora del fideicomiso está fijada por la autoridad gubernamental, sin que esa tarifa pueda desconocerse por las partes. Luego, como desde el momento mismo en que se celebró el contrato de fiducia la fiduciaria está percibiendo unos rubros por concepto de administración del

[3] Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia de 21 de junio de 1984.

fideicomiso, es absolutamente imposible que se trate de un negocio ficticio, pues al menos esta obligación emanada del mandato de la ley produjo efectos jurídicos reales en virtud de la celebración de un negocio que no puede ser irreal.

Por lo demás, incurre la actora en una grave confusión jurídica al considerar que el supuesto incumplimiento de un contrato civil es *per se*, constitutivo de fraude. De llegar a demostrarse en el proceso verbal en el que se discute la validez del contrato de promesa, que alguna de las partes incumplió su obligación, lo procedente será declarar las consecuencias jurídicas de la resolución de ese contrato por incumplimiento de lo pactado, lo cual jamás ha sido considerado por el derecho como indicativo de "fraude".

2. Estipulación a favor de un tercero en el contrato de promesa de a título de aporte, como lo señala el artículo 1506 del Código Civil.

Nótese que, como lo señala la Cláusula Segunda de contrato de promesa, tanto Mario Romero Mahecha, como Enclave tendrían la calidad de fideicomitentes en el respectivo contrato de fiducia; el primero en calidad de Fideicomitente Aportante, y el segundo, como Fideicomitente Constructor. Por su parte, la fiduciaria sería BBVA o en su defecto, la sociedad fiduciaria que finalmente definieran "LAS PARTES", es decir Mario Romero y Enclave, tal cual quedó definido en la mencionada cláusula.

Ahora bien, como se observa en la cláusula tercera de promesa de aporte, el objeto del contrato es: *"el fin de este negocio jurídico consiste por una parte, en comprometerse el PROMINENTE APORTANTE transferir EL INMUEBLE de su propiedad, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 50C-1721851 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro,* ***al FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO PARQUEO SANTA HELENA II, en cabeza de la FIDUCIA, a título de aporte****, con el fin de realizar proyecto inmobiliario, construcción de vivienda y/o unidades comerciales, acorde a las normas que determine el plan parcial de desarrollo urbano denominado: "Tintalito-Mazuera Occidental", y, por otra parte, reglamentar las obligaciones y los derechos de cada una de LAS PARTES, para el desarrollo del citado proyecto."*

Ahora bien, el señor Javier Vargas de acuerdo con el numeral 21 de la Cláusula 8ª actuaría únicamente como veedor y auditor integral del proyecto a desarrollar en el predio Santa Helena II, quien tendría facultades tales como: solicitar información relacionada con el proyecto, emitir conceptos técnicos, entre otros, según se desprende de esa misma cláusula.

Significa lo anterior, que el contrato de fiducia "prometido" conforme el cual se daría origen al Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo- Santa Helena II, debía suscribirse tanto por Mario Romero, en calidad de Fideicomitente Aportante, como

por Enclave en su calidad de Fideicomitente Constructor **y la entidad que finalmente decidieran las partes, a quien en el mismo acto de constitución del fideicomiso,** (según cláusula tercera del contrato) se le haría la transferencia del pleno derecho de dominio y la posesión del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario, es decir el de propiedad de Mario Romero. No obstante, el contrato de promesa solo fue suscrito por Enclave, Mario Romero y Javier Vargas sin haber concurrido la voluntad de una entidad fiduciaria en la que es parte esencial en el negocio jurídico que se prometieron celebrar, tanto fiduciante como fiduciaria.

Por lo anterior y teniendo en cuenta lo reglado en el artículo 1506 del código civil (estipulación a favor de otro), el cual reza, *"Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; **pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.***

Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contra." Subrayado y negrilla por fuera de texto.

Significa esto que, quien podría exigir el cumplimiento del contrato era la fiduciaria como vocera del fideicomiso que se constituyera y no ENCLAVE, como quiera que a este último era quien se iba a transferir el inmueble, como no se constituyó el fideicomiso, ni el contrato estaba ratificado y firmado por la fiduciaria como vocera del fideicomiso, siendo este el tercero a favor de quien se había pactado y parte esencial del negocio, el contrato nunca nació a la vida jurídica. Por lo tanto, las obligaciones derivadas no producen efectos entre las partes.

3. Falta de legitimación en la causa por activa.

Como se puso de presente en la excepción anterior, el bien inmueble, objeto de la controversia, debería ser aportado al fideicomiso que se constituyera por parte de ENCLAVE, pues el fideicomiso era el tercero a favor de quien se pactó; sin embargo, este último nunca firmó el contrato de promesa de aporte, ni tampoco ratificó dicho contrato.

En relación con la legitimación en la causa la Corte Suprema de Justicia ha dejado por sentado que "*es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste*", por lo cual "*su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es (la) persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél*".

109
135

En el caso que nos ocupa, el legitimado para exigir el cumplimiento del contrato de promesa de aporte, era el fideicomiso a favor de quien se iba a aportar el inmueble y no ENCLAVE. Como se observa, el contrato de promesa no está firmado, ni ratificado por el fideicomiso.

Situación que pone de manifiesto la ausencia de legitimación en la causa por activa, ya que el contrato no está suscrito por el fideicomiso, quien sería el legitimado para exigir su cumplimiento.

4. Excepción contrato no cumplido por parte de ENCLAVE.

De conformidad con lo señalado en la consideración V y en la cláusula octava del contrato de promesa, las obligaciones de ENCLAVE, son las que se describen a continuación, las cuales fueron incumplidas por ésta, en los siguientes términos:

> ***"1. "Asumir el 100% de los costos y gastos de la constitución de la fiducia inmobiliaria de parqueo, para el desarrollo total del aludido predio [...]."***
>
> Como se observa a lo largo del presente escrito, una de las obligaciones de ENCLAVE, era coordinar la constitución del fideicomiso, y en esa medida, pagar la totalidad de dicha constitución. Sin embargo, nunca realizó las gestionen tendientes a constituirlas y, por ende, se sustrajo también de su obligación de pagar los gatos derivados de este proceso.
>
> Lo cual, a todas luces y de acuerdo con el espíritu del contrato, era fundamental, en aras de poder aportar el inmueble y desarrollar el proyecto. El hecho de que no se ejecutara esta obligación, implicaba la desnaturalización del contrato de promesa; ergo su inexistencia.
>
> ***"3. Cancelar el [100%], de los gastos notariales, de beneficencia y registro, de la escritura pública de constitución del fideicomiso [...]"***
>
> Al igual que en el caso anterior, y derivados de realizar todas las gestiones tenientes a constituir el fideicomiso, se desprende el pago de los derechos notariales causados por este concepto. No obstante, esta obligación también fue incumplida por parte de ENCLAVE. A pesar de que era vital para iniciar el proyecto, como quiera que, al ser un tercero a nombre de quien se pactó la transferencia del inmueble, en este caso el fideicomiso que constituyera ENCLAVE, era fundamental adelantar las gestiones para su celebración.
>
> De lo contrario, el contrato de promesa de aporte quedaría sin efectos, como así lo señala el artículo 1506 del Código Civil, al ser una estipulación a favor de un tercero que, además, nunca firmó, ni ratificó el contrato de promesa.

"5. Tramitar oportunamente ante las autoridades competentes de orden Nacional, Departamental y/o Municipal, así como también ante cualquier persona natural o jurídica [...] los documentos necesarios que deban surtirse con motivo del desarrollo urbano de EL INMUEBLE [...] en especial se obliga con la gestión oportuna de disponibilidades de servicios públicos, y, aprobación de la licencia de urbanismo con todos sus ítems."

Con respecto a esta obligación, se pone de manifiesto que, ENCLAVE, nunca adelantó las actividades tendientes tramitar oportunamente, los documentos necesarios que deberían surtirse, con ocasión del proyecto. Lo anterior, también era una obligación fundamental, teniendo en cuenta la calidad de fideicomitente constructor que ostentaba en el contrato de aporte.

"6. Gestionar ante la oficina de Catastro, y Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona-Centro, El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, La Alcaldía o la entidad que haga sus veces todo lo relacionado a la aclaración de cabida y linderos, y la asignación de la cédula catastral de EL INMUEBLE."

Manifiesta el apoderado de la parte actora, a lo largo de la contestación de la demanda que, el señor Mario Romero Mahecha, incumplió al no tener asignada la cédula catastral del inmueble; sin embargo, no se percata que esta era una obligación en cabeza de ENCLAVE, que, además, el señor Mario Romero Mahecha tramitó, debido a la falta de diligencia e incumplimiento de ENCLAVE.

Lo anterior, tal y como consta en el radicado No. 2017 24479, el 11 de enero de 2017, Mario Romero inició ante la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital actuación de desenglobe, para la asignación de la cédula catastral del predio Santa Helena II y la obtención del CHIP. Ergo, actúa de mala fe ENCLAVE al endilgar en la contestación una obligación a mi mandante, cuando era única y exclusivamente de su resorte.

