

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Proceso	Verbal – protección al consumidor financiero
Demandante	Ugo Manuel Clavijo Baquero, Luis Felipe Clavijo Azcárate, Beatriz Eugenia Azcárate Materon, Juliana Clavijo Azcárate, María Alejandra Clavijo Azcárate en calidad de fideicomitentes y beneficiarios del Fideicomiso Chile. - El Fideicomiso Chile en calidad de fideicomitente del patrimonio autónomo Boho Market Macarena.
Demandado	Alianza Sociedad Fiduciaria S.A
Vinculado de oficio	Opera Inversiones Urbanas
Llamadas en garantía	- La Previsora Seguros S.A. Compañía de Seguros - Zurich Colombia Seguros S.A.
Radicado	110013199 003 2021 02969 01
Instancia	Segunda

Proyecto discutido en Sala de Decisión del 13, 28 de agosto y 4 de septiembre de 2024

Se proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los demandantes, Alianza Sociedad Fiduciaria S.A. y la llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023 por la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, en el asunto en referencia.¹

I. ANTECEDENTES

¹ Proceso repartido en segunda instancia el 13 de septiembre de 2023.

1. Pretensiones.²

Los demandantes promovieron acción de protección al consumidor para que, a través del proceso verbal se declare de forma principal: *i)* la existencia del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos suscrito el 23 de julio de 2018, entre Opera Inversiones Urbanas S.A.S y el patrimonio autónomo Fideicomiso Chile en calidad de fideicomitentes, y Alianza en calidad de fiduciaria y vocera del patrimonio autónomo Boho Market, *ii)* *que* la fiduciaria incumplió sus deberes y por tanto el contrato al realizar juicios de valor y ejecutar órdenes de giro incorrectas y sin los soportes necesarios y *iii)* la nulidad relativa por error en la suscripción indebida del otrosí número 01 suscrito el 14 de agosto de 2018 por Alianza Fiduciaria S.A.

Y para la condena contra Alianza Fiduciaria S.A., en calidad de fiduciaria y vocera del patrimonio autónomo Boho Market: *i)* la suma de \$341.387.284, o la suma dineraria que logre probarse, a favor del Fideicomiso Chile correspondiente a los valores que se giraron en clara contravención del contrato, *ii)* se ordene la rescisión del otrosí número 01 firmado el 14 de agosto de 2018 y la restitución de \$1.465.997.148 equivalente al valor monetario de las órdenes indebidamente giradas y gravámenes por movimientos financieros, *iii)* la suma \$64.681.516 correspondiente a los rendimientos que el dinero hubiese producido en el fondo de inversión colectiva de no haberse ejecutado una orden errónea y sin los soportes y *iv)* el pago de las costas.

Como primera pretensión subsidiaria reclama que se declare: *i)* la existencia del contrato de fiducia mercantil, *ii)* el incumplimiento de este y como consecuencia de ello el pago de \$1.807.384.432 correspondiente a los dineros girados contrariando las instrucciones y aprobaciones expresas y \$64.681.516 correspondientes a la rentabilidad que el dinero hubiese producir y *iii)* el pago de las costas.

² Cuaderno Superintendencia Financiera de Colombia. Archivo 01 y 12.

Como Segunda pretensión subsidiaria reclama que se declare: *i)* la existencia del contrato de fiducia mercantil, *ii)* el incumplimiento de este, como consecuencia de ello, el pago de \$341.387.284 correspondiente a los dineros girados contrariando las instrucciones, además, *iii)* solicitó que se resuelva la nulidad absoluta del anexo número 01 firmado el 14 de agosto de 2018 y se ordene la restitución de \$1.465.997.148 equivalente al valor monetario de las órdenes indebidamente giradas y gravámenes por movimientos financieros, aunado a ello, por la suma \$64.681.516 a correspondiente a los rendimientos que el dinero hubiese producido y *iv)* el pago de las costas.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones³

Boho Market Macarena surge con ocasión de la aceptación por parte de los fideicomitentes del Fideicomiso Chile y de la sociedad Opera Inversiones Urbanas S.A.S. a participar en calidad de inversionistas del proyecto inmobiliario a través de la suscripción del “*Acuerdo de inversión del proyecto Boho Macarena*”, lo cual a su vez conllevó a la suscripción del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos.

Indicó que en el instrumento contractual se estableció claramente que las sumas aportadas por el fiduciante aportante eran exclusivamente para: 1) Realizar el pago de costos preoperativos y 2) Adquirir los derechos fiduciarios en el fideicomiso inmobiliario.

Para llevar a cabo el contrato, Alianza Fiduciaria S.A. era la encargada de disponer los recursos para efectuar los pagos al fideicomiso inmobiliario y a los sujetos del “*anexo 1*” de conformidad con la cláusula novena, quienes realizarían aspectos pre operativos. En atención a las instrucciones de Opera Inversiones Urbanas S.A.S. quien era el ordenador de giros y a los hoy demandantes les correspondía aportar la suma de \$1.807.384.432.

³ Ibidem.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que entre el 3 al 13 de agosto de 2018 Alianza Fiduciaria S.A. retiró del Fideicomiso Boho Market Macarena, por instrucciones del ordenador de giros, la suma de \$341.387.284 incumpliendo el procedimiento operativo y las condiciones de giro, sin cumplir con su labor de devolver los pagos, toda vez que: *i)* las órdenes no iban acompañadas de los respectivos soportes en los que constara el servicio prestado, *ii)* Pasabocas Piquitos nunca ajustó su objeto y finalidad al desarrollo del proyecto inmobiliario tal y como consta en su rendición de cuentas con corte al 31 de diciembre de 2018 y *iii)* no se habían obtenido para esa fecha entregado el estudio de títulos elaborado por un abogado titulado, el concepto sobre la viabilidad técnica, la certificación sobre la viabilidad financiera, los permisos, las licencias de construcción o urbanística y las autorizaciones necesarias para la correcta ejecución y operación, tal como lo exigía el contrato para poder realizar los desembolsos.

Por otro lado, señaló que el 8 de agosto de 2018, el abogado de Opera Inversiones Urbanas envió un correo a Alexandra Álvarez Marín Directora Comercial de Negocios Fiduciarios de Alianza Fiduciaria con copia a María Alejandra Clavijo parte del Fideicomiso Chile, donde señaló la necesidad de realizar una modificación a las condiciones del contrato para poder realizar los giros, por cuanto, estas impedían cumplir con el objeto. Documento que fue aceptado el 9 de agosto de 2018 por la fideicomitente, no obstante, resaltó que el 14 de agosto de 2018 Alianza suscribió un instrumento diferente, el que fue informado solo hasta el 2 de enero de 2020.

