
MEMORIAL DRA AYAZO RV: RAD. 2023-02193-01: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN - ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Desde Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Fecha Jue 23/01/2025 4:59 PM

Para 3 GRUPO CIVIL <3grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 2 archivos adjuntos (3 MB)

2023-02193-01 - RECURSO DE APELACIÓN vcf.pdf; 2023-02193-01 - ANEXO.pdf;

MEMORIAL DRA AYAZO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

Enviado el: jueves, 23 de enero de 2025 4:46 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Notificaciones GHA <notificaciones@gha.com.co>

Asunto: RV: RAD. 2023-02193-01: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN - ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Importancia: Alta

Doctor

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Cordial saludo,

Por corresponder a un proceso que cursa en ese despacho, envío memorial dirigido al radicado en referencia para surtir el trámite correspondiente.

Se informa al peticionario, que el correo al que debe dirigir sus comunicaciones: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior – Bogotá- secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co, que corresponde al Despacho donde cursa su proceso.

□

CIELO YIBY SAAVEDRA VELASCO

Secretaria Administrativa de la Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

PBX 6013532666 Ext. 8378

Línea gratuita nacional 018000110194

secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24 No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: Notificaciones GHA <notificaciones@gha.com.co>

Enviado: jueves, 23 de enero de 2025 16:30

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: aperea@pereasanchez.com <aperea@pereasanchez.com>; cespindola@espindola-ic.com <cespindola@espindola-ic.com>; contabilidad-lamorelia@reservadecristales.com <contabilidad-lamorelia@reservadecristales.com>; Maria Camila Agudelo Ortiz <mcagudelo@gha.com.co>

Asunto: RAD. 2023-02193-01: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN - ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Señores.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO
RADICADO: 110013199003-2023-02193-01
DEMANDANTES: LA MORELIA S.A. Y CRISTALINDA S.A.
DEMANDADOS: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y FIDEICOMISO FA-3320

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 28 DE AGOSTO DE 2024

SANTIAGO ROJAS BUITRAGO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.015.429.338 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 264.396 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sociedad comercial anónima, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, identificada con NIT 800.155.413-6, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., según consta en el poder que obra en el expediente. De manera comedida acudo ante su Despacho dentro del término legal, con el fin de **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** presentado en contra de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2024, por medio de la cual se resolvió condenar a mi prohijada al pago de perjuicios en favor de las demandantes, solicitando desde este momento que tal providencia sea revocada íntegramente.

Cordialmente,

SANTIAGO ROJAS BUITRAGO

C.C. No. 1.015.429.338 de Bogotá, D.C.

T.P. No. 264.396 del C. S. de la J.

ANZA

NOTIFICACIONES

E- mail: notificaciones@gha.com.co / Contactos: (+57) 315 577 6200 - 602 659 4075



Aviso de Confidencialidad: La reproducción, copia, publicación, revelación y/o distribución, así como cualquier uso comercial o no comercial de la información contenida en este Correo Electrónico y sus adjuntos se encuentra proscrito por la Ley. Al ser destinatario del presente correo y no devolverlo acepta que el manejo de la información aquí contenida debe manejarse de manera confidencial y reservada. Si usted no es destinatario por favor contacte al remitente y elimine copia del correo, así como de sus adjuntos.

Confidentiality Notice: The reproduction, copying, publication, disclosure and/or distribution, as well as any commercial or non-commercial use of the information contained in this Email and its attached files are prohibited by law. If you are the intended recipient you agree that the information contained herein must be used and managed in both, confidential and reserved manner. If you are not the intended recipient please contact the sender and delete a copy of the mail as well as its attachments

Señores.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO
RADICADO: 110013199003-**2023-02193-01**
DEMANDANTES: LA MORELIA S.A. Y CRISTALINDA S.A.
DEMANDADOS: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y FIDEICOMISO FA-3320

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 28 DE AGOSTO DE 2024

SANTIAGO ROJAS BUITRAGO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.015.429.338 de Bogotá, D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 264.396 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sociedad comercial anónima, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, identificada con NIT 800.155.413-6, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., según consta en el poder que obra en el expediente. De manera comedida acudo ante su Despacho dentro del término legal, con el fin de **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** presentado en contra de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2024, por medio de la cual se resolvió condenar a mi prohijada al pago de perjuicios en favor de las demandantes, solicitando desde este momento que tal providencia sea revocada íntegramente, de conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos que se esgrimen a continuación:

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. La sentencia proferida por la SFC inaplicó el artículo 1609 del Código Civil al desconocer que las demandantes incumplieron el contrato de fiducia, pues de acuerdo con dicho artículo ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

La sentencia proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia debe ser revocada dado que la misma pasó por alto aplicar el artículo 1609 del Código Civil, toda vez que, de haber tenido en cuenta el incumplimiento del contrato de fiducia por parte de las demandantes, por sustracción de materia, debió absolver de toda responsabilidad a mi representada. Lo anterior, debido a que durante el trámite procesal quedó totalmente demostrado que las demandantes recibieron dinero por fuera del patrimonio autónomo y de manera directa por parte de compradores, y adicionalmente, se acreditó que fueron las sociedades La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. quienes instruyeron a mi representada para que procediera a escriturar las unidades de vivienda *“sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa”*.

Lo primero que debe tener en cuenta su Despacho, es que, en el curso de este proceso, el extremo actor alegó que por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. se incumplieron las obligaciones concernientes a **(i)** Garantizar que no se transfirieran las unidades de vivienda hasta tanto no se realizara el pago a los fideicomitentes inmobiliarios; y, **(ii)** Verificar que se efectuara el pago convenido por el precio del lote por parte de Buenavista Constructora y Promotora S.A. a las demandantes. En ese orden de ideas, resulta imperioso que su Despacho observe que cada una de estas imputaciones de incumplimiento, obedecen a un incumplimiento primigenio de las obligaciones por parte de La Morelia y Cristalinda, tal como se expone a continuación.

- (i) **El incumplimiento que predicen las demandantes respecto de la obligación de no transferencia de los bienes previa verificación del pago obedeció a instrucciones irrevocables de las demandantes, quienes primigeniamente incumplieron las obligaciones pactadas:**

Su Despacho deberá tener en consideración que, no es dable que se predique un incumplimiento por parte de mi representada en lo concerniente al contrato de fiducia habida cuenta que, a través de la Sentencia del 28 de agosto de 2024, se condenó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. al pago del lote concerniente a la fase 3-1. Fase que corresponde a los apartamentos de la Torre H, y en razón de la cual se recibió la instrucción irrevocable que data del 10 de mayo de 2022, en la que se dio la instrucción irrevocable de escriturar 20 apartamentos a terceros compradores de buena fe sin la necesidad de que se hubiera efectuado el pago previo de prorrata del lote de terreno. Ello no atiende a una instrucción menor, pues obró sobre la integridad de los apartamentos de la Torre H. Máxime, cuando en el plenario reposan varias instrucciones en este sentido para las demás fases, como por ejemplo la del 02 de octubre de 2020 referente a la fase 2 del proyecto, a través de la cual se instruyó a la fiduciaria para que escriturara los inmuebles de la etapa II *“sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa”*.

S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA –ETAPA V, la presente INSTRUCCIÓN IRREVOCABLE para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca (si hubiere lugar) correspondiente a los siguientes inmuebles, pertenecientes al proyecto Conjunto Residencial “La Morelia”, sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa, así:

CANT	UND	GARAJES Y DEPOSITOS	COMPRADOR
1	APT-H-101	GRJ-GAR108A + GRJ-GAR108B	BARBOSA MARQUEZ LINA MARCELA
2	APT-H-102,GRJ-GAR111	GRJ-GAR109A + GRJ-GAR109B	MONTAÑO SANCHEZ RAMIRO HERNAN
3	APT-H-103	GRJ-GAR110A + GRJ-GAR110B	RODRIGUEZ GARZON MILTON VICENTE
4	APT-H-104,GRJ-GAR113	GRJ-GAR114 + GRJ-GAR111B	MONTAÑO CUEVAS EDUARDO
5	APT-H-201	GRJ-GAR112	ANLAGE SAS
6	APT-H-202,GRJ-GAR116	GRJ-GAR113	RODRIGUEZ VALDERRUTEN ALEJANDRO
7	APT-H-203	GRJ-GAR114	BORDA ARZAYUS LUIS FELIPE
8	APT-H-204,GRJ-GAR118	GRJ-GAR115	GARCIA JOVEL OSCAR EDUARDO
9	APT-H-301	GRJ-GAR116	LA MORELIA S A
10	APT-H-302,GRJ-GAR120	GRJ-GAR117	AGUIRRE RODAS JULIANA . NARVAEZ GONZALEZ DIANA MARCELA
11	APT H 303	GRJ GAR118	RECIO RAMOS MARIA ISABEL
12	APT-H-304	GRJ-GAR119	VIMAGE DE COLOMBIA SAS
13	APT-H-401	GRJ-GAR120	
14	APT-H-402,GRJ-GAR124	GRJ-GAR121	REYES CRUZ ROBERT ALEXANDER
15	APT-H-403,GRJ-GAR125	GAR107A + GRJ-GAR107B + DEP-DEP107	DIAZ MARTINEZ CARLOS ANDRES JURKSAITIS LUKAUSKIS ANTANAS .
16	APT-H-404	GRJ-GAR122	LA MORELIA S.A
17	APT-H-501	GRJ - GAR123	
18	APT-H-502,GRJ-GAR107	GRJ-GAR124	OREJUELA GOMEZ JONNY JAVIER
19	APT-H-503	GAR107A + GRJ-GAR107B + DEP-DEP107	REYES KREIE CARLOS ANDRES SERRANO GAITAN JAIRO ALBERTO
20	APT-H-504	GRJ-GAR105A + GRJ-GAR105B	

Documento: Comunicado del 10 de mayo de 2022

9, sociedades que actúan en calidad de **FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS** del mencionado Fideicomiso, me permito impartir a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** en calidad de vocera y administradora del **FIDEICOMISO FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA –ETAPA V**, la presente **INSTRUCCIÓN IRREVOCABLE** para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca (si hubiere lugar) correspondiente a los siguientes inmuebles, pertenecientes al proyecto Conjunto Residencial “La Morelia”, sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa, así:

Documento: Comunicado del 02 de octubre de 2020

Lo anterior no solamente quedó probado con las pruebas documentales, sino que fue confirmado con el interrogatorio de la Representante Legal de las demandantes La Morelia S.A. y Cristalinda S.A., quien manifestó que la instrucción de escriturar a terceros compradores de buena fe atendió a la necesidad de *“coadyuvar para que el proyecto se llevara a cabo”*, pues de no haberse realizado dichas escrituraciones se habría incumplido con los fines del encargo, en este caso, del proyecto inmobiliario. Para mayor ilustración del Despacho, se debe relacionar el tenor literal de lo expuesto en el respectivo interrogatorio de parte surtido en la audiencia inicial adelantada ante la SFC, a saber:

Minuto 54:43

“Santiago Rojas: Diga si es cierto o no que una de las medidas que tomaron para afrontar las dificultades que menciona, consistió en reducir el factor del precio del lote del 12 al 10%”

(...)