"7. Coordinar con la FIDUCIARIA, que las partes en su momento, finalmente indiquen, la suscripción de los documentos, peticiones y solicitudes, que, como consecuencia de sus gestiones, sean convenientes para desarrollar y llevar a buen término, el proyecto inmobiliario [...]."

La obligación en comento, era fundamental para que naciera a la vida jurídica el proyecto. coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte

519
136

de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil", toda vez que mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2018, la fiduciaria BBVA Asset Management S.A., manifestó que no tiene ningún vínculo y/o relación contractual con Enclave.

Por lo tanto, en la medida en que no existiera FIDEICOMISO constituido, no se podía transferir el inmueble.

Dentro de las obligaciones de ENCLAVE, entre otras, estaba, como así señala en la consideración V del contrato de aporte, respecto del contrato de prestación de servicios inicialmente suscrito, la siguiente:**"*[...]LA PROMITENTE ADQUIRIENTE* se *obliga expresamente acompañar diligentemente, tramitar y formalizar el avance del plan parcial denominado "Tintalito/ Mazuera"; además deberá informar oportunamente al PROPIETARIO del avance de su cometido, de tal forma, que ese pueda prever los actos necesarios para procurar los documentos imperiosos para la constitución de los ya mencionados fideicomisos.*"**

Como se observa a lo literal de la cláusula, la obligación de ENCLAVE, no era un simple acompañamiento, sino tramitar y formalizar, además de informar el avance del plan parcial e tintalito, gestión que no se llevó a cabo por parte de ENCLAVE.

Lo anterior, como quiera que, la Secretaría Distrital de Planeación en respuesta calendada 14 de agosto de 2018, manifestó que mediante radicados No. 1-2016-18448 del 14 de abril de 2016 y 1-2016-26373 del 27 de mayo de 2016, se radicó la propuesta inicial del Plan Parcial Tintalito Mazuera Occidental. Así mismo, que, hasta el 5 de abril de 2017, es decir casi dos años después de celebrado el contrato de prestación de servicios, se había radicado por el promotor documento ajustado a las observaciones propuestas por los miembros del Comité Técnico de Planes Parciales. En dicha respuesta igualmente informó que *"según la base que reposa en nuestra Entidad" Enclave y/o su representante, el señor José Ernesto Peláez, "no han participado de manera directa en el proceso de formulación del Plan Parcial".*

Así las cosas, se puede evidenciar que del contrato de promesa de aporte, existen varias obligaciones incumplidas por parte de ENCLAVE, las cuales, además, resultaban fundamentales para que naciera el proyecto.

IV. EN CUANTO A LAS PRUEBAS APORTADAS POR LA PARTE DEMADANTE.

- **Prueba 4.3.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a la "certificación de la gestión realizada por ENCLAVE CONSTRUCCIONES S.A.S.", como quiera que la misma, no tiene, ni vincula a MARIO ROMERO MAHECHA, ni tampoco da cuenta de la gestión de ENCLAVE, pues como se observa la señora CAMACHO, era apoderada de los propietarios del plan parcial, luego su actuación, no obedecía a una gestión realizada por ENCLAVE con respecto al inmueble, objeto de la controversia y desconozco que sea el verdadero autor o suscriptor del documento.

- **Prueba 4.4.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a "la cotización y el contrato de prestación de servicios a celebrar con NAOS S.A.S.", como quiera que los mismos, no vinculan, ni tienen relación con el señor MARIO ROMERO MAHECHA. De la misma manera, no se encuentran suscritos, y desconozco quienes son los verdaderos autores y suscriptores.

- **Prueba 4.5.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos al *"comprobante de egreso que da cuenta del pago realizado por concepto de levantamiento topográfico al señor Mario Moreno Mahecha"*, como quiera que, no vincula, ni tiene relación con el señor Mario Romero Mahecha, desconozco quien sea el verdadero autor o suscriptor del documento.

- **Prueba 4.6.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a *"la publicidad desarrollada para el proyecto Santa Helena II, por parte de TIPOINKCONSULTING."*, como quiera que, no vincula, ni tiene relación con el señor Mario Romero Mahecha. Se desconoce quien sea el verdadero autor y suscriptor del documento. En todo caso, son fotos simples que no dan cuenta de un estudio publicitario.

- **Prueba 4.7.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a *"el estudio de tráfico requerido por la Secretaría de Planeación Distrital."*, toda vez que, no vincula, ni tiene relación con el señor Mario Romero Mahecha. Aunado a que se desconoce quién sea el verdadero autor y suscriptor del documento.

- **Prueba 4.8.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso y solicito que no

137

se tengan en cuenta los documentos relativos a "el registro de visitas hecho a las oficinas de Enclave Construcciones.", teniendo en cuenta que, no se evidencia de dónde, ni cómo se obtuvo la información, aunado a que se desconoce quién es el verdadero autor o suscriptor del documento.

- **Prueba 4.9.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a "modelo financiero desarrollado para el proyecto Santa Helena II, con una aproximación de ventas y utilidad." Lo anterior, teniendo en cuenta que, no vinculan en ninguna medida al señor Mario Romero, no están debidamente suscritos por una persona competente e idónea, pues son simples proyecciones, sin ningún sustento. Tampoco están auditados, ni firmados. Por lo tanto, se desconoce su procedencia, autenticidad y autoría.

- **Prueba 4.10.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272, en concordancia con el artículo 247 del Código General del Proceso y la Ley 527 de 1999, toda vez que, el correo no fue aportado en el mismo formato en el que fue generado. Aunado a que, la impresión del mensaje de datos no refleja los requisitos de escritura, firma y originalidad. No se podría "acceder" a una impresión para su posterior consulta, como lo exige el artículo 6 de la Ley 527; no podría identificarse el iniciador del mensaje de datos, como lo impone el artículo 7 ídem., y tampoco podría considerarse original, en los términos del artículo 9 ídem, debido a que no existiría garantía de que el mensaje no fue modificado o se ha conservado inalterado desde que se creó.

- **Prueba 4.11.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a "copia respuesta al derecho de petición interpuesto por Enclave, solicitado información sobre el plan parcial." Lo anterior, teniendo en cuenta que, no es vinculante, ni guarda relación con el señor Mario Romero Mahecha, aunado a que se desconoce si los firmantes, son los autores y suscriptores del documento.

- **Prueba 4.12.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272, en concordancia con el artículo 247 del Código General del Proceso y la Ley 527 de 1999, toda vez que, el correo no fue aportado en el mismo formato en el que fue generado. Aunado a que, la impresión del mensaje de datos no refleja los requisitos de escritura, firma y originalidad. No se podría "acceder" a una impresión para su posterior consulta, como lo exige el artículo 6 de la Ley 527; no podría identificarse el iniciador del mensaje de datos, como lo impone el artículo 7 ídem., y tampoco podría considerarse

original, en los términos del artículo 9 ídem, debido a que no existiría garantía de que el mensaje no fue modificado o se ha conservado inalterado desde que se creó.

- **Prueba 4.13.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a "respuesta al derecho de petición radicado ante la oficina de catastro distrital por parte de Enclave, solicitando copia de las resoluciones por las cuales se asigna chip." Lo anterior, teniendo en cuenta que, no es vinculante, ni guarda relación con el señor Mario Romero Mahecha. Se desconoce, quién lo suscribió y los firmantes. Sin embargo, además, el documento señala que nunca se acreditó la calidad en la que actuaba ENCLAVE,

- **Prueba 4.14.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272, en concordancia con el artículo 247 del Código General del Proceso y la Ley 527 de 1999, toda vez que, el correo no fue aportado en el mismo formato en el que fue generado. Aunado a que, la impresión del mensaje de datos no refleja los requisitos de escritura, firma y originalidad. No se podría "acceder" a una impresión para su posterior consulta, como lo exige el artículo 6 de la Ley 527; no podría identificarse el iniciador del mensaje de datos, como lo impone el artículo 7 ídem., y tampoco podría considerarse original, en los términos del artículo 9 ídem, debido a que no existiría garantía de que el mensaje no fue modificado o se ha conservado inalterado desde que se creó.

- **Prueba 4.15.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272, en concordancia con el artículo 247 del Código General del Proceso y la Ley 527 de 1999, toda vez que, el correo no fue aportado en el mismo formato en el que fue generado. Aunado a que, la impresión del mensaje de datos no refleja los requisitos de escritura, firma y originalidad. No se podría "acceder" a una impresión para su posterior consulta, como lo exige el artículo 6 de la Ley 527; no podría identificarse el iniciador del mensaje de datos, como lo impone el artículo 7 ídem., y tampoco podría considerarse original, en los términos del artículo 9 ídem, debido a que no existiría garantía de que el mensaje no fue modificado o se ha conservado inalterado desde que se creó.

