

Proceso Verbal de Mayor Cuantía de **BANCOLOMBIA S.A.** contra **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** Rad: 11001310303820190050600

Gallo Medina Abogados <gallomedina@gallomedinaabogados.com>

Vie 12/08/2022 12:20 PM

Para: Juzgado 38 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Felipe García <fgarcia@robledoabogados.com>

CC: Natalia Montoya <nmontoya@gallomedinaabogados.com>;Cristian Rodríguez <cdrodriguez@gallomedinaabogados.com>;Viviana M. Rodríguez Cortes <archivo@gallomedinaabogados.com>

Señora

JUEZ TREINTA Y OCHO (38) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

E.

S.

D.

Ref.: Proceso Verbal de Mayor Cuantía de **BANCOLOMBIA S.A.** contra **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

Rad: 11001310303820190050600

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA, en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandada dentro del proceso de la referencia, respetuosamente me permito remitir los siguientes memoriales, en formato pdf, para que el despacho le dé el trámite que corresponde:

- Sustentación recurso de apelación contra el auto que negó algunas de las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda.
- Sustentación recurso de apelación contra el auto que decretó los testimonios solicitados en la demanda.
- Pronunciamiento frente a la solicitud de nulidad presentada en la audiencia.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 2213 de 2022 me permito remitir el presente mensaje de datos, así como los archivos que se anuncian al apoderado de la parte demandante.

Favor acusar recibo.

Cordialmente,



Luis Hernando Gallo Medina

Av. Calle 72 No. 6-30 Piso 18

(601) 3218101

www.gallomedinaabogados.com



[Antes de imprimir este e-mail piense bien si es necesario hacerlo](#)

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 y de conformidad con lo señalado en el Decreto 1377 de 2013, **GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.**, garantiza la confidencialidad de los datos personales. Sus datos forman y/o formarán parte de una base de datos gestionada bajo la responsabilidad de **GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.**, con la única finalidad de prestarle los servicios comprendidos en nuestro objeto social. En caso de que usted no manifieste expresamente que no autoriza el tratamiento de sus datos personales ni haya solicitado la supresión de los mismos de nuestras bases de datos, se entenderá que nos autoriza para continuar con el tratamiento de sus datos personales, de acuerdo a la "Política de Tratamiento de Datos Personales" adoptada por la Compañía y que se encuentra disponible para su consulta en la Av. Calle 72 No. 6-30 Piso 18.

Señora

JUEZ TREINTA Y OCHO (38) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

E.

S.

D.

Ref.: Proceso Verbal de Mayor Cuantía de **BANCOLOMBIA S.A.** contra **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

Rad: 11001310303820190050600

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA, en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandada dentro del proceso de la referencia, estando dentro del término legal, respetuosamente manifiesto que **SUSTENTO EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la providencia dictada en la audiencia realizada el pasado 9 de agosto de 2022, por medio de la cual el Despacho negó algunas de las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda, de conformidad con lo siguiente:

I. OPORTUNIDAD LEGAL PARA SUSTENTAR EL RECURSO

En la audiencia de la que trata el artículo 372 del Código General del Proceso celebrada el día 9 de agosto de 2022, el Despacho resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes, decidiendo negar algunas de las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda, por cuanto no decretó su práctica o delimitó el objeto de las mismas.

En la mencionada audiencia y en cumplimiento de lo dispuesto en la ley procesal, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación y en esa audiencia el Despacho negó el recurso de reposición y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, en el efecto devolutivo.

El numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, señala lo siguiente: *“En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.”* (Resaltado en negrilla no es del texto).

Así las cosas, la sustentación del recurso de apelación concedido en la audiencia inicial realizada el 9 de agosto de 2022, se presenta dentro del término legal.

II. OBJETO DEL RECURSO

El presente recurso tiene por objeto que se **REVOQUE** la providencia que negó algunas de las pruebas solicitadas en la demanda por no haberlas decretado o por cuanto delimitó el objeto de las mismas y en su lugar, se decreten las mismas sin limitación alguna y en los términos solicitados en el escrito de contestación de la demanda, por ser pruebas conducentes, pertinentes y útiles para la defensa de mi poderdante.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

En la audiencia llevada a cabo el 9 de agosto de 2022, el Despacho resolvió, entre otras, lo siguiente:

- i) Negar por impertinentes las documentales allegadas con la contestación de la demanda, relacionadas con las otras operaciones realizadas por Bancolombia S.A., por referirse a personas que no son parte del proceso.
- ii) Limitar el dictamen pericial a lo expuesto en la fijación del litigio y los problemas jurídicos determinados en la audiencia.
- iii) Negar la declaración de parte en atención a que la representante legal de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** acudió a la audiencia, absolvió el cuestionario que se le realizó y se le dio la oportunidad para realizar las manifestaciones adicionales que considerara necesarias y no lo hizo.

Para adoptar las decisiones mencionadas el Despacho señaló:

•**En relación con las documentales:**

“(…) ESTAS PRUEBAS SE TIENEN COMO IMPERTINENTES, ESTOS DOCUMENTOS TODA VEZ QUE SE RELACIONAN CON PERSONAS COMO SE REITERA, QUE NO SON PARTE DE ESTE ASUNTO como son la cesión que se hace a Casa Luna y Dama SAS, la cesión que hace Bancolombia a la Comercializadora Ragged y Cia, la cesión que se hace a la Recetta y Cia, la cesión de la posición de contractual de Bancolombia a Inversiones María Álvarez del contrato de encargo fiduciario 10231, 10269,11095,274, todas son las cesiones de los contratos, no. Por favor estoy refiriéndome, 10295, cesión (...) de Bancolombia a Londoño Ochoa y Compañía S en C, cesión de Bancolombia de Londoño Ochoa y Compañía S en C, cesión de Bancolombia a Londoño, ah es que todas dicen las mismas fechas, 21 de diciembre de 2018.

No se tiene en cuenta el Otro Sí Reglamentario a la cesión de derechos y modificación al contrato de inversionista encargo fiduciario proyecto centro comercial MARCAS MALL Cali, suscrito por LA RECETA Y CIA S.A.S., Leasing Bancolombia, Promotora MARCAS MALL CALI S.A.S., y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, del 11 de marzo de 2016. 25.- Otro sí al contrato de encargo fiduciario 1100010295 suscrito entre ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, Promotora MARCAS MALL CALI S.A.S., MANUFACTURAS CALIFORNIA S.A. y Leasing Bancolombia, del 25 de mayo de 2015. 26.- Cesión del Encargo Fiduciario MR 799 MARCAS MALL No. 0001100010285 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y MANUFACTURAS CALIFORNIA S.A., del 28 de febrero de 2019. 27.- Cesión contrato de Encargo Fiduciario (R-3) suscrito entre LONDOÑO OCHOA Y CIA S. EN C. y Leasing Bancolombia, de fecha 9 de febrero de 2015. 28.- Cesión contrato de Encargo Fiduciario (1-059) suscrito entre LONDOÑO OCHOA Y CIA S. EN C. y Leasing Bancolombia, de fecha 9 de febrero de 2015. 29.- Cesión contrato de Encargo Fiduciario (1-072) suscrito entre LONDOÑO OCHOA Y CIA S. EN C. y Leasing Bancolombia, de fecha 9 de febrero de 2015. 30.- Cesión contrato de Encargo Fiduciario (2-077/2-077A) suscrito entre LONDOÑO OCHOA Y CIA S. EN C. y Leasing Bancolombia, de fecha 9 de febrero de 2015. 31.- Cesión de la posición contractual – Encargo Fiduciario MR 799 MARCAS MALL No. 0001100010211 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y LONDOÑO OCHOA Y CIA S. EN C. de fecha 29 de noviembre de 2018. 32.- Cesión de la posición contractual – Encargo Fiduciario MR 799 MARCAS MALL No. 0001100010259 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y LONDOÑO OCHOA Y CIA S. EN C. de fecha 29 de noviembre de 2018. 33.- Cesión de la posición contractual – Encargo Fiduciario MR 799 MARCAS MALL No. 0001100010218 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y LONDOÑO OCHOA Y CIA S. EN C. de fecha 29 de noviembre de 2018. 34.- Otro Sí al contrato de vinculación Encargo Fiduciario 1100010269 suscrito entre ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., Promotora

