

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., Diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Expediente No. 11001-31-03-042-2018-00010-00

Procede el Despacho a emitir sentencia de primera instancia dentro de la acción de responsabilidad civil contractual promovida por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA No. 732/1570, cuya vocera es ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en contra de (i) PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, cuya vocera es ALIANZA FIDUCIARIA S.A., (ii) la sociedad comercial CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS en su calidad de único fideicomitente del PATRIMONIO AUTÓNOMO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, (iii) la sociedad comercial FEDCO S.A., (iv) INVERSIONES ELIAT SAS, (v) INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VÁSQUEZ -INVAS S.A., (vi) LUIS FERNANDO VÁSQUEZ MONTOYA, (vii) MIRELLA ESCOLAR DE VÁSQUEZ, (viii) SEBASTIÁN VASQUES ESCOLAR, (ix) MATEO VÁSQUEZ ESCOLAR, (todos ellos como accionistas de la sociedad CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS), (x) GABRIEL EISENBAND GONTOVNIC y (xi) JUAN GUILLERMO RUIZ GARCÍA DE PAREDES (los anteriores como miembro principal de la sociedad CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS).

I.-ANTECEDENTES

1. Como hito generador del presente litigio tenemos que, el día 05 de abril de 2011, ALIANZA FIDUCIARIA S.A., actuando en calidad de vocera del patrimonio autónomo FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, del cual es fideicomitente la sociedad CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA, suscribió “*CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA*” con el patrimonio autónomo FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA No. 732/1570, siendo su promotor ALIANZA FIDUCIARIA S.A. (antes FIDUCOR S.A.), siendo fideicomitente la sociedad ARQUITECTOS INTERNACIONALES SAS y sus beneficiarios, las sociedades TECNO S.A.,

ESPACIOS URBANOS S.A. y GESTIÓN S & G SAS¹, cuyo objeto es el de adquirir o enajenar un paquete de UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA.

2. El mencionado CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0, tuvo por objeto la adquisición de once (11) Unidades Hoteleras Nao Cartagena por valor de TRECE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/L (\$13.648.800.000) por parte de FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA No. 732/1570.

3. Dentro del aludido acuerdo de voluntades se estableció que el inversionista FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA No. 732/1570, se obliga a efectuar los aportes en las cuantías y oportunidades establecidas en el mismo; para el efecto, inicialmente se estableció el siguiente cronograma de aportes por parte del contratante inversionista:

CUOTA	VALOR	FECHA
1	\$1.000.000	08/04/2011
2	\$296.792.000	10/08/2011
3	\$1.191.168.000	10/11/2011
4	\$496.320.000	10/03/2012
5	\$992.640.000	10/06/2012
6	\$10.670.880.000	Contra entrega hotel

4. No obstante, luego de varias modificaciones, en otro si No. 03 de fecha 01 de marzo de 2012² se estableció que el pago de aportes se contraería al siguiente cronograma:

CUOTA	VALOR	FECHA
1	\$1.000.000	"SUMA YA PAGADA"
2	\$13.647.800.000	"CONTRA ENTREGA DEL HOTEL"

5. Yergue resaltar que en el referido negocio jurídico se pactó que, *"cumplidas las condiciones establecidas en la primera parte del presente contrato, EL (LOS) INVERSIONISTA(S) se tendrá(n) para todos los efectos como beneficiario(s) del FIDEICOMISO, con arreglo a los términos y condiciones del contrato de fiducia que al efecto se celebró para dar origen al FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA. En razón a lo anterior, durante la ejecución del CONTRATO y sujeto a que inicie la ETAPA INTERMEDIA, será(n) beneficiario(s) del FIDEICOMISO UNIDADES NAO CARTAGENA, a prorrata de LAS UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA que le(s) corresponden de acuerdo con lo previsto en el presente contrato, y sujeto a que se inicie*

¹ Página 51 y ss PDF 0001

² Página 65 PDF 0001.

la ETAPA DE OPERACIÓN, en la misma proporción”.

6. Lo anterior, dejando salvedad que las demás partes del contrato de vinculación de fecha 05 de abril de 2011, modificado mediante otros No. 01 de fecha 21 de julio de 2011 y otro sí No. 02 de fecha 25 de octubre de 2011, no sufren ninguna modificación y continúan surtiendo plenos efectos entre las partes.

7. Al respecto, la parte demandante señala que estando en curso y ejecución el negocio jurídico contractual de vinculación, y sin que se hubiese cumplido la entrega del hotel que fuera pactada acordada y estipulada como condición suspensiva para la exigibilidad del saldo del precio acordado, la sociedad CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS, en su calidad de fideicomitente constituyente del patrimonio autónomo FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, el día 14 de julio del año 2016, y bajo el radicado No. B1594161, radicó ante ALIANZA FIDUCIARIA S.A. (vocera del mencionado patrimonio autónomo) comunicación contentiva de instrucción irrevocable de aplicación de desistimiento del CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0, reiterada el día 23 de agosto de dicha anualidad ante respuesta en la cual la fiduciaria ponía de presente la improcedencia de dicho desistimiento en tanto que la condición a que se encuentra sujeto el negocio jurídico aquí referido, no se había cumplido, lo cual, finalmente se emitió comunicación al inversionista (aquí demandante) relativa al perfeccionamiento de su desvinculación.