- **Prueba. 4.16.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a *"Copia del comunicado emitido por ENCLAVE CONSTRUCCIONES S.A.S., el día 18 de mayo de 2017, en el cual se enfatizó su diligencia y acompañamiento en la aprobación del plan parcial, indicando además que el mismo está en proceso de adopción por parte de la Alcaldía de*

813
138

Bogotá." Lo anterior, porque es una copia. Por lo anterior, solicito se aporte el documento original.

- **Prueba 4.17.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a *"Copia de la respuesta al derecho de petición emitido por la dirección de planes parciales, en el cual se indica el proceso de adopción del plan parcial."* Lo anterior, teniendo en cuenta que, no es vinculante, ni guarda relación con el señor Mario Romero Mahecha. Se desconoce, quién lo suscribió y los firmantes.

- **Prueba 4.19.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a *"Copia de comunicación de mi representada, de fecha de 5 de junio de 2017."* Lo anterior, teniendo en cuenta que, no se evidencia el recibo de la comunicación por parte del señor Mario Antonio Romero, ni a través de qué medio se envió.

- **4.21.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, Proceso y solicito que no se tengan en cuenta los documentos relativos a "Copia de la propuesta de compra anticipada de un porcentaje del inmueble, radicada ante la Cámara de Comercio de Bogotá." Lo anterior, teniendo en cuenta que, no se evidencia el recibo de la comunicación por parte del señor Mario Antonio Romero, ni a través de qué medio se envió.

- **4.22.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272, en concordancia con el artículo 247 del Código General del Proceso y la Ley 527 de 1999, toda vez que, el correo no fue aportado en el mismo formato en el que fue generado. Aunado a que, la impresión del mensaje de datos no refleja los requisitos de escritura, firma y originalidad. No se podría "acceder" a una impresión para su posterior consulta, como lo exige el artículo 6 de la Ley 527 de 1999; no podría identificarse el iniciador del mensaje de datos, como lo impone el artículo 7 ídem., y tampoco podría considerarse original, en los términos del artículo 9 ídem, debido a que no existiría garantía de que el mensaje no fue modificado o se ha conservado inalterado desde que se creó.

  Adicionalmente, el presunto correo electrónico fue enviado al señor Daniel López y no al señor Mario Antonio Romero.

- **4.24.** Desconozco el documento en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, Proceso, teniendo en cuenta que, son terceros ajenos al señor Mario Antonio Romero Mahecha y no lo vinculan.

4.31. FRENTE AL DICTAMEN PERICIAL: De conformidad con lo señalado en el artículo 227 y 228 del Código General del Proceso, sin perjuicio de los dictámenes periciales rendidos por el arquitecto Fabio Olarte Pinzón, y como quiera que el término previsto para contestar la demanda, resultó insuficiente para aportar un nuevo dictamen pericial, se me conceda el término que a bien considere para aportar contradicción al dictamen pericial presentado por la parte demandante, con el fin de controvertir el contenido y el dictamen aportado.

De la misma manera, se solicita la comparecencia del perito Gloria Zady Correa Palacio, para que en la fecha y hora que se fije la audiencia, para que absuelva el interrogatorio que le formularé.

Lo anterior, teniendo en cuenta también que, los documentos que sustentan el dictamen aportado, se desconocen, pues no están debidamente certificados y aportados de acuerdo con las normas NIIF aplicables. De la misma manera, la experticia no está aportada, ni cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso.

5. OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Establece el artículo 206 del Código General del Proceso:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido".

Nótese que en el presente caso no se dan ninguno de los presupuestos señalados en la precitada norma, para formular el juramento estimatorio, así.

5.1. A título de indemnización anticipada de daños y perjuicios por concepto de cláusula penal, equivalente al 20% del valor total del acuerdo, por valor de ($4.800.000.000)

139

Con respecto a este punto, para que proceda el pago de la cláusula penal, se debe demostrar el incumplimiento del señor Mario Antonio Romero y el cumplimiento de ENCLAVE. Sin embargo, a lo largo del presente documento, no se ha demostrado que Mario Antonio Romero haya incumplido el contrato, como sí lo ha hecho ENCLAVE, al no constituir el fideicomiso, al cual se aportaría el inmueble, como así lo señala la cláusula 8, numeral 7 del contrato de promesa de aporte. Por lo tanto, no está facultada ENCLAVE para solicitar el pago de una cláusula de un contrato que este incumplió. En ese orden de ideas, no resulta razonable la suma que estimó en el juramento.

Aunado a lo anterior, como se ha puesto de manifiesto, el contrato de promesa de aporte, no fue suscrito por el fideicomiso a quien debía transferirse el inmueble. Por lo tanto, nunca nació a la vida jurídica. En todo caso, quién tendría que haber exigido el cumplimiento del contrato tendría ser el fideicomiso que se constituyera para transferir el inmueble y no ENCLAVE.

En ese orden de ideas, el valor de la cláusula penal, de acuerdo a lo expuesto, no es procedente, porque no ha sido probado el incumplimiento.

5.1. A título de daño emergente, de conformidad con el dictamen pericial aportado por valor de ($347.402.773).

Nótese a que la parte demandante no logra probar el incumplimiento por parte de Mario Romero, en ninguna de las pruebas aportadas; sin embargo, sí es claro el incumplimiento de ENCLAVE en sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, no es procedente solicitar el valor en mención a título de daño emergente. En ese orden de ideas, no resulta razonable la suma que estimó en el juramento.

Ahora bien, en el dictamen que se aportará para contradecir el dictamen allegado por la parte demandante, se evidenciará la improcedencia del mismo y que no se causó ningún daño a la parte aquí demandante. Lo anterior, teniendo en cuenta también que, los documentos que sustentan la prueba pericial, se desconocen, pues no están debidamente certificados y elaborados de acuerdo con las normas NIIF aplicables. De la misma manera, no se evidencia que el contador, sea la persona idónea para calcular los perjuicios de una obra, más si los gastos de ENCLAVE, son los soportes contables del dictamen. De la misma manera, la experticia no está aportada, ni cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso.

5.3. Por el daño autónomo extrapatrimonial por valor de ($45.596.929.723)

Nótese que la cifra mencionada por la parte demandante, adolece de cualquier fundamento y sustento probatorio, como quiera que,

no sólo no se determina de dónde se edifica esa cifra, sino que, además, el incumplimiento del contrato de promesa de aporte, se dio por parte de ENCLAVE, al no cumplir con la constitución del fideicomiso al cual se debería transferir el inmueble. Además, teniendo en cuenta que, dicho fideicomiso nunca suscribió el contrato de promesa o lo ratificó para que naciera a la vida jurídica. En ese orden de ideas, no resulta razonable, ni tiene algún sustento, la suma que estimó en el juramento.

De otra parte, no puede solicitar el demandante un daño autónomo extrapatrimonial, derivado de un contrato que nunca nació a la vida jurídica y que, previendo las contingencias que tuvo, no se configuraría como una expectativa futura, la cual, además, tendría que probar. El demandante, simplemente hace mención de una cifra de forma arbitraria, sin determinar sobre qué fundamenta ese cálculo, más a allá de manifestar que la doctrina y la jurisprudencia, así lo señalan.

Ahora bien, La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha catalogado esta tipología como un perjuicio autónomo, cuya reparación se encuentra limitada a la idoneidad de la posibilidad truncada. Para esta Corporación la pérdida de cualquier expectativa no configura pérdida de oportunidad, por lo que es indispensable acreditar que la posibilidad perdida tenía una entidad lo suficientemente alta y real para impedir la configuración del detrimento o alcanzar el beneficio esperado y debe ser probada. Su cuantificación es realizada al arbitrio del juez, sin haberse creado a la fecha un baremo para su liquidación.

Finalmente, y tal como como se ha expuesto a lo largo de la presente contestación, no sólo no es procedente la exigencia de la suma señalada por la parte demandante, que en todo caso resulta desproporcionada y sin fundamento.

VI. FRENTE A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.

"6.1. Frente al fundamento Lex contractus, pacta sunt servanda. El contrato es ley para las partes: Art. 871 del Código de Comercio y 1602 del código civil; 6.2. Incumplimiento del contrato; 6.3. Violación al principio de buena fe.

Con respecto a este punto, es menester resaltar que las obligaciones derivadas del contrato de promesa de aporte, fueron cumplidas por Mario Antonio Romero Mahecha en su totalidad; sin embargo, no se puede decir lo mismo de parte de ENCLAVE.