MARCAS MALL CALI S.A.S., INVERSIONES DARIEN S.A. y Leasing Bancolombia, del 15 de julio de 2015.35.- Cesión de derechos al contrato de inversionista Encargo Fiduciario 0001100010273 Proyecto “Centro Comercial MARCAS MALL CALI” suscrito entre CUEROS VELEZ S.A.S., LEASING BANCOLOMBIA S.A., Promotora MARCAS MALL CALI S.A.S., CASA LUNA Y DAMA S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. del 5 de agosto de 2015.”

•**En relación con la declaración de parte:** “También se realizó el día de hoy.

(...)

Doctor, yo **NEGÓ ESA PRUEBA PORQUE DIJE QUE HOY HABÍA SIDO ESCUCHADA; NO PROCEDE QUE EL ABOGADO INTERROGUE A SU PROPIA PARTE.** En mi criterio no es procedente porque a ella hoy se le dio la oportunidad de ser escuchada, se le dijo que podía agregar lo que quisiera y se escuchó y pues no presentó nada más diferente a lo que se la había preguntado.”

•**En relación con el dictamen pericial:** “reitero igualmente lo indicado respecto de los diferentes escritos y decisiones del juzgado que se remitieron, se aclara que se dejan sin efecto solamente se tendrá en cuenta el pronunciamiento que se hace en este momento que es en relación con que se decreta ese dictamen pericial para ser presentado en los 40 días hábiles siguientes como aquí se indica y además **SIEMPRE RELACIONADOS CON, COMO AQUÍ SE MENCIONA (...) TODO LO RELACIONADO CON EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE BANCOLOMBIA Y ACCIÓN FIDUCIARIA.**

(...) **ESTÁ CLARAMENTE ESTABLECIDO Y EL JUZGADO LO HA REITERADO EN ESTA AUDIENCIA DE MANERA INSISTENTE QUE ES LO RELACIONADO CON LA NEGOCIACIÓN QUE SE DIO ENTRE BANCOLOMBIA, TENIS, PRECISAMENTE ESA HA SIDO LA RAZÓN DEL RECHAZO DE OTRAS PRUEBAS QUE SE RELACIONAN CON OTRAS PERSONAS** entonces es claro que debe suministrarse la información relacionada con ese contrato de leasing suscrito entre Bancolombia y tenis y la información que reposa respecto de ese encargo fiduciario en Bancolombia.”

•**En relación con los testimonios:** “Al respecto, igualmente se decreta la prueba porque cumple los requisitos, se está indicando el domicilio donde deben ser citados, se está fijando el objeto de cada uno de los testimonios, sin embargo, **AQUÍ TAMBIÉN LIMITO LA PRUEBA, COMO LES DIGO, A LO QUE SE CONOZCA RESPECTO DE LA CONTROVERSIA QUE AQUÍ SE DISCUTE.** Entonces se decreta el testimonio de NATALIA VÉLEZ OSORIO, ESTEBAN GAVIRIA VÁSQUEZ, JUAN DAVID PALACIO SIERRA, YOLANDA MERCEDEZ JARAMILLO SILVA, **REITERO QUE ES SOLAMENTE RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES CON TENNIS** por eso debe entenderse a lo relacionado allí de estos testigos con esas personas, ANA CRISTINA ARTS SCHOLLIN, MARTIN ORLANDO PRIETO, MARIA PAULA MARÍN (...). Así se dejan decretados los testimonios.”

(Lo señalado corresponde a una transcripción libre de la audiencia realizada el 9 de agosto de 2022 entre el minuto 0.50.00 y 0.53.30)

Y, al resolver el recurso de reposición interpuesto también indicó:

“Reitero, **LOS ÚNICOS CONTRATOS QUE ATAN A LAS PARTES EN ESTE ASUNTO SON LOS QUE YA MENCIONÉ ANTERIORMENTE LUEGO,** (...) a lo que se ha hecho referencia y que no se acepta, como lo ha interpretado el abogado de la parte demandada, en cuanto a que al abogado de la parte demandante se le ha permitido cuestionar sobre cuestiones ajenas al proceso y a la parte demandada no, es claro que eso carece de total sustento de realidad. El juzgado siempre ha sido enfático a que se refiere a esos contratos que se indicaron hoy en el problema jurídico, que están relacionados con esa solicitud de coligamiento que solicitaron en las pretensiones de la demanda, pero **lo que se ha**

excluido aquí es todos los demás encargos fiduciarios suscritos por Bancolombia y otra serie de clientes, así como el manejo igual que le haya podido dar Acción Fiduciaria en relación con clientes diferentes en materia de estos contratos.

Entonces aquí en ningún momento se ha autorizado a Bancolombia indagar ni a la contraparte indagar respecto de contratos que no se relacionan con las pretensiones de la demanda y el objeto del litigio aquí planteado. Por tanto, no encuentra el juzgado que haya habido ningún trato diferente ni que ello implique querer limitar. **Aquí no está limitando el derecho de defensa; se está limitando la controversia al problema jurídico** y precisamente esa es la finalidad de que en los procesos hoy en día, en el Código General del Proceso, exista esa importante etapa, la de fijación del objeto del litigio.

Es que precisamente, aquí está la delimitación de la controversia que yo no puedo traer, como ocurría antes, que se traían infinidad de pruebas que finalmente no tenían nada que ver con el proceso, tenía que indagarse sobre una cantidad de situaciones que no eran relevantes para este asunto.

QUE EL TRATO QUE LE HAYA DADO BANCOLOMBIA A OTROS CLIENTES o el trato que Acción Fiduciaria le haya dado a otros clientes en **NADA TIENE QUE VER CON** la obligación y los perjuicios y las pretensiones o **LAS EXCEPCIONES MISMAS QUE AQUÍ SE ESTÁN PLANTEADO**. Y eso pues, en ningún momento, no encuentra el despacho de recibo o para aceptar modificar la decisión pretender fijar el objeto del litigio y mantener las pruebas precisamente por eso primero se fija el objeto del litigio y después se decretan las pruebas atadas a ese tema de prueba que va a ser objeto del debate probatorio.