Consecuente con lo anterior, señaló que la fiduciaria desembolsó \$1.452.798.652, con posterioridad a la firma del otrosí, sin el lleno de requisitos y soportes pactados en la cláusula novena del contrato. Puesto que, hay facturas por \$232.299.176 que fueron expedidas por sociedades que no son terceros pre operativos, así como \$200.414.652 girados con el mismo problema, hay otras que son anteriores a la fecha de suscripción de la fiducia, se gastaron \$602.114.296 y solo existen cuentas de cobro y no están las facturas con el número ni el IVA correspondiente. Aunado a lo dicho, señaló la demandante que la Fiduciaria no cuenta con los soportes correspondientes tal como lo manifestaron en diversos

oficios por lo que debió devolver los pagos de conformidad, la cual estaba pactada desde el inicio del contrato y quedó igual en los otros sí.

Finalmente arguyó que, en una ocasión se desembolsó dinero sin que existiera orden de giro, además de que algunas fueron realizadas sin los respectivos soportes. Además, sustentó que no se cumplió el plazo de 6 meses para rendir cuentas.

3. Posición de las partes pasivas y llamadas en garantía.

3.1. Alianza Fiduciaria S.A. en el escrito de contestación a la demanda: i) se opuso a las pretensiones excepto a la primera de las principales y de las subsidiarias, ii) dio respuesta a cada uno de los hechos, iii) objetó el juramento estimatorio y iv) efectuó el llamamiento en garantía. Propuso expresamente, entre otras, la siguiente excepción de fondo: *“ausencia de relación de consumo por el carácter profesional de los constructores Clavijo”*⁴ sustentada en que los demandantes son inversionistas en materia inmobiliaria y constructores profesionales, y que, en consecuencia, no pueden ser considerados como unos consumidores que se encuentran en una posición desigual que amerite la protección del estatuto del consumidor.

3.2. Zurich Colombia Seguros S.A. tanto en el escrito de contestación a la demanda como en el del llamamiento en garantía: i) se opuso a todas las pretensiones y ii) dio respuesta a cada uno de los hechos, además, iii) objetó el juramento estimatorio.

3.3. La Previsora S.A. Compañía de Seguros tanto en el escrito de contestación a la demanda como en el del llamamiento en garantía: i) se opuso a todas las pretensiones, ii) dio respuesta a cada uno de los hechos y iii) objetó el juramento estimatorio. Expresamente alegó la siguiente excepción de mérito⁵: *“Inexistencia de relación de consumo. Los demandantes de la familia Clavijo no son consumidores.”* Señala que para evaluar la eventual existencia de una relación de

⁴ Archivo 038 Anexos. Cuaderno primera instancia. Página 51

⁵ Archivo 091 contestación llamamiento. Cuaderno primera instancia. Pág. 21

consumiso, no debe acudir a la definición de consumidor financiero establecida en la ley 1328 de 2009, sino también a la definición de consumidor señalada en el Estatuto de Protección al consumidor, pues la existencia de la ley especial no invalida los preceptos del estatuto general. El negocio celebrado se trató de una necesidad empresarial que está ligada intrínsecamente al giro ordinario de sus negocios, pues los miembros de la familia Clavijo se dedican profesionalmente a la construcción, promoción y desarrollo de proyectos de propiedad raíz, entre otras actividades afines, máxime si el contrato de fiducia fue celebrado para desarrollar justamente un proyecto inmobiliario.

3.4. Opera Inversiones Urbanas S.A.S. en liquidación judicial en el escrito de contestación a la demanda: i) se opuso a las pretensiones excepto a la primera de las principales y de las subsidiarias, ii) dio respuesta a cada uno de los hechos, iii) solicitó un amparo de pobreza y iv) presentó como excepciones previas: inexistencia de prueba de la calidad en la que actúa como parte demandada en el proceso e incapacidad para actuar.

4. La Sentencia de primera instancia⁶

La Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante fallo escrito del 25 de mayo de 2023, dispuso lo siguiente: declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas y la vinculada, declaró civil y contractualmente responsable a Alianza Fiduciaria S.A, la condenó al pago de \$175.000.000, tuvo por probada la excepción ausencia de cobertura temporal entablada por Zurich Colombia Seguros S.A. como consecuencia negó el llamamiento en garantía, ordenó a la Previsora S.A. Compañía de Seguros a responder por la suma de \$502.454.441,32, y no condenó en costas.

Frente al tema de la ausencia de relación de consumo por el carácter profesional de los constructores Clavijo, señaló que dicha hipótesis no tiene asidero en este litigio de raigambre especial, dado el escenario financiero que está regido

⁶ Ibidem. Archivo 340.

en primer término por las normas especiales, y en lo allí no regulado, en las generales conforme su especificidad, especialidad y jerarquía. Es evidente que los aquí demandantes, no vienen como personas naturales sino de cara al interés directo, legítimo y actual de ser fideicomitentes del Fideicomiso Chile afectado con el devenir del Fideicomiso Boho Market que es materia de estudio, sí tienen la condición de clientes, y para el caso, al tener capacidad de ser parte procesal en aras de defender su patrimonio como consumidores financieros que por ley les asiste ese derecho. Afirma que conforme el artículo 5 de la Ley 17 de 1887, la disposición relativa a un asunto especial, prefiere a la que tiene carácter general.

Sobre el fondo del litigio precisó:

Las condiciones del contrato de fiducia fueron modificadas situación que se cuestiona fue desconocida por la actora al no haber autorizado este en dicho clausulado sino otro distinto.

Con respecto a la nulidad propuesta por la parte demandante señaló que los 2 años de saneamiento por los vicios del consentimiento se tendrían como superados el 14 de agosto de 2020, como la demanda se radicó el 13 de julio de 2021 no puede ser declarado al no haberse acudido en tiempo a la jurisdicción, además de lo anterior, la encargada de los negocios de la familia Clavijo sí dio el consentimiento expreso para la eliminación de la cláusula 9.2 conforme el otro sí del 14 de agosto de 2018, lo cual se corrobora con los correos allegados al proceso y con su declaración como testigo. Es así que, aseguró que aquí poco aporta el dictamen adelantado de cara a la trazabilidad e información contenida en los correos, no solamente porque la prueba estuvo dirigida a revisar únicamente los correos que dispuso la misma actora sin poderse determinar, como lo señaló el perito, si había más cruces de correos en este sentido.

Por otra parte, se enfocó en estudiar si la fiduciaria en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Boho Market Macarena incumplió el contrato al ejecutar órdenes de giro incorrectas y sin los soportes necesarios, tal como se exigía en la cláusula 9. De cara a ello, analizó en dos momentos diferentes los giros

realizados, primero lo que se dieron antes del otrosí nro. 01 de fecha 14 de agosto de 2018 y segundo los posteriores a este, debido a que las instrucciones fueron modificadas.

En el primero de los casos, encontró probado que se produjeron giros de dineros entre el 3 al 13 de agosto de 2018 antes del otrosí, también que no se contaba, por cuanto no se aportó prueba en este contexto, licencia y autorización para la ejecución del proyecto fideicomiso Boho Market, la cual debía estar vigente y en firme con antelación al 3 del mismo mes y año en cita, momento en que comenzaron a ejecutarse las órdenes de pago.