Martha Morales: Si Señor.

(...)

Santiago Rojas: Con base en su respuesta anterior señora Martha, por favor infórmele al Despacho si es cierto o no que lo que motivo la adopción de estas medidas para afrontar las dificultades fue la intención de las partes de privilegiar el desarrollo y culminación del proceso inmobiliario.

Martha Morales: Si señor”

Minuto 1:01:24

“Santiago Rojas: En este sentido sírvase informarle al Despacho cuales fueron los motivos por los que la sociedad que usted representa instruyó a la fiduciaria para que escriturara unidades pese a no haber recibido el pago correspondiente.

Martha Morales: Una era coadyuvar para que el proyecto se llevara a cabo (...)”

Fuente: Primera parte de la grabación de la audiencia inicial (24/01/2024) – Folio 52 del expediente

Así mismo, lo manifestó el representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., el determinar que:

Minuto 1:56:34

“Sebastián Barón: Hubo reuniones (..) para determinar cuál iba a ser el destino del proyecto (...), y en ese orden pues se recibió la instrucción y por ende autorización de la morelia y cristalinda para que siguiéramos adelante con la escrituración del proyecto”

Fuente: Primera parte de la grabación de la audiencia inicial (24/01/2024) – Folio 52 del expediente

Nótese entonces como mi procurada actuó bajo la expresa instrucción de las demandantes, sin que para este punto las mismas puedan pretender causar confusión frente a las causas por las cuales

la fiduciaria procedió a escriturar a terceros compradores de buena fe sin la necesidad de que se hubiera efectuado el pago previo de prorrata del lote de terreno. Pues estas conocían la necesidad de privilegiar el desarrollo y culminación del proyecto inmobiliario, y en ese entendido, emitieron las respectivas instrucciones.

Es evidente, su señoría, que no resulta lógico que mi representada Acción Sociedad Fiduciaria haya sido condenada con base en un “incumplimiento” por no verificar previo a la escrituración, los pagos de prorrata del lote, cuando la instrucción provino directamente de las demandantes La Morelia S.A. y Cristalinda S.A., como se observó en las comunicaciones del 10 de mayo de 2022 y 02 de octubre de 2020, entre otras que reposan en el expediente, sociedades que en un claro incumplimiento de sus obligaciones, dieron instrucciones irrevocables a mi representada, para que procediera a la escrituración de unidades de vivienda sin el requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno.

(ii) El incumplimiento alegado por las demandantes, relativo a la obligación de verificación de pago de la tierra, obedece a una circunstancia de imposibilidad de control de los pagos gestada por las demandantes:

En este punto es importante analizar que, resulta jurídicamente incorrecto afirmar que la sociedad fiduciaria incumplió el contrato de fiducia al “no haber verificado el cumplimiento del pago convenido en la promesa de venta”, cuando durante el trámite procesal se acreditó inequívocamente que el extremo actor recibió recursos de manera directa por parte de los compradores de las unidades de vivienda y por fuera del fideicomiso. Para probar lo anterior, basta con remitirse a la comunicación que data del 09 de marzo de 2020, en la que se observa que la parte demandante expresamente indicó que el pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12% según lo establecido en el contrato fiduciario fue cancelado directamente por el propietario a La Morelia S.A. y Cristalinda S.A., tal como se observa:

actúan en calidad de FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS del mencionado Fideicomiso, me permito impartir a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA -ETAPA V, la presente INSTRUCCIÓN IRREVOCABLE para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca (si hubiere lugar) correspondiente al siguiente inmueble, perteneciente al proyecto Conjunto Residencial "La Morelia", sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa, así:

No.	DESCRIPCION DEL INMUEBLE TORRE C:	CERTIFICADO DE TRADICION - MATRICULA INMOBILIARIA No.
1	APARTAMENTO 202 DEL BLOQUE C, ETAPA IIA, LA MORELIA -CENTRAL	370-979614

El pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12%, según lo establecido en el contrato fiduciario sobre el precio de lista del inmueble Apto 202C, fue cancelado directamente por el propietario a favor de LA MORELIA S.A. y CRISTALINDA S.A..

Documento: Comunicado del 09 de marzo de 2020

Transcripción parte esencial: *"El pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12%, según lo establecido en el contrato fiduciario sobre el precio de lista del inmueble Apto 202C, fue cancelado directamente por el propietario a favor de LA MORELIA S.A. y CRISTALINDA S.A."*

En otros términos, el valor del lote se sufragaba con los recursos que se obtenían de los compradores de vivienda y para verificar el pago de las unidades de vivienda, el fideicomiso efectuaba el control del dinero que ingresa a su cuenta, por lo que, si el dinero no ingresaba al fideicomiso dado que las demandantes lo recibían de manera directa, este no tenía como cumplir con su obligación de verificación. De lo anterior, se puede colegir que se tornaba operativamente imposible para la fiduciaria el efectuar una verificación sobre los pagos que no ingresaban al fideicomiso, pues esta no contaba con las herramientas o las facultades para llevar a cabo un seguimiento de las cuentas de los fideicomitentes. Ello nos sitúa en el estadio de la máxima jurídica que expresa que no se puede obligar a una persona a hacer algo que es imposible.

Al respecto, debe decirse que, en lo tocante al principio general del derecho denominado “nadie está obligado a lo imposible”, conocido también bajo la locución latina “*Ad impossibilia nemo tenetur*” - Nadie está obligado a realizar lo imposible -, la Corte Constitucional ha sido enfática en reiterar que a ninguna persona natural o jurídica se le puede forzar a realizar algo si a pesar de asistirle el derecho a quien lo invoque, no cuenta con las herramientas, técnicas o medios para hacerlo, aun cuando en él radique la obligación de ejecutar ese algo.¹

Bajo la máxima del derecho expuesta anteriormente, no puede entonces reputarse un incumplimiento contractual de la fiduciaria consistente en “*no haber verificado los pagos del precio del lote*”, cuando esta obligación se entorpeció como consecuencia del comportamiento de los mismos fideicomitentes. Claramente, si los recursos del proyecto no ingresaban al patrimonio autónomo administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., sino que hacían tránsito directo a las cuentas de los fideicomitentes, ello obstruía el cumplimiento de esta obligación como consecuencia del incumplimiento de las sociedades demandantes quienes conocían perfectamente que los recursos del proyecto siempre debían ser recibidos por el patrimonio autónomo. Lo expuesto nos ubica claramente en el escenario contemplado en el artículo 1609 del Código Civil, respecto a que ninguna parte está en mora de cumplir mientras la otra no cumpla, en ese sentido, es evidente que no puede imputársele un incumplimiento a la fiduciaria por no verificar los pagos, cuando las demandantes hicieron imposible esta gestión al recibir dinero de los compradores por fuera del fideicomiso, incumpliendo primigeniamente su obligación de recaudar los recursos a través del patrimonio autónomo.

Así las cosas, vale la pena recordar que todo contrato bilateral obliga a ambas partes

¹ En palabras del Doctor Luis Javier Moreno Ortiz en su escrito “La Encrucijada del Poder”, el postulado significa: “Si lo imposible no puede ser, resulta obvio que deber serlo o deber hacerlo tampoco puede ser. De ahí que, como hace mucho tiempo sentenciaron los antiguos: nadie está (o puede estar) obligado a lo imposible. Por firme y fuerte que sea el poder, o por legítimo o correcto que se estime su ejercicio, o por cualquier otra consideración dada o por dar, siempre acaba destruyéndose cuando se topa con el infranqueable obstáculo de los límites de la posibilidad. El poder se torna impotente (y absurdo) cuando aspira a lo imposible”.

recíprocamente, generando obligaciones interdependientes entre sí. La obligación que nace para una de las partes encuentra su causa en la obligación correlativa de la otra, al punto que ninguna de ellas se explica sin la otra. Por ende, es claro que, si una parte incumple, la exigibilidad de la obligación de la otra se suspende, actuando como una genuina excusa de cumplimiento para la otra parte afectada. Ello se traduce en que, no puede reputarse un incumplimiento por parte de la fiduciaria cuando fueron las demandantes quienes inicialmente no honraron sus obligaciones respecto a garantizar que todos los recursos del proyecto se destinaran al patrimonio autónomo.

Bajo dichos derroteros, no cabe duda de que, el presunto incumplimiento que aquí se depreca es solo una consecuencia de las actuaciones desplegadas por las demandantes, quienes no solo ejecutaron acciones en contravía del fideicomiso obstruyendo su debida administración, sino que también elevaron instrucciones que eran de imperioso cumplimiento por parte de la fiduciaria.

El síntesis de lo expuesto, frente a cada presunto incumplimiento que se le endilga a la fiduciaria, es claro el incumplimiento primigenio de las obligaciones adquiridas por parte de las demandantes, pues fueron estas quienes ordenaron escriturar los inmuebles sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno y quienes recibieron recursos por fuera del fideicomiso. Lo anterior da lugar a la aplicación del artículo 1609 del Código Civil que permite exonerar de toda responsabilidad a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

- 2. La sentencia proferida por la SFC desconoció las reglas de interpretación del contrato de fiducia y la máxima del derecho consistente en que nadie puede ir en contravía de sus propios actos, esto significa, que pasó por alto que las demandantes instruyeron a la fiduciaria para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca “sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno” y que adicionalmente, fueron La morelia y Cristalinda quienes impidieron el control en la**

verificación de los pagos, al recibir dinero de manera directa por parte de algunos compradores, en lugar de recaudar los recursos a través del patrimonio autónomo.