8. Considerando que las decisiones aquí compendiadas son ilegales y desconocedoras de los acuerdos contractuales contraídos por las partes en el referido CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0 y considerándose como perjudicado patrimonialmente por ese presunto incumplimiento, el patrimonio autónomo demandante, en ejercicio de su derecho de acción solicita:

II. PETITUM

Las pretensiones de la demanda se subsumen a que se produzcan declaraciones tendientes a establecer el Incumplimiento contractual en cabeza de FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, y consecuentemente, aquellas que deriven en que FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA no es parte contractual incumplida en el marco del Contrato de Vinculación de Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0 de fecha 05/04/2011, solicitando la condena de los

demás demandados por el presunto despliegue de actos defraudatorios en contra de la demandante, dada su calidad de accionistas y/o administradores de la sociedad CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS, de quienes afirma, constituyen un grupo empresarial no declarado.

Lo anterior en la forma y términos vistos en páginas 447 a 458 del consecutivo No. 0001 del expediente virtual.

III. SÍNTESIS PROCESAL

1. Notificados los demandados, del auto de admisión de la demanda, datado 14 de febrero de 2018³, procedieron a presentar contestación a la demanda y formularon las excepciones de mérito que, seguidamente se compendian:

FAMILIA VÁSQUEZ ESCOLAR y de INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VÁSQUEZ -INVAS S.A.- (PG. 690).

“Carencia de legitimidad en la causa en relación con los accionistas” e “inexigibilidad de reparación”.

GABRIEL EISENBAND GONTOVNIC (PG. 785)

“Falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de legitimación en la causa por activa,” “no haber discutido ni adoptado el demandado Gabriel Eiseband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS, decisión alguna relacionada con la terminación del Contrato De Vinculación De Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0”, “inexistencia de obligaciones en cabeza de Gabriel Eisenband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS, al no ser parte del contrato de vinculación de inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0 (principio de la relatividad de los contratos)”, “inexistencia de responsabilidad imputable a Gabriel Eisenband Gontovnic, derivada de su actuación como miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”, “inexistencia de actuaciones de Gabriel Eisenband Gontovnic que configuren un abuso del derecho”, “falta de legitimación en la causa por activa del demandante para exigir el cobro de perjuicios ante Gabriel Eisenband Gontovnic, como persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”, “inexistencia de declaratoria de actos defraudatorios como supuesto de hecho necesario para la indemnización de perjuicios por parte de accionistas y administradores” e “inexistencia de los supuestos de hecho de que trata el art. 42 de la ley 1248 de 2008 que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad solidaria de administradores y accionistas de la SAS, que pueda ser imputable a Gabriel Eisenband

³ Páginas 447 a 458 PDF. 0001

Contovnic en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”.

FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA (Pg. 963)

“Inexistencia de incumplimiento contractual imputable al Patrimonio Autónomo Unidades Hoteleras Nao Cartagena, derivado del Contrato De Vinculación De Inversionistas No. 10043079337-0”, “inexistencia de abuso del derecho y/o daño antijurídico imputable al Patrimonio Autónomo Unidades Hoteleras Nao Cartagena, con motivo de la terminación del Contrato De Vinculación De Inversionistas No. 10043079337-0”, “inexistencia de perjuicios materiales y morales imputables al Patrimonio Autónomo Unidades Hoteleras Nao Cartagena, con motivo de la terminación del Contrato De Vinculación De Inversionistas No. 10043079337-0”, “inexistencia de actos defraudatorios imputables al patrimonio autónomo unidades hoteleras nao Cartagena” y “materialización de la condición suspensiva pactada en la nota contenida a folio 2 del Contrato De Vinculación De Inversionistas No. 10043079337-0, en relación con la “contra entrega del hotel” y “cobro de lo no debido”.

CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL NAO CARTAGENA (Pg. 1175)

“Terminación del Contrato De Vinculación No. 10043079337-0 obedeció única y exclusivamente a la mora por más de 60 días en el pago de los aportes a cargo del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena, en consecuencia, la instrucción impartida por Constructora Centro Comercial Cartagena SAS fue legítima y ajustada a la cláusula décima sexta del citado contrato”, “la condición suspensiva contra – entrega del hotel acaeció desde el día 13 de mayo de 2015, en consecuencia, todos los plazos pactados en el cronograma del contrato de vinculación no. 10043079337-1 se encontraban vencidos y con mora mayor a 60 días, al momento de su terminación”, “la contra – entrega del hotel corresponde a la fecha de inicio de la preapertura, suceso sustancialmente diferente al inicio de la etapa de operación del Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena y/o a la operación plena del hotel”, “los otrosí es al contrato de vinculación no. 10043079337-0 son inoponibles a Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”, “el otrosí no. 3 al contrato de vinculación no. 10043079337-0 es vinculante frente a Alianza Fiduciaria”, “falta de legitimidad del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena para solicitar el reconocimiento de perjuicios”, “inexistencia de los perjuicios cuyo reconocimiento solicita el demandante” e “inexistencia de responsabilidad solidaria de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS en su calidad de fideicomitente del Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena por los actos ejecutados por la sociedad fiduciaria”.

