

Señor
JUZGADO TERCERO (3) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
E. S. D.

RADICADO: 2020 – 00719
REFERENCIA: PRUEBA ANTICIPADA INTERROGATORIO DE PARTE CON EXHIBICION DE DOCUMENTOS
SOLICITANTE: ENPROYECTOS SAS representada legalmente por JOSE ALEJANDRO HELO GAVIRIA.
SOLICITADO: SEBASTIAN BARON CARDOZO, representante legal de la entidad ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO DE APELACION CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA PRUEBA ANTICIPADA: INTERROGATORIO DE PARTE CON EXHIBICION DE DOCUMENTOS.

DANIEL EDUARDO ARDILA PAEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.26.272.654 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 280.877 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con NIT. 800.155.413-6, actuando en su propio nombre, por medio del presente escrito presento **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACION** contra el auto admisorio de la prueba solicitada por la sociedad ENPROYECTOS SAS representada legalmente por JOSE ALEJANDRO HELO GAVIRIA, previas las siguientes:

I. CONSIDERACIONES

Antes de pronunciarnos sobre el fondo de la solicitud, consideramos de la mayor importancia aportar claridad sobre el contexto normativo y operativo del FIDEICOMISO que se alude en este proceso, por lo que a continuación pasaremos a describir los lineamientos generales del Contrato de Fiducia mercantil, indicando el papel que cumple cada parte y en especial ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora de los Patrimonios Autónomos.

A. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

Tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, este tipo de sociedades anónimas tienen por objeto social exclusivo las actividades de las sociedades de fiducia.

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada **fiduciante o fideicomitente** transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada **fiduciario**, quien se obliga a

administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente, en provecho de éste o un tercero llamado beneficiario. **Dicho contrato tiene dos características esenciales a saber:**

- **Una separación absoluta de bienes:** La fiduciaria debe mantener una separación total entre su propio patrimonio y los bienes que le entregan los clientes, así como también entre los de estos últimos, de manera que no se confundan entre sí.
- **La formación de un patrimonio autónomo:** El patrimonio autónomo es como una especie de bolsa (que contiene los bienes entregados por un solo cliente). El patrimonio autónomo es administrado por la sociedad fiduciaria, sin que ello implique que ésta pase a ser su dueña absoluta.

Teniendo en cuenta que éstos no son personas jurídicas, para efectos de la debida conformación del extremo pasivo de una litis, son estos últimos –patrimonios autónomos-, quienes deben comparecer judicialmente y para todos los efectos legales por conducto de las sociedades fiduciarias que los administran.

Así las cosas, se advierte que a quien debió citarse a comparecer al proceso era al patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA, a través de su vocera y administradora ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

De acuerdo con lo anterior, podemos observar que en el contrato de fiducia mercantil intervienen fundamentalmente (3) partes, así:

- El Fideicomitente:** Es aquella persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, que encomienda a la Fiduciaria una gestión determinada para el cumplimiento de una finalidad, pudiendo para ello, entregarle uno o más bienes. El fideicomitente debe señalar en el contrato que celebre con la Fiduciaria, las instrucciones a las cuales ésta debe sujetarse para el adelantamiento de la gestión encomendada. No obstante, a veces, estas instrucciones están determinadas por la misma ley.
- El Fiduciario:** En Colombia únicamente pueden actuar como fiduciarios las sociedades Fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. Las sociedades Fiduciarias son sociedades de servicios financieros, constituidas como sociedades anónimas, sujetas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. En este evento, la Fiduciaria, ha sido ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.
- El beneficiario:** Puede ser el mismo fideicomitente o la persona o personas que éste designe. Puede ser sustituido bajo ciertas circunstancias, de acuerdo con lo estipulado en el contrato. Puede ser cualquier persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, en cuyo provecho se desarrolla la fiducia y se cumple la finalidad perseguida.

II. DEL RECURSO

Sustento el recurso en lo siguiente:

1. DE ACUERDO CON LA FINALIDAD DE PRUEBA ANTICIPADA, NO HAY COMPETENCIA POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA PARA EL RECAUDO DE LA DOCUMENTAL SOLICITADA.