En consonancia con lo expuesto en precedencia, se reitera que fue la misma parte demandante quien instruyó a mi representada en diversas ocasiones para que procediera a escriturar las unidades inmobiliarias sin perjuicio de que no se hubiera realizado el citado pago de la fase correspondiente. Por lo que no podían las demandantes desconocer sus propios actos y aducir un incumplimiento con base en ellos. Maxime, cuando los negocios fiduciarios deben interpretarse teniendo en cuenta los principios previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, es decir, tomando todas las manifestaciones de voluntad proferidas por las partes, sea que consten en un mismo documento o en varios, tales como las instrucciones generales y la aceptación de estas.

En este orden de ideas, en la labor interpretativa de un contrato como en el que nos ocupa, que está sometido a la regulación positiva mercantil y que participa de los principios civiles de los contratos, tiene que consultarse entonces el sentido que más convenga de acuerdo con la ley, la intención de las partes, los fines o causa, el objeto y en general la lógica. Principalmente cuando se trata de entender cuál es la concepción y el alcance del mismo y de los demás documentos que lo integran.

Es claro entonces que, mi procurada recibió una instrucción sin que le fuera posible entrar a desconocer que el contrato de fiducia se interpreta de acuerdo con esas instrucciones, pues en esa medida lo determinó la SFC a través de la Circular Básica Jurídica, la cual contempla en su numeral 2.2.2. del Capítulo I del Título II denominado “Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros”, lo siguiente:

“2.2.2. Interpretación

Los negocios fiduciarios deben interpretarse teniendo en cuenta los principios

previstos en los arts. 1618 a 1624 del CC y tomando todas las manifestaciones de voluntad proferidas por las partes, sea que consten en un mismo documento o en varios, tales como la oferta, la aceptación de la oferta, las instrucciones generales, la aceptación de las mismas y cualquier acto similar verbal o escrito. Cada una de las partes en los negocios fiduciarios debe recibir copia del contrato, así como de los demás actos y documentos que lo integren y complementen.” – (Subrayado y negrilla por fuera de texto).

Así las cosas y según la Circular Básica Jurídica, los contratos fiduciarios deben interpretarse también de conformidad con las instrucciones, mismas que en este caso ordenaron escriturar las unidades de vivienda “*sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa*”. Efectivamente, estas instrucciones dejan en evidencia el error cometido a través de la sentencia de primera instancia, toda vez que se declaró un incumplimiento contractual pasando por alto que las demandantes fueron quienes impartieron dirección en este sentido.

Por consiguiente, no podía pretender el extremo actor imputar responsabilidad alguna a mi procurada por un acto propio. Lo anterior, se encuentra sustentado en la teoría de los actos propios sobre la cual la Corte Suprema de Justicia ha prevenido que:

“(…) Con apoyo en los principios de la buena fe, que en Colombia es hoy en día de rango constitucional (art. 83, C.P.), y de la confianza legítima, la doctrina y la jurisprudencia tanto foráneas como patria, han desarrollado la “teoría de los actos propios”, conforme la cual, en líneas generales, no es dable a nadie contradecir, sin justificación atendible, sus propias actuaciones anteriores, cuando ese cambio de conducta afecta las expectativas válidamente adquiridas

por otro u otros con base el comportamiento pretérito del que lo realiza.”²

La regla general según la cual no puede irse contra los propios actos se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la confianza que el acto o conducta suscita objetivamente en otra o en otras. El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en terceros, pues dicha teoría tiene origen en el brocardo “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

En el caso particular, la sentencia del 28 de agosto de 2024 convalida el desconocimiento de dos actos propios de las demandantes que se expondrán a continuación:

- **La sentencia convalidó el desconocimiento de los actos propios de las demandantes relativos a las instrucciones irrevocables dadas por ellas mismas a la sociedad fiduciaria, consistentes en escriturar unidades de vivienda sin requerimiento de pago previo de prorrata al lote de terreno.**

Téngase en cuenta, que no resulta procedente que se convalide a las demandantes actuar en contra vía de sus propios actos y solicitar un incumplimiento contractual, cuando durante el trámite procesal se acreditó fehacientemente la existencia de instrucciones irrevocables relativas a escriturar las unidades de vivienda sin requerimiento de pago previo tanto para la fase 2 como para la fase 3 del proyecto, específicamente en los comunicados fechados del del 02 de octubre de 2020 y del 10 de mayo de 2022, ya relacionados en el reparo previo. Pues de lo anterior, solo se evidencia el claro cumplimiento por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a las disposiciones contractuales frente a acatar las instrucciones impartidas en el contrato y las que consecuentemente se impartieran en

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014) Magistrado Ponente ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, Radicación No. 05266-31-03-001-2002-00067-01.

el desarrollo del mismo, por lo que mal se haría en interpretar que existió un incumplimiento por parte de la fiduciaria al acatar la directriz que le fue impuesta por parte de las demandantes respecto a escriturar las unidades de vivienda y que está siendo desconocida en este proceso, en desmedro del principio de la teoría de los actos propios.

S.A. en calidad de vocera y administradora del **FIDEICOMISO FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA –ETAPA V**, la presente **INSTRUCCIÓN IRREVOCABLE** para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca (si hubiere lugar) correspondiente a los siguientes inmuebles, pertenecientes al proyecto Conjunto Residencial "La Morelia", sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa, así:

Documento: Comunicado del 10 de mayo de 2022

9, sociedades que actúan en calidad de **FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS** del mencionado Fideicomiso, me permito impartir a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** en calidad de vocera y administradora del **FIDEICOMISO FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA –ETAPA V**, la presente **INSTRUCCIÓN IRREVOCABLE** para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca (si hubiere lugar) correspondiente a los siguientes inmuebles, pertenecientes al proyecto Conjunto Residencial "La Morelia", sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa, así:

Documento: Comunicado del 02 de octubre de 2020

- **La sentencia convalidó el desconocimiento de los actos propios de las demandantes relativos a recaudar dinero por cuenta propia, fuera del patrimonio autónomo como se encontraba pactado.**

En igual medida, las demandantes no pueden desconocer sus propios actos y solicitar un

incumplimiento a la obligación de verificar el pago del precio del lote, cuando era imposible para la fiduciaria verificar los pagos de las unidades de vivienda con base en las decisiones propias de La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. de recibir dinero por fuera del patrimonio autónomo designado justamente para hacer un control efectivo del dinero recaudado.

actúan en calidad de FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS del mencionado Fideicomiso, me permito impartir a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA -ETAPA V, la presente INSTRUCCIÓN IRREVOCABLE para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca (sí hubiere lugar) correspondiente al siguiente inmueble, perteneciente al proyecto Conjunto Residencial "La Morelia", sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa, así:

No.	DESCRIPCION DEL INMUEBLE TORRE C :	CERTIFICADO DE TRADICION - MATRICULA INMOBILIARIA No.
1	APARTAMENTO 202 DEL BLOQUE C, ETAPA IIA, LA MORELIA -CENTRAL	370-979614

El pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12%, según lo establecido en el contrato fiduciario sobre el precio de lista del inmueble Apto 202C, fue cancelado directamente por el propietario a favor de LA MORELIA S.A. y CRISTALINDA S.A..

Documento: Comunicado del 09 de marzo de 2020

Transcripción parte esencial: *“El pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12%, según lo establecido en el contrato fiduciario sobre el precio de lista del inmueble Apto 202C, fue cancelado directamente por el propietario a favor de LA MORELIA S.A. y CRISTALINDA S.A.*

Denótese entonces como el a quo erradamente al interior de su decisión, desconoció que el asunto que hoy se reprocha, devino de un acto propio de las sociedades La Morelia S.A. y Cristalinda S.A., en lo relativo a emitir instrucciones irrevocables frente a la escrituración de las unidades de vivienda y recaudar dinero por cuenta propia y por fuera del fideicomiso. Por lo que la SFC procedió a

vulnerar flagrantemente la buena fe con la cual mi prohijada actuó, en tanto (i) se limitó a dar cumplimiento de las directrices impartidas por las demandantes y (ii) se encontraba en la imposibilidad material de verificar los pagos que no ingresaban al fideicomiso. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

- 3. La sentencia proferida por la SFC desconoció totalmente que las demandantes sí fueron debidamente informadas acerca de la existencia de la cascada de pagos que privilegiaba el desarrollo del proyecto y la protección de los derechos de terceros compradores de buena fe sobre el pago del precio de los lotes, toda vez que, además de conocer oportunamente de la existencia del contrato de fiducia FA-2712 que contiene la disposición contractual de prelación de pagos para el desarrollo del proyecto, son consumidores financieros altamente calificados.**

No resulta acertado que el Juez de primera instancia adujera en su sentencia que existió un presunto incumplimiento al deber de información, pues se torna imperioso recordar que las demandantes conocían perfectamente de la existencia del contrato de fiducia FA-2712, en donde se pactó cuál era la cascada de pagos. Efectivamente, como puede observar su Despacho, en la cláusula décimo segunda de dicho contrato se contempla la prelación de pagos para el desarrollo del proyecto. Ahora, no existe ninguna duda de que el contrato de fiducia FA-2712 era conocido por las demandantes, pues el precitado negocio jurídico se encuentra relacionado en el contenido del otrosí reglamentario al contrato de fiducia mercantil que fue suscrito por ellas, de manera que era parte integral de él. Es decir, no puede declararse la existencia de un incumplimiento al deber de información, cuando en el proceso reposa un contrato firmado por las demandantes que expresamente remite al contrato de fiducia FA-2712, en el cual se acordó que los gastos del proyecto tienen prelación sobre todos los demás, lo que incluye por supuesto el pago del precio del lote.

10. FIDEICOMISO RECURSOS: Es el fideicomiso FA-2712 FIDEICOMISO RECURSOS LA MORELIA FASE V, constituido para la administración de los recursos destinados al desarrollo del PROYECTO.