Como se ha expuesto a lo largo de la contestación, el espíritu del contrato de promesa de aporte, de conformidad con la cláusula tercera es "*el fin de este negocio jurídico consiste por una parte, en comprometerse el PROMINENTE APORTANTE transferir EL INMUEBLE de su propiedad, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 50C-1721851 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro,* ***al FIDEICOMISO***

MERCANTIL INMOBILIARIO PARQUEO SANTA HELENA II, en cabeza de la FIDUCIA, a título de aporte, *con el fin de realizar proyecto inmobiliario, construcción de vivienda y/o unidades comerciales, acorde a las normas que determine el plan parcial de desarrollo urbano denominado: "Tintalito-Mazuera Occidental", y, por otra parte, reglamentar las obligaciones y los derechos de cada una de LAS PARTES, para el desarrollo del citado proyecto."*

En ese orden de ideas, bajo esta premisa, al no haber adelantado las gestiones ENCLAVE para la constitución del ***FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO PARQUEO SANTA HELENA II,*** el demandante vulnera lo citado por él tenor del artículo 1602 del Código Civil, como quiera que esta fue entre otras, muchas de las obligaciones que incumplió, las cuales se relacionaron en el presente escrito y que, además, conllevaron a que el negocio no naciera a la vida jurídica. Esto bajo el entendido de que para que se pudiera transferir el inmueble, se debería haber constituido el fideicomiso por ser un pacto a favor de un tercero, al amparo del artículo 1506 del código Civil. Este último, además, tendría que haber suscrito y ratificado la promesa, objeto de la controversia.

En cuanto a la mala fe que señala el demandante por parte de mi mandante, es preciso recordar que la mala fe no se presume, sino que se prueba. Ergo, los argumentos esgrimidos en el marco del proceso, obedecen a apreciaciones subjetivas, las cuales carecen del debido acervo probatorio y que sólo buscan atacar la debida diligencia del señor Mario Romero, ante el incumplimiento de ENCLAVE.

De otra parte, también manifiesta el extremo demandante, el presunto acompañamiento que hizo esta, en la adopción del plan parcial de tintalito, invocando el acompañamiento de la señora María Paula Camacho, quien no trabaja para ENCLAVE, sino que es la apoderada de todos los dueños de los predios involucrados en el desarrollo del plan parcial. Por lo tanto, pretender decir que este fue el acompañamiento, dista mucho de la obligación que tenía ENCLAVE de expresamente acompañar diligentemente, tramitar y formalizar el avance del plan parcial denominado "Tintalito/ Mazuera. Las presuntas reuniones relacionadas, no son prueba de que se hiciera una gestión real, teniente a conseguir la aprobación.

Ahora bien, con respecto a la mencionado por la parte actora en relación con las causales de resolución del contrato, me permito recordar que, En la Cláusula Cuarta Octava de la promesa, se pactaron como condiciones resolutorias: *"[...] 2. Si en cualquier momento de la vigencia de este acuerdo, se identifique por cualquiera de las partes que el inmueble obtenga una condición de norma de uso del suelo que restrinja la posibilidad de un desarrollo óptimo y eficiente del objeto del presente acuerdo, las partes podrán decidir a su arbitrio presentar o no una propuesta respecto a un nuevo precio. 3. Que definido el "Plan Parcial Tintalito-Mazuera Occidental", resulte, que las posibilidades de desarrollo inmobiliario, no llena las expectativas económicas de las partes*

para el pago del precio del INMUEBLE y demás obligaciones monetarias".

Dice esta misma cláusula, que de presentarse cualquiera de las enunciadas condiciones, las partes podrían dar por resuelto de pleno derecho la promesa sin que ello constituyera un incumplimiento a este contrato.

Que solo hasta el 20 de diciembre de 2018, el Alcalde Mayor de Bogotá, expidió el Decreto 805 de 2018, "[p]or medio del cual se adopta el Plan Parcial de Desarrollo denominado "Tintalito Mazuera Occidental", ubicado en la localidad de Kennedy y se dictan otras disposiciones".

Que de acuerdo con el artículo 20 del mencionado decreto, el uso principal permitido para la Manzana 4 a la cual pertenece el predio Santa Helena II, es para Vivienda de Interés Prioritario – VIP.

Que lo anterior también fue confirmado por la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá, mediante concepto de uso N° 19-3-0159, de fecha 1° de marzo de 2019, emitido en respuesta a la solicitud presentada por Mario Romero, así:

"Mediante el presente concepto se informa al peticionario del mismo, sobre el uso específico consultado de conformidad con las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollan (Artículo 2.2.6.1.3.1., Decreto 1197 de 2006).
[...]
"El predio hace parte del Plan Parcial Tintalito Mazuera Occidental aprobado mediante el Decreto 805 del 20 de Diciembre de 2018 "Por medio del cual se adopta el Plan de Desarrollo denominado TINTALITO MAZUERA OCCIDENTAL, ubicado en la localidad de Kennedy y se dictan otras disposiciones", según el mencionado decreto el predio objeto de la consulta pertenece a la manzana 4 y los usos son los siguientes:

Vivienda, en desarrollo Unifamiliar, Bifamiliar y Multifamiliar (Vivienda de interés prioritario)" (Énfasis no pertenece a su original)

Que el área total construida para Vivienda de Interés Prioritario, asignada en el Plan Parcial "Tintalito Mazuera Occidental" es de 43.000 m2, según el artículo 24 del citado Decreto 805 de 2018.

Que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió el Decreto No. 2083 de 2004, en cuyo artículo 1° establece que el área mínima de lote para estas clases de vivienda será de 35 m2.

Que entonces, como el área total asignada en el plan parcial para vivienda VIP es de 43.000 m2, y el área para esta clase de

viviendas es de por lo menos 35 m2, tan solo se estaría permitido construir un máximo de 1.228 Vivienda de Interés Prioritario.

Que de acuerdo con el artículo 2.1.1.1.1.1.2. del Decreto 1077 de 2015 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio". La Vivienda de Interés Social Prioritaria (VIP), se define como aquella vivienda de interés social cuyo valor máximo es de setenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (70 smlmv) , esto corresponde a $57.968.120 para el año 2019. Y que así mismo, la Ley 1537 de 2012, establece que las viviendas VIP, son aquellas destinadas a las familias colombianas de menores recursos.

Que, si en el contrato de promesa se pactó que el precio mínimo garantizado a pagarse a Mario Romero por el proyecto, sería el "equivalente al catorce por ciento (14%) del total de las enajenaciones a título oneroso del proyecto en todas sus fases y etapas. Importe que deberá ser cuando menos, equivalente a la suma de VEINTICUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($24.000.000.000.oo)", de acuerdo al uso asignado al inmueble, Mario Romero tendría que recibir la suma de $8.115.520, por una vivienda VIP para el año 2019.

Que, en consecuencia, para poderle pagar a Mario Romero, el precio mínimo garantizado, Enclave tendría que vender por lo menos 2.957 unidades de vivienda VIP, que es el resultado de dividir el precio mínimo garantizado ($24.000.000.000) entre el porcentaje a recibir por cada unidad efectivamente vendida ($8.115.000), es decir 1.729 unidades más de las que permite construir el plan parcial en el área asignada para vivienda VIP.

Que, así las cosas, el proyecto inmobiliario no resulta normativamente viable, ni reúne las condiciones esperadas en términos económicos para el pago del precio mínimo garantizado, lo que constituye una causal de resolución o, en su defecto, de terminación de la promesa de aporte a la luz de lo pactado en la cláusula vigésima y vigésima cuarta de este contrato.

Por lo anterior, sí se cumpliría la condición resolutoria señalada en la cláusula vigésima cuarta del contrato de promesa que, además, no nació a la vida jurídica.

Desconoce la parte demandante, las obligaciones que ha incumplido y pretende de forma arbitraria obviar las que sí ha cumplido Mario Romero Mahecha.

"6.2.1 El demandado en reconvención pretendió la modificación unilateral del contrato de promesa."

Pretende el demandante inducir a error, señalando que mi mandante pretendió la modificación unilateral del contrato, cuando escasamente lo que se buscó fue una solución ante los incumplimientos de ENCLAVE, lo cual no da lugar a interpretar en ningún sentido modificaciones unilaterales.

De la misma manera, no se evidencia por parte de Mario Romero Mahecha, ningún despliegue de actividades tendientes a realizar una modificación unilateral del contrato. Una propuesta, en ningún momento significa una modificación unilateral y mal hace el demandante de manera arbitraria señalar dicha actuación.

Nuevamente, se observa la mala fe del demandante, en sentido de hacer apreciaciones subjetivas, encaminadas a atacar al señor Mario Romero, sin fundamento alguno.

"6.3.1. Violación al deber de información, fidelidad, confidencialidad y seguridad."

Señala de manera sugestiva y arbitraria el extremo demandante y sin ningún fundamento sentido una violación del deber de la información, confidencialidad y seguridad, lo cual resulta temerario, como pasa exponerse a continuación:

1.En cuanto al "presunto desequilibrio de conocimientos", me permito recordar que tal y como se señala en el contrato de prestación de servicios y en el contrato de promesa de aporte, quien era el estructurado y la persona idónea, con los conocimientos para desarrollar un proyecto era ENCLAVE. No se entiende entonces por qué se alega este punto. En todo caso, si de desequilibrio de conocimientos se hablara, quien está en situación de desventaja es el señor Mario Romero Maheeha, como quiera que, gracias a la falta de diligencia en la constitución del fideicomiso, no nació a la vida jurídica el proyecto para transferir el inmueble.