Por lo que refiere la subsanación de la demanda, se pretende establecer “*la relación entre ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A y el señor ALEJANDRO AUGUSTO JARAMILLO MARTINEZ, ya que este último es familiar en segundo grado de consanguinidad de las señoras HILDA Y LIGIA MARTINEZ ROA, en virtud de configurar el delito de concierto para delinquir agravado, con ocasión al incumplimiento del contrato de fiducia “pagos Martínez Roa”, en virtud de que el predio objeto de esa negociación se encuentra en investigación judicial por la Fiscalía 142 seccional de Bogotá por el delito de estafa agravada y otros, en donde el señor JOSE ALEJANDRO HELO GAVIRIA en calidad de representante legal de la compañía ENPROYECTOS SAS, tiene la calidad de Víctima, proceso penal que cursa bajo el número de noticia criminal 1110016102071202002210*”

Al respecto, si la información tiene como fin ser elemento material de prueba dentro de una investigación de carácter criminal, en el proceso penal de corte acusatorio introducido constitucionalmente en Colombia por el Acto Legislativo 03 de 2002 y legalmente por la Ley 906 de 2004, con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, es claro que existe una fase de indagación o de investigación preliminar, la cual nace a partir de la noticia criminal, es decir a partir del momento en que la Fiscalía General de la Nación tenga conocimiento de la realización de un hecho presuntamente delictivo, el cual debe ser materia de pesquisa y escrutinio judicial.

Así las cosas, la fase de indagación, tiene como propósito entre otras:

- (i). Establecer si el hecho materia de indagación existió en la realidad
- (iii) Determinar la procedencia de la acción penal
- (iv) **Recolectar y asegurar los elementos materiales probatorios, evidencias e informaciones que permitan la construcción futura de un proceso penal.**

Así las cosas, ha sido la Fiscalía General de la Nación, la designada para adelantar todas las gestiones concernientes a la recolección y custodia de los elementos materiales probatorios en investigaciones criminales, y será esta vía judicial la que deberá agotar la convocante y no el trámite que hoy nos ocupa.

2. INFORMACION SUJETA A RESERVA BANCARIA

En gracia de discusión, y si la finalidad de la prueba anticipada no es la de ser arrimada a un proceso de carácter penal, como se indica en la misma legislación, existen casos en los cuales no existe obligación legal de exhibir los documentos cuando gocen de RESERVA LEGAL, lo cual ocurre en el caso que nos ocupa, como pasaremos a demostrar a continuación, sin antes traer a colación lo dispuesto en el artículo 267 del CGP:

ARTÍCULO 267. RENUENCIA Y OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN. *Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.*

Quando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio (subrayas fuera del texto)

De acuerdo con lo señalado en la subsanación de la demanda, entre los puntos objeto de la prueba está el de acreditar el incumplimiento de un contrato de fiducia suscrito por las señoras Ligia Martínez Roa e Hilda Martínez Roa y Acción Fiduciaria S.A., relación contractual de la que no es parte el convocante, por lo tanto al no ostentar la calidad ni de fideicomitente ni de beneficiario del patrimonio autónomo constituido a través del contrato de fiducia mercantil, lo deslegitimación para la obtención de dicha información.

La Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el contrato de fiducia mercantil se entiende como: un contrato de confianza mediante el cual, una persona, llamada fideicomitente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o varios bienes determinados, transfiriendo la propiedad de los mismos, con el propósito de que el fiduciario cumpla una finalidad específica con ellos a favor del propio fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.