Evidenció que las instrucciones de giro de Opera Inversiones no contaban con los soportes de legalización, por el contrario, los dineros fueron girados como anticipos pendientes de legalizar, además, se hicieron a destinatarios diferentes a los sujetos que estaban consignados en el anexo 1 y a quiénes únicamente se autorizó conforme el numeral 11 de las definiciones de este contrato, se hicieron pagos a la Compañía Nacional de Pasabocas Piquitos Ltda. y a City Proyectos S.A.S.

Con posterioridad al otrosí, contempló que se eliminó el numeral 9.2 y solo quedó la cláusula 9, así mismo, concluyó que aún seguía vigente la limitación del numeral 11 y 15 correspondiente al anexo 1. De lo anterior estableció que, del listado de giros posteriores al 14 de agosto de 2018, se evidenciaron unos pagos a las compañías Inversiones Rodríguez Arias y Cia. del 30 de agosto de 2018 por \$162.740.000 y a Castillo Medina Arquitectos Avaluadores Ltda. del 28 de marzo de 2019 por \$2.490.000, sin estar dentro de los autorizados.

Señaló además el *A quo* que, con respecto a los giros remitidos a las personas de la lista, en ninguna parte de la cláusula se señaló que no era posible dar curso a pagos como anticipos que, si bien, puede ser un actuar riesgoso en estos negocios, no refulge una responsabilidad. Aunado a ello, se gestionaron como cuentas por cobrar lo cual es factible en la contabilidad y por demás están siendo pretendidos

esos pagos en el proceso liquidatorio que se lleva a cabo contra Opera Inversiones con la debida aceptación de esta cuenta a la hora actual y que ya fueron graduados.

Con respecto a los elementos de la responsabilidad indicó que, se evidencia una conducta culposa por parte del fiduciario que se traduce en la falta de deberes contractuales y legales, las que de haberse realizado en las condiciones exigidas, así como en los tiempos debidos, muy seguramente había impedido el traslado de dineros sin contar con los requisitos para ello, y se hubiese evitado el perjuicio patrimonial que se traduce en que la parte demandante se vio en una circunstancia de pérdida patrimonial de forma indebida, lo que conduce al reintegro de las sumas giradas junto con la debida causación de la actualización monetaria.

En lo que tiene que ver con las aseguradoras, manifestó que como se trata de una cláusula claims made y este hecho fue puesto en conocimiento de Alianza Fiduciaria el día 19 de febrero de 2020 bajo radicado B2999232 en sus instalaciones, conforme obra en los anexos 15 y 16 del escrito de demanda, es que debe señalarse que este amparo se produjo en la vigencia de la póliza nro. 1001140 que va desde el 19 de diciembre de 2019 hasta el 19 de diciembre de 2020 según su carátula. En razón a ello, declaró probada la excepción de ausencia de cobertura temporal propuesta por Zurich Colombia Seguros S.A pues no tenía la condición de coasegurador, como si lo tuvo en una vigencia anterior a la estudiada.

Frente a la póliza vigente para cuando se hizo el reclamo, la nro. 1001140, con cargo a la Previsora S.A., se tiene que los amparos a cubrir pueden tenerse desde su causación, 3 de agosto del año 2018 en adelante, toda vez que dicho clausulado indica que tiene cobertura *“con Fecha de retroactividad ilimitada”*. Por lo dicho se condenó a la aseguradora al pagó y a la fiduciaria al desembolso del deducible.

5. Recursos de apelación de los demandantes, la demandada y la llamada en garantía.

5.1. Los demandantes interpusieron recurso de apelación, para lo cual señalaron por escrito ante el funcionario de primera instancia como puntos de reparo: i) Ausencia de soportes e incumplimiento del procedimiento operativo, ii) Indebido manejo contable, iii) Incumplimiento en la entrega de las rendiciones de cuentas, iv) Certificación errónea de titularidad de los inmuebles del fideicomiso inmobiliario, e v) Incumplimientos a los deberes como fiduciaria.⁷

En el escrito acercado ante esta instancia⁸ indicaron:

i) Frente al defecto fáctico por indebida valoración probatoria.

La delegatura pasó por alto los requisitos establecidos por el otrosí nro.1 para ejecutar las órdenes de giro, los soportes que recibió la fiduciaria para el pago, la certificación mentirosa y alejada a la buena fe que expidió Alianza Fiduciaria, los correos electrónicos de los funcionarios de la entidad en el que confiesen no contar con los soportes para ejecutar los desembolsos, la documentación radicada por la demandada ante la Superintendencia de Sociedades para el recobro de los dineros, el testimonio decretado de oficio de Juan Carlos Cardozo y el testimonio de Fredy Alexander Urquijo.

Con relación a los soportes, mencionó que hay algunos expedidos por sociedades a personas que no son pre operativos y no tienen por objeto la adquisición de derechos fiduciarios, unos tienen fechas anteriores a la vigencia del contrato, otros no tienen relación de causalidad con el proyecto, existen unos repetidos. Con respecto a ellos sustentó que no se puede identificar que soporte corresponde a cada orden de giro.

Señalaron además que, la estrategia de la demandada para legalizar los pagos que se realizaron sin los soportes fue en una fecha posterior a las órdenes de giro y se basó en decir que legalizarían los anticipos. Estableció que existió incumplimiento en la entrega de las rendiciones de cuentas debido a que no se hicieron cada 6 meses como lo exigía la cláusula 8 del contrato.

⁷ Ibidem. Archivo 347.

⁸ Cuaderno Tribunal. Archivo 08.

ii) Incumplimientos a los deberes como fiduciaria.

Señaló que el comportamiento esperado de Alianza Fiduciaria S.A, era que verificara de manera exhaustiva los soportes que debían anexarse a cada orden de giro dando aplicación a la cláusula 9 del contrato para cumplir con el objeto del mismo. Por lo que el incumplimiento está llamado a prosperar y debe condenarse a la demandada a la devolución de la totalidad de los dineros que fueron aportados por los demandantes por haber desembolsado recursos sin exigir los soportes requeridos por el otrosí número 1.

5.2. La Previsora S.A. Compañía de Seguros interpuso recurso de apelación, para lo cual señaló por escrito ante el funcionario de primera instancia como puntos de reparo: i) Con relación a las órdenes de giro pagadas antes del otrosí nro. 1: la SFC tuvo por probado el daño sin estarlo, ii) En las órdenes de giro pagadas después del otrosí nro. 1: erróneamente la SFC consideró que Inversiones Rodríguez Arias no era destinatario de giros, y iii) En la indexación de la condena: la SFC vulneró el principio de congruencia al ordenar una indexación no pedida en la demanda.⁹

En el escrito acercado ante esta instancia¹⁰ expuso:

i) Falta de legitimación en la causa por activa para interponer acción de protección al consumidor.

Al respecto señaló que los demandantes quienes son beneficiarios del Fideicomiso Chile, quien a su vez es fideicomitente del patrimonio autónomo Boho Market Macarena no son consumidores financieros y el vínculo con la fiduciaria no corresponde a una relación de consumo.

⁹ Cuaderno Superintendencia Financiera de Colombia. Archivo 344.

¹⁰ Archivo 008, expediente de segunda instancia.