2. Ahora bien, resulta arbitrario manifestar que en cuanto a la asignación del chip hubo desequilibrio, como quiera que, la obligación de realizar esta actividad era de ENCLAVE, conforme así lo señala la cláusula 8, numeral 6 del contrato de promesa. Además, el señor Mario Romero, a pesar de que no era obligación suya, sino de ENCLAVE, informó que se él mismo había llevado a cabo el trámite, sin ayuda de esta última.

Finalmente, no explica el extremo demandante, cómo o de qué manera, se vulneró el deber de confidencialidad, fidelidad y seguridad en este proceso, pues es solamente hace una manifestación somera, pero no prueba o explica a qué conduce su interpretación.

"6.4. Enriquecimiento sin justa causa"

Señala el extremo demandante los presupuestos mediante los que se configura el enriquecimiento sin justa causa, señalando, además, que, por el presunto incumplimiento del contrato de promesa de aporte, por parte de Mario Romero, se configuran los requisitos para alegarla. Sin embargo, en realidad el demandante no prueba nada. Lo anterior, además, si se tiene en cuenta que el contrato fue incumplido, por ENCLAVE, entre otras razones, al no

142

constituir el FIDEICOMISO y, por ende, no ser parte del contrato de promesa como parte fundamental, al haberse hecho un pacto a favor de un tercero, como se ha descrito ampliamente a lo largo de la presente contestación.

Tampoco prueba "el empobrecimiento" que manifiesta. Simplemente, como a lo largo del libelo genitor, realiza apreciaciones subjetivas.

"6.5. Abuso del Derecho"

Insiste el extremo demandante en señalar que hubo un abuso del derecho porque presuntamente Mario Romero Mahecha, realizo actos tendientes a la terminación unilateral del contrato. Nótese que existe una contradicción con esta afirmación en el sentido de decir que existen actos tenientes a la terminación, pero, por otro lado, manifiesta que son tenientes a la modificación, como así lo señala el numeral 6.2.1, cuando señala "pretendió la modificación."

En los dos casos, no se evidencia en ningún sentido un abuso del derecho y mucho menos que las actuaciones del señor Mario Romero Mahecha, estuvieran encaminadas a incumplir, modificar o terminar el contrato de promesa que, además, sí incumplió ENCLAVE, tal y como se expuso a lo largo de presente contestación. Así mismo, en ningún momento prueba la demandante sus afirmaciones.

"6.6. Responsabilidad contractual del demandado en reconvención: obligación de reparación integral."

Relaciona la parte demandante una serie de gastos y manifiesta un incumplimiento contractual que no está probado; no obstante, tal y como se explicó en la objeción al juramento estimatorio, se desconocen en los términos del artículo 272 del Código General del Proceso, los documentos y los gastos mencionados, como quiera que, hacen parte de una presunta contabilidad, de la cual, ni siquiera existe una certificación u auditoria y no resultan razonable, ni probados unos presuntos costos que no tienen nada que ver con el señor Mario Romero.

"6.6.1. Pérdida de Oportunidad o Pérdida de Chance"

Insiste el extremo demandante en aducir que sufrió una pérdida de oportunidad y real y esgrime los mismos valores del juramento estimatorio; no obstante, lo anterior, se reitera que, la cifra mencionada por la parte demandante, adolece de cualquier fundamento y sustento probatorio, como quiera que, no sólo no se determina de dónde se edifica esa cifra, sino que, además, el incumplimiento del contrato de promesa de aporte, se dio por parte de ENCLAVE, al no cumplir, entre otras obligaciones, con la constitución del fideicomiso al cual se debería transferir el inmueble. Además, teniendo en cuenta que, dicho fideicomiso nunca suscribió el contrato de promesa o lo ratificó para que

naciera a la vida jurídica. En ese orden de ideas, no resulta razonable, ni tiene algún sustento, la suma que estimó en el juramento.

De otra parte, no puede solicitar el demandante un daño autónomo extrapatrimonial, derivado de un contrato que nunca nació a la vida jurídica y que, previendo las contingencias que tuvo, no se configuraría como una expectativa futura, la cual, además, tendría que probar. El demandante, simplemente hace mención de una cifra de forma arbitraria, sin determinar sobre qué fundamenta ese cálculo, más a allá de manifestar que la doctrina y la jurisprudencia, así lo señalan.

Ahora bien, La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha catalogado esta tipología como un perjuicio autónomo, cuya reparación se encuentra limitada a la idoneidad de la posibilidad truncada. Para esta Corporación la pérdida de cualquier expectativa no configura pérdida de oportunidad, por lo que es indispensable acreditar que la posibilidad perdida tenía una entidad lo suficientemente alta y real para impedir la configuración del detrimento o alcanzar el beneficio esperado y debe ser probada. Su cuantificación es realizada al arbitrio del juez, sin haberse creado a la fecha un baremo para su liquidación. Finalmente, y tal como como se ha expuesto a lo largo de la presente contestación, no sólo no es procedente la exigencia de la suma señalada por la parte demandante, que en todo caso resulta desproporcionada y sin fundamento probatorio.

VII. PRUEBAS

Solicito se tengan, decreten y practiquen los siguientes medios de prueba:

7.1. DOCUMENTALES.-

1. Copia simple contrato de promesa de tradición de inmueble, a título de aporte, en negocio fiduciario de fecha 12 de octubre de 2016.
2. Copia simple Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4 y 5 al contrato de promesa de tradición de fecha 12 de octubre de 2016.
3. Copia simple escritura pública No. 457 del 10 de junio de 2009 de la Notaría Única del Círculo de la Calera Cundinamarca, adjudicación a mi mandante del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50C-1721851 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá- Zona Centro.
4. Certificado de tradición matrícula inmobiliaria No. 50C-1721851 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá- Zona Centro (años 2015, 2016 y 2018).
5. Copia del contrato de prestación de servicios profesionales de fecha 13 de mayo de 2015.
6. Copia recibos de declaración de impuesto predial del predio años 2015, 2016 y 2017.
7. Copia poder otorgado a Enclave por parte de por Mario Romero para que lo representara "en los trámites relativos al

proceso de adopción del Plan Parcial Tintalito- Mazuera" recibido el 5 de julio de 2015.

8. Copia del correo electrónico del 19 de diciembre de 2016 enviado por John Deiver Jiménez, Gerente Estructurador de la fiduciaria BBVA a Enclave.

9. Copia del escrito en el cual se dejó constancia que Mario Romero radicó en las oficinas de Enclave, el día 20 de diciembre de 2016, los documentos solicitados por la fiduciaria.

10. Copia de los correos electrónicos cruzados entre Mario Romero y Carolina Aguirre Rojas funcionaria de la Notaría 41 del Circuito de Bogotá respecto del trámite de la constitución del Fideicomiso.

11. Copia del radicado presentado el día 11 de enero de 2017 ante la oficina de catastro solicitando el desenglobe del predio de mayor extensión, radicado No. 2017-24479.

12. Copia documentos Mario Romero notifica a Enclave inicio de trámite de Chip y Cedula Catastral ante Unidad de Catastro.

13. Copia correo electrónico del 18 de marzo y 19 de abril de 2017, remitido por Mario Romero a Enclave, dando a conocer el inicio de trámite de asignación catastral fechas estipuladas en los otrosíes al contrato de promesa.

14. Copia de la respuesta emitida por la Secretaria Distrital de Planeación de fecha 25 de abril de 2017, sobre solicitud de información Plan Parcial Tintalito Mazuera.

15. Copia del correo electrónico enviado a Enclave de fecha 15 de mayo de 2017 mediante el cual Mario Romero le informa a Enclave que no se dieron los presupuestos para la firma del contrato de fiducia.

16. Copia Acto Administrativo 2017EE13623 que contiene Resoluciones 2017-15369, 2017-15491, 2017-15518, 2017-15522, 2017-19189 y 2017-191192, por medio del cual se resuelve la solicitud de desenglobe radicado 2017-24479.

17. Copia de la respuesta emitida por la Notaria 41 de Bogotá el día 18 de diciembre de 2018 al derecho de petición presentado por Mario Romero.

18. Copia de la respuesta emitida por la Fiduciaria BBVA Asset Management S.A. el día 27 de diciembre de 2018, al derecho de petición presentado por Mario Romero.

19. Copia derecho de petición – solicitud de información presentado por Mario Romero ante la Fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., y las Notarías 41 y 59 de Bogotá.

20. Copia del Decreto 805 del 20 de Diciembre de 2018 "Por medio del cual se adopta el Plan de Desarrollo denominado TINTALITO MAZUERA OCCIDENTAL, ubicado en la localidad de Kennedy y se dictan otras disposiciones".

21. Copia del concepto N° 19-3-0159, de fecha 1° de marzo de 2019 emitido por la Curaduría Urbana No. 3 en el cual se indica que el uso del suelo del predio Santa Helena II, es para vivienda VIP.

22. Copia derecho de petición presentado en la Secretaría de Planeación Distrital donde se solicitan documentos y anexos relativos a la solicitud de formulación de plan parcial Tintalito Mazuera.