<p>FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS</p> <p></p> <p>JORGE ALBERTO ARISTIZÁBAL ALVIRA C.C. 16.689.081 de Cali Representante Legal LA MORELIA S.A. CRISTALINDA S.A.</p>	<p>LA FIDUCIARIA</p> <p></p> <p>ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO C.C. No. 94.501.791 de Cali. Representante Legal ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.</p> <p></p>
<p>EL FIDEICOMITENTE PROMOTOR</p> <p></p> <p>CARLOS MAURICIO POSSO O. C.C.No.16.740.467 de Cali Representante Legal BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.</p>	

Documento: Otrosí reglamentario al contrato de fiducia FA-3320

SEGUNDA. OBJETO: El presente contrato tiene por objeto que la FIDUCIARIA reciba para el FIDEICOMISO los aportes del FIDEICOMITENTE PROMOTOR, así como los de los ADQUIRIENTES DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS los cuales se obligan a entregar mediante la suscripción de los CONTRATOS DE VINCULACIÓN y los invierta de conformidad con lo previsto en el presente documento. Así mismo, una vez cumplidos los requisitos que se establecen adelante, entregue los recursos transferidos por los ADQUIRIENTES DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS al FIDEICOMITENTE PROMOTOR para el desarrollo del PROYECTO. En el evento en que no se den las condiciones dentro del término que se establezca en los correspondientes CONTRATOS DE VINCULACIÓN, la FIDUCIARIA procederá a reintegrar a los ADQUIRIENTES DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS los recursos que se encuentren en el encargo fiduciario por éstos abierto, descontada la remuneración de la FIDUCIARIA establecida en el contrato de vinculación y descontado el gravamen a los movimientos financieros y demás impuestos vigentes en la fecha del desembolso.

Documento: Contrato de fiducia FA-2712

Sobre el particular, es menester recordar como en el contrato de fiducia FA-2712 se estableció el orden de prelación de todos los costos, gastos y pagos necesarios para la materialización del proyecto. Siendo entonces que, previo a efectuar pago alguno a los fideicomitentes inmobiliarios, se debía respetar el orden de prioridad de los gastos, encontrándose en el nivel 2 todos aquellos relacionados a los honorarios y gastos para la ejecución del contrato o para la defensa de los bienes fideicomitidos (pagos de insumos, proveedores, contratistas, entre otros), en el nivel 3 los concernientes a los gastos bancarios (crédito constructor), y solo hasta el nivel 10, los relacionados a los gastos directos o indirectos para el buen desarrollo del objeto del contrato (pago del precio del lote), tal como se observa:

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. COSTOS, GASTOS, COMISIÓN FIDUCIARIA, AUTORIZACIÓN CONSULTA CIFIN Y MÉRITO EJECUTIVO:

12.1. COSTOS Y GASTOS: Todos los costos, gastos y pagos necesarios para el cumplimiento del objeto del presente contrato y los que se generan por su constitución, ejecución, desarrollo, disolución o liquidación, sean ellos de origen contractual o legal, al igual que la remuneración de ACCIÓN serán a cargo de los recursos del FIDEICOMISO y del FIDEICOMITENTE PROMOTOR. ACCIÓN los descontará directamente de los recursos del patrimonio autónomo o del FIDEICOMISO RECURSOS.

Se considerarán como gastos los siguientes, los cuales serán descontados de los recursos del patrimonio autónomo en el siguiente orden de prioridad:

- 12.1.1 La comisión fiduciaria descontada mensualmente.
- 12.1.2 Los honorarios y gastos en que haya de incurrirse para la ejecución del contrato o para la defensa de los bienes fideicomitidos, cuando las circunstancias así lo exijan.
- 12.1.3 Los gastos bancarios o similares que se generen en la ejecución y desarrollo del presente contrato.
- 12.1.4 El pago de los tributos (impuestos, tasas y contribuciones de cualquier orden territorial o nacional) y otros gastos que se causen con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de este contrato, o de los actos y contratos en los cuales el patrimonio autónomo deba participar, de acuerdo con la ley o lo pactado que le corresponda asumir.
- 12.1.5 El pago de los honorarios para la protección de los bienes del patrimonio autónomo, así como los gastos que deba incurrirse por razón de procesos judiciales en los cuales haya de intervenir ACCIÓN en defensa de los bienes del Patrimonio Autónomo.

- 12.1.6 El pago de las primas correspondientes a los seguros que deba incurrirse por razón de procesos judiciales en los cuales haya de intervenir ACCIÓN en defensa de los bienes del patrimonio autónomo.
- 12.1.7 El pago del valor de las multas o sanciones que llegaren a causarse a cargo del patrimonio autónomo con ocasión del desarrollo del contrato de fiducia mercantil.
- 12.1.8 Los gastos de la revisoría fiscal por concepto de honorarios, cuando se requiera de su dictamen sobre los estados financieros del fideicomiso.
- 12.1.9 Los gastos que ocasione la disolución o liquidación del patrimonio autónomo.
- 12.1.10 Todos aquellos gastos directos o indirectos que sean necesarios para el buen desarrollo del objeto del presente contrato.

Documento: Contrato de fiducia FA-2712

Obsérvese entonces como la fiduciaria se encontraba en la obligación de solventar todos los costos y gastos requeridos para el correcto desarrollo del proyecto con cargo al fideicomiso, siguiendo el orden de prioridad establecido en la cascada de pagos, antes de entrar a girar dineros en favor de las demandantes. Lo que, a ciencia cierta se trataba de una circunstancia plenamente conocida por la Morelia y Cristalinda, pues aún sin la existencia del contrato de fiducia FA-2712, las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que, si la finalidad del negocio consistía en pagar el precio del lote con la venta de las unidades de vivienda, claramente se debía priorizar el proyecto de construcción.

Adicionalmente, debe resaltarse que las demandantes ostentan la calidad de expertas concedoras del negocio inmobiliario, constructor y financiero, en la medida de que durante el trámite procesal se comprobó: **(i)** que eran socias de la constructora para el desarrollo del proyecto, pues recibían utilidad del mismo y además eran fideicomitentes con facultades de instruir a la fiduciaria, **(ii)** que para la negociación del contrato de fiducia contaron con un equipo jurídico experto quien las asesoró en todo momento, **(iii)** que son personas jurídicas que se dedican principalmente al desarrollo de proyectos inmobiliarios, por lo que tienen una amplia experiencia en negocios fiduciarios; y **(iv)** fueron quienes estructuraron el proyecto a través de la confección del contrato de promesa.

Lo anterior, se convalida con el interrogatorio de la Representante Legal de las demandantes, quien expuso lo siguiente:

Minuto 1:33:36

“Santiago Rojas: (...) que llevo a las sociedades que usted representa a celebrar un contrato de fiducia en calidad de fideicomitentes.

Martha Morales: Dentro de la naturaleza normal de un contrato, tanto como de quien vende de la tierra como de quien va a construir, como parte de las garantías es constituir un contrato fiduciario para la administración de esos recursos. [La finalidad] la protección de los recursos (...)”

Minuto 1:39:21

“Santiago Rojas: ¿En cuantos proyectos inmobiliarios han participado las sociedades que usted representa?

(...)

Martha Morales: (...) Hemos trabajado con muchas constructoras para el desarrollo de muchos proyectos.”

Fuente: Primera parte de la grabación de la audiencia inicial (24/01/2024) – Folio 52 del expediente

Por lo tanto, queda decantado que las demandantes conocían cómo funcionan los contratos de fiducia y para que se constituyen, pues la realidad es que han desarrollado diferentes proyectos,

tanto así, que para cada uno de ellos se constituyó un contrato de fiducia y contrataron acompañamiento jurídico interno. Luego, no había forma que desconocieran el alcance del contrato objeto de litigio y su impacto.

Con base en lo mencionado, se debe traer a colación por analogía la Sentencia SC5176-2020 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Luis Alonso Rico Puerta, respecto al deber de diligencia que se le exige a los expertos en materia financiera:

“En ese orden de ideas, “a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos -ha dicho la Corte- es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva” (CSJ SC-076, 3 ago. 2004, Rad. 7447) y por tales razones se le exige “obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna en ejercicio de sus conocimientos profesionales y especializados en materia bancaria” (...).”

En tal sentido, se colige con meridiana claridad que las demandantes no eran sociedades desprevenidas y carentes de los medianos conocimientos jurídicos y financieros para entender y medir el alcance del contrato de fiducia. En todo caso, dada su calidad tenían a su cargo la implementación de las medidas de autoprotección guiadas a informarse y entender los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, más específicamente, el contenido de los contratos de fiducia FA-3320 y FA-2712, así como sus respectivos anexos u otrosíes, en donde era clara la proyección y pago de la construcción.

Teniendo en cuenta lo anterior, en ningún escenario resulta jurídicamente acertado declarar un incumplimiento al deber de información derivado de la presunta falta de conocimiento de la cascada de pagos, cuando como se explicó, las actoras no solo conocían el contrato de fiducia FA-2712, sino, además, eran expertas en estructuración de proyectos. Lo que por sustracción de materia

significa, que definitivamente conocían que antes de efectuar pagos por concepto del precio del lote debían atenderse los gastos para culminar el desarrollo del proyecto inmobiliario y proteger así los derechos de terceros compradores de buena fe. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

4. La sentencia proferida por la SFC desconoció la naturaleza de las obligaciones de la fiduciaria y además valoró equivocadamente las pruebas practicadas dentro del proceso que indiscutiblemente acreditan el cumplimiento del contrato de fiducia por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

El numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio y el artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, establecen la obligación de las fiduciarias de defender los bienes del fideicomiso aun en contra de los actos del mismo constituyente. Lo que debe analizarse en concordancia con la directriz y prohibición contenida en el numeral 5.2.1.4. de la Circular Básica Jurídica, cuya regla establece que, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores, deben verificarse que están dadas las condiciones técnicas para que el proyecto llegue a término.

Respecto a si la fiduciaria incumplió o no el contrato de fiducia, es a todas luces claro que no existe un incumplimiento contractual por parte de mi representada. En este orden de ideas, veamos las cláusulas que la parte demandante equivocadamente reputa como incumplidas:

- Cláusula séptima numeral 5, esto es, garantizar que no se transferirán las unidades de vivienda a favor de terceros, hasta tanto se haya llevado a cabo el pago del precio de los lotes.

Con el objetivo de entender el alcance de esta cláusula, en primer lugar, debemos tener en cuenta la especial protección que incluso, la misma SFC ha predicado respecto de los terceros compradores de buena fe. Efectivamente, se demostró en este proceso que todas las gestiones de

la fiduciaria estuvieron orientadas a terminar el proyecto inmobiliario para que así, le pudieran escriturar y entregar las unidades de vivienda a los terceros compradores de buena fe.

Lo anterior se comprueba con la confesión de la parte demandante, la declaración del representante legal de la fiduciaria y el testimonio de la doctora Natalia Morales en donde se comprobó totalmente: que la fase 1, torres A y B, la fase 2, torres C, D y E y la fase 3-1, torre H, se encuentran totalmente terminadas. Además, que las fases 1 y 2 se encuentran entregadas jurídicamente a los compradores de buena fe. Y que en la Fase 3-1, ya se logró la entrega jurídica de 11 de los 20 apartamentos. Esto quiere decir que, el proyecto fue construido y entregado a satisfacción a los compradores. En otras palabras, se garantizó su protección.