FEDCO S.A. EN REORGANIZACIÓN e INVERSIONES ELIAT SAS (Pg. 1266).

“Inexistencia de los presupuestos legales para la desestimación de la personalidad jurídica de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS., “falta de legitimación en la

causa por activa del demandante para exigir el cobro de perjuicios”, “falta de legitimación en la causa por pasiva” e “inexistencia del otrosí No. 3 al Contrato De Vinculación No. 10043079337 por falta de consentimiento de Alianza Fiduciaria como vocera del Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena”.

JUAN GUILLERMO RUIZ GARCÍA DE PAREDES (Pg. 1348).

“No haber discutido ni adoptado el demandado Juan Guillermo Ruiz García De Paredes, en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS, decisión alguna relacionada con la terminación del Contrato De Vinculación De Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0”, “inexistencia de obligaciones en cabeza de Juan Guillermo Ruiz García de paredes en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS, al no ser parte del Contrato De Vinculación De Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0. principio de la relatividad de los contratos”, “inexistencia de responsabilidad imputable a Juan Guillermo Ruiz García De Paredes, derivada de su actuación como miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS.”, “inexistencia de actuaciones de Juan Guillermo Ruiz García De Paredes que configuren u abuso del derecho”, “falta de legitimación en la causa por activa del demandante para exigir el cobro de perjuicios ante Juan Guillermo Ruiz García De Paredes, como persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS.”, “inexistencia de declaratoria de actos defraudatorios como supuesto de hecho necesario para la indemnización de perjuicios por parte de accionistas y administradores”, “inexistencia de los supuestos de hecho de que trata el art. 42 de la ley 1248 de 2008 y que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad solidaria de administradores y accionistas de las S.A.S., que pueda se imputable a Juan Guillermo Ruiz García De Paredes en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”. y “falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del demandado Juan Guillermo Ruiz García De Paredes”.

3. Evacuada la audiencia inicial, y la regulada en el Art. 373 del C.G. del P., se dictó el sentido del fallo, en donde se expresó, de manera muy sucinta, las razones para arribar a la conclusión de negar las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero decir, que se han agotado todas las etapas dentro de este proceso como da cuenta la reseña detallada en los acápite anteriores, por lo cual se puede indicar que están dados los presupuestos procesales, pues el libelo fue presentado en legal forma, se notificó al extremo pasivo como corresponde además las partes tienen la capacidad para comparecer a juicio, al igual que este Despacho es competente para adoptar la decisión pertinente, por lo que no queda

duda de la reunión de las condiciones necesarias para que el proceso tenga existencia jurídica y validez formal.

2. Ahora en lo que toca a los presupuestos de la acción, se tiene que la parte demandante pretende que se declare una responsabilidad civil contractual derivada esencialmente del incumplimiento de las obligaciones emanadas del denominado "CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0 del 05 de abril de 2011" en consideración a que, según expone, estando en curso y ejecución, dicho negocio jurídico, y sin que se hubiese cumplido la entrega del hotel, que fuera pactada como condición suspensiva para la exigibilidad del saldo del precio acordado, la sociedad CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS, en su calidad de fideicomitente constituyente del patrimonio autónomo FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, impartió a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. (vocera) instrucción irrevocable de aplicación de desistimiento, quedando unilateralmente terminado en desmedro de su indemnidad patrimonial.

Respeto de los presupuestos de la Responsabilidad Civil Contractual, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, de antaño, ha indicado lo siguiente:

"...6.2.1.- Es suficientemente conocido que los fenómenos jurídicos indemnizatorios que en esta censura se debaten, de intereses comerciales y corrección monetaria, por regla general tienen aplicación en materia de responsabilidad civil. Pues generalmente en este caso, la indemnización de perjuicios supone, necesariamente, el incumplimiento de las obligaciones, o el cumplimiento imperfecto de ellas o su ejecución tardía, de lo cual se derive un perjuicio para el acreedor. Indemnización de perjuicios que ciertamente comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, incluyéndose en aquel concepto la corrección monetaria en los casos reconocidos específicamente por esta Corporación. (casación del 14 de octubre de 1992, G.J. CCXIX, pg.722 y casación del 12 de agosto de 1988, G.J. tomo CXCII, pg.71); y en el segundo, los intereses comerciales correspondientes a obligaciones dinerarias incumplidas o cumplidas defectuosamente. Sin embargo, tratándose de obligaciones contractuales positivas, tal indemnización se deberá "desde que el deudor se ha constituido en mora", en tanto que si la obligación es negativa, ella se debe "desde el momento de la contravención" (art. 1615 del Código Civil); produciéndose dicha mora cuando el deudor deja transcurrir el plazo u oportunidad (convencional, legal o natural) sin ejecutar la obligación o cuando no la ejecuta habiendo sido reconvenido judicialmente..."⁴

⁴ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de marzo de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Lafont Pianetta, exp. 4714.