23. Copia oficio de fecha 14 de marzo de 2019, emitido por la Secretaría de Planeación de Bogotá, Dirección de Planes Parciales.
24. Copia constancia de imposibilidad de acuerdo de fecha 18 de diciembre de 2017, expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá.

7.2. INTERROGATORIOS DE PARTE.-

Solicito de manera respetuosa, se decrete el interrogatorio de la parte convocada la sociedad ENCLAVE CONSTRUCCIONES S.A.S., a través de su representante legal, con el fin de que absuelva el interrogatorio que verbalmente o mediante cuestionario escrito les formularé.

7.3. TESTIMONIOS.-

De conformidad con el artículo 208 del Código General del Proceso, solicito se decreten los siguientes testimonios.

1. El testimonio de JHON DEIVER JIMÉNEZ, quien fungió como Gerente Estructurador de la fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, el cual podrá declarar frente a la negociación con las partes, si hubo o no minuta definitiva de contrato de fiducia mercantil sobre el predio Santa Helena II, e igualmente sobre las gestiones adelantas por Enclave y Mario Romero ante esta fiduciaria.

El testigo recibe notificaciones en la Carrera 71 Bis No. 123-30 de Bogotá. Correo electrónico: edmacoro@yahoo.com.mx.

2. El testimonio de HELMER MARTÍNEZ BOGOTÁ, arquitecto de profesión, egresado de la Universidad Nacional de Colombia, con este testigo se pretende probar lo relacionado a la factibilidad y viabilidad de un proyecto inmobiliario sobre un inmueble que no cuenta con plan parcial o el cual haya dado un uso para vivienda VIP, y los diferentes trámites y procedimientos que deben realizarse antes las diferentes autoridades administrativas para el desarrollo de un proyecto inmobiliario.

El testigo recibe notificaciones en la Carrera 15ª No. 124-75 de Bogotá. Correo electrónico asencon@gmail.com.

3. El testimonio de FERNANDO ORTÍZ, experto en estructuración de negocios fiduciarios, quien podrá explicar cuáles son los requisitos y cómo es el proceso para la constitución de una fiducia inmobiliaria de parqueo para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, quienes y cómo deben intervenir en la constitución de esta clase de negocios.

El testigo recibe notificaciones en la Calle 93 #17-45 – Oficina 702 de Bogotá. Correo electrónico administrativo@paezmartin.com

4. El testimonio de ALEJANDRO GARTNER ESCOBAR, experto en estructuración de negocios fiduciarios, quien podrá explicar

cuáles son los requisitos y cómo es el proceso para la constitución de una fiducia inmobiliaria de parqueo, como la que aquí se pretendía constituir para "realizar proyecto inmobiliario, construcción de vivienda y/o unidades comerciales, acorde a las normas que determine el plan parcial de desarrollo urbano denominado: "Tintalito Mazuera Occidental" de acuerdo a la "Promesa de tradición de bien inmueble, a título de aporte, en negocio fiduciario Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo, Santa Helena II", con indicación de quiénes y cómo deben intervenir en la constitución de esta clase de negocios.

El testigo recibe notificaciones en la Calle 93 #17-45 – Oficina 702 de Bogotá. Correo electrónico administrativo@paezmartin.com

5. ÁLVARO GIRALDO. Persona experta y con amplia experiencia en estructuración de proyectos inmobiliarios el objeto de esta prueba es demostrar los diferentes trámites y etapas que deben agotarse para que un proyecto inmobiliario resulte viable en términos económicos y normativos.

El testigo recibe notificaciones en la Calle 74 No. 5-19, apto. 101 de esta ciudad. Correo electrónico: e.giraldo@latrochaltda.com.

7.4. PERICIAL.-

De conformidad con lo señalado en el artículo 227 y 228 del Código General del Proceso, sin perjuicio de los dictámenes periciales rendidos por el arquitecto Fabio Olarte Pinzón, y como quiera que el término previsto para contestar la demanda, resultó insuficiente para aportar un nuevo dictamen pericial, se me conceda el término que a bien considere para aportar contradicción al dictamen pericial presentado por la parte demandante, con el fin de controvertir el contenido y el dictamen aportado.

VIII. ANEXOS

1. Los documentos relacionados en el acápite de pruebas
2. Poder debidamente conferido, téngase en cuenta que el mismo fue aportado con la demanda inicial.

Del señor juez,

CARLOS PÁEZ MARTÍN
C.C. 80.094.563
T.P. 152.563 del C.S. de la J.
Correo inscrito en el RNA: administrativo@paezmartin.com

La presente contestación se envía a la dirección de notificación electrónica de la demandante:

juridica@enclaveconstrucciones.com de conformidad con lo previsto en los artículos 3° y 9° del Decreto 806 de 2020 y a su representante judicial: sergiofajardo@lfalegal.com

AD 267

Memorial adición excepciones de mérito - Mario Romero - Exp. 11100131030032019059000

Administrativo Páez Martín Abogados S.A.S <administrativo@paezmartin.com>

Lun 19/07/2021 4:15 PM

Para: juridica@enclaveconstrucciones.com <juridica@enclaveconstrucciones.com>; sergiofajardo@lfalegal.com <sergiofajardo@lfalegal.com>; Juzgado 03 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j03cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (226 KB)

2021-07 - Mmeorial adición excepciones Mario Romero - Juzgado 3.pdf;

Señor:
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
j03cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Atn. Dra. Liliana Corredor Martínez

Referencia:	Contestación Demanda de reconvención
Demandante:	Enclave Construcciones
Demandados:	Mario Antonio Romero Mahecha.
Radicado:	11100131030032019059000
Asunto:	**Adición a las excepciones de mérito**

Carlos Páez Martín, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.094.563 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional número 132.563 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial del demandado **Mario Antonio Romero Mahecha**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 19.470.185, de manera respetuosa me permito, enviar adición a las excepciones de mérito, propuestas en la contestación, dentro de los proceso, objeto de la referencia.

PÁEZ MARTIN
ABOGADOS

Señor:
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
j03cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Atn. Dra. Liliana Corredor Martínez

Referencia:	Contestación Demanda de reconvención
Demandante:	Enclave Construcciones S.A.S.
Demandados:	Mario Antonio Romero Mahecha.
Radicado:	11100131030032019059000
Asunto:	**Adición a las excepciones de mérito**

Carlos Páez Martín, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.094.563 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional número 152.563 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial del demandado **Mario Antonio Romero Mahecha,** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 19.470.185, de manera respetuosa me permito enviar adición a las excepciones de mérito, propuestas en la contestación, encontrándome dentro del término procesal correspondiente, así:

En el presente escrito, se adicionarán dos excepciones a las ya propuestas en el escrito de contestación. No obstante, se relacionarán las propuestas nuevamente.

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. **El contrato de promesa de tradición de bien inmueble, a título de aporte, en negocio fiduciario fideicomiso mercantil inmobiliario de parqueo, santa helena ii" no produce obligación alguna por no concurrir todos los elementos del contrato de promesa establecidos en el artículo 1611 del Código Civil, aplicado a los negocios mercantiles por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio, al no haber sido suscrito por una entidad fiduciaria.**

De conformidad con la cláusula segunda del contrato, Mario Romero y Enclave ostentarían la calidad de fideicomitentes, respecto del contrato de Fiducia[1], el primero en calidad de

[1] Código de Comercio. Artículo 1226. a 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. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

fideicomitente aportante y la segunda como fideicomitente constructor. Por su parte la fiducia sería Alianza Fiduciaria S.A., o en su defecto la sociedad fiduciaria que finalmente definieran "LAS PARTES"; es decir, Mario Romero y Enclave.

En el marco del contrato de promesa, numeral 7° de la Cláusula Octava de la promesa, ENCLAVE, se obligaba a *"coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil"*. Sin embargo, esta actuación nunca se llevó a cabo, por causa imputable a ENCLAVE, a pesar de que Mario Romero allegó en forma oportuna toda la documentación solicitada.

Teniendo en cuenta el escenario anterior, el contrato de fiducia prometido, por medio del cual se daría origen al Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo – Santa Helena II, debería haberse suscrito tanto por Mario Romero, en calidad de fideicomitente aportante y Enclave, como Fideicomitente constructor, así como por BBVA Assestment, quien fue la entidad por la que optaron las partes, a quien en el mismo acto de constitución del fideicomiso, se le haría transferencia plena del derecho de dominio y posesión del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario.

No obstante, lo anterior, el contrato de promesa sólo fue suscrito por Mario Romero, Enclave y Javier Vargas, sin haber concurrido la voluntad de la entidad fiduciaria, la cual es parte esencial en el negocio jurídico que se prometieron celebrar, tanto fiduciante, como fiduciaria.