Ahora, tal como ya ha sido altamente expuesto, las demandantes no pueden reputar como incumplida una cláusula, cuando ellas mismas dieron instrucciones a la fiduciaria de escriturar en favor de los compradores, aún cuando no habían recibido la prorrata del precio del lote. En este sentido, deberá aplicarse íntegramente la Circular Básica Jurídica, acto administrativo de carácter general, en donde se dice que las instrucciones de los fideicomitentes serán una herramienta para interpretar el negocio fiduciario³.

Por lo tanto, si se instruye por parte del fideicomitente a la fiduciaria para que escriture, así no se hayan recibido las prorratas de pago del lote, es precisamente porque los extremos contractuales de la fiducia entienden perfectamente que debe procurarse por el desarrollo del proyecto. Por lo que, si no se hubieran escriturado en favor de los terceros compradores se habrían incumplido los fines del encargo; y es precisamente por ello que se debe dar aplicación expresa de los artículos 1234 numeral 4 del Código de Comercio y 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

En estas normas se consagra la obligación imperativa de defender los bienes del fideicomiso aún

³ Circular Básica Jurídica, numeral 2.2.2. del Capítulo I del Título II denominado "Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros".

en contra de los actos del mismo constituyente. Claramente y a pesar de que también existen instrucciones por parte de las demandantes de detener el proceso de escrituración, estas no podían ser acatadas irrestrictamente, porque como ha quedado probado, de cumplirlas en la forma en que fueron presentadas, eso sí habría sido un incumplimiento contractual. Pues precisamente, porque se habrían afectado los derechos de los compradores de buena fe y, además, el proyecto no habría podido llevarse a cabo.

Aunado a lo anterior, no puede dejarse de lado que, dentro del otrosí reglamentario al contrato de fiducia FA-3320, específicamente en el numeral 5 de la cláusula novena, se delimitó la obligación de la fiduciaria de proteger los bienes fideicomitidos incluso contra los actos de los mismos fideicomitentes:

“CLÁUSULA NOVENA. OBLIGACIONES DE ACCIÓN: *Además de las establecidas en el artículo 1234 del Código de Comercio:*

(...)

5. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, o de los mismos FIDEICOMITENTES o BENEFICIARIOS. En consecuencia, ejercerá los derechos y las acciones y propondrá las excepciones de esos mismos derechos, respecto de los bienes que transfieren al FIDEICOMISO. (...) – (Subrayado por fuera de texto)

Así las cosas, sobre la cláusula aquí discutida, no se reprocha que se continuó con la escrituración en favor de terceros. Eso es un hecho. Sin embargo, ese hecho así concebido no representa un incumplimiento contractual. Todo lo contrario, es la clara muestra del cumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, no solo se privilegió la protección de los compradores de vivienda y no solo se propendió por el desarrollo del proyecto, sino que, además, se buscó proteger los bienes

fideicomitidos aún en contra de los actos del propio constituyente. Por supuesto, esto sin perjuicio de que nadie puede actuar en contravía de sus propios actos, tal como fue expuesto en precedencia.

- Cláusula séptima numeral 4, esto es, verificar el cumplimiento del pago establecido en la promesa de venta.

Para estudiar exhaustivamente esta cláusula, debe tenerse en cuenta cuál es la calidad que tanto La Morelia S.A. como Cristalinda S.A. ostentan en este proyecto. Lo primero sea mencionar que definitivamente, estas no son unas simples vendedoras de tierra, sino que representan no sólo a un experto en el negocio inmobiliario, constructor y financiero, sino, además, a un socio del constructor para el desarrollo del proyecto.

Dicha afirmación se comprueba con los contratos de promesa allegados al proceso, en donde se establece inclusive y como forma de pago, una retribución sobre la utilidad del proyecto. Así como con la confesión de la representante legal en donde indicó que las sociedades han desarrollado de manera habitual la promoción de varios proyectos inmobiliarios. A saber:

Minuto 1.32.40

“Santiago Rojas: (...) cual era la utilidad que las sociedades que usted representaba esperaba recibir cuando terminara este proyecto

Martha Morales: Dentro de lo pactado se hablaba de que una vez pagado el precio mínimo de la tierra (...) se esperaba posteriormente que si el proyecto daba una utilidad nosotros podíamos esperar un 20% de esa utilidad.”

Fuente: Primera parte de la grabación de la audiencia inicial (24/01/2024) – Folio 52 del expediente

Adicionalmente y más importante, como se puede evidenciar en el expediente, tienen la calidad de fideicomitentes con las facultades de instruir irrevocablemente a la fiduciaria. Como en efecto lo hicieron.

Ahora bien, resulta fundamental determinar qué calidad tienen las demandantes en este caso, por un lado, toda vez que, si son socios del proyecto, no sólo participan en las ganancias del mismo. Definitivamente, también deben acudir cuando hay pérdidas, en tanto no resulta jurídicamente viable que un socio del proyecto únicamente reciba utilidades, pero no participe financieramente en las pérdidas.

Por otro lado, y mucho más importante, dado que son socias del constructor en el desarrollo del proyecto, les aplica total y directamente la prohibición contenida en el numeral 5.2.1.4 de la Circular Básica Jurídica. Esta regla, que mi prohijada siguió al pie de la letra, establece que antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores, debe verificarse que estén dadas las condiciones técnicas para que el proyecto llegue a término. Por supuesto, esto fue lo que se hizo. Dentro de la cascada de pagos que fue descrita por los doctores Natalia Morales y José Tomás, se encuentra la previsión que exige que, antes del pago de las utilidades del proyecto en favor de las hoy demandantes, deben atenderse los gastos del proyecto constructivo.

En este punto, el dictamen practicado por mi representada guarda total relevancia. En esa experticia se comprobó totalmente que en la fase 3 del proyecto se giraron un total de 874 pagos. De esos pagos, el cien por ciento (100%), es decir, la totalidad, se giraron para cubrir los costos del proyecto. Esto quiere, que la fiduciaria actuó en cumplimiento de los fines del encargo y de la prohibición contenida en la Circular Básica Jurídica. Lo anterior, toda vez que aplicó los pagos en el orden de la cascada de pagos legal y convencionalmente exigida a los fiduciarios, por lo que, antes de permitir la disposición de los recursos por parte del socio del proyecto, los destinó al desarrollo de la obra, para cumplirle a los terceros compradores de buena fe y proteger así el dinero del público.

Ahora bien, la parte demandante está alegando el incumplimiento de la cláusula de verificación de pagos, aún cuando conoce perfectamente que sus propios actos entorpecieron la observancia de esta obligación, tal como se expuso concretamente en el reparo número 1 de este escrito. Por lo que, definitivamente, no puede reputarse un incumplimiento contractual por parte de la fiduciaria al supuestamente no haber verificado los pagos del precio del lote, cuando la misma parte demandante por fuera del fideicomiso y, por ende, en contra de las reglas del contrato de fiducia, recibía dineros directamente por parte de los compradores de unidades de vivienda. Lo que nos ubica en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual, ninguna parte está en mora de cumplir mientras el otro no cumpla. En otras palabras, no puede alegarse un incumplimiento del contrato de fiducia al no verificar los pagos del precio del lote, si la parte destinataria de esos pagos los recibía directamente y por fuera del fideicomiso.

Desde otra perspectiva, tampoco pueden pasarse por alto todas las dificultades financieras que sufrió el proyecto. Estas dificultades financieras se acreditan con los antecedentes consignados en el otrosí 2 del contrato de promesa, con la declaración de los doctores Natalia Morales, José Tomás, el perito Jorge Arango, e incluso con el interrogatorio de parte de la representante legal de las demandantes:

Minuto 50:03

“Santiago Buitrago: Señora Marta por favor informarle a este Despacho si el proyecto inmobiliario materia de este litigio tuvo dificultades financieras.

Martha Morales: Entiendo que las dificultades económicas se presentaron incluso desde la primera fase de construcción Torre A y Torre B (..)”

Por supuesto, con un proyecto que sufre este tipo de dificultades es natural que los socios, estos

son, la constructora y las demandantes, no perciban ni la utilidad ni los rendimientos esperados. Ahora, de ninguna manera puede pretenderse que la fiduciaria en posición propia subsidie en favor de los socios las dificultades financieras del proyecto.

La Corte Suprema en Sentencia SC5430-2021 del 07 de diciembre de 2021, indicó claramente que la fiduciaria no responde cuando los sobrecostos obedecen a causas externas:

*“ausencia de nexo causal», tampoco tiene asidero, dado que, tal y como se estudió en acápite anterior, la responsabilidad de la fiduciaria es directa derivada de su falta de diligencia **y no de los retrasos y paralización del proyecto.**”⁴*

Y como lo explicó el perito, el estallido social, la pandemia y el alza en los precios de los materiales resultaban imprevisibles.

En síntesis, de ninguna manera puede hablarse de un incumplimiento de la cláusula de verificación, cuando, por un lado, está demostrado que la actuación de la fiduciaria se orientó siempre a terminar el proyecto inmobiliario en beneficio de los compradores de buena fe, antes de permitir la disposición de los recursos en favor de los socios. En igual medida, se encuentran acreditados los supuestos del artículo 1609 del Código Civil, toda vez que no puede haber un incumplimiento en la labor de confirmación, cuando la parte demandante recibía recursos por fuera del fideicomiso y de manera directa por parte de los compradores de vivienda.

Finalmente, no puede pasarse por alto que la acción presentada por las hoy demandantes desdibuja la naturaleza misma del fideicomiso, en tanto no estamos ante una fiducia en garantía de que trata el numeral 8.4 de la Parte II, Título II, Capítulo I de la Circular Básica Jurídica.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Mp. Octavio Augusto Tejeiro. SC5430-2021, radiación 05001-31-03-010-2014-01068-01, sentencia del 07 de diciembre de 2021.

El contrato materia de debate, Fideicomiso 3320, es un contrato de administración, cuyo objeto consiste en mantener y administrar la titularidad de los bienes del proyecto. Ese objeto así concebido se aleja totalmente de las pretensiones de la demanda, que no buscan otra cosa distinta que obtener el pago al que se obligó la constructora en virtud del contrato de promesa.

Es entonces claro que el contrato de fiducia no se perfeccionó para garantizar el cumplimiento del contrato de promesa y en ese sentido, no puede de ninguna manera declararse la responsabilidad de la fiduciaria ni del fideicomiso ante la presunta falta de pago del promitente comprador.