Bajo éste presupuesto, resulta pertinente recordar que en la celebración de un contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas para las partes. De ahí que, el legislador legitimó “al contratante cumplido o al que se allanó a cumplirlo” para pedir su resolución por incumplimiento, con la consecuente indemnización de perjuicios; sin embargo, para su prosperidad se requiere la perfección y validez del acuerdo, pues así se desprende la lectura del artículo 1546 del C.C.

Lo anterior quiere decir que para el éxito de las pretensiones, la parte actora debe acreditar: i) la existencia de un vínculo bilateral válido; ii) que cumplió con los deberes que le impone el convenio o que se allanó a acatarlo en la forma y tiempo debidos; iii) el incumplimiento, aún parcial, del otro contratante.

Significa entonces que, sólo la parte cumplida se encuentra habilitada para pedir la ejecución del contrato, respecto del contratante incumplido; luego el ejercicio de la acción contractual, se encuentra supeditado a que los litigantes acrediten que honraron los deberes que contrajeron para con la otra parte, o que estuvieron prestos a hacerlo en los términos acordados.

3. De acuerdo con lo indicado líneas atrás, el primer presupuesto es demostrar la existencia de un contrato, válidamente celebrado en punto a ello tenemos el denominado “*Contrato De Vinculación De Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0*”, el cual, el demandado “FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, cuya vocera es ALIANZA FIDUCIARIA S.A”, expresó asentimiento en la contestación a los hechos relativos a la existencia del mismo, empero, de los demás sujetos llamados a juicio, que no son parte del mentado negocio jurídico, por lo que se concluye que, en primera medida existe aptitud legal para demandar al extremo venido de anunciar, empero, respecto de las demás personas llamadas a juicio, es evidente en este momento afirmar, que no participaron en la confección de aquel, sin embargo, como se anunció en la audiencia de instrucción y juzgamiento, el actor no tiene legitimación en la causa, circunstancia por la cual, el despacho desarrollara la postura asumida en el sentido del fallo dictado.

4. En esa medida, teniendo en cuenta que el negocio jurídico aquí estudiado es un contrato bilateral, y dilucidado el asunto pertinente a su existencia, se verificarán los demás presupuestos axiológicos de la acción, iniciando por el relativo al cumplimiento del demandante.

4.1. Al respecto valga señalar que efectivamente en los acápite generales del referido documento, tuvo por objeto la adquisición de once (11) Unidades por valor de TRECE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/L (\$13.648.800.000) por parte de FIDEICOMISO

GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA No. 732/1570, quien se obligó los aportes en las cuantías y oportunidades establecidas en el mismo, bajo el siguiente cronograma de aportes por parte del contratante inversionista:

CUOTA	VALOR	FECHA
1	\$1.000.000	08/04/2011
2	\$296.792.000	10/08/2011
3	\$1.191.168.000	10/11/2011
4	\$496.320.000	10/03/2012
5	\$992.640.000	10/06/2012
6	\$10.670.880.000	Contra entrega hotel

4.2 No obstante, en un otrosi No. 03, de fecha 01 de marzo de 2012⁵ se estableció que el pago de aportes se contraería al siguiente cronograma:

CUOTA	VALOR	FECHA
1	\$1.000.000	"SUMA YA PAGADA"
2	\$13.647.800.000	"CONTRA ENTREGA DEL HOTEL"

4.3 Respecto del primer pago, no hay discusión ante dicho hecho, pues fue ratificado por ambos extremos en contienda, pero, para dar precisión a la expresión a contra entrega, en donde nacía la obligación de cancelar el valor de \$13.647.800.000, y que es el problema jurídico que debe resolver el juzgado, se estipulo la siguiente condición:

"La fecha estimada del último aporte (sic), esto es, "Contra Entrega Hotel", será cuando se expida un comunicado del FIDEICOMITENTE GERENTE -GESTIÓN S & G SAS- y el interventor del proyecto, manifestando que empezó la etapa de pre – apertura del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo de 2010⁶".

4.4 Así mismo se tiene que, en efecto, tanto en el cronograma inicial, como en los plasmados en los otro si, siendo el último de estos el número 03 del 01 de marzo de 2021, se pactó que el saldo de \$13.647.800.000 sería cancelado a contra entrega del hotel, es decir, dentro del plazo señalado en el inciso anterior⁷.

4.5 Al unísono tenemos que, en la cláusula 16^o del citado contrato se pactó:

⁵ Página 65 PDF 0001.

⁶ Página 52 PDF 0001

⁷ Páginas 64 Y 65 PDF 0001

“DESISTIMIENTO: Se entenderá que **EL (LOS) INVERSIONISTA(S)** desiste (n) de su vinculación a este contrato cuando:

1. Incumple(n) alguna de sus obligaciones contractuales o manifiesta(n) su intención de dar por terminado el contrato, caso en el cual ALIANZA podrá descontar el 20% del total de los recursos que EL (LOS) INVERSIONISTA (S) se obliga(n) a aportar mediante el presente contrato al FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, a título de cláusula penal.
2. Exista mora de más de 60 días en los pagos estipulados en la primera página de este documento, caso en el cual procederá a la sanción en los mismos términos, valores u condiciones establecidos en el punto anterior, en este evento, ALIANZA procederá a notificar por escrito a el FIDEICOMITENTE el hecho de la desvinculación de EL (LOS) INVERSIONISTA(S) (sic).