Lo anterior sustentado en que, para ser un consumidor, el producto o servicio adquirido o utilizado debió serlo para la satisfacción de necesidades privadas, familiares, domésticas o incluso empresariales; pero si se trata de estas últimas, no deben estar ligadas intrínsecamente a su actividad económica, además, la persona debió haberlo adquirido o utilizado como destinatario final de los mismos.

- ii)* Con relación a las órdenes de giro pagadas antes del otrosí nro. 1, la SFC tuvo por probado el daño sin estarlo.

Reseñó que la SFC no explicó las razones por las cuales el eventual incumplimiento de Alianza en dichos pagos, realizados para cumplir con los propósitos del contrato de fiducia, habría causado un daño a los demandantes, siendo que ello no implicaba per se la existencia de un detrimento patrimonial.

Con relación a lo dicho denotó que, el hecho de que no se haya logrado la adquisición de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso Pasabocas Piquitos y que no se haya logrado la realización del proyecto gastronómico ocurrió por circunstancias completamente ajenas a Alianza, pues este se frustró por la falta de financiación.

- iii)* Con relación a las órdenes de giro pagadas después del otrosí: erróneamente la SFC consideró que Inversiones Rodríguez Arias no era destinatario de giros.

Señaló que el numeral 2 del acápite de consideraciones del contrato indica que las sumas aportadas por los fideicomitentes solo podían ser destinadas a los pagos de gastos preoperativos a los terceros enlistados en el anexo 2 y lo pertinente para la adquisición de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Pasabocas Piquitos.

Mencionó que si bien en dicho archivo adjunto se establecieron cuáles iban a ser los terceros, no se indicó acerca de los destinatarios de giro, por lo que la apreciación de la SFC de que los pagos realizados a Inversiones Rodríguez Arias y

Cia (“Inversiones Rodríguez Arias”) y el otro efectuado a Castillo Medina Arquitectos Evaluadores son irregulares, es desacertada. Ello porque, el que se realizó al primero de ellos estaba destinado a la adquisición de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Pasabocas Piquitos, por lo tanto, estaban permitidos.

Ahora bien, resaltó que es claro que los destinatarios de giros previstos en el Contrato de Fiducia son: (a) El fideicomiso inmobiliario, esto es el Pasabocas Piquitos. (b) Los sujetos de pagos pre-operativos consagrados en el anexo 2 del instrumento contractual (por un error de digitación, esta cláusula equivocadamente señala anexo 1, pero realmente es el 2).

De acuerdo a lo anterior, aseguró que, de acuerdo con las pruebas obrantes dentro del expediente, la compañía Inversiones Rodríguez Arias es fideicomitente del Fideicomiso Pasabocas Piquitos y conforme con la cláusulas segunda y tercera del acuerdo de socios los pagos se debían realizar a favor de los aportantes, tal como se hizo.

Por último, manifestó que la SFC vulneró el principio de congruencia al ordenar una indexación no pedida en la demanda.

5.3. Alianza Fiduciaria S.A. interpuso recurso de apelación, para lo cual señaló por escrito ante el funcionario de primera instancia como puntos de reparo: i) Ausencia de responsabilidad, ii) Los giros realizados con anterioridad a la suscripción del otrosí nro. 1 fueron realizados de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Fiducia, iii) Los giros realizados con posterioridad a la suscripción del otrosí nro. 1 se ajustaron íntegramente al contrato de fiducia, iv) El marco contractual es el que fija las obligaciones de la fiduciaria y de las demás partes, v) Las cargas y deberes de los fideicomitentes y de los consumidores financieros, vi) Desconocimiento del acto propio por parte de la familia Clavijo, vii) La conducta de alianza fiduciaria fue diligente y de buena fe, viii) Ausencia de solidaridad en el contrato de fiducia, iv) El contrato de fiducia no es un contrato de garantía, aval, o de codeudor de obligaciones de terceros, la fiduciaria no garantiza el éxito, x) El contrato de fiducia no es un contrato de garantía, aval, o de codeudor de

obligaciones de terceros, la fiduciaria no garantiza el éxito, e xi) Indebido análisis de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda.¹¹ Por ende, se reiteran todos y cada uno de los argumentos y excepciones incoadas en la contestación de la demanda.

En el escrito acercado ante esta instancia¹² expuso:

i) Ausencia de responsabilidad.

Dispuso que para que exista la declaratoria de responsabilidad contractual deben acreditarse los elementos de ella. Sin embargo, refirió que resulta evidente que el daño alegado por parte de los demandantes no se encuentra probado, ya que los demandantes son propietarios de la totalidad de los derechos económicos del Fideicomiso Boho Market Macarena y efectivamente se adelantó su objeto contractual mediante la estructuración de un proyecto inmobiliario. Aunado a ello señaló que los riesgos del negocio no son indemnizables.

ii) Los giros realizados con anterioridad a la suscripción del otrosí nro. 1 fueron realizados de conformidad con lo dispuesto en el contrato de fiducia.

Expreso que los giros realizados entre el 3 y el 13 de agosto de 2018 se ajustaron al objeto del contrato y a la intención de los demandantes, ya que estos se encuentran subsanados y ratificados con la firma del otrosí nro. 1 que eliminó una serie de condiciones previas que hacían imposible la ejecución del instrumento cuyo propósito era constituir un fideicomiso.

iii) Los giros realizados con posterioridad a la suscripción del Otrosí nro. 1 se ajustaron íntegramente al contrato de fiducia.

Aseguró que la sentencia proferida sustentó su condena en que supuestamente dos de los giros realizados con posterioridad a la suscripción del

¹¹ Cuaderno Superintendencia Financiera de Colombia. Archivo 341.

¹² Cuaderno Tribunal. Archivo 08.

otrosí nro. 1 fueron realizados en contravención a las disposiciones contractuales. Estos fueron realizados a favor de: Inversiones Rodríguez Arias y Cía.; y ASA Castillo Medina Arquitectos y Avaluadores Ltda. Sin embargo, para ella, si bien, estas no se encontraban contempladas dentro de los destinatarios de giros contemplados en el anexo nro. 2 del contrato se ajustaron íntegramente al objeto, puesto que, el primero se efectuó a uno de los fideicomitentes del patrimonio autónomo que era el propietario del inmueble y el segundo tenía como propósito adelantar estudios arquitectónicos.

- iv)* Indebido análisis del negocio fiduciario en la sentencia de primera instancia.

Indicó que el hecho de que Alianza Fiduciaria haya girado unos recursos entre el 3 y el 13 de agosto de 2018, que luego fueron subsanados por el otrosí nro. 1, y que además se hayan hecho otros a terceros que no estaban expresamente contemplados en el anexo 1 del contrato no es la causa de que el Fideicomiso no haya rendido una utilidad a sus fideicomitentes. Esto obedece al riesgo de la inversión.

- v)* Las cargas y deberes de los fideicomitentes y de los consumidores financieros.

Señaló que incluso si se determina que la parte actora tiene la calidad de consumidor financiero, ello no implica que no tuviera obligaciones de diligencia al celebrar el contrato y las cargas contempladas en los artículos 6 de la Ley 1328 de 2009 y 3 de la Ley 1480.