En virtud de lo expuesto, lejos de representar un incumplimiento el hecho de que mi procurada privilegió la administración de los recursos para la culminación del desarrollo del proyecto sobre el pago del precio del lote, ese hecho así concebido simboliza el cumplimiento total de las obligaciones que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. adquirió como fiduciaria. En otras palabras y en cumplimiento de la prohibición contenida en el numeral 5.2.1.4. de la Circular Básica Jurídica, la fiduciaria tenía la obligación de abstenerse de enviar recursos a los socios desarrolladores del proyecto hasta tanto estuvieran dadas las condiciones técnicas para que el mismo llegara a buen término. Por supuesto, más aún, cuando la fiduciaria tenía la obligación de proteger los recursos de los terceros compradores de buena fe.

Sobre este último aspecto, el adquirente de la unidad inmobiliaria se ha entendido como un tercero ajeno a la relación contractual. Con todo, no puede pasarse por alto que los efectos finales del contrato de fiducia consagran la existencia de este tercero, de cara al acaecimiento de la condición pactada, luego su interés brota al ser un beneficiario del cumplimiento de esta.

Sobre el particular, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, el beneficiario:

“(...) adquiere un derecho propio, personal, exigible por él y derivado directamente de la estipulación, en virtud y por efecto de ésta, susceptible de revocación o

*modificación hasta cuando se produzca su aceptación expresa o ‘tácita’, siendo revocable o modificable antes de ésta y en forma unilateral por el estipulante, pero aceptada se torna irrevocable e inmodificable, **atribuyéndole la legitimación exclusiva para exigirla y ejercer las acciones correspondientes a su derecho.***

El beneficiario no es parte de la estipulación a su favor, tampoco del contrato que la contenga, su posición es la de tercero en esa relación jurídica, y sus derechos son únicamente los de la prestación prometida acordada ex ante por los contratantes, estipulante y promitente”⁵ - (Subrayado y negrilla por fuera de texto).

A su turno, el artículo 1506 del Código Civil enseña que cuando se hace una estipulación para otro, le faculta a éste demandar lo estipulado, es así como el beneficiario de un negocio jurídico como el aquí celebrado, tiene un derecho contractual restringido a la prestación específica prometida, para exigir el cumplimiento de la finalidad fiduciaria determinada en su favor, así como la responsabilidad ocurrida en caso de incumplimiento. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 1235 del Código de Comercio, según el cual el beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes: Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.

En conclusión, contrario a lo indicado por la parte demandante y por la sentencia recurrida, la fiduciaria honró sus compromisos convencionales y legales toda vez que es imperativo que durante la administración de los negocios fiduciarios proteja los recursos fideicomitidos aún en contra de los actos del mismo constituyente, privilegiando el cumplimiento del encargo y los recursos de los terceros compradores de buena fe. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC515-2024 del 19 de abril de 2024. M.P. Hilda González Neira.

5. La sentencia proferida por la SFC no tomó en consideración que aún no se ha cumplido la condición suspensiva para efectuar el pago del precio del lote correspondiente a la fase 3-1 del proyecto, debido a que, como se demostró en el proceso, aún no ha operado *“la subrogación legal de los créditos sobre los inmuebles”* de la torre H.

Para presentar este reparo, se debe traer nuevamente a colación la instrucción irrevocable que data del 10 de mayo de 2022, a través de la cual las demandantes ordenaron a la fiduciaria: (i) que escriturara las unidades de vivienda *“sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa”*, y (ii) que **“una vez se cumpla con la subrogación legal de los créditos”** sobre los inmuebles que se liberan, la fiduciaria deberá proceder al pago prioritario de la cuota parte proporcional que le corresponde a los fideicomitentes inmobiliarios”. Esto quiere decir que, antes de efectuar el pago en favor de las demandantes, debía cumplirse con la condición suspensiva consistente en el pago del crédito constructor.

Una vez se cumpla con la subrogación legal de los créditos sobre los inmuebles que se liberan, LA FIDUCIARIA deberá proceder al pago prioritario de la cuota parte proporcional que le corresponde a los FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS, LA MORELIA S.A. y CRISTALINDA S.A., establecidos en el contrato fiduciario.

Atentamente,


MARTHA LUZ MORALES GIRALDO
C.C. No. 31.978.062 de Cali (Valle)
Representante legal-segundo suplente- de las Sociedades
FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS FIDEICOMISO FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA-ETAPA V

LA MORELIA S.A. - NIT No. 890.303.393-1
CRISTALINDA S.A.- NIT No. 890-311.196-9

Página No. 3 de 3 de No. G-110-2022 Santiago de Cali, 10 de mayo de 2.022

Documento: Comunicado del 10 de mayo de 2022

Concretamente cuando en un negocio jurídico se añade la condición suspensiva, la obligación no es exigible mientras que la condición no se cumple o, lo que es lo mismo, mientras la condición se mantiene pendiente, pues de ella depende de que el vínculo obligacional sea legalmente eficaz, para que el acreedor pueda exigir al deudor la prestación debida. Dicho precepto, encuentra su sustento en el artículo 1536 del Código Civil cuando delimita que la condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho. Lo anterior, debe mirarse de manera concatenada con el artículo 1546 ibidem, respecto a que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Ahora bien, tal y como se acreditó en el curso del proceso, principalmente a través del testimonio de la funcionaria del Banco Itaú, actualmente no se ha pagado en su totalidad el referido crédito. Al respecto:

Minuto 1:13:20

“Nilza Serrato: (...) Fue la fiduciaria directamente quien el 30 de marzo del año 2023 hizo una propuesta de pago al banco con el objetivo de lograr avanzar en el pago del crédito constructor (...) frente a esto el banco empezó a analizar la propuesta, enviamos al área jurídica del banco la propuesta para que nos diera un concepto o una revisión (...) el área legal nos dice que la propuesta puede avanzar siempre y cuando el fideicomitente aquí que es el constructor avale esta propuesta y pudiésemos continuar (...). Sin embargo, la empresa se va a liquidación en abril y eso nos frena totalmente la posibilidad de avanzar en la propuesta de pago (...) él [liquidador] está esperando a ver si puede liquidar el fideicomiso, la

Supersociedades no ha contestado, pues ahí estamos todas como a la espera (...)"

Fuente: Cuarta parte de la grabación de la audiencia de instrucción y juzgamiento (25/06/2024) – Folio 62 del expediente

Lo que por sustracción de materia significa, que no se ha cumplido con la condición suspensiva para proceder con el pago en favor de las demandantes de la cuota proporcional del precio del lote. Pues, mientras estas no cumplan con sus obligaciones crediticias, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no se encuentra supeditada a efectuar el pago del precio del lote correspondiente a la fase 3-1 del proyecto.

Para este punto, es necesario señalar que la precitada condición suspensiva, esto es “la subrogación legal de los créditos sobre los inmuebles”, deviene de dos fuentes legales, siendo la primera el contrato de fiducia FA-2712, en lo concerniente a la cascada de pagos; y la segunda, la Circular Básica Jurídica frente a que el contrato de fiducia se interpreta de acuerdo con las instrucciones impartidas por el fideicomitente.

En lo que atañe al contrato de fiducia FA-2712, es de reiterar que, dentro del mismo en su cláusula décimo segunda, se estableció el orden de prelación de todos los costos, gastos y pagos necesarios para la materialización del proyecto. Encontrándose en el nivel 3, los relativos a los gastos bancarios (crédito constructor), tal como se observa:

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. COSTOS, GASTOS, COMISIÓN FIDUCIARIA, AUTORIZACIÓN CONSULTA CIFIN Y MÉRITO EJECUTIVO:

12.1. COSTOS Y GASTOS: Todos los costos, gastos y pagos necesarios para el cumplimiento del objeto del presente contrato y los que se generan por su constitución, ejecución, desarrollo, disolución o liquidación, sean ellos de origen contractual o legal, al igual que la remuneración de ACCIÓN serán a cargo de los recursos del FIDEICOMISO y del FIDEICOMITENTE PROMOTOR. ACCIÓN los descontará directamente de los recursos del patrimonio autónomo o del FIDEICOMISO RECURSOS.

Se considerarán como gastos los siguientes, los cuales serán descontados de los recursos del patrimonio autónomo en el siguiente orden de prioridad:

- 12.1.1 La comisión fiduciaria descontada mensualmente.
- 12.1.2 Los honorarios y gastos en que haya de incurrirse para la ejecución del contrato o para la defensa de los bienes fideicomitidos, cuando las circunstancias así lo exijan.
- 12.1.3 Los gastos bancarios o similares que se generen en la ejecución y desarrollo del presente contrato.
- 12.1.4 El pago de los tributos (impuestos, tasas y contribuciones de cualquier orden territorial o nacional) y otros gastos que se causen con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de este contrato, o de los actos y contratos en los cuales el patrimonio autónomo deba participar, de acuerdo con la ley o lo pactado que le corresponda asumir.
- 12.1.5 El pago de los honorarios para la protección de los bienes del patrimonio autónomo, así como los gastos que deba incurrirse por razón de procesos judiciales en los cuales haya de intervenir ACCIÓN en defensa de los bienes del Patrimonio Autónomo.

Documento: Contrato de fiducia FA-2712

Siendo entonces que, por remisión contractual, la fiduciaria se encontraba en la obligación de solventar todos los costos y gastos requeridos para el correcto desarrollo del proyecto con cargo al fideicomiso, siguiendo el orden de prioridad establecido en la cascada de pagos, antes de si quiera entrar a girar dineros en favor de las demandantes.

A su vez, y tal como se exhibió en precedencia, la Circular Básica Jurídica en su numeral 2.2.2. del Capítulo I del Título II denominado “Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros”, determina que los negocios fiduciarios deben interpretarse teniendo en cuenta los principios previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y tomando en consideración, entre otras, las instrucciones generales, la aceptación de estas y cualquier acto

similar verbal o escrito.

Por lo que no podía la fiduciaria entrar a contrariar la instrucción impartida por las actoras a través del comunicado fechado del 10 de mayo de 2022, por medio del cual las demandantes ordenaron que la fiduciaria cumpliera con la subrogación legal de los créditos previo a proceder al pago de la cuota parte proporcional que le correspondía a los fideicomitentes inmobiliarios.