No implica ello que se esté desconociendo el derecho de las personas a ejercer su derecho de defensa. Ha podido solicitar las pruebas, se la ha escuchado y se la ha dado la oportunidad de controvertir las de su contraparte luego no encuentra el juzgado que no haya, en ningún momento se esté permitiendo otro tipo de asunto porque se le esté dando otro trato diferente respecto de la parte demandante.

Así mismo, en cuanto a los testimonios, ya indiqué, el derecho de igualdad se ha mantenido y se reiteró que aquí hubo una aclaración (...). Por tanto, **EL JUZGADO MANTIENE LA DECISIÓN CONTROVERTIDA POR EL ABOGADO DE LA PARTE DEMANDADA DE RECHAZAR O, DE DELIMITAR COMO SE HA HECHO LAS PRUEBAS DECRETADAS.**

Así quedan decididos los recursos de reposición interpuestos por los abogados y se declara terminada esta etapa de decreto de pruebas.”

(Lo señalado corresponde a una transcripción libre de la audiencia realizada el 9 de agosto de 2022 entre el minuto 1.39.44.00 y 1.44.35)

Teniendo en cuenta lo señalado por el Despacho, es necesario traer a colación lo relacionado con la fijación del litigio en el presente caso, para lo cual tenemos lo siguiente:

“Juez: Es el tema del proceso precisamente entonces para fijar el objeto del litigio hay varios pues problemas jurídicos que se deben resolver en atención a lo extensa de las pretensiones (...)

Han de resolverse en este, en esta sentencia o en este proceso y debe determinarse en este asunto si entre el encargo fiduciario de Preventas MR 10070099, el encargo fiduciario número 0001100010250 suscrito entre Bancolombia S.A. y Acción Sociedad Fiduciaria, el contrato de fiducia FA- 2351, hay un coligamiento contractual, ese es el primer problema que veo que se plantea en la demanda.

Debe determinarse si Bancolombia S.A. tiene la calidad en este proceso, en esta negociación, de consumidor financiero, ese es otro de los puntos que plantea como problema jurídico.

*Debe determinarse si la sociedad demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. es precontractualmente responsable por suscribir el contrato de encargo fiduciario número 0001100010252 suscrito entre Bancolombia S.A. y Acción Sociedad Fiduciaria y **SI LA PARTE DEMANDADA SI INCUMPLIÓ CON EL DEBER DE LEALTAD Y BUENA FE, EL PRINCIPIO DE CONFIANZA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 863 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA EXPEDIDA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, POR NO HABER SUMINISTRADO INFORMACIÓN RELEVANTE COMO SEÑALA EL LITERAL F) DEL ARTÍCULO 72 DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO E INCUMPLIDO EL LITERAL D) ESA LA PRIMERA NORMA Y SI HUBO INCUMPLIMIENTO DEL LITERAL D) DEL ARTÍCULO QUINTO Y EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO SÉPTIMO DE LA LEY 1328 DE 2009.***

Así mismo, determinar si hay incumplimiento de la cláusula primera del encargo fiduciario citado y el numeral primero del artículo y 1234 del Código de Comercio.

Dr. Gallo: *Doctora, una sola precisión.*

Juez: *Dígame.*

(...)

Juez: *Sí, sí. Las primeras sí señor las iniciales que hablan de la responsabilidad precontractual de la parte demandada, sí señor las primeras pretensiones son, hablan de la responsabilidad precontractual de acción de Acción Sociedad Fiduciaria precontractualmente.*

Dr. Gallo: *Pretensión 1.1 a la 1.4*

Juez: *Exacto, sí señor exactamente por eso hice varios problemas jurídicos de manera subsidiaria porque ya se toman subsidiarias las otras pretensiones. De manera subsidiaria, se debe establecer si es civil y contractualmente responsable por infringir la cláusula tercera del encargo*

fiduciario de Preventas MR- 799, en concordancia con la cláusula primera del encargo fiduciario ya antes referido.

Si incumplió el deber consignado en el numeral primero del artículo 1234 del Código Civil, su deber de diligencia establecido en la Circular Básica jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia su deber de lealtad y buena fe de que trata el artículo 871 del Código de Comercio, la cláusula tercera del encargo fiduciario de preventas MR- 799, del manejo irregular de los recursos del fideicomiso 2531 Marcas Mall, del cumplimiento esto es, su obligación legal prevista en el artículo 1233 del Código de Comercio.

Del incumplimiento de la cláusula 15ª del encargo fiduciario suscrito por Bancolombia sobre el riesgo operativo y de lealtad y buena fe al momento de suscribir el contrato de encargo fiduciario número 0001100010252 y por tanto, la sociedad demandada debe pagar los perjuicios sufridos por Bancolombia en las cantidades referidas en las pretensiones de la demanda.

No sé si tienen algo que agregar los abogados o así pues se deja establecido los problemas jurídicos que se resolverán en la sentencia y que pues tendrán como objeto del debate probatorio.

Dr. García: No, señoría. Yo en el entendido que pues están los problemas jurídicos planteados por usted encapsulan las pretensiones de la demanda y el análisis que el despacho deberá hacer al respecto pues no tengo ninguna manifestación.

Dr. Gallo: Lo único doctora es que pues si como dice el doctor García pues encapsulan teóricamente las pretensiones de la demanda advirtiendo que unas se refieren a unos incumplimientos de unos deberes, pero sin que específicamente en las pretensiones se haya delimitado cuáles son los supuestos incumplimientos distintos a los dos que aquí ya se alegan y se han discutido que es el no haber cumplido con un porcentaje de ventas sobre inmuebles para ese momento que seguía.

Juez: Sí, teniendo en cuenta esa circunstancia a la luz de las normas que allí plantea que también las refieren es a esa normatividad, sí señor.

Dr. García: Claro pero aquí digamos frente a esa manifestación del Dr. Gallo es importante dejar claro que la demanda plantea que son por lo menos 2 incumplimientos los dos que ya se han mencionado pero que se hace referencia al incumplimiento de los encargos fiduciarios en donde tienen entre otros requisitos 6 o 6 o 7 requisitos dependiendo de qué encargo estamos hablando entonces, pues obviamente la discusión estará alrededor de planteamiento de la demanda pero lo que si no podemos aceptar es que solamente se hable de esos dos requisitos porque en la demanda se plantea por lo menos 2, insisto que los contratos tienen más requisitos y pues que si digamos, de una forma más extensa o más precisa en la demanda después porque hasta la fecha Acción Fiduciaria no nos ha entregado los documentos del encargo fiduciario entonces pues lo que se plantea era con la información que pues se pudo reconstruir por parte de Bancolombia y pues eso debe quedar claro.

Juez: Bueno, después de escuchado a los abogados, queda establecido el problema jurídico como se indicó. Allí, se establecen todos los incumplimientos alegados en las pretensiones y así se recopiló como lo indiqué (...)