- vi)* Desconocimiento del acto propio por parte de los demandantes.

Manifestó que la familia Clavijo no puede desconocer la estructura del negocio, los riesgos de la inversión, el alcance y que consintieron la modificación y la realización de todos los giros.

vii) La conducta de Alianza Fiduciaria fue diligente y de buena fe.

Mencionó que ha buscado proteger intereses del patrimonio autónomo, muchas veces, sin contar con el apoyo de los propios fideicomitentes.

viii) El Contrato de Fiducia no es un contrato de garantía, aval, o de codeudor de obligaciones de terceros, la Alianza Fiduciaria no garantiza el éxito de una inversión.

Estableció que únicamente puede ejercer las actividades propias a la calidad de fiduciaria y no puede asumir obligaciones relacionadas.

ix) Los fideicomitentes del Fideicomiso Chile son profesionales inversionistas y constructores por lo que no hay relación de consumo.

Expuso que los demandantes no tienen la calidad de consumidores financieros dentro de los límites estipulados dentro de la Ley 1480 de 2011 puesto que son inversionistas y constructores profesionales. Como soporte de ello resaltó que como se puede observar en el certificado de existencia y representación legal de FIX Construcciones S.A.S., es una sociedad dedicada a la explotación económica de inmuebles y a la promoción y desarrollo de proyectos inmobiliarios, incluida la construcción, gerencia y administración, que fue constituida desde el 2005 y cuyos representantes legales vitalicios son Ugo Manuel Clavijo y Beatriz Eugenia Azcárate. Además, en esta, María Alejandra Clavijo tiene la calidad de representante legal suplente.

x) La conducta procesal del extremo demandante no fue evaluada por parte del Despacho de primera instancia.

Relató que no se tuvo en cuenta que María Alejandra Clavijo consintió en que se suscribiera la versión final del otrosí nro. 1, pero en el curso del proceso sostuvo que no había dado su consentimiento frente al mismo. Además, que la

perito implicó el ejercicio ilegal de la profesión de contador, el ejercicio indebido de elaboración de avalúos sin ser evaluador, y asumió competencias propias de un abogado.

6. Al recorrer los traslados de la sustentación de las varias apelaciones, así se pronunciaron los intervinientes:

6.1. La llamada en garantía Zurich precisó que como ningún punto de reparo cuestionó la exoneración de su responsabilidad, la decisión cuestionada debe mantenerse incólume frente a dicho tema, con independencia de la prosperidad o no de los recursos formulados.

6.2. Alianza Fiduciaria reiteró los argumentos expuestos en su apelación y criticó los incumplimientos adicionales que se aducen por el demandante en la sustentación de su recurso.

6.3. La Previsora se pronunció en esta etapa y controvertió los otros incumplimientos contractuales alegados por la parte actora.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, por lo que quedan vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia como enmarcan los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Desde ahora se advierte que se revocará la sentencia refutada para acoger la excepción de fondo denominada *ausencia de relación de consumo por el carácter profesional de los constructores Clavijo*, propuesta oportunamente por Alianza Fiduciaria, y reiterada expresamente en los reparos concretos y en la sustentación del recurso de apelación, fundada en que los demandantes son inversionistas en materia inmobiliaria y constructores profesionales, y que, en consecuencia, no pueden ser

considerados como unos consumidores que se encuentran en una posición desigual que amerite la protección del estatuto del consumidor.

A juicio de la Sala, si bien la accionada es una entidad vigilada, los promotores de la acción no ostentan la calidad de consumidores financieros, esto quiere decir que, no están habilitados para someter el asunto contencioso a través de la acción de protección al consumidor ante la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, tal como lo expone el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, norma que indica con claridad que dicha regulación se aplica a los procesos que versen sobre la violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales **o especiales** en todos los sectores de la economía, con observancia de las reglas allí contenidas.

3. Conforme lo previsto por el literal D. del artículo 2° de la Ley 1328 de 2009, consumidor financiero “Es **todo** cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas”.

El texto jurídico en mención fue sometido a control abstracto de constitucionalidad y declarado exequible por la Corte Constitucional¹³, en donde se precisó lo siguiente en relación la expresión “todo”:

*(...) converge en quien entrañe una relación de consumo ante las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, de manera que, como consumidor financiero, (i) refiere a un determinado sector de la economía, (ii) frente a la adquisición de un bien o servicio, para satisfacer una necesidad propia, **no ligada intrínsecamente a su actividad económica**, componentes que coetáneamente permiten establecer que, (iii) aunque no sea habitual consumidor financiero, ello no enerva ni impide que llegue a serlo, manteniéndose como potencial consumidor, que se materializará al mostrar interés por un bien o servicio, y (iv) lo será todo aquel vinculado de una u otra forma, directa o indirectamente, con las entidades vigiladas por razón del producto o servicio ofrecido y adquirido o por adquirir, propio de tal actividad económica”.*

Dentro de la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad aludida, la cual no sobra decir, es de obligatorio cumplimiento para todos los operadores judiciales, se precisaron los siguientes argumentos relacionados con la definición del concepto de consumidor financiero:

¹³ Sentencia C-909 de 2012. R. D-9075. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

7.2. La noción legal inicial incluía como consumidor a toda “persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”, enfoque amplio que, de acuerdo con los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio y los pronunciamientos de la justicia ordinaria, conllevaba “desequilibrio” en la relación de consumo, sin mirar en sí la naturaleza y los fines perseguidos por las partes.

Alrededor de este concepto giraron los derechos del consumidor y su protección, noción progresivamente decantada luego de desecharse la clasificación productor (especialista) – consumidor (profano), hasta llegar a suponer como consumidor, (i) al destinatario final, que mediante (ii) un acto de consumo, busca (iii) la satisfacción de una necesidad intrínseca, (iv) **no en el ámbito de una actividad económica propia**, reubicándose el desequilibrio en la relación productor y/o expendedor, de una parte, y consumidor, de la otra.

Nótese como tal concepción fue adoptada por la Ley 1480 de 2011, al establecer el numeral 3° de su artículo 5° que consumidor o usuario: “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y **empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica**. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”

Un elemento adicional de análisis es el referido a la inclusión de “toda” persona, natural o jurídica en la definición de consumidor desde la regulación del Decreto 3446 de 1982, lo que conlleva multiplicidad de actores por consumo en cualquier sector o actividad económica (comercial, industrial, bancaria, financiera, agrícola, minera, bursátil), con el ingrediente, según la Ley 1480 de 2011, de buscar adquirir, disfrutar o utilizar “un determinado producto, cualquiera sea su naturaleza”, factor que lleva a vincular al consumidor con bienes o servicios de su interés en esos sectores de la economía, u otros, por lo que será entonces un consumidor determinado y calificado, llámese, consumidor industrial, agrícola, financiero, etc., en torno a la dinámica del mercado, rol que el Congreso podrá definir con fundamento en la potestad de libre configuración legislativa y en el control a bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad (arts. 78 y 150 Const.).