Se torna claro entonces que, mi procurada no podía entrar a efectuar el pago del precio del lote sin que primero se hubiera efectuado el pago del crédito constructor al Banco Itaú, el cual guardaba prelación en el orden de costos, gastos y pagos que debían solventarse con cargo al fideicomiso. Además de atender a una instrucción expresa originada en la manifestación de voluntad de las aquí demandantes.

En consecuencia, ningún incumplimiento puede endilgársele a la fiduciaria por la presunta falta de verificación del referido pago, toda vez que aún no se ha hecho exigible el mismo en virtud de que no se ha cumplido la condición suspensiva creada por la propia parte demandante a través de sus instrucciones irrevocables. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

- 6. La sentencia proferida por la SFC condenó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a asumir en posición propia las obligaciones derivadas del contrato de promesa celebrado entre las demandantes y la constructora Buenavista, pasando por alto la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva pues la fiduciaria no hizo parte de tal negocio jurídico.**

En este punto es de trascendental importancia exponer al Tribunal, la esencia de la sentencia proferida por la SFC en lo relativo al pago de perjuicios derivados del “incumplimiento” del contrato de fiducia, pues como se expondrá a continuación, mi representada no fue condenada al pago de

perjuicios derivados del contrato de fiducia, sino los derivados del contrato de promesa de compraventa, en el que no tuvo ninguna injerencia, ni hizo parte de él.

Para brindar claridad sobre lo anterior, es indispensable que su Despacho tenga en cuenta que la sentencia del 28 de agosto de 2024 declaró equivocadamente que la sociedad fiduciaria tiene la obligación de pagar en favor de las demandantes el precio del lote de terreno, bajo el equivocado presupuesto de ser este el perjuicio derivado del incumplimiento del contrato de fiducia. Sin embargo, lo que realmente ocurrió con la sentencia aquí recurrida, es que la Delegatura condenó a mi representada a asumir en posición propia las obligaciones derivadas del contrato de promesa celebrado entre las demandantes y la constructora Buenavista, pasando por alto que a mi representada Sociedad Acción Fiduciaria, no le asiste ninguna legitimación en causa por pasiva respecto a los perjuicios derivados de dicho incumplimiento del contrato de promesa, pues como se dijo, no hizo parte de él. En otras palabras, en una deducción completamente lejana a la lógica, la fiduciaria fue condenada a pagar el precio del lote de terreno, pese a que no hizo parte de ese negocio y pese a que nunca adquirió en posición propia los referidos inmuebles.

Para constancia de lo anterior y en señal de aceptación se firma en Santiago de Cali el día quince (15) del mes de agosto del año dos mil trece (2013) y se reconocen firmas ante Notario.

LAS PROMITENTES VENDEDORAS:

POR LAS SOCIEDADES:

"LA MORELIA S.A."-NIT 890.303.393-1.

"CRISTALINDA S.A."-NIT 890.311.196-9.:

Representante legal:

JORGE ALBERTO ARISTIZABAL ALVIRA -CC. No. 16'689.081 de Cali-Valle

LA PROMITENTE COMPRADORA:

POR LA SOCIEDAD

BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.

NIT: 805.029.384-1 Representante legal:

Ingeniero **CARLOS MAURICIO POSSO OSPINA**

CC. No. 16,740,467 de Cali-Valle

Documento: Contrato de promesa de compraventa suscrito entre La Morelia S.A., Cristalinda S.A. y Buenavista Constructora y Promotora S.A.

Obsérvese como al interior de la Sentencia emitida por la SFC, se determinó como presunto perjuicio el no pago del lote correspondiente a la fase 3-1 del proyecto de construcción, a saber:

Por consecuencia, se encuentra acervo que evidencie que sobre la fase 3-1 se efectuó el pago del terreno o garantizó su pago en los términos convenidos, al contrario, las garantías de los bienes terminaron ejerciéndose para la fase 2, y la instrucción de escrituraciones de esta fase 3-1 se produjo bajo el entendido de traslado de recursos por la sociedad fiduciaria que a la postre no se concretaron como quedara visto, sin embargo, si bien se tasó o señaló por la pasiva ascendía a \$1.060.016.841,00 de pesos M/cte., de lo probado se tiene que con el otro sí número 2º de la promesa se modificó este valor, para establecerlo en cuantía de \$864.660.519,00 pesos M/cte., a corte del contrato, esto es, a la fecha del 30 de septiembre de 2020, rubro que se dispondrá pagar con la debida actualización monetaria desde el momento en que debió efectuarse su pago, atendiendo el contenido contractual, es decir, a partir de junio de 2022 momento en que se dio viabilidad a la Etapa 3-1 según certificó la pasiva hasta la fecha de la sentencia conforme los índices de la serie de empalme del índice de precio al consumidor (IPC) del DANE, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>.

Documento: Sentencia del 28 de agosto de 2024 – Página 40

Esto significa, que a través de la sentencia se pasó por alto la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva, pues verdaderamente se está condenando a la fiduciaria para que asuma con su propio peculio una obligación en el marco de un contrato de promesa del que ni siquiera hizo parte. Debe reiterarse que es jurídicamente desacertado que se comine a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a pagar el precio de unos bienes que no compró y que mucho menos son de su propiedad, bajo la denominación jurídica de “perjuicio por incumplimiento de contrato de fiducia” cuando lo que realmente está ordenando es el pago de los perjuicios de un presunto incumplimiento del contrato de promesa, del que mi representada no hizo parte.

Es de precisar que, los contratos son de obligatorio cumplimiento únicamente para las partes, por lo que no puede exigírsele a un tercero ajeno a la relación contractual, entrar a responder por obligaciones no adquiridas por este. En suma, las únicas obligaciones exigibles a la fiduciaria

correspondían a las contenidas en el contrato de fiducia FA-3320, siendo que dentro del mismo se delimitó que las obligaciones adquiridas por esta se encontraban únicamente amparadas por los activos del fideicomiso sin que haya lugar a que el acreedor persiga los bienes que pertenecen a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a saber:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Las obligaciones que adquiera ACCION en cumplimiento del objeto de este contrato están amparadas exclusivamente por los activos del FIDEICOMISO, de manera que los acreedores de dichas obligaciones no podrán perseguir los bienes vinculados a otros patrimonios autónomos bajo su administración, ni los que pertenecen al patrimonio propio de ACCIÓN.

Cuando el fiduciario contrae obligaciones a cargo del patrimonio autónomo no lo hace para sí, en nombre y por cuenta propia, sino obrando única y exclusivamente por encargo de su cliente, en desarrollo del contrato y con cargo a los bienes del patrimonio autónomo. Por lo tanto, se torna inviable que su patrimonio se comprometa para amparar circunstancias derivadas del contrato de fiducia o contratos ajenos y extraños para la fiduciaria.

Efectivamente, la sentencia desconoce que el único que puede ser obligado al pago de la promesa de venta es quien ostente la calidad de parte contractual, lo que significa que definitivamente el único conminado a pagar el precio del lote de terreno, es el constructor, pero no la fiduciaria. Maxime cuando el lote en discusión se trata de un bien que no hizo parte de su patrimonio y sobre el cual no tuvo algún tipo de beneficio o usufructo.

Por lo tanto, al margen del ropaje jurídico que oculta la verdadera esencia del fallo, se torna evidente que la fuente de obligación que término resolviendo la SFC fue el contrato de promesa de compraventa, el cual no fue suscrito por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., sino por Buenavista Constructora y Promotora S.A. Lo anterior se traduce en que se obligó indiscriminadamente a la fiduciaria a pagar el contrato de promesa del que no hizo parte.

En conclusión, se solicita al H. Tribunal desentrañar la verdadera esencia de la condena impuesta por la Superintendencia Financiera, que no fue otra sino ordenar a mi representada al pago de perjuicios del incumplimiento del contrato de promesa del que no hizo parte, pues es claro que no puede ordenarse a mi poderdante que efectuó el pago de un lote que no compró y que hace parte de un contrato en el cual no participó, pues se estaría desconociendo la separación de bienes que existe entre los que son propiedad de la fiduciaria y los que hacen parte del fideicomiso, habida cuenta que la exigencia de la separación de los «bienes fideicomitados» del resto del activo de una fiduciaria, busca que ese patrimonio no se confunda con el del fiduciario ni con otros patrimonios igualmente constituidos. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

7. La sentencia proferida por la SFC desconoce la naturaleza del fideicomiso FA-3320 en la medida de que no puede exigírsele a la fiduciaria en virtud del citado contrato, que garantice el cumplimiento de un contrato de promesa celebrado entre particulares.

Para todos los efectos, debe precisarse que el fideicomiso FA-3320 no fue creado para garantizar el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, sino para administrar los bienes y recursos destinados para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, el cual para el caso particular se denominó “La Morelia – Etapa V”. Para el efecto, obsérvese como la Circular Básica Jurídica hace la distinción entre una fiducia inmobiliaria y una fiducia de garantía, determinando que, mientras la primera tiene por objeto el desarrollo de un proyecto inmobiliario, la segunda se constituye con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros.

Más específicamente, la Circular Básica Jurídica en el numeral 8 del del Capítulo I del Título II denominado “Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros”, delimita la clasificación por tipos de negocios fiduciarios, así:

“8. CLASIFICACIÓN POR TIPOS DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Para efectos de la clasificación, el reporte de la información y su posterior transmisión a esta Superintendencia, a continuación, se enuncian los tipos de negocios fiduciarios:

(...)

8.2. Fiducia inmobiliaria

Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato.

(...)

8.4. Fiducia en garantía

Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros. (...) –

(Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Denótese entonces como la fiducia inmobiliaria tiene como propósito la administración de los recursos destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario; y, por su parte, la fiducia en garantía se dirige a garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores.

Ahora, es de vital importancia remitirnos al contrato de fiducia FA-3320 en donde estipuló como finalidad, el desarrollo de un proyecto inmobiliario denominado “CONJUNTO RESIDENCIAL LA MORELIA”, no siendo otra cosa que la clara materialización de un contrato de fiducia inmobiliaria guiado a la administración de los recursos destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario, teniendo como fideicomitente promotor a Buenavista Constructora y Promotora S.A. y como fideicomitente inmobiliario a La Morelia S.A. y Cristalinda S.A.