Dr. Gallo: Excúseme doctora, permíteme una precisión aquí hay otro tema que falta precisar también que es **EL ALCANCE DE LAS EXCEPCIONES QUE SE PRESENTARON QUE ES PARTE DE LO QUE TIENE QUE RESOLVER EL PROCESO.**

Juez: CLARO DOCTOR, EL PROBLEMA JURÍDICO LÓGICAMENTE PUES SE MIRA A LA LUZ TAMBIÉN DE RESOLVER LAS EXCEPCIONES SÍ SEÑOR.

Dr. Gallo: Para que quede claro solamente, una cosa es lo que dijo el doctor García ahorita que alegaron dos causales o dos causas puntuales otra cosa es que si aparecen o no aparecen o si estuvieran o no alegadas que será otro problema con la decisión de las pretensiones **PERO FRENTE A ESE PROBLEMA JURÍDICO, PRECISAMENTE DENTRO DEL CONTEXTO QUE HAY QUE RESOLVER, ESTÁN TODAS Y CADA UNA DE LAS EXCEPCIONES QUE SE PLANTEARON; EL CONOCIMIENTO DE LOS ANTECEDENTES, DE LA CALIDAD PROFESIONAL DEL BANCO DE LOS NEGOCIOS VARIOS QUE YA HABÍA HECHO ETC. TODOS SERVIRÁN PARA ENERVAR O NO LAS PRETENSIONES.**

Juez: LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA, SE PUEDE AGREGAR ESO AL PROBLEMA JURÍDICO SI POR EL CONTRARIO TALES

PRETENSIONES, PARA QUE HAYA MÁS CLARIDAD, SE VEN ENERVADAS POR LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA PARA QUE QUEDE CON MAYOR CLARIDAD.

Dr. Gallo: Son todas las pretensiones.

Juez: DE AHÍ QUE SE INCLUYEN TAMBIÉN TODAS LAS PRETENSIONES. SÍ SEÑOR ENTONCES AL PROBLEMA JURÍDICO TAL COMO LO SOLICITA EL ABOGADO LUIS HERNANDO GALLO ENTONCES SE LE AGREGA QUE LAS PRETENSIONES COMO SE INDICÓ QUE SÍ ESTABA EN LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS PERJUICIOS Y SI HUBO ESOS INCUMPLIMIENTOS O SI POR EL CONTRARIO TALES PRETENSIONES PARA REUNIR TODAS SE VEN ENERVADAS POR LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS OPORTUNAMENTE POR LA PARTE DEMANDADA SOCIEDAD ACCIÓN FIDUCIARIA SÍ.” (Lo señalado corresponde a una transcripción libre de la audiencia realizada el 9 de agosto de 2022 entre el minuto 0.10.40 y el minuto 0.21.03).

A. SOBRE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES, PRUEBA PERICIAL Y TESTIMONIALES NEGADAS POR EL DESPACHO.

En primer lugar, conviene anotar que el Despacho en la audiencia del 9 de agosto de 2022 negó las pruebas documentales de manera tajante y “decretó” la prueba pericial y los testimonios solicitados en la contestación de la demanda, pero limitando el objeto de estas últimas, pues señaló que dichas pruebas únicamente pueden versar sobre el encargo fiduciario no. 10252 suscrito con Bancolombia S.A. y los documentos relacionados con el mismo.

En relación con la limitación del objeto de la prueba se debe traer a colación lo que enseña el Doctor Devis Echandía, así:

“Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles de existir presunción legal que la hacen innecesarias (...) o sean claramente impertinentes o inidóneas.

*Dos aspectos tienen este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa el primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al juez tal calificación (...); **el segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en ello. El segundo puede existir sin el primero y no requiere norma legal.**¹”* (Resaltado en negrilla no es del texto)

Conforme a lo expuesto, es claro que el decreto de una prueba no implica que se disponga el decreto de un testimonio o de un dictamen pericial. En realidad, para que se pueda entender que se decreta una prueba, la misma debe ser decretada en los términos en que fue solicitada por la parte para efectos de probar, en este caso, su defensa.

¹ Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, T. II, Bogotá, Edit. ABC, 1982, pág. 23.

De lo contrario, sería admitir que el juez tiene la potestad de “crear” las pruebas y darle el alcance que el estime cuando esa es la labor de las partes pues son ellas quienes conocen cuál es el medio probatorio y el alcance de la prueba que requieren para probar sus afirmaciones y la forma en que el mismo debe ser enfocado para lograr ese cometido.

Así las cosas, decretar una prueba con un alcance restringido al que fue solicitado, ya sea en la demanda o en la contestación de la misma, siempre y cuando la misma sea conducente, pertinente y útil para probar los medios de defensa que se esgrimieron contra las pretensiones de la demanda, constituye la negación de la prueba y en consecuencia, la vulneración del derecho de defensa y debido proceso de la parte pues claramente, no podrá demostrar sus defensas.

Ahora bien, para negar las pruebas el Despacho apeló a señalar que se hizo en pos de la fijación del litigio realizada, pero no tuvo en cuenta que, precisamente en esa fijación, como debía ser conforme a las normas legales, se encuentra la decisión de las **EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Así las cosas, se debe tener en cuenta que dentro de las excepciones propuestas están las siguientes:

- *“LA NO EXEGIBILIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA”,*
- *“LA INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA NO SE LE SUMINISTRÓ NO ERA RELEVANTE FRENTE A SU INTENCIÓN DE CONTRATAR”,*
- *“EL DEMANDANTE ES UN PROFESIONAL DENTRO DEL SISTEMA FINANCIERO”,*
- *“NO SE DAN LOS PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO”,*
- *“PARA QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN COLIGAMIENTO CONTRACTUAL, COMO SE SOLICITA EN LA DEMANDA, DEBEN CONCURRIR TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE SUSCRIBIERON LOS ENCARGOS FIDUCIARIOS INDIVIDUALES CON OCASIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799”,*