4.6 Así, se aprecia que en la cláusula 17º *Ibidem* se materializa la consecuencia contractual en punto a las referidas causales de incumplimiento de la siguiente manera:

“MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES: En el evento en el que EL (LOS) INVERSIONISTA(S) incurra(n) en mora en la entrega de los recursos que constituyen sus aportes, sin perjuicio de la posibilidad de cobro de los intereses moratorios previstos en la cláusula segunda, EL FIDEICOMITENTE podrá Solicitar a LA FIDUCIA la aplicación de la cláusula que antecede, quedando en libertad el FIDEICOMITENTE, de vincular con relación a la(s) unidad(es) de que trata el presente contrato”.

Bajo ese derrotero, corresponde realizar un estudio que permita establecer las obligaciones que recíprocamente asumieron las partes contractuales a fin de verificar lo pertinente al presupuesto de “contratante cumplido” en cabeza de la parte demandante, y si en ese cause, el desistimiento a que fue sometido por parte de FIDUCIA UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, configura un incumplimiento del extremo demandado.

5. Teniendo como referencia que el plazo para el pago del saldo final de aportes a cargo de FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570, de conformidad con el acápite 2º del contrato de vinculación, es a “*contra entrega del hotel*”, y que la misma se materializa mediante comunicación que GESTIÓN S & G SAS, conjuntamente con el interventor del proyecto en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo de 2010⁸, se abre paso el análisis de la voluntad allí expresada por las partes, a fin de establecer

⁸ Página 159 PDF 0001

si, como lo afirma la parte demandante, la aplicación de la cláusula de incumplimiento se ejecutó sin haberse cumplido la condición suspensiva de “contra entrega del hotel”, o si por el contrario, habiéndose configurado la misma, resulta contractualmente justificada esta medida.

Para el efecto se precisa que el artículo 4º, del contrato de administración (a que se hace referencia en el CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0) celebrado entre SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA y SIX CONTINENTS HOTELS DE COLOMBIA, establece que la pre- apertura inicia **(i)** 18 meses antes de la fecha de apertura esperada o **(ii)** 90 días antes de la fecha en que el operador anticipe razonablemente que comenzará a incurrir en gastos de pre apertura.

En esa línea, se establece que el hito a partir del cual, contractualmente se tiene por iniciada la pre apertura del hotel, es la emisión de comunicación emanada del GESTIÓN S & G SAS, conjuntamente con el interventor del proyecto, una vez cumplidas las condiciones establecidas en la cláusula 4ª del contrato de administración suscrito entre la SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA y SIX CONTINENTS HOTELS DE COLOMBIA.

6. Al respecto, la parte demandante, en el hecho No. 27 del libelo inicial, expone que GESTIÓN S&G SAS no ha expedido comunicación alguna respecto de la nota del acápite inicial del CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0 (entrega del hotel), por lo que considera que la condición para el pago del saldo no está cumplida.

En efecto, el representante legal para asuntos judiciales de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera del patrimonio autónomo FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570, en interrogatorio de parte surtido el día 10 de agosto de 2020, textualmente manifestó que la parte demandada no ha acreditado (a la fecha) las condiciones para la entrega del hotel. Al respecto afirma que, para esa calenda, se encuentran a la espera del cumplimiento de las condiciones para poder atender las obligaciones contraídas de cara al cumplimiento de dicha condición “contra entrega del hotel”⁹.

Sin embargo, frente a la presunta inexecución de la condición suspensiva de entrega del hotel al operador, vale la pena destacar que la señora MARGARITA MARÍA CUERVO, actuando como representante legal del operador hotelero (y por

⁹ Minuto 30:50 (parte 2)

tal razón, testigo de especial relevancia), en audiencia realizada el día 10 de noviembre de 2021, puntualmente refirió que la apertura del hotel fue el 13 de mayo de 2015, fecha a partir de la cual, el hotel ha operado normalmente¹⁰; posición compartida con la representante legal del FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, doctora TATIANA ANDREA ORTIZ, quien en audiencia del 10 de agosto de 2020 indico precisamente que, desde la pre apertura del hotel, ocurrida el 13 de mayo de 2015, éste ha permanecido en plena operación, pues después de la pre apertura, nunca fue cerrado.

La anterior Versión fue corroborada por la señora ESMERALDA ROCERÍA como directora de Gestión de Negocios Fiduciarios de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., quien en audiencia datada el 14 de febrero de 2021 puntualizó que el hotel empezó en funcionamiento el mismo día mes y año citados arriba¹¹, al igual que MARÍA CONSUELO PAREJA en audiencia del 25 de octubre de 2021, quien refirió que la pre apertura del hotel ocurrió en esa misma fecha¹².