Las partes antes mencionadas, manifestaron que por medio del presente documento han convenido en celebrar un Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración que detente la propiedad de el(los) lotes para el desarrollo de un proyecto inmobiliario denominado CONJUNTO RESIDENCIAL LA MORELIA , proyecto que se desarrollará en etapas y al cual serán transferido(s) el(los) lotes de terreno requeridos para su ejecución, el cual se registrará por las siguientes

CLÁUSULAS:

CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES: Para los efectos de este contrato, las palabras o términos que a continuación se relacionan tendrán el significado que aquí se establece: 

1. **FIDEICOMISO O PATRIMONIO AUTÓNOMO:** Se entenderá por éste el conjunto de derechos, bienes y obligaciones constituido en virtud del presente contrato, y que se denomina **FA-3320 FIDEICOMISO LA MORELIA ETAPA V.**
2. **FIDUCIARIA o ACCIÓN:** Es **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIAS.A.**
3. **FIDEICOMITENTE PROMOTOR:** Es la sociedad **BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.** identificada al inicio del presente contrato.
4. **FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS:** Son las sociedades **LA MORELIA S.A.** y **CRISTALINDA S.A.**, identificadas al inicio del presente.
5. **FIDEICOMITENTES:** Cuando en el presente contrato se haga alusión a los **FIDEICOMITENTES** se entenderá que se refiere conjuntamente al **FIDEICOMITENTE PROMOTOR** y a los **FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS.**
6. **BENEFICIARIOS:** Son **BENEFICIARIOS** del presente contrato los **FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS** y el **FIDEICOMITENTE PROMOTOR** en los términos que se establecen más adelante.
7. **BIENES INMUEBLES:** Son el(los) **BIENES INMUEBLES** identificados con los folios de matrícula inmobiliaria número 370-845247 y 370-29474 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, los cuales serán transferidos por los **FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS** al **FIDEICOMISO.**
8. **PROMESA DE COMPRAVENTA:** Es la **PROMESA DE COMPRAVENTA** celebrada por los **FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS**, en calidad de prometedores vendedores, y el **FIDEICOMITENTE PROMOTOR**, en calidad de prometiende comprador, mediante documento privado de fecha 15 de Agosto de 2013, respecto de los **BIENES INMUEBLES** y los otros que modifiquen complementen o adicione el mencionado documento.
9. **PROYECTO:** Es el proyecto denominado **CONJUNTO RESIDENCIAL LA MORELIA** el cual consta de 3 etapas de 60 apartamentos en cada una.

No obstante, y pese a estar en el caso de marras ante un contrato de fiducia inmobiliaria, la SFC al interior de la Sentencia proferida el 28 de agosto de 2024 pretendió equipararlo como un contrato de fiducia en garantía en aras de exigir a la fiduciaria el garantizar el contrato de compraventa para que fuera esta quien pagara el precio del lote, tal como se trajo a colación en el reparo anterior.

En este orden de ideas, debe decirse que la sentencia desnaturaliza la fiducia inmobiliaria, toda vez que le imputa un incumplimiento contractual al fiduciario derivado de la supuesta falta de verificación de los pagos del contrato de promesa. Esto quiere decir, que prácticamente se le está exigiendo a la fiduciaria que garantice el cumplimiento de un contrato celebrado entre terceros, lo que de entrada permite evidenciar un error toda vez que el contrato de fiducia materia de litigio no tenía la finalidad de garantizar el cumplimiento de esas obligaciones.

El contrato como fuente de obligaciones contempla como uno de sus elementos el objeto del mismo, así las cosas, las partes están sujetas a lo por ellas pactado mediante su acuerdo de voluntades, por lo que no hay lugar a que se le exija a una de las partes el cumplimiento de obligaciones no convenidas. Para el efecto, cabe consignar el objeto tácito expuesto dentro del contrato de fiducia FA-3320, pues véase como en ninguna parte del referido negocio jurídico se aceptó efectuar gestión diferente a las relacionadas a la administración de los bienes destinados para la materialización del proyecto inmobiliario:

CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO: El presente contrato tiene por objeto que ACCIÓN:

1. Mantenga la titularidad jurídica de el(los) BIENES INMUEBLES que se le transfieran a título de Fiducia Mercantil o a cualquier título por los FIDEICOMITENTES, aquellos que se construyan sobre el inmueble fideicomitido y los que sean adquiridos con los recursos del FIDEICOMISO.
2. Registre a los FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS como BENEFICIARIOS del pago del precio que le corresponda en virtud de la transferencia de los BIENES INMUEBLES que realizará al FIDEICOMISO. El BENEFICIARIO será registrado como beneficiarios del pago del lote, pudiendo el FIDEICOMITENTE PROMOTOR disponer de aquel o aquellos bienes respecto de los cuales haya realizado el pago total(100%) de los BIENES INMUEBLES.
3. Registre al FIDEICOMITENTE PROMOTOR como BENEFICIARIO de los BIENES INMUEBLES en virtud de la PROMESA DE COMPRAVENTA en la medida en que se realicen los pagos respecto de estos.
4. Verifique que se realicen los pagos establecidos en la PROMESA DE COMPRAVENTA a favor de los FIDEICOMITENTES INMOBILIARIOS o se haya constituido la garantía sustitutiva establecida en el Parágrafo de la Cláusula Séptima de la PROMESA DE COMPRAVENTA suscrita entre los FIDEICOMITENTES.

En extenso, el *a quo* en un equivocado entendimiento del alcance de las normas que gobiernan la formación del contrato de fiducia inmobiliaria, le brindó a este una calidad que no le corresponde, delimitando arbitrariamente su alcance y convirtiéndolo en una fiducia de garantía. Ello claramente va en contra vía de los derechos de las partes, pues el juez debe considerar la naturaleza y efectos jurídicos que producen este tipo de relaciones. Desconocer estas diferencias lleva a proferir órdenes que se asimilan a las soluciones que se podrían aplicar a los casos en los que se demuestra una simulación en un contrato lo que, se destaca, no sucedió en el presente asunto. Por ende, no puede reputarse un presunto incumplimiento por parte de la fiduciaria si el contrato de fiducia celebrado no se encontraba encaminado a garantizar el cumplimiento del contrato de compraventa.

Efectivamente, la naturaleza del contrato de fiducia FA-3320 al ser inmobiliaria, desprende obligaciones para Acción Sociedad Fiduciaria S.A. de ejecutar todos los actos tendientes al desarrollo del proyecto, previendo incluso, la protección del fideicomiso aún en contra del mismo constituyente (privilegiando el pago de los costos del proyecto sobre el pago del precio del lote). Lo que quiere decir, que no es jurídicamente acertado declarar un incumplimiento contractual del fiduciario al supuestamente no haber verificado los pagos del contrato de promesa, debido a que eso sería equivalente a modificar a través de una providencia judicial, la naturaleza que las partes le otorgaron al negocio fiduciario, que para este caso no es de garantía sino inmobiliario. En consecuencia, no puede reputarse un incumplimiento contractual del fiduciario ante la presunta falta de pago del precio del lote por parte del promitente comprador “Constructora Buenavista”, debido a que se reitera, no se está ante una fiducia en garantía por lo que esa obligación es inexistente. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

- 8. La sentencia proferida por la SFC desconoció la naturaleza y concepción del negocio en la medida de que las partes del contrato de fiducia en ningún momento acordaron el aporte de bienes obteniendo como contraprestación derechos fiduciarios ni mucho menos esperando el alcance de rentabilidades.**

Sobre este reparo, resulta imperioso señalar que el juzgador le dio una concepción diferente al negocio fiduciario materia del presente proceso. Lo anterior, en la medida de que equivocadamente determinó que las demandantes aportaron el terreno y en contraprestación percibían derechos fiduciarios, entendiendo estos como una compensación de cara a la financiación del proyecto inmobiliario con réditos que se obtienen tras la ejecución del negocio. Sin embargo, en el caso concreto las demandantes en calidad de socios del proyecto aportaron un inmueble que se pagaría con un porcentaje del valor total de las ventas brutas y de utilidades en caso de que estas existieran. En otras palabras, el negocio fiduciario no se estructuró como un vehículo para garantizar una rentabilidad mínima a los fideicomitentes aportantes, sino como una herramienta jurídica para desarrollar un proyecto inmobiliario.

Además, estos fideicomitentes, conforme la estructura contractual, terminan obteniendo la calidad de beneficiarios, al respecto conforme lo probado en el proceso, de cara a los interrogatorios y documentos aportados, especialmente el contrato de fiducia, es posible constatar que las aquí actoras entregaban el terreno donde se iba a llevar a cabo la construcción y en contraprestación, recibían un dinero y porcentaje pactado por ventas efectivas, este aspecto que no se puede confundir con una compraventa, sino que corresponden a lo que podría concebirse como derechos fiduciarios, es decir, obtenían una compensación de cara a la financiación del proyecto inmobiliario, réditos que se distribuyen y obtienen tras la ejecución del negocio y las ventas comercializadas conforme la construcción.

Documento: Sentencia del 28 de agosto de 2024 – Página 8

El contrato de fiducia que celebraron las actoras es un negocio que puede arrojar unas utilidades o unas pérdidas, pues no son lo mismo los derechos fiduciarios que los bienes que integran el patrimonio autónomo, y por ello la valoración de unos y otros tiene reglas diferentes. En el contexto mercantil del contrato de fiducia se entiende que el fiduciante se desprende de la propiedad de unos bienes que van a cumplir una finalidad específica conformando así un patrimonio autónomo, sin mérito que de ello se desprenda una utilidad o una pérdida. Mientras que los derechos fiduciarios se determinan de acuerdo con la participación que tenga el beneficiario dentro del patrimonio líquido del fideicomiso y que se entiende como una posesión que conlleva aprovechamiento económico,

potencial o real, de cualquier bien en beneficio del contribuyente.

De lo expuesto, debe extraerse que contrario a lo pretendido por las demandantes, estas no eran propietarias de fracción alguna del proyecto por lo cual pudieran alegar la existencia de derechos fiduciarios, en tanto no es cierto que el fideicomitente tenga la posesión de los bienes del patrimonio autónomo ni su explotación económica, pues el aprovechamiento económico, potencial y real es del fideicomiso. El fideicomitente es sólo un mero tenedor, ya que, en virtud de la transferencia de la propiedad al patrimonio autónomo, no los puede negociar ni comprometer contrariando el objeto mismo del fideicomiso. El patrimonio autónomo es el que figura como propietario de las acciones, el que también tiene la posesión de dichos bienes, y no el fideicomitente.

De esta manera, dado que el contrato de fiducia inmobiliaria se constituyó para llevar a cabo un proyecto, los socios del mismo, en este caso las demandantes, no solo deben participar cuando el proyecto genera utilidades, sino que, además, dado que