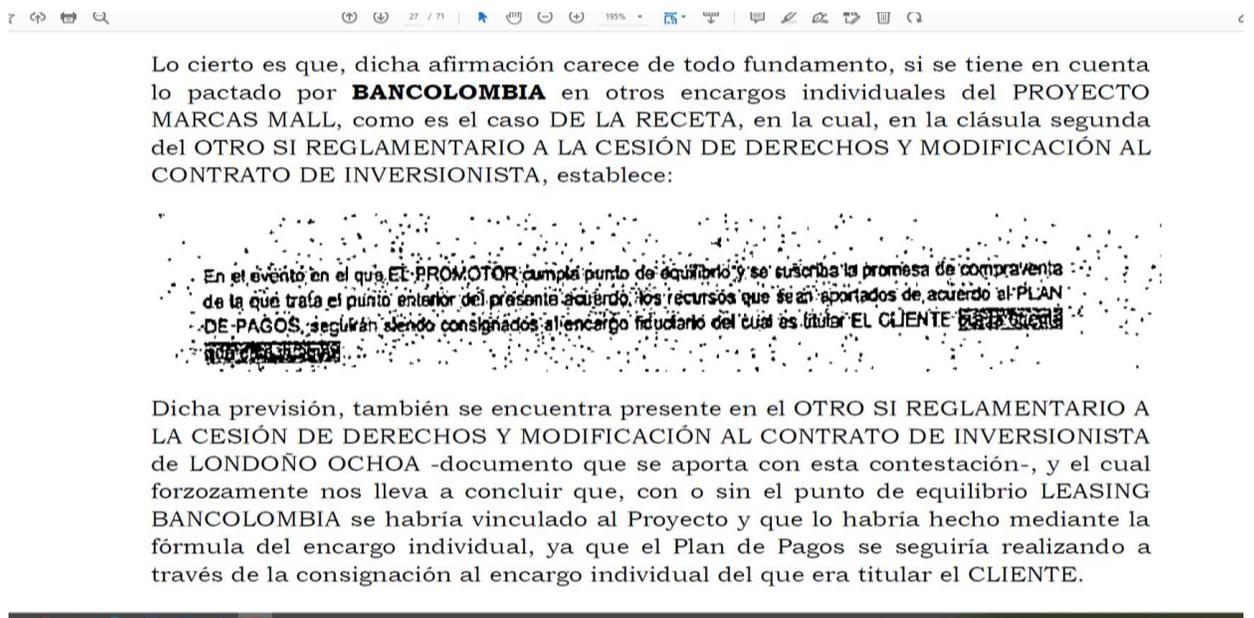
Como fundamento de las mencionadas excepciones, entre otras, se alegó el conocimiento previo que Bancolombia tenía del estado del proyecto denominado Marcas Mall pues, antes de la suscripción del encargo 10252, Bancolombia había suscrito otras operaciones y otros contratos de leasing con sus clientes, en aras de invertir en el proyecto.

En efecto, así se señaló en la excepción denominada *“LA NO EXEGIBILIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA”,* tal y como consta en la siguiente imagen:

profesionales en el negocio, téngase en cuenta que las dos entidades son entidades financieras, tienen un objeto reglado, desarrollan una actividad de interés público, y sus actividades están relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público o provenientes del ahorro privado y están sujetas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

- b) De acuerdo con los puntos 2.7 y 2.9 de la demanda, **BANCOLOMBIA**, en ejercicio de su actividad financiera suscribió contratos de “arrendamiento operativo” y/o “leasing financiero” con sociedades como TENNIS, Londoño Ochoa y Cia en C, Comercializadora Ragged, entre otros.
- c) Que fue en virtud de dichos contratos que **BANCOLOMBIA** realizó diferentes encargos fiduciarios, entre ellos el 10252, el cual, en principio, es materia del presente proceso.
- d) Que **BANCOLOMBIA** en su calidad de entidad financiera y bajo el modelo del buen hombre de negocios, es responsable del correcto manejo de sus operaciones pasivas y activas de crédito¹⁰ y a las que celebra en posición propia, por lo que, previo a celebrar contrato de arrendamiento operativo o leasing, tiene la obligación legal de realizar un estudio de la solicitud de

Y también, en la excepción denominada “*LA INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA NO SE LE SUMINISTRÓ NO ERA RELEVANTE FRENTE A SU INTENCIÓN DE CONTRATAR*”, tal como se aprecia en la siguiente imagen:



También se debe tener en cuenta que así se indicó al contestar los hechos de la demanda, particularmente, al contestar los hechos 2.7 y 2.22, en la que se hizo referencia al conocimiento del banco demandante, del proyecto Marcas Mall, con anterioridad a la suscripción del contrato de encargo fiduciario no. 10252, en donde se indicó:

•Contestación hecho 2.7:

cláusula tercera del Contrato MR-799, la cual estipula las condiciones para la transferencia de los recursos de los inversionistas a disposición del PROMOTOR.

2.6.- Es cierto. Me atengo al tenor literal del Otro Sí No. 3 al Contrato MR-799 de fecha 15 de octubre de 2014.

Cabe destacar que, mediante la suscripción del Otro Sí No. 3, el numeral sexto de la cláusula tercera del Contrato MR-799 fue suprimido, por lo que, para la entrega de los recursos al PROMOTOR, no era necesario acreditar que los encargos fiduciarios constituidos contaran con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades prometidas en venta.

2.7.- Es cierto. En efecto, y una vez verificada la información y registro de ACCIÓN FIDUCIARIA, se constató que varios encargos fiduciarios individuales fueron suscritos por o cedidos a BANCOLOMBIA (en ese entonces LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO), con el fin de invertir en el PROYECTO, los cuales son los que a continuación se relacionan¹:

- Encargo No. 10211
- Encargo No. 10218
- Encargo No. 10229
- Encargo No. 10231
- Encargo No. 10259
- Encargo No. 10269
- Encargo No. 10273
- Encargo No. 10274
- Encargo No. 10288
- Encargo No. 10295
- Encargo No. 11095
- Encargo No. 11130
- Encargo No. 11137

•Contestación hecho 2.22:

2.22.- Consta de varios hechos, así:

- a. *“El hecho demostrado de que ACCIÓN FIDUCIARIA no hubiere informado a BANCOLOMBIA para la fecha de suscripción del Encargo Fiduciario No. 0001100010252 que ya se había suscrito (más de 2 meses antes) el acta de verificación de las condiciones de transferencia de los recursos constituye una violación del deber de información a que estaba obligada ACCIÓN FIDUCIARIA”.*

Es una afirmación negativa que carece de sustento, pues no se puede tener por demostrado nada que no se haya probado.

En todo caso, es de destacar que, BANCOLOMBIA en su calidad de profesional dentro del mercado y, como se demostrará dentro del proceso, en virtud de los demás Encargos Fiduciarios suscritos con ACCIÓN para participar en el PROYECTO MARCAS MALL, conoció de la existencia de dicha Acta y, más allá, sobre el cumplimiento dentro de los términos establecidos en el Contrato MR-799 respecto de las condiciones para entregar los recursos a la PROMOTORA MARCAS MALL.

No de otra manera se puede entender que, con posterioridad al 4 de noviembre de 2014, fecha en que se determinó el punto de equilibrio, BANCOLOMBIA hubiere seguido consignando dineros a los encargos en que operó como arrendador financiero o cesionario de los mismos. En especial, si se tiene en cuenta que después de esa fecha, los titulares de los encargos ya no recibían extractos mensuales sobre la situación de su encargo, pues ya no se enviaban por parte de la fiduciaria, dado que los dineros eran transferidos al encargo MR-799, como era la obligación contractual pactada.

2.22.- Consta de varios hechos, así:

- a. *“El hecho demostrado de que ACCIÓN FIDUCIARIA no hubiere informado a BANCOLOMBIA para la fecha de suscripción del Encargo Fiduciario No. 0001100010252 que ya se había suscrito (más de 2 meses antes) el acta de verificación de las condiciones de transferencia de los recursos constituye una violación del deber de información a que estaba obligada ACCIÓN FIDUCIARIA”.*

Es una afirmación negativa que carece de sustento, pues no se puede tener por demostrado nada que no se haya probado.