Precisamente, en cuanto a la obligación que asiste a las entidades financieras de mantener la reserva o secreto bancario con acierto anota el tratadista Sergio Rodríguez Azuero que la misma es de orden genérico y podría decirse que universal, habida cuenta de la importancia que revisten los contratos por ellos celebrados, así para el tratadista la reserva o secreto bancario es:

“connotación que se traduce en la necesidad que tiene la institución de conservar en forma confidencial y abstenerse de comunicar a los terceros, la información privada¹ que ha recibido de sus clientes sobre sus actividades, negocios, planes, etc., así como el resultado de la celebración de las operaciones entre banco y cliente como cuantía, destinación, modalidades de crédito, etc. Es decir, que cubre de una parte la privacidad de los papeles de su cliente que, por razón de las relaciones de negocios, han venido a parar a las manos del banco y que aquél no estaría obligado a mostrar a terceros sino previas las ritualidades procedimentales señaladas por la ley. Lo que significa que si el banco tiene esos papeles debe conservarlos en la misma forma privada a que tendría derecho a mantenerlos la persona que se los entregó.”

De otra parte, en la parte I del título IV Capítulo I numeral 6 de la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 la Superintendencia Financiera de Colombia trata el asunto en cuestión en los siguientes términos:

"6. Reserva bancaria.

La reserva bancaria es considerada como una de las garantías más valiosas que tienen los clientes o usuarios que transfieren a las entidades vigiladas, a título de secreto, parte o toda su información personal y su intimidad económica, por cuanto se considera que dicha información hace parte del derecho a la intimidad, por un lado, y de la confidencialidad reconocida que tienen los libros y papeles del comerciante. La bondad del secreto ha sido reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia, y es por ello que los actos que la violentan son objeto de censura. Por otro lado, la reserva bancaria, de conformidad con el art. 7, literal i., de la Ley 1328 de 2009, se ha entendido como el deber que tienen las entidades y sus funcionarios de guardar reserva y discreción sobre los datos de los consumidores financieros o sobre aquellos relacionados con la situación propia de la compañía, que conozcan en desarrollo de su profesión u oficio, so pena de asumir las consecuencias penales, laborales y administrativas que el incumplimiento a dicho precepto podría acarrear al infractor (...)"

Entendido lo anterior, no puede la fiduciaria ni el fideicomiso revelar información que la ley le obliga a proteger, más aun cuando la sociedad solicitante **ENPROYECTOS SAS** no ostenta ninguna calidad dentro del **FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA**, por el contrario, terceros ajenos a este proceso si ostenta la calidad de fideicomitentes y beneficiarios del Fideicomiso, motivo por el cual debe la Fiduciaria el deber de reserva. Entonces, en razón de la reserva bancaria es totalmente oponible la admisión de la prueba anticipada de

¹ En complemento de los anteriores razonamientos del autor en cita debe precisarse que nuestra Carta consagra y ampara en el artículo 15 los derechos a la intimidad personal y familiar y al buen nombre de todos los asociados, constituyendo además como deber a cargo del Estado el de "respetarlos y hacerlos respetar", y que en "la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

interrogatorio de parte y exhibición de documentos sobre asuntos relacionados con el contrato de fiducia constitutivo del **FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA**.

Por lo tanto, para todos los efectos, lo mencionado en la cláusula novena, numeral 9.1 del citado contrato, hace referencia a la calidad, que en su momento fue dada a la sociedad Enproyectos S.A.S., como titular de una orden de giro y NO con ello la calidad de beneficiario del patrimonio autónomo. Así las cosas, si bien no existe una definición legal para titular de una orden de giro, se puede entender como la posibilidad que tiene el beneficiario del fideicomiso de instruir respecto a la disposición de sus derechos dentro del mismo, materializado en la posibilidad de instruir en la forma en cómo y a quien girar los recursos de los cuales es titular dentro del fideicomiso, durante la vigencia de dicha estipulación contractual.

Un ejemplo claro de una instrucción de giro es cuando un titular de una cuenta corriente bancaria emite un cheque por medio del cual dispone de los recursos dinerarios que tiene depositados en su producto bancario sean girados a favor de un tercero. A la postre el titular de la cuenta bancaria no está cediendo su titularidad en la citada cuenta sino determinando a quien se gira parte de los recursos allí determinados.

Igual situación sucede con los datos de localización y notificación de las señoras Hilda y Ligia Martínez Roa, puesto que dicha información es objeto de protección de datos personales y habeas data que de ninguna manera pueden ser desconocidos en el presente trámite.

El derecho de hábeas data es aquel que tiene toda persona de conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ella en archivos y bancos de datos de naturaleza pública o privada.