Así las cosas, el no haberse suscrito la promesa por quien es parte esencial en el negocio jurídico futuro, desconoce el requisito establecido en el artículo 1611[2] del Código Civil, sobre todo, la relativa al numeral 4, "q*ue se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales."*

En ese orden de ideas, la consecuencia de no haber celebrado la promesa con la observancia de los requisitos propios de la misma, hace que ésta no produzca obligación alguna, como en efecto lo señala el artículo 89 del Código de Comercio, cuando sanciona con inexistencia, así: *La ratificación expresa de las partes dando*

De conformidad con la precitada norma, los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil son: (i) la presencia de Fiduciante y Fiduciaria (ii) la transferencia de dominio (iii) la constitución o surgimiento de un patrimonio autónomo (iv) el fiduciario, quien deberá ser una persona jurídica calificada, autorizada por la Superintendencia Financiera.

[2] Código Civil. Artículo 1611. a promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1a.) Que la promesa conste por escrito. 2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 <sic 1502> del Código Civil. 3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

47
269

cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.

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." Subrayado y negrilla por fuera de texto.

Ahora bien, se advierte la confusión de conceptos jurídicos en que incurrió la demandante, pues no existe claridad de si está pidiendo la declaración de simulación o la revocación por fraude a "acreedores".

La pretensión, además de oscura, es temeraria y falaz, pues el supuesto "fraude" del señor Mario Romero Mahecha consistió –según la actora– en no haberle vendido el inmueble que fue materia de un contrato de promesa de venta inexistente, lo cual no tiene nada de fraudulento porque se trata de una simple disputa civil.

Lo anterior descarta la existencia del incumplimiento, al tiempo que evidencia la falta de seriedad de las pretensiones, pues las diferencias que surgieron entre los suscriptores de una promesa de compraventa que no cumple con los requisitos legales para su existencia, no tienen la aptitud de erigirse en factores constitutivos de "fraude".

Es más, al haber aseverado la actora que el supuesto incumplimiento o propósito del señor Mario Romero Mahecha fue transferir el dominio del inmueble a la fiduciaria para "incumplir" el contrato de promesa de venta celebrado con Enclave Construcciones, confesó que el aporte del predio al fideicomiso fue un negocio real, verdadero, cierto y querido por las partes del negocio fiduciario.

De igual manera se ha expresado que "*si el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, nada impide dentro del régimen de la libertad de las convenciones que los pactos secretos sean eficaces, sin perjuicio eso sí de los intereses de terceros, pues que la voluntad declarada se subordina a la voluntad real*".[3]

Por el contrario, al haber confesado el apoderado de la actora que la verdadera intención del fideicomitente fue incumplir un contrato de promesa de compraventa, afirmó clara, fehaciente, inequívoca y contundentemente que la intención real del constituyente del fideicomiso (pues la de la sociedad fiduciaria es imposible de conocer) fue transferir la propiedad del predio a la fiduciaria, sin que se vislumbre en ello el más mínimo asomo de ficción o apariencia.

---

[3] Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia de 21 de junio de 1984.

No está de más precisar que en virtud de la celebración del negocio fiduciario nace a la vida jurídica una entidad: el patrimonio autónomo, cuyos efectos jurídicos no son ni pueden ser susceptibles de simulación o defraudación, pues ha generado y sigue generando consecuencias reales en el mundo del derecho.

Además, la parte final del artículo 1226 del Código de Comercio establece que *"sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios"*. Esto significa que, al estar los negocios fiduciarios sometidos a inspección, vigilancia y autorización del Estado, una vez constituidos, no son susceptibles de simulación; pues ello sería tanto como admitir que el propio Estado prestó su consentimiento para dar la apariencia de realidad a un negocio jurídico inexistente, lo cual es absurdo.

A lo anterior hay que agregar que, en virtud del mandato establecido en el artículo 1237 del Código de Comercio, *"todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia"*. Se trata de una norma imperativa, según la cual la remuneración que percibe la fiduciaria por su gestión de administradora del fideicomiso está fijada por la autoridad gubernamental, sin que esa tarifa pueda desconocerse por las partes. Luego, como desde el momento mismo en que se celebró el contrato de fiducia la fiduciaria está percibiendo unos rubros por concepto de administración del fideicomiso, es absolutamente imposible que se trate de un negocio ficticio, pues al menos esta obligación emanada del mandato de la ley produjo efectos jurídicos reales en virtud de la celebración de un negocio que no puede ser irreal.

Por lo demás, incurre la actora en una grave confusión jurídica al considerar que el supuesto incumplimiento de un contrato civil es *per se*, constitutivo de fraude. De llegar a demostrarse en el proceso verbal en el que se discute la validez del contrato de promesa, que alguna de las partes incumplió su obligación, lo procedente será declarar las consecuencias jurídicas de la resolución de ese contrato por incumplimiento de lo pactado, lo cual jamás ha sido considerado por el derecho como indicativo de "fraude".

2. Estipulación a favor de un tercero en el contrato de promesa de a título de aporte, como lo señala el artículo 1506 del Código Civil.

Nótese que, como lo señala la Cláusula Segunda de contrato de promesa, tanto Mario Romero Mahecha, como Enclave tendrían la calidad de fideicomitentes en el respectivo contrato de fiducia; el primero en calidad de Fideicomitente Aportante, y el segundo, como Fideicomitente Constructor. Por su parte, la fiduciaria sería BBVA o en su defecto, la sociedad fiduciaria que finalmente definieran "LAS PARTES", es decir Mario Romero y Enclave, tal cual quedó definido en la mencionada cláusula.

Ahora bien, como se observa en la cláusula tercera de promesa de aporte, el objeto del contrato es*: "el fin de este negocio jurídico consiste por una parte, en comprometerse el PROMINENTE APORTANTE transferir EL INMUEBLE de su propiedad, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 50C-1721851 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro,* ***al FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO PARQUEO SANTA HELENA II, en cabeza de la FIDUCIA, a título de aporte****, con el fin de realizar proyecto inmobiliario, construcción de vivienda y/o unidades comerciales, acorde a las normas que determine el plan parcial de desarrollo urbano denominado: "Tintalito-Mazuera Occidental", y, por otra parte, reglamentar las obligaciones y los derechos de cada una de LAS PARTES, para el desarrollo del citado proyecto."*

Ahora bien, el señor Javier Vargas de acuerdo con el numeral 21 de la Cláusula 8ª actuaría únicamente como veedor y auditor integral del proyecto a desarrollar en el predio Santa Helena II, quien tendría facultades tales como: solicitar información relacionada con el proyecto, emitir conceptos técnicos, entre otros, según se desprende de esa misma cláusula.

Significa lo anterior, que el contrato de fiducia "prometido" conforme el cual se daría origen al Fideicomiso Mercantil Inmobiliario de Parqueo- Santa Helena II, debía suscribirse tanto por Mario Romero, en calidad de Fideicomitente Aportante, como por Enclave en su calidad de Fideicomitente Constructor **y la entidad que finalmente decidieran las partes, a quien en el mismo acto de constitución del fideicomiso,** (según cláusula tercera del contrato) se le haría la transferencia del pleno derecho de dominio y la posesión del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario, es decir el de propiedad de Mario Romero. No obstante, el contrato de promesa solo fue suscrito por Enclave, Mario Romero y Javier Vargas sin haber concurrido la voluntad de una entidad fiduciaria en la que es parte esencial en el negocio jurídico que se prometieron celebrar, tanto fiduciante como fiduciaria.

Por lo anterior y teniendo en cuenta lo reglado en el artículo 1506 del código civil (estipulación a favor de otro), el cual reza, *"Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla;* ***pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.***

Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contra." Subrayado y negrilla por fuera de texto.

Significa esto que, quien podría exigir el cumplimiento del contrato era la fiduciaria como vocera del fideicomiso que se

constituyera y no ENCLAVE, como quiera que a este último era quien se iba a transferir el inmueble, como no se constituyó el fideicomiso, ni el contrato estaba ratificado y firmado por la fiduciaria como vocera del fideicomiso, siendo este el tercero a favor de quien se había pactado y parte esencial del negocio, el contrato nunca nació a la vida jurídica. Por lo tanto, las obligaciones derivadas no producen efectos entre las partes.

3. Falta de legitimación en la causa por activa.

Como se puso de presente en la excepción anterior, el bien inmueble, objeto de la controversia, debería ser aportado al fideicomiso que se constituyera por parte de ENCLAVE, pues el fideicomiso era el tercero a favor de quien se pactó; sin embargo, este último nunca firmó el contrato de promesa de aporte, ni tampoco ratificó dicho contrato.

En relación con la legitimación en la causa la Corte Suprema de Justicia ha dejado por sentado que "*es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste*", por lo cual "*su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es (la) persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél*".

En el caso que nos ocupa, el legitimado para exigir el cumplimiento del contrato de promesa de aporte, era el fideicomiso a favor de quien se iba a aportar el inmueble y no ENCLAVE. Como se observa, el contrato de promesa no está firmado, ni ratificado por el fideicomiso.