En todo caso, es de destacar que, BANCOLOMBIA en su calidad de profesional dentro del mercado y, como se demostrará dentro del proceso, en virtud de los demás Encargos Fiduciarios suscritos con ACCIÓN para participar en el PROYECTO MARCAS MALL, conoció de la existencia de dicha Acta y, más allá, sobre el cumplimiento dentro de los términos establecidos en el Contrato MR-799 respecto de las condiciones para entregar los recursos a la PROMOTORA MARCAS MALL.

No de otra manera se puede entender que, con posterioridad al 4 de noviembre de 2014, fecha en que se determinó el punto de equilibrio, BANCOLOMBIA hubiere seguido consignando dineros a los encargos en que operó como arrendador financiero o cesionario de los mismos. En especial, si se tiene en cuenta que después de esa fecha, los titulares de los encargos ya no recibían extractos mensuales sobre la situación de su encargo, pues ya no se enviaban por parte de la fiduciaria, dado que los dineros eran transferidos al encargo MR-799, como era la obligación contractual pactada.

CONTESTACIÓN DEMANDA
BANCOLOMBIA contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA

Página 7 de 71

- c. *“Significa lo anterior que ACCIÓN FIDUCIARIA incurre en una conducta dolosa al omitir u ocultar deliberadamente información relevante sobre el hecho de que supuestamente ya había acaecido el cumplimiento de las condiciones de transferencia de los recursos, (...).”*

No es un hecho sino una apreciación subjetiva del demandante respecto de la conducta de mi representada.

En todo caso, vale la pena destacar que es carga del actor probar las conductas con ánimo doloso enrostradas a mi mandante, así como el supuesto ocultamiento “deliberado” de información relevante por parte de ACCIÓN FIDUCIARIA.

A pesar de ello, se pregunta: ¿cómo puede ser doloso omitir informar que ya está cumplida una condición que el propio contratante exige que exista para el momento de la entrega de los dineros? Si la condición está cumplida antes de la suscripción del encargo, entonces, ¿eso es un engaño doloso?

Nótese que la documental allegada, relacionadas con las otras operaciones realizadas por Bancolombia S.A., y que fue negada como prueba por el juez de primera instancia, tiene como objeto probar el conocimiento que, antes de la suscripción del encargo No.0001100010252, Bancolombia tenía del Proyecto Marcas Mall y su calidad de profesional en la actividad a que se refiere en la demanda, por lo que mal se hace en señalar que no está relacionado con el objeto del litigio si, se reitera, ese conocimiento previo de Bancolombia y su calidad de profesional en la actividad fueron alegados como excepciones.

Ahora bien, en cuanto hace con la negativa de decretar como prueba los testimonios y el dictamen pericial en los términos solicitados en la contestación de la demanda, se debe hacer la misma mención anterior, pues esas pruebas, entre otras, están encaminadas a probar el conocimiento que el Banco tenía del estado del proyecto para la fecha de suscripción del encargo No.0001100010252, así como también la calidad de profesional del demandante y su falta de diligencia, que constituyen defensas – excepciones- de la demandada frente las pretensiones de la demanda.

Pero además de lo anterior, téngase en cuenta que dentro del objeto del litigio está el supuesto incumplimiento de la demandada del deber de lealtad y buena fe, el principio de confianza establecido en el artículo 863 del Código de Comercio, el numeral 1° del artículo 1234 del Código de Comercio y la Circular Básica Jurídica **POR NO HABER SUMINISTRADO INFORMACIÓN RELEVANTE**, frente a lo cual se alegó como excepción, que no se configura ese incumplimiento toda vez que el Banco tenía la información que en la demanda se reclama como no suministrada por mi poderdante.

Con la decisión de primera instancia se está desconociendo que, además de las excepciones previamente señaladas, también se propusieron las que se denominaron como: *“Inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad precontractual”, “Acción Fiduciaria actuó de buena fe, con lealtad y corrección”, “Improcedencia de exigir indemnización por la etapa precontractual cuando se ha suscrito un contrato”, “No se configuran los presupuestos para que exista responsabilidad civil”, “Cumplimiento de las obligaciones a cargo de Acción Fiduciaria”, “Inexistencia de nexos causal”* todas ellas con el fin de demostrar que el incumplimiento alegado por el Banco demandante en cabeza de mi poderdante no se configuró en razón a la condición de profesional de la actora, al conocimiento que previo a la celebración de la operación con Tennis.

tenía y al deber de diligencia que debió ejercer antes de tomar la decisión de vincularse al proyecto Marcas Mall e incluso, durante el desarrollo del mismo.

Téngase en cuenta que, las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda también se solicitaron para demostrar estas excepciones esto es, para demostrar que el daño que alega el banco demandante no tuvo como causa los incumplimientos que se le achacan a mi representada sino que, por el contrario, el daño que alega la demandante tuvo como causa su descuido y negligencia que, como profesional que es, debe ser analizado con un racero más alto por lo que es claro que todos los medios de prueba solicitados, así como el objeto indicado sí están relacionadas con el objeto del litigio y por tanto, señalar lo contrario es dejar sin posibilidades a la parte demandada de probar sus medios de defensa.

Siendo lo anterior, esto es, que el litigio debe versar, también, sobre las excepciones propuestas por la parte demandada, y que como fundamento de ellas se alegó el conocimiento que el Banco demandante tenía del proyecto Marcas Mall con anterioridad a la suscripción del encargo No.0001100010252, la información con que contaba sobre el proyecto, las decisiones que ya había adoptado con ese conocimiento, es claro que las pruebas solicitadas para, valga la redundancia, probar ese conocimiento son totalmente pertinentes, conducentes y útiles para, se repite, resolver sobre la prosperidad o no de las excepciones propuestas y consecuentemente, de las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, se debe proceder a revocar el auto recurrido y su lugar proceder a decretar las pruebas denegadas por el Despacho, en los términos solicitados por la parte demanda en el escrito de contestación de la demanda, sin que el Despacho imponga ninguna limitación, puesto que, las mismas, se reitera, son totalmente pertinentes, conducentes y útiles para acreditar los medios de defensa propuestos contra las pretensiones de la demanda.

B. SOBRE LA NEGACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE PARTE.

Tal y como se mencionó anteriormente, el Juez de primera instancia negó la práctica de esta prueba al considerar que como ya se había surtido el interrogatorio de parte no era procedente escuchar nuevamente al representante legal de la parte demandada y que, además, no es posible que el abogado de la parte la interroge.

En relación con lo señalado por el Despacho, se debe señalar que no le asiste razón si se tiene en cuenta lo siguiente:

Lo primero que se debe indicar es que el interrogatorio que realiza el Juez en esta etapa procesal no se puede calificar como un **INTERROGATORIO DE PARTE**, sino que corresponde al cumplimiento del deber que le impone el artículo 372 de Código General del Proceso y, fue en virtud de esa obligación que se practicó el interrogatorio a mi representada.

Nótese que, por ejemplo, el Juez no tiene ninguna limitación en cuanto al número de preguntas, mientras que el interrogatorio de parte que realiza la parte se debe limitar a veinte (20) preguntas, así mismo, las preguntas que realiza el juez no se pueden objetar, mientras que las que hace la contraparte si pueden ser objetadas.

En el presente caso, **NO SE SURTIÓ UN INTERROGATORIO DE PARTE**, dado que la parte demandante no solicitó como prueba el interrogatorio de parte.