Al unísono, el señor ANTONIO LOZANO PAREJA, testigo que a los ojos de este Despacho cobra gran relevancia por cuanto es representante legal de la sociedad que se desempeñó como interventora del proyecto hotelero (CONCOL SAS), y quien además de señalar en audiencia del 25 de enero de 2022 (parte 2) que la fecha de pre apertura acaeció en la data citada, agregó que, en ese acto, efectivamente le fue entregado el hotel al operador¹³.

Ahora bien, a lo anterior debe agregar el Despacho que el testigo de la parte demandante, señor LEO EISENBAND, en audiencia del 18 de marzo de 2021 (parte 6), igualmente señaló y reitero que tiene por entendido que si existió un “*soft opening*” que se dio exactamente el día 13 de mayo de 2015¹⁴.

Ahora bien, del examen realizado al material probatorio adosado al plenario se observa que los días 01 y 02 de junio de 2015, GESTIÓN S&G SAS (gerente del proyecto) y ESPACIOS URBANOS SAS (beneficiaria del FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570), así como CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA y HOTEL INTERCONTINENTAL CARTAGENA emiten el referido comunicado “*manifestando que empezó la etapa de pre – apertura del hotel*”¹⁵, teniendo como fecha de tal acontecimiento, el día 13 de mayo de 2015.

¹⁰ Minuto 43:22 (parte 1)

¹¹ Minuto 17:40

¹² Minuto 56:46

¹³ Minuto 55:36

¹⁴ Minutos 39:49 y 1:00:05

¹⁵ páginas 909 y 950 PDF 0001

En este punto, debe ponerse en relieve que, tanto GESTIÓN S & G es fideicomitente y beneficiaria, como ESPACIOS URBANOS SAS es beneficiaria del Patrimonio Autónomo demandante¹⁶ razón por la cual, debe poner de presente el Despacho que no es plausible, el sentir de la parte demandante al manifestar que nunca tuvo conocimiento de la comunicación que, en virtud de lo establecido en la cláusula 4ª del contrato de administración hotelera, inmerso en la nota inserta en el contrato de vinculación de inversionistas (objeto de litigio), pues como bien se observa, fueron dos de sus beneficiarios, uno de ellos en calidad de gerente del proyecto quienes emitieron el comunicado que dio vía libre al cumplimiento de la condición suspensiva de entrega del hotel al operador como hito generador del vencimiento del plazo con que el FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570 contaba para efectuar el pago del saldo correspondiente a los aportes a que se había obligado realizar de conformidad con lo pactado en el otro sí No. 03 del CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0.

Siguiendo con la línea argumentativa, hasta aquí seguida, ha de señalarse que el hito generador del advenimiento de la condición suspensiva del pago del saldo del precio pactado en el negocio jurídico causal de la acción, encuentra respaldo probatorio a lo largo del plenario, así como en las pruebas practicadas en audiencias adelantadas en este asunto.

De éstas pruebas, el Despacho destaca las comunicaciones obrantes en páginas 909 y 950 del consecutivo No 0001 del expediente, al igual que la documental obrante en páginas 933 y siguientes del referido documento¹⁷, en la cual se deja expresa constancia, por parte de CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS y ALIANZA FIDUCIARIA SA., del inicio de la pre apertura echada de menos por el demandante, el día 13 de mayo de 2015 por parte del operador del hotel y con base en lo estipulado en el artículo 4º del contrato celebrado para la administración del mismo, siendo este extraído de documento contentivo de “primer convenio modificadorio al contrato de administración” celebrado entre SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA y SIX CONTINENTS HOTELS DE COLOMBIA, cuyo numeral 6º indica que “*Las partes convienen que la fecha de apertura se definirá como el 13 de mayo de 2015*”.

En ese cause, resulta relevante señalar que la sociedad CONCOL SAS, en calidad de interventor del proyecto NAO FUN & SHOPPING (fideicomiso encargado de la construcción del hotel), certifica que el Hotel Intercontinental Cartagena de Indias realizó la apertura parcial (pre apertura o soft opening) a partir del 13 de mayo

¹⁶ contrato de fiducia mercantil Grupo Promotor Nao Cartagena 732/ 1570 Páginas 321 Y SS, PDF 0001

¹⁷ Aclaración Al Contrato De Fiducia Mercantil De Administración Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena

de 2015, fecha en la cual se inició la atención al público con 124 habitaciones, áreas de servicio y las áreas públicas de los pisos 1, 6 y 6 mezzanine, que incluyeron entre otros, recepción, coffe lounge, concierge, restaurante, cava, centro de convenciones, piscina, business center y salas de reuniones¹⁸.

Lo anterior con fundamento en comunicación datada 02 de junio de 2015, mediante la cual, CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA y la gerencia general del HOTEL INTERCONTINENTAL CARTAGENA, indican de manera previa, haber autorizado al operador del proyecto "SIX CONTINENTS HOTELS DE COLOMBIA S.A"., para que procediera a la pre apertura preliminar y parcial al público, el día 13 de mayo de 2015¹⁹.