Situación que pone de manifiesto la ausencia de legitimación en la causa por activa, ya que el contrato no está suscrito por el fideicomiso, quien sería el legitimado para exigir su cumplimiento.

4. Excepción contrato no cumplido por parte de ENCLAVE.

De conformidad con lo señalado en la consideración V y en la cláusula octava del contrato de promesa, las obligaciones de ENCLAVE, son las que se describen a continuación, las cuales fueron incumplidas por ésta, en los siguientes términos:

> ***"1. "Asumir el 100% de los costos y gastos de la constitución de la fiducia inmobiliaria de parqueo, para el desarrollo total del aludido predio [...]."***
>
> Como se observa a lo largo del presente escrito, una de las obligaciones de ENCLAVE, era coordinar la constitución del fideicomiso, y en esa medida, pagar la totalidad de dicha constitución. Sin embargo, nunca realizó las gestionen tendientes a constituirlas y, por ende, se sustrajo

también de su obligación de pagar los gatos derivados de este proceso.

Lo cual, a todas luces y de acuerdo con el espíritu del contrato, era fundamental, en aras de poder aportar el inmueble y desarrollar el proyecto. El hecho de que no se ejecutara esta obligación, implicaba la desnaturalización del contrato de promesa; ergo su inexistencia.

"3. Cancelar el [100%], de los gastos notariales, de beneficencia y registro, de la escritura pública de constitución del fideicomiso [...]"

Al igual que en el caso anterior, y derivados de realizar todas las gestiones tenientes a constituir el fideicomiso, se desprende el pago de los derechos notariales causados por este concepto. No obstante, esta obligación también fue incumplida por parte de ENCLAVE. A pesar de que era vital para iniciar el proyecto, como quiera que, al ser un tercero a nombre de quien se pactó la transferencia del inmueble, en este caso el fideicomiso que constituyera ENCLAVE, era fundamental adelantar las gestiones para su celebración.

De lo contrario, el contrato de promesa de aporte quedaría sin efectos, como así lo señala el artículo 1506 del Código Civil, al ser una estipulación a favor de un tercero que, además, nunca firmó, ni ratificó el contrato de promesa.

"5. Tramitar oportunamente ante las autoridades competentes de orden Nacional, Departamental y/o Municipal, así como también ante cualquier persona natural o jurídica [...] los documentos necesarios que deban surtirse con motivo del desarrollo urbano de EL INMUEBLE [...] en especial se obliga con la gestión oportuna de disponibilidades de servicios públicos, y, aprobación de la licencia de urbanismo con todos sus ítems."

Con respecto a esta obligación, se pone de manifiesto que, ENCLAVE, nunca adelantó las actividades tendientes tramitar oportunamente, los documentos necesarios que deberían surtirse, con ocasión del proyecto. Lo anterior, también era una obligación fundamental, teniendo en cuenta la calidad de fideicomitente constructor que ostentaba en el contrato de aporte.

"6. Gestionar ante la oficina de Catastro, y Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona-Centro, El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, La Alcaldía o la entidad que haga sus veces todo lo relacionado a la aclaración de cabida y linderos, y la asignación de la cédula catastral de EL INMUEBLE."

Manifiesta el apoderado de la parte actora, a lo largo de la contestación de la demanda que, el señor Mario Romero Mahecha, incumplió al no tener asignada la cédula catastral del inmueble; sin embargo, no se percata que esta era una obligación en cabeza de ENCLAVE, que, además, el señor Mario Romero Mahecha tramitó, debido a la falta de diligencia e incumplimiento de ENCLAVE.

Lo anterior, tal y como consta en el radicado No. 2017 24479, el 11 de enero de 2017, Mario Romero inició ante la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital actuación de desenglobe, para la asignación de la cédula catastral del predio Santa Helena II y la obtención del CHIP. Ergo, actúa de mala fe ENCLAVE al endilgar en la contestación una obligación a mi mandante, cuando era única y exclusivamente de su resorte.

"7. Coordinar con la FIDUCIARIA, que las partes en su momento, finalmente indiquen, la suscripción de los documentos, peticiones y solicitudes, que, como consecuencia de sus gestiones, sean convenientes para desarrollar y llevar a buen término, el proyecto inmobiliario [...]."

La obligación en comento, era fundamental para que naciera a la vida jurídica el proyecto. coordinar con alguna fiduciaria la suscripción de los documentos necesarios, como vehículo para la trasferencia del inmueble por parte de mi mandante, a título de aporte en fiducia mercantil", toda vez que mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2018, la fiduciaria BBVA Asset Management S.A., manifestó que no tiene ningún vínculo y/o relación contractual con Enclave.

Por lo tanto, en la medida en que no existiera FIDEICOMISO constituido, no se podía transferir el inmueble.

Dentro de las obligaciones de ENCLAVE, entre otras, estaba, como así señala en la consideración V del contrato de aporte, respecto del contrato de prestación de servicios inicialmente suscrito, la siguiente:***"[...]LA PROMITENTE ADQUIRIENTE se obliga expresamente acompañar diligentemente, tramitar y formalizar el avance del plan parcial denominado "Tintalito/ Mazuera"; además deberá informar oportunamente al PROPIETARIO del avance de su cometido, de tal forma, que ese pueda prever los actos necesarios para procurar los documentos imperiosos para la constitución de los ya mencionados fideicomisos."***

Como se observa a lo literal de la cláusula, la obligación de ENCLAVE, no era un simple acompañamiento, sino tramitar y formalizar, además de informar el avance del

plan parcial e tintalito, gestión que no se llevó a cabo por parte de ENCLAVE.

Lo anterior, como quiera que, la Secretaría Distrital de Planeación en respuesta calendada 14 de agosto de 2018, manifestó que mediante radicados No. 1-2016-18448 del 14 de abril de 2016 y 1-2016-26373 del 27 de mayo de 2016, se radicó la propuesta inicial del Plan Parcial Tintalito Mazuera Occidental. Así mismo, que, hasta el 5 de abril de 2017, es decir casi dos años después de celebrado el contrato de prestación de servicios, se había radicado por el promotor documento ajustado a las observaciones propuestas por los miembros del Comité Técnico de Planes Parciales. En dicha respuesta igualmente informó que *"según la base que reposa en nuestra Entidad" Enclave y/o su representante, el señor José Ernesto Peláez, "no han participado de manera directa en el proceso de formulación del Plan Parcial".*

Así las cosas, se puede evidenciar que, del contrato de promesa de aporte, existen varias obligaciones incumplidas por parte de ENCLAVE, las cuales, además, resultaban fundamentales para que naciera el proyecto.

5. Inexistencia del contrato de promesa de aporte.

De conformidad con lo señalado en el artículo 898 del Código de Comercio, *"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."*

En la demanda que dio origen a la presente controversia, la parte actora formuló varias pretensiones encaminadas a obtener la declaración de incumplimiento del contrato de promesa de aporte.

A partir de la simple lectura de los hechos en los que pretendió sustentarse la demanda, se deduce con total claridad que ni para la fecha de celebración del contrato acusado, ni al momento de presentar la demanda, la actora tenía –como no la sigue teniendo– la calidad de acreedora del demandado, pues sólo tiene una simple expectativa o mero deseo de que, en un proceso verbal promovido en su contra por el señor Mario Romero Mahecha, se le ordene a éste cumplir una obligación inexistente, pues el contrato de promesa de compraventa del que pretende que emane dicha prestación no reúne los requisitos exigidos por el artículo 1611 del Código Civil para su nacimiento a la vida jurídica. Es decir que la actora no ha sufrido una afectación subjetiva, seria, concreta y actual, lo que descarta su interés para obrar y su legitimación en esta causa.

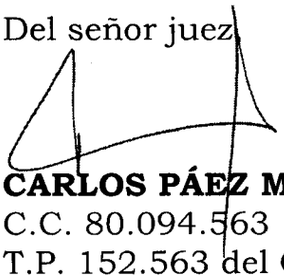
El señor Mario Romero Mahecha, en suma, no será deudor cierto, actual y concreto de Enclave Construcciones S.A, ni del señor Javier Vargas., sino cuando ésta logre demostrar que tiene un

crédito a su favor por contar con una fuente contractual que lo respalde; no obstante, en el caso que nos ocupa, al no cumplirse con los requisitos de la promesa, el negocio jurídico es inexistente.

6. Excepción Genérica

Solicito a la señora juez, declarar oficiosamente cualquier hecho que resulte probado a lo largo del presente proceso incluso después de radicado el presente escrito, y que conduzca a rechazar las pretensiones de la demanda. Lo anterior de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso.

Del señor juez,



CARLOS PÁEZ MARTÍN
C.C. 80.094.563
T.P. 152.563 del C.S. de la J.
Correo inscrito en el RNA: administrativo@paezmartin.com

La presente adición a las excepciones se envía a la dirección de notificación electrónica de la demandante:

juridica@enclaveconstrucciones.com de conformidad con lo previsto en los artículos 3° y 9° del Decreto 806 de 2020 y a su representante judicial: sergiofajardo@lfalegal.com