Pero, además de lo anterior, se debe tener en cuenta que el interrogatorio de parte y la declaración de parte son pruebas distintas, por lo que, aún si el interrogatorio realizado por el Juez se pudiera entender como interrogatorio de parte, que no lo es, porque se haya surtido una prueba no se puede entender surtida la otra.

Contrario a lo indicado por el Despacho, conforme a las disposiciones del Código General del Proceso, sí es posible solicitar la declaración de la propia y ello es tan claro que el artículo 165 del Código General del Proceso establece:

“Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. (...)” (Resaltado en negrilla no es del texto)

Por su parte, el inciso final del artículo 191 del Código General del Proceso establece que:

“La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.” (Resaltado en negrilla no es del texto)

Finalmente, el inciso 1° del artículo 198 del Código General del Proceso señala que:

“El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.” (Resaltado en negrilla no es del texto)

De las normas citadas, es claro que la declaración de la propia parte es considerada como un medio de prueba, el cual, debe ser valorado por el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de decretar como prueba la declaración de la propia parte se debe indicar que ese punto fue objeto de debate una vez expedido el Código General del Proceso, pero, gracias a varios debates, la posición expuesta por varios doctrinantes y en providencias, especialmente del Tribunal, se ha aceptado que sí es viable jurídicamente decretar y practicar esa prueba.

En ese sentido, el doctor Marco Antonio Álvarez ha indicado lo siguiente:

(...) el Código General del Proceso, a diferencia de su antecesor, sí le permite a las partes rendir su versión de los hechos, con dos características centrales: la primera, que la declaración puede ser pedida por ella misma y para beneficio propio, y la segunda, que debe ser valorada como cualquiera otro medio probatorio. Por eso el artículo 165, al enunciar los medios de prueba, distinguió entre la declaración de parte y la confesión; por eso el inciso final del artículo 191 puntualizó que “La simple declaración de parte se valorará por el juez

*de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”, y por eso el artículo 198, relativo a la solicitud del interrogatorio, eliminó la expresión “citación de la contraria”, para precisar que “El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”. **Con esas disposiciones se le abre paso –por fin- al saber de las partes, sin miramiento alguno.***² (Resaltado en negrilla no es del texto)

Y sobre el mismo punto el Dr. Hernán Fabio López señala lo siguiente:

“2.2. Solicitud del interrogatorio de parte

*Es el art. 198 del CGP la norma que señala quienes son las personas autorizadas para solicitar el interrogatorio de parte y es así como dispone en el inciso primero: “El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes en fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.”, disposición que representa un significativo avance en lo que con este medio de prueba concierne debido a que como lo advierte la profesora Adriana López: “El procedimiento judicial colombiano sufrió importantes cambios al pasar de un sistema esencialmente escrito a uno mixto con prepotencia de la oralidad como lo es el proceso por audiencias. Lo anterior sin duda alguna también **conllevó un cambio destacado en la regulación de los medios de prueba en concreto, para dar paso a la declaración de parte como un medio de prueba autónomo, distinto de la confesión.***

“Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario desterrar viejas tesis, prácticas y creencias soportadas en la nueva regulación legal para cuyo desarrollo es menester un cambio de mentalidad tanto en el abogado como en el operador de la justicia pues es frecuente la tendencia a seguir anclados en lo pasado.

² Álvarez Gómez Marco Antonio. Ensayos Sobre el Código General del Proceso. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. Año 2017. Página 4.

“Y es precisamente la declaración de parte como medio de prueba autónomo, una de esas instituciones que por muchos años estuvo arraigada en la mente de abogados y jueces como prohibida y excluida. Dicha exclusión, se fundamentó en la máxima de que nadie puede hacer con su propio dicho prueba de lo que dice, y en el desconocimiento del valor probatorio o la fuerza de convicción al testimonio de parte favorable a ella misma, corta interpretación que cercenó los alcances de uno de los más útiles medio de prueba, pues nadie más llamado a conocer las intimidades de su caso que la parte misma.

“Muchos años antes de que promulgara el Código General del Proceso el maestro DEVIS ECHANDIA señaló: “no vacilamos en incluir la declaración de parte en el grupo, más general, del testimonio como fuente de prueba”, y admite que las restricciones, limitaciones y prohibiciones para la práctica del interrogatorio no tienen justificación. Acogiendo las indicaciones anteriores, **se establece en el Código General del Proceso, que se podrá ordenar por “solicitud de parte” la citación “de las partes”, expresión primera que conlleva un drástico cambio de lo que había sido en el pasado una posibilidad atribuida solo a “la otra parte” para pedir la citación de la “parte contraria”, porque ahora al estar la parte, cualquiera de ellas, pues en donde la ley no distingue el intérprete no lo puede hacer,**

autorizada para pedir la citación de las partes, emerge con claridad que en sistema procesal colombiano incuestionablemente se acogió la posibilidad de solicitar la práctica del interrogatorio de la misma parte, lo que sin duda es de gran utilidad, debido a que, tal como lo señala el ya citado ensayo de Adriana López, según “Capelletti, la parte es el sujeto mejor informado del caso en concreto que en el proceso se debe examinar. De ahí la inderogable necesidad que en todos los ordenamientos civiles existe, de utilizar a la parte como fuente de prueba”.

Y es que, en un sistema, en esta materia castrado, como lo era el de C. de P.C derogado, salvo que el juez decretara la prueba de oficio, lo que no era frecuente, únicamente era posible recibir la versión de la misma parte, si la otra había solicitado la prueba, es decir que quedaba en sus manos decidir si se escuchaba o no a la otra parte, lo que sin duda constituyó un sistema desueto y arcaico, incuestionablemente en buena hora abolido.”

Así las cosas, es viable que la misma parte solicite que se le reciba la declaración de parte (...)³. (Resaltado en negrilla no es del texto)

Por su parte, el Tribunal Superior de Bogotá, al resolver un recurso de apelación en contra de una providencia que negó el decreto y práctica de la declaración de parte, solicitada por la propia parte resolvió revocar la providencia y ordenar el decreto de la mencionada prueba y para el efecto sostuvo lo siguiente:

“2. Precisado lo anterior, a efectos de resolver la alzada que interpuso la parte incidentada en el litigio, ha de señalarse que en virtud del art. 327 del C. General del Proceso, el Tribunal se circunscribirá, exclusivamente a los motivos objeto de censura demarcados por el impugnante, es decir, si el interrogatorio de la propia parte puede recaudarse (o no).

³ López Blanco, Hernán Fabio, Código General del Procesos -Pruebas- Dupre Editores Ltda. 2017, págs.183 a 186.

3. Con relación al mentado medio de convicción, la antigua legislación, establecía que “en la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la **contraria**, a fin de interrogarla sobre los hechos relacionados con el proceso”, (destaca el Despacho), normatividad con estribo en el cual, se afirmaba que su decreto solo procedía de oficio o por petición del contendiente.

4. Empero, tal limitación no se reprodujo en el art. 198 del C. General del Proceso, conforme al cual “el Juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”, amén de que el art. 191 del último estatuto, impone que la valoración de dicha declaración se realice “de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”, remitiendo de manera tácita al art. 176 ejusdem, que al punto reza “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”.