Frente a este documento, vale la pena precisar que allí se dejó evidencia de actos preparatorios contenidos en correo electrónico remitido del abonado jbecerra@gestionsyg.com, en el cual se anuncia, por parte de GESTIÓN S&G SAS, desde el 26 de mayo, la emisión de misiva adiada 11 de mayo de 2015 relativa al inicio de la pre apertura del hotel con la finalidad de detectar, generar las pruebas y realizar los ajustes necesarios que permitan asegurar el correcto funcionamiento del hotel, una vez entre en operación el 100%, lo cual denota que si había conocimiento del advenimiento de la pre apertura echada de menos por el fideicomiso demandante.

En ese orden, observa el Despacho que, con fecha 07 de mayo de 2015, el señor JAIRO BECERRA de GESTIÓN S&G SAS, dirigiéndose a la gerencia del hotel en correo electrónico visible en página 75 del consecutivo No. 0168, remite borrador de carta relativa a la aplicación de la cláusula 4^a del contrato de operación hotelera (suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARGATENA SAS y SIX CONTINENTS HOTELS DE COLOMBIA S.A) para efectos de efectuar la pre apertura o soft opening del hotel.

Así mismo, en comunicación de fecha 13 de mayo de 2015 el operador, la gerencia del hotel y GESTIÓN H&G SAS, por conducto del señor JAIRO BECERRA, emiten disposiciones para la inauguración del hotel, recalcando que la misma se lleva a cabo ese día.

Siendo ello así, se advierte que con lo manifestado por GESTIÓN S&G SAS, (de quien se reitera, es fideicomitente en el FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570, sí como del FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING) en informe de gerencia adiado 15 de febrero de 2016²⁰, confirma lo indicado en la

¹⁸ Página 98 PDF 0168

¹⁹ Página 950 PDF 0001

²⁰ Páginas 347 y ss PDF 0001

cadena de pruebas relacionadas en éste acápite, pues en su numeral 5º, textualmente se indica que *“Desde el 13 de mayo de 2015 el operador del Hotel, Intercontinental Hotels Group -Cadena Intercontinental, se encuentra en pre operación con apertura parcial del hotel.”*

Así las cosas, y sin perder de vista que los señores(as), MARGARITA MARÍA CUERVO como representante legal de IHG (operador hotelero), ESMERALDA ROCERÍA como Directora de Gestión de Negocios Fiduciarios de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., ANTONIO LOZANO PAREJA, representante legal de CONCOL SAS (interventor del proyecto), CARLOS GONZÁLEZ RUBIO, representante legal de CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS, concuerdan en que la condición suspensiva del contrato de Vinculación de Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0 (báculo de la acción), tuvo ocurrencia el día 13 de mayo de 2015 con la pre - apertura del hotel.

Con todo, sin lugar a dubitación alguna advierte que se presentan dos situaciones a saber:

La **primera**, es el establecimiento que la condición suspensiva del negocio jurídico causal de este litigio, tuvo cumplimiento el día 13 de mayo de 2015.

La **segunda**, que contrario a lo manifestado por el extremo demandante (Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena 732-1570), dicho acontecimiento fue de su conocido por sus beneficiarios en atención a que GESTIÓN S & G SAS y ESPACIOS URBANOS SAS, fueron los responsables de la organización, preparación y comunicación de la pre apertura del hotel, incluso antes de llegada la aludida fecha, razón por la cual, no serán de recibo sus argumentos en procura de las declaraciones y condenas aquí solicitadas.

7. En línea con lo anterior, procede establecer si la causal de desistimiento prevista en la cláusula 16º del Contrato De Vinculación De Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0, según la cual, la mora en el pago por más de 60 días genera la aplicación de instrucción irrevocable de desistimiento contractual; ha nacido a la vida jurídica, y si bajo ese derrotero, la aplicación que efectivamente dio de esta, la sociedad CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA SAS dentro del mencionado acuerdo de voluntades.

Sobre este particular punto, debe estimarse que además de los estados de cuenta allegados por los convocados en archivo PDF No. 164, funge como prueba

de la configuración de la mora la misiva de fecha 07 de julio de 2016²¹ y su reiteración de fecha 23 de agosto de 2016²², a través de la cual se imparte a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la instrucción irrevocable para aplicar el retiro del inversionista Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena No. 732/1570, en atención a que, para dicha calenda, solamente se hizo, por parte de este inversionista, un abono por la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (\$1.000.000)

Lo anterior, teniendo en cuenta igualmente que el señor CARLOS JOSÉ JIMÉNEZ NIETO, en audiencia adelantada el día 10 de agosto de 2020, confesó que su representada solamente ha hecho el pago de la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (\$1.000.000)²³

Así las cosas, palmario resulta que, habiéndose emitido la instrucción de retiro o desistimiento del inversionista los días 07 de julio y 23 de agosto de 2016 sin que se hubiere configurado el pago del saldo debido por la suma de TRECE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/L (\$13.647.800.000), hecho confeso por la parte demandante en interrogatorio surtido el 10 de agosto de 2020, así como por su apoderado judicial en los alegatos de cierre²⁴; efectivamente se configuró la causal de desistimiento en tanto que la mora se extendió, por mucho, más allá de los 60 días estipulados, pues cuando se le comunicó su desvinculación del negocio causal de esta demanda, ya habida pasado más de un año sin que el saldo allí pactado se hubiere sufragado.