Las exposiciones de motivos de proyectos de ley que antecedieron el que dio lugar al actual Estatuto del Consumidor, dan cuenta de lo anterior. En el proyecto de ley 082 de 2008 Senado/ 351 de 2009 Cámara, se establecía que la actualización del Decreto 3466 de 1982, buscaba “la creación de un solo sistema que cubriera todos los ámbitos del quehacer económico”.

El último, 039 de 2010 Cámara / 251 de 2011 Senado, en cuanto al objeto y ámbito de aplicación, estimó que las normas del proyecto “son aplicables, por igual, a todos los sectores de la economía”, lo que significa que la definición de consumidor, desde la expedición del decreto mencionado con la evolución reseñada, y luego con los fines de la Ley 1480 de 2011, ha sido noción aplicable a todos los sectores o actividades económicas, sin que los elementos sustanciales de su contenido lleguen a tener afectación o se desvirtúen por alguna destinación u orientación específica que se dé al consumidor.

7.3. En esta medida, la Ley 1328 de 2009, “Por la cual se dictan normas en

materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, al consagrar la definición de consumidor financiero, no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución, pero con las connotaciones ya esbozadas en acápite anteriores.

Quiere decir lo anterior, que no es de recibo la tesis expuesta por el funcionario de primera instancia, cuando aduce que la Ley 1328 de 2009 regula una forma “especial” de consumidor financiero, diferente a la regulada por la Ley 1480 de 2011, y que no era necesario verificar el tema de la actividad económica de los demandantes, pues la sentencia de constitucionalidad fue muy precisa en indicar que la definición de consumidor financiero tiene las mismas connotaciones y alcance al precisado sobre dicho concepto en el estatuto del consumidor, aunado a que se reitera, el artículo 58 de la Ley 1480 precisa que dicho precepto se aplica a los procesos especiales de protección al consumidor.

Incluso, el Estatuto del consumidor¹⁴ prevé que: “(...) los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.”, lo que implica que dichas normas no le son del todo ajenas al sector financiero como se quiso hacer ver en el fallo apelado, pues incluso la misma norma remite expresamente al trámite del artículo 58 ibídem.

En consecuencia, para que los demandantes tuvieran legitimación en la causa, debían probar que los negocios fiduciarios realizados, no estaban ligados a su actividad económica propia, pues así lo condicionó la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del literal d del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009, sin que por esta razón, podamos hablar de una norma más favorable en favor de los

¹⁴ Artículo 57, Ley 1480 de 2011.

consumidores.

Por lo tanto, el concepto de consumidor o usuario de bienes y servicios, así como el de consumidor financiero, debe reunir los requisitos previstos por el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480, según el cual es *“Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”*

4. Analizadas las pruebas que reposan en el expediente, se vislumbra la celebración de un contrato de fiducia del 6 de febrero de 2012¹⁵ con el que surgió a la vida el Fideicomiso Torre 73 S.A. En dicho convenio, actuó la señora Juliana Clavijo Alzate (aquí demandante) en nombre y representación de Torre 73 S.A. como suplente de gerente, en calidad de fideicomitente.

Del clausulado de dicho negocio jurídico, se logra establecer que el objeto del Fideicomiso Torre 73 S.A. consistía en crear un patrimonio autónomo administrado por Alianza Fiduciaria S.A. para que recibiera, mantuviera la custodia, entregar dinero y realizara inversiones derivados del contrato de arrendamiento del inmueble ubicado en la calle 73 # 11-66 de Bogotá.

El 13 de diciembre de 2012, la sociedad Torre 73 S.A. cedió su posición de fideicomitente en favor de Baviera Enterprise International S.A.¹⁶

El 26 de julio de 2013¹⁷ el fideicomiso Torre 73 cambió su denominación a Fideicomiso Chile.

Posteriormente, el 16 de diciembre de 2016¹⁸, mediante documento aclarado el primero de septiembre de 2017, la sociedad Baviera cedió los derechos

¹⁵ Cuaderno Superintendencia Financiera de Colombia. Archivo 1. P.P. 89-116 y 126.

¹⁶ ibídem pág 118-119.

¹⁷ Ibidem. P.P. 125 y 126.

¹⁸ Ibidem. P.P. 129 y 130.

fiduciarios a los señores Ugo Manuel Clavijo Baquero, Beatriz Eugenia Azcárate, Juliana Clavijo Azcárate, María Alejandra Clavijo Azcárate y Luis Felipe Clavijo Azcárate, hoy todos demandantes, en los siguientes términos:

PRIMERO. Las Partes deciden aclarar el encabezado del Contrato y la parte de la comparecencia, la cual quedará así;

“CONTRATO DE CESION DE DERECHOS FIDUCIARIOS FIDEICOMISO CHILE”

“En la ciudad de Panamá D.C., siendo el día 16 de Diciembre de 2016, los suscritos a saber: **BAVIERA ENTERPRISE INTERNATIONAL**, representada legalmente por **Ciro Atencio**, quien en adelante y para todos los efectos del presente contrato se denominará **EL CEDENTE**, por una parte y por la otra en la ciudad de Bogotá **UGO MANUEL CLAVIJO BAQUERO, BEATRÍZ EUGENIA AZCÁRATE MATERON, JULIANA CLAVIJO AZCÁRATE, MARÍA ALEJANDRA CLAVIJO AZCÁRATE, LUÍS FELIPE CLAVIJO AZCÁRATE**, todos ellos actuando en nombre propio, quienes en adelante y para todos los efectos del presente contrato se denominarán **LOS CESIONARIOS**, celebran el presente contrato de cesión de derechos fiduciarios que se regula por las siguientes cláusulas, y en lo no establecido en ellas por las normas legales que regulen la materia:”

SEGUNDO. Las Partes deciden aclarar la cláusula primera del Contrato, la cual quedará así;

“PRIMERA: EL CEDENTE cede en favor de LOS CESIONARIOS el CIENTO por ciento (100%) de los derechos fiduciarios de los que es titular en el patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO CHILE en su condición de FIDEICOMITENTE, constituido mediante CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL, derechos fiduciarios que se distribuirán entre LOS CESIONARIOS así,”



UGO MANUEL CLAVIJO BAQUERO	20%
BEATRÍZ EUGENIA AZCÁRATE MATERON	20%
JULIANA CLAVIJO AZCÁRATE	20%
MARÍA ALEJANDRA CLAVIJO AZCÁRATE	20%
LUIS FELIPE CLAVIJO AZCÁRATE	20%

Finalmente, el 23 de julio de 2018¹⁹ se suscribió el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, por medio del cual se constituyó el Fideicomiso proyecto Boho Market Macarena que hoy es motivo de litigio, donde figura como fideicomitente gestor inicial Opera Inversiones Urbanas SAS y Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Chile, en calidad de fideicomitente aportante. Dicho convenio consistía en crear un patrimonio autónomo denominado Boho Market Macanera a través del que se generarían pagos pre operativos y la adquisición de derechos fiduciarios en el fideicomiso inmobiliario (Pasabocas Chiquitos) propietario de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria nro. 50C-1011140, 50C-1011141 Y 50C-453971 ubicados en Bogotá, lo anterior, con la finalidad de participar en calidad de inversionista en un desarrollo inmobiliario. En las consideraciones se vislumbra que el fideicomitente gestor sería responsable de administrar el proyecto en su fase de desarrollo y construcción, así como en la futura operación²⁰.