5. Bajo esa perspectiva, la alzada que concita la atención del Tribunal está llamada a prosperar, por cuanto la decisión recurrida, como ya se evidenció soslaya los preceptos normativos recién traídos a colación.

Al respecto la Doctrina Nacional, ha sostenido, “por eso el Código de Procedimiento Civil, aunque al mencionarlos medio de prueba incluía la declaración de parte (art. 175), solo le daba eficacia probatoria a la que constituía confesión, al punto de incorporar un conjunto de disposiciones para que las partes pudieran obtenerla de su contraria, como lo establecía, con carácter restrictivo, el artículo 203 de esa codificación.

Pero el Código General del Proceso, a diferencia de su antecesor, sí le permito a las partes rendir su versión de los hechos, con dos características centrales: la primera, que la declaración puede ser pedida por ella misma y para beneficio propio, y la segunda, que debe ser valorada como cualquiera otro medio probatorio. **Por eso el artículo 165, al enunciar los medios de prueba distinguió entre la declaración de parte y la confesión**; por eso el inciso final del artículo 191 puntualizó que “La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”, y por eso, el artículo 198, relativo a la solicitud del interrogatorio, eliminó la expresión “citación de la contrario”, para precisar que “El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”. Con estas disposiciones se le abre paso -por fin- al saber de las partes, sin miramiento alguno”.

6. Así las cosas, se revocará el aparte pertinente del auto opugnado (...).⁴ (Resaltado en negrilla no es del texto)

Y más recientemente, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, al resolver un recurso de apelación frente a un auto que negó la declaración de la propia parte como prueba, reiteró la posición y consideró que el Código General del Proceso, sí permite que se solicite como prueba la declaración de la propia parte, así:

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, auto del 16 de mayo de 2017, dentro del proceso Ejecutivo de Telmex Colombia S.A. contra Mafre Seguros Generales de Colombia S.A., Mag. Pte. Dra. Julia María Botero Larrarte.

“(...)

Al margen de lo anterior, **lo cierto es que el Código General del Proceso suprimió la limitación incluida en el artículo 203 del derogado Código de Procedimiento Civil, según la cual, “(...) cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre los hechos relacionados con el proceso. (...)”**, **Así mismo, el artículo 165 del nuevo Estatuto Procesal estableció la declaración de parte como un medio de prueba autónomo e independiente de la confesión**; y, el 198 permite que “(...) de oficio o a solicitud de parte (...)” se ordene “(...) la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso. (...)”, sin realizar salvedad de ninguna naturaleza.

Lo expuesto abre la posibilidad que la versión de los hechos pueda ser pedida por la parte misma, y ser valorada como cualquier medio suasorio conforme las reglas de la sana crítica, a la luz del artículo 176 ibidem.

Por lo que esa probanza si era susceptible de ser decretada y practicada en los términos antedichos.⁵ (Resaltado en negrilla no es del texto)

La procedencia de la petición y práctica de la prueba de declaración de parte solicitada por la propia parte también ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia, que ha indicado lo siguiente:

“(...)

1.1- Las declaraciones de las partes en el proceso: su importancia en el proceso civil, la declaración de parte y la confesión, como medios de prueba.

Las versiones de las partes son esenciales para los procesos contenciosos, pues a partir de ellas el sentenciador construye la decisión que finiquita la controversia que lo suscitó. En ocasiones, las rinden indirectamente, como en la demanda y en la contestación, cuando actúan por apoderado judicial, y en otras, directamente, en el evento de que sean convocados por el juzgador.

Las segundas tienen particular relevancia, ya que por medio de ellas el fallador puede conocer de primera mano los hechos que generaron el conflicto. Nadie más que las partes, como protagonistas del debate, pueden dar cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo suscitaron.

Con razón dijo Cappelletti¹ que «la parte es interrogada justamente para que informe al juez del exacto desenvolvimiento de los hechos controvertidos. O sea, se la toma aquí en consideración como verdadera fuente de prueba, y precisamente como prueba histórica (directa)».

De ahí la relevancia de la declaración de parte y la confesión como medios de prueba. La primera, en términos generales, consiste en el relato que la propia parte realiza sobre los hechos materia de litigio, le favorezca o no, y la segunda, es también una versión de aquella, pero cualificada, pues debe recaer sobre hechos que la perjudiquen y cumplir

⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, auto de fecha 4 de noviembre de 2021 dentro del proceso de Leonor Gómez Dávila c. Promotora Herrera Vargas S.A.S, MP. Dra. Clara Inés Márquez Bulla, radicado No. 11001319900220200098 01

con los requisitos contemplados en el artículo 191 del Código General del Proceso. De suerte que puede afirmarse que toda confesión es una declaración de parte, pero no toda declaración de parte constituye una confesión. Aunque ambas han ser apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica y en armonía con los demás medios de convicción, la confesión, por los efectos que genera, está sometida a pautas especiales que han de observarse para que adquiera mérito probatorio.

Sobre esas diferencias, el artículo 165 del Código General del Proceso prevé que «son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento (...), los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles

para la formación del convencimiento del juez». Por su parte, el canon 191 del mismo estatuto, luego de mencionar que la confesión requiere, entre otros aspectos, que i) “el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado”, y ii) que “verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”, establece que “la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”.

A renglón seguido el artículo 196 dispone que “[l]a confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.

Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente.

Significa, entonces, que las partes pueden rendir su versión sobre los hechos materia de la controversia, algunas veces se tratará de una simple declaración y, en otras ocasiones, de una confesión, lo que, en todo caso, definirá el juez al momento de valorar el relato del interesado, asignándole el mérito correspondiente.⁶ (Resaltado en negrilla no es del texto)

En conclusión y, contrario a lo indicado por el Despacho en la audiencia inicial realizada el 9 de agosto de 2022, el Código General del Proceso sí consagra como medio de prueba la declaración de la propia parte y, por tanto, sí es posible que un extremo procesal sea interrogado por su propio abogado.

SOLICITUD

En virtud de lo expuesto, respetuosamente solicito se **REVOQUE** la providencia por medio de la cual se negaron, por no decretarlas o por limitarlas algunas de las pruebas solicitadas en representación de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** y en su lugar, se decreten las pruebas documentales, testimoniales y periciales, en los términos solicitados en la contestación de la demanda, por ser totalmente pertinentes, conducentes y útiles para acreditar los medios de defensa propuestos en la contestación de la demanda.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de octubre de 2021, aprobada en sesión del 6 de octubre de 2021, STC13366-2021 Radicación N° 11001-22-03-000-2021-01707-01 Mag. Pte. Dr. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE.

Para efectos de esta sustentación, solicito que se tengan por incorporados los argumentos esgrimidos en el recurso de reposición presentado en contra de la decisión del despacho que negó y delimitó las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda presentado en la audiencia realizada el 9 de agosto de 2022.

Señora Juez,



LUIS HERNANDO GALLO MEDINA
C.C. No. 3.226.936 de Bogotá D.C.
T.P. No. 21.479 del C.S de la J.