En conclusión, encuentra esta Judicatura plenamente acreditado que lo pactado en el CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0, el FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570 asumió la obligación de pagar la suma de TRECE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/L (\$13.648.800.000), siendo exigible dicha suma bajo la condición “contra entrega del hotel”, condición suspensiva cuya materialización se previó en artículo 4º de contrato de administración hotelera suscrito entre SOCIEDAD CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA y SIX CONTINENTS HOTELS DE COLOMBIA, así como en la nota inserta en la página 2 del mencionado contrato de vinculación.

Cabe señalar que, en los términos de la nota inserta en el contrato de vinculación, el hito generador del perfeccionamiento de la dicha condición suspensiva, se materializaría mediante comunicación, a través de la cual, GESTIÓN H&G SAS, y la interventoría del proyecto informaran sobre el inicio de la etapa de

²¹ Página 1163 y ss PDF 0001

²² Página 896 PDF 0001

²³ Minuto 43:16

²⁴ Artículo 93 CGP

pre apertura del hotel, entendida esta como la entrega al operador para el inicio de funciones correspondiente.

Sobre este punto, y como ya se indicó, es preciso señalar que, efectivamente las aludidas comunicaciones fueron emitidas, hecho corroborado con la documental venida de citar en líneas anteriores y con los testimonios aquí analizados, de entre los cuales se destaca que tanto la interventoría del proyecto, como el operador a través de sus representantes legales asintieron en punto a determinar que la pre apertura efectivamente ocurrió el 13 de mayo de 2015; situación conocida por los beneficiarios del el FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570, GESTIÓN S&G y ESPACIOS URBANOS SAS, sociedades que incluso participaron activamente en los actos previos, concomitantes y posteriores a dicho evento.

Vale la pena traer a colación igualmente que, el advenimiento de la pre apertura, contrario a lo afirmado por el representante legal de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. (vocera del fideicomiso demandante), devino en la sobreviniente operación plena del hotel, incluso hasta la presente calenda, pues así lo afirman, el operador hotelero, el interventor del proyecto y los demandados en exposición probatoria realizada en audiencia de instrucción y juzgamiento a través de sus alegatos de cierre.

Siendo ello así, y teniendo como derrotero que el extremo actor solamente ha pagado la suma de UN MILLÓN DE PESOS, sin registrar pago alguno dentro de los 60 días siguientes a la pre apertura comprobada del hotel (hecho confeso y probado documentalmente y a través de los testimonios aquí citados), es pertinente concluir que ante el incumplimiento contractual de la parte demandante, en manera alguna puede hacerse exigible obligación alguna al FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, en tanto que, de un aparte, las obligaciones de esta solamente podrían surgir a partir del pago oportuno del saldo pactado para poder ser (el demandante) integrado este fideicomiso como inversionista y acreedor de excedentes y rendimientos de operación; no obstante, como ello no ocurrió, no se tendrá al fideicomiso demandado como incumplido en razón de la inobservancia contractual primigenia de quien promovió la presente acción

8. En consecuencia, Encontrándose establecido que en el sub judice no se cumple con la totalidad de los presupuestos axiológicos de la presente acción, en atención a que el demandante no acreditó ser parte contractual cumplida e los términos del artículo 1609 del Código Civil²⁵, se relevará este fallador de analizar los demás puntos en contienda, ni la relación con los demás sujetos procesales,

²⁵ “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

despachando desfavorablemente las pretensiones incoativas.

V DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **EL JUZGADO 42º CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: TERMINAR el proceso de la referencia

TERCERO: Condenar a la parte demandante al pago de las **COSTAS** del proceso. Tásense. Inclúyase como agencias en derecho a cargo de la parte demandante, para ser incluidas en la anterior liquidación, la suma de Diez Millones de pesos. (\$212.000.000.00).

CUARTO: En firme esta decisión, procédase al archivo de las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez.


HERNÁN AUGUSTO BOLÍVAR SILVA

D.M.

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., Diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Expediente No. 11001-31-03-042-2020-00294-00

Conforme lo solicitado en consecutivo PDF No. 161, y con fundamento en el artículo 76 del Código General del Proceso, se entiende terminado el mandato conferido por la sociedad PUERTO 80 SAS a YURI LILIANA VARGAS DELGADILLO, como quiera que se renunció al mismo.

Ahora bien, teniendo en cuenta las manifestaciones allegadas en consecutivo No. 163, el despacho Resuelve:

Primero: Reconocer personería adjetiva al abogado JORGE EDUARDO CAMARGO BOTELLO para actuar en las presentes diligencias, de conformidad con el poder conferido (Pg. 2).

Segundo: En aras de garantizar el acceso a las diligencias por parte del apoderado aquí reconocido, se ordena a la Secretaría, remitirle el link del expediente de manera inmediata.

Tercero: Atendiendo la excusa presentada por el referido profesional del derecho, el Despacho dispone, por única y última vez, la audiencia programada para el día 11 de agosto de 2022.

En consecuencia, se fija el día 22 de agosto de 2022 a la hora de las 09:30 am.

NOTIFÍQUESE,

El Juez,



HERNÁN AUGUSTO BOLÍVAR SILVA

D.M.