¹⁹ pág 135 ibídem

²⁰ Ibídem. P.P. 135 y 169

5. Del recuento anterior, surge claro que las personas naturales aquí demandantes, es decir, los señores Ugo Manuel Clavijo Baquero, Beatriz Eugenia Azcárate, Juliana Clavijo Azcárate, María Alejandra Clavijo Azcárate y Luis Felipe Clavijo Azcárate, no suscribieron el contrato de fiducia inicial como simples consumidores financieros ajenos a dicha actividad mercantil, sino que entraron como fideicomitentes asumiendo la posición contractual de una persona jurídica, primero de la sociedad Torres 73 S.A. y luego de la sociedad Baviera Enterprises International. Conforme lo regula el artículo 895 del Código de Comercio, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y **condiciones del contrato**.

Consultado el registro público único empresarial y social RUES de la Cámara de Comercio de Bogotá, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 85 del C.G.P.²¹, la sociedad fideicomitente inicial, es decir, TORRE 73 SAS (transformada de anónima a sociedad por acciones simplificada el 15 de marzo de 2013), tiene el siguiente objeto social: *“La sociedad tiene por objeto cualquier actividad lícita de comercio, en especial: 1. La adquisición de bienes raíces a título oneroso, con el fin de urbanizarlos, fraccionarlos, construirlos, mejorarlos, arrendarlos, y/o enajenarlos al mismo título. 2. La promoción de negocios de propiedad raíz, construcción, de urbanización o parcelación de inmuebles, y la ejecución de proyectos de igual naturaleza por cuenta propia, por cuenta de terceros o en participación con estos. 3. La explotación comercial de inmuebles urbanos y rurales, de acuerdo con su naturaleza y destino. 4. La prestación de servicios de gerencia y administración de proyectos inmobiliarios. 5. La ejecución de actividades de promoción y venta de inmuebles, ya sean de propiedad de la sociedad o de terceros. 6. La celebración de contratos de corretaje, comisión y demás convenios de intermediación para la comercialización de bienes raíces. 7. La administración y arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de terceros. 8. La ejecución de estudios de factibilidad económica, técnica y comercial para la realización de proyectos de finca raíz. 9. La prestación de los servicios de asesoría técnica, económica y comercial, relativa a las actividades de promoción, construcción, urbanización, diseño, gerencia y ventas de inmuebles, lo mismo que la prestación de los servicios de peritación en aspectos relacionados con la finca raíz y avalúos de inmuebles. 10. La ejecución de obras de urbanización y construcción en bienes propios o de terceros, así como la remodelación y mejora de toda clase de edificaciones. 11. La prestación de los servicios de*

21 La prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas de derecho privado solo podrá exigirse cuando dicha información no conste en las bases de datos de las entidades públicas y privadas que tengan a su cargo el deber de certificarla. Cuando la información esté disponible por este medio, no será necesario certificado alguno.

ingeniería y arquitectura, en todos los campos relativos al diseño y construcción de cualquier tipo de edificaciones. 12. La ejecución de toda clase de negocios, además de la compraventa, relacionados con la comercialización de la propiedad raíz tales como arrendamiento, administración, usufructo, etc. 13. El arrendamiento, instalación de negocios propios, y en general, la explotación comercial de las áreas de los inmuebles que la sociedad adquiera y de las edificaciones que construya (...)"

Incluso, en dicho certificado aparece: (i) como gerente Juliana Clavijo Azcárate, (ii) segundo suplente del gerente María Alejandra Clavijo Azcárate, y (iii) suplente del gerente Ugo Manuel Clavijo Baquero.

En tal sentido, los fideicomitentes del patrimonio autónomo fideicomiso Chile, no pueden ser catalogados como consumidores financieros, porque el negocio jurídico celebrado y cuestionado en este juicio, hacía parte de las actividades mercantiles que constituyen su actividad económica principal, esto es, la celebración de contratos relacionados con desarrollos inmobiliarios.

Para ello, se recuerda que en las consideraciones del contrato por medio del cual se creó el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Boho Market Macarena, se precisó lo siguiente:

Que los FIDEICOMITENTES están interesados en constituir el presente FIDEICOMISO con el fin de invertir en un desarrollo inmobiliario denominado BOHO MARKET MACARENA que se va a estructurar en los inmuebles identificados con las matriculas inmobiliarias No. 50C-1011140, 50C-1011141 y 50C-453971 ubicados en la calle 27 # 5-54, calle 27 # 5-50 y calle 28 # 5-23 respectivamente en la ciudad de Bogotá, mediante la adquisición de derechos fiduciarios en el FIDEICOMISO INMOBILIARIO, que en adelante se identificará como el PROYECTO.

5.1. Igual conclusión debe predicarse de la persona jurídica que actúa como fideicomitente del patrimonio autónomo Boho Market Macarena, es decir, el patrimonio autónomo fideicomiso Chile, quien actúa a través de su vocera y administradora Alianza Fiduciaria S.A., pues según el objeto para el cual fue constituido, es claro que el mismo estaba destinado a recibir los cánones de arrendamiento de los bienes fideicomitidos, y ceder la posición contractual del fideicomitente y a favor del patrimonio autónomo de un contrato de

arrendamiento, a cambio de que la fiduciaria (cuyo objeto principal es la celebración de negocios fiduciarios), invierta los recursos en carteras colectivas, mientras el ordenador del gasto le otorga una destinación específica al dinero.

5.2. La razón de ser de que el legislador exija una calificación especial del consumidor, es decir, de que el contrato financiero no haga parte de su actividad económica principal, radica en que esta especialísima acción de protección tiene su esencia en la necesidad de equiparar las cargas y equilibrar la evidente desigualdad que se genera entre el consumidor ocasional de bienes y servicios financieros frente a las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera, quienes ostentan una posición dominante, situación que no se presenta en relación con los negocios jurídicos de partícipes directos del mercado frente a los cuales hay una plena situación de igualdad contractual.

Por tal virtud, los conflictos contractuales entre sociedades que desarrollan su actividad económica principal y aquellas vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se deben dilucidar mediante el proceso verbal común de controversias contractuales regulado por el Código General del Proceso y no en ejercicio de la especialísima acción de protección al consumidor financiero.