La Corte Constitucional lo definió como el derecho que otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de su divulgación, publicación o cesión, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales.

Asimismo, ha señalado que este derecho tiene una naturaleza autónoma que lo diferencia de otras garantías con las que está en permanente relación, como los derechos a la intimidad y a la información.

Con base en todo lo expuesto, me permito informar que la prueba solicitada es imposible atenderla, pues esta revestida de reserva legal.

LOS HECHOS DESCRITOS POR LA SOCIEDAD SOLICITANTE DE LA PRESENTE PRUEBA ANTICIPADA CORRESPONDE A ACTUACIONES PROPIAS Y EXCLUSIVAS DEL PATRIMONIO AUTONOMO DENOMINADO FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA.

Debe precisarse que el objeto de la presente prueba anticipada, está relacionado con el **FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA** y a sabiendas que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas, para efectos de la debida conformación del extremo pasivo de esta actuación judicial, debe comparecer para todos los efectos legales por conducto de la sociedad fiduciaria que los administra; pero en ningún caso se entiende que la Fiduciaria actúa en nombre propio, es decir que la llamada a rendir el interrogatorio de parte es ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo denominado **FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA** a través de su representante legal.

En relación con este tema, la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, dispuso:

“Artículo 53. Capacidad para ser parte.

Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
- 2. Los patrimonios autónomos. (Subrayas y Negrilla fuera del texto)**
3. El concebido, para la defensa de sus derechos.
4. Los demás que determine la ley.”

Por las razones expuestas, solicitó respetuosamente al señor Juez se sirva revocar el auto que admitió la prueba anticipada por citarse persona diferente a la relacionada con los hechos de la demanda.

3. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.

Como puede observarse a simple vista confunde el apoderado de la parte demandante contra quien van dirigidas las pretensiones puesto que en algunos apartes pretende demostrar o determinar actuaciones realizadas por el señor Sebastian Baron Cardozo en su calidad de representante legal y otras en contra de Acción Fiduciaria S.A. en su condición de sociedad Fiduciaria.

Ante tal yerro, la solicitud de prueba anticipada debe estar llamada al fracaso, pues estaríamos bajo un escenario contrario a las reglas del debido proceso, cuando desde el principio de la acción no están plenamente determinados quienes serán los sujetos procesales al interior de la actuación.

III. SOLICITUD

Por lo anteriormente esbozado, respetuosamente solicito señor Juez, revocar el auto fechado veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021) notificado por correo electrónico en fecha 26 de enero 2021, y en su lugar se ordene:

1. **RECHAZAR** la presente solicitud de prueba anticipada de interrogatorio de parte por los argumentos expuestos.
2. En caso de no atender la anterior solicitud, se pide subsidiariamente se declare la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio, por haberse admitido la demanda en contra de persona diferente a la que se encuentra legitimada para actuar en la misma.
3. De no tenerse en cuenta la solicitud que precede, se aclare o corrija el auto recurrido para que se indique, que el demandado en el presente asunto es el patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA cuya vocera es Acción Sociedad Fiduciaria S.A.
4. De no tenerse en cuenta las solicitudes anteriores, se aclare el auto recurrido para que se indique, si necesariamente debe absolver el interrogatorio el señor Sebastian Baron Cardozo en su calidad de representante legal del FIDEICOMISO PAGOS MARTINEZ ROA cuya vocera es Acción Sociedad Fiduciaria S.A. o, quien haga sus veces.

IV. ANEXOS

1. Poder para actuar
2. RUT de la Fiduciaria
3. RUT de los patrimonios autónomos
4. Certificado de existencia y representación legal de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. emitido por la Superintendencia Financiera.

V. NOTIFICACIONES

El suscrito y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre propio, recibirá notificaciones en la Calle 85 No. 9-65 de la ciudad de Bogotá. E-mail. notijudicial@accion.com.co

Respetuosamente,



DANIEL EDUARDO ARDILA PAEZ
C.C. No. 1.026.272.654 De Bogotá
T.P. No. 280.877 del C. S. de la J.