6. Refuerza la tesis anterior, el análisis que se deriva de los interrogatorios de parte rendidos por los demandantes, los cuales se pueden resumir así:

- Cuando se le preguntó a la señora Juliana Clavijo Azcárate acerca de qué se trataron las reuniones en las que estuvo con María Alejandra Clavijo Azcárate (*quien es la vocera*), sostuvo que, fue una reunión inicial para conocerse y saber qué hacía cada una de las partes, así como para identificar si eran ese match (*cuando dos personas coinciden y se unen*) que estaban buscando, pues fue el abogado quien los presentó sabiendo que ellos querían invertir y Camilo estaba buscando inversionistas. Seguidamente el abogado le preguntó que cuál otro proyecto tiene de inversiones, a lo que contestó que, tienen uno en Estados Unidos en

donde son dueños de una parte de un inmueble en Miami²².

- Cuando se le preguntó a la señora María Alejandra Clavijo que cual era la empresa de la familia que había mencionado con anterioridad, frente a lo cual sostuvo que, en el 2012 Torre 73 fue quien constituyó el Fideicomiso Chile, esa empresa es también de la familia y posteriormente los fideicomitentes y beneficiarios pasaron a ser las personas naturales²³. Posteriormente señaló que son socios de Inversiones Claz que a su vez es socia de Fix Construcciones S.A.²⁴.
- El señor Ugo Manuel Clavijo al responder sobre sus actividades económicas, señaló que se dedica, a través de sus empresas, al arrendamiento de bienes inmuebles²⁵.

Incluso, consultado el RUES de la sociedad familiar mencionada en el interrogatorio de parte, se encontró lo siguiente:

- El señor Ugo Manuel Clavijo es representante legal vitalicio de la sociedad Fix Construcciones SA.
- La señora Beatriz Azcarate Materon es representante legal suplente vitalicia de la sociedad Fix Construcciones SA.
- La señora Maira Clavijo Azcarate es representante legal suplente de la sociedad Fix Construcciones SA.

El objeto social de Fix Construcciones S.A. es “1.- *La adquisición de bienes raíces a título oneroso, con el fin de urbanizarlos, fraccionarlos, construirlos, mejorarlos, arrendarlos, y/o enajenarlos al mismo título. 2.- La promoción de negocios de propiedad raíz, construcción, de urbanización o parcelación de inmuebles, y la ejecución de proyectos de igual naturaleza por cuenta propia, por cuenta de terceros o en participación con estos. 3.- La explotación comercial de inmuebles urbanos y rurales, de acuerdo con su naturaleza y destino. 4.- La prestación de servicios de gerencia y administración de proyectos inmobiliarios. 5.- La ejecución de actividades de promoción y venta de inmuebles, ya sean de propiedad de la sociedad o de terceros. 6.- La celebración de contratos de corretaje, comisión y demás*

²² Ibidem. Archivo 221. Minuto 28:00 - 30:15

²³ Ibidem. Archivo 221. Minuto 50:30 – 51:16.

²⁴ Ibidem. Archivo 221. Minuto 56:40 - 57:41

²⁵ Ibidem. Archivo 221. Minuto 1:15:10 – 1:15:21.

convenios de intermediación para la comercialización de bienes raíces. 7.- La administración y arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de terceros. 8.- La ejecución de estudios de factibilidad económica, técnica y comercial para la realización de proyectos de finca raíz. 9.- La prestación de los servicios de asesoría técnica, económica y comercial, relativa a las actividades de promoción, construcción, urbanización, diseño, gerencia y ventas de inmuebles, lo mismo que la prestación de los servicios de peritación en aspectos relacionados con la finca raíz y avalúos de inmuebles. 10.- La ejecución de obras de urbanización y construcción en bienes propios o de terceros, así como la remodelación y mejora de toda clase de edificaciones. 11.- La prestación de los servicios de ingeniería y arquitectura, en todos los campos relativos al diseño y construcción de cualquier tipo de edificaciones. 12. - La ejecución de toda clase de negocios, además de la compraventa, relacionados con la comercialización de la propiedad raíz tales como arrendamiento, administración, usufructo, etc. 13.- El arrendamiento, instalación de negocios propios, y en general, la explotación comercial de las áreas de los inmuebles que la sociedad adquiera y de las edificaciones que construya (...)”

Al recorrer el traslado de las excepciones de mérito²⁶ propuestas por Alianza Fiduciaria, el apoderado de los demandantes al referirse a la calidad de los fideicomitentes del Fideicomiso Chile precisó: “(...) *debe manifestarse que el historial de inversiones o proyectos inmobiliarios que tengan o hayan realizado la familia Clavijo no es óbice para que Alianza Fiduciaria S.A. incumpliera el contrato de fiducia mercantil.*”

De los interrogatorios de los demandantes, así como del estudio del certificado de existencia y representación legal que antecede, se concluye que los demandantes son administradores de sociedades que se dedican a temas inmobiliarios. Es así, que para este litigio es palmario que la parte demandante como beneficiaria y fideicomitente carece de la condición de consumidor financiero, pues dicho negocio jurídico constituye su principal actividad económica. La celebración del contrato de fiducia mercantil del 23 de julio de 2018 obedece a la verificación de un acto de comercio de carácter financiero, ligado intrínsecamente a las actividades económicas del Fideicomiso y de sus integrantes.

Vista la relación jurídica que se gestó con la fiduciaria demandada, no cabe afirmar que Ugo Manuel Clavijo Baquero, Luis Felipe Clavijo Azcárate, Beatriz

²⁶ Archivo 054 Descorre contestación. Cuaderno primera instancia. Pág 9.

Eugenia Azcárate Materon, Juliana Clavijo Azcárate, María Alejandra Clavijo Azcárate actuales fideicomitentes del Fideicomiso Chile quien suscribió el Fideicomiso Boho Market la Macarena hayan suscrito el instrumento contractual como destinatarios finales, pues no lo hicieron para satisfacer una necesidad propia, sino que corresponde a un negocio jurídico claramente ligado a la actividad económica mercantil de estos, dedicados al sector inmobiliario.

Es por lo expuesto que se declarará probada la excepción de mérito denominada *ausencia de relación de consumo por el carácter profesional de los constructores Clavijo*, propuesta oportunamente por Alianza Fiduciaria, lo cual implica que se rechacen todas las pretensiones de la demanda, tal y como lo advierte el inciso tercero del artículo 282 del C.G.P.

5. Se condenará en costas a los demandantes, ante la negativa de las pretensiones de la demanda y la revocatoria del fallo de primera instancia (num. 1º, art. 365, C.G. del P.). Las costas de primera instancia serán tasadas y liquidadas por el funcionario de primera instancia.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023 por la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, en el asunto en referencia por las consideraciones expuestas, y en su lugar, declarar probada la excepción de mérito denominada *ausencia de relación de consumo por el carácter profesional de los constructores Clavijo*, propuesta oportunamente por Alianza Fiduciaria. Como consecuencia de lo anterior, se niegan las pretensiones de la demanda.

Segundo: Condenar en costas a los demandantes, y en favor de la parte demandada. Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija la suma de \$1.300.000. Ante el *a quo* efectúese la correspondiente liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

Los Magistrados²⁷,

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

²⁷ Documento con firma electrónica colegiada.

Código de verificación: **d0a7911d95ac8f7e252ac9ffd60e1444a91e035b4b4c8e3cb25066e8638fb3eb**

Documento generado en 04/09/2024 04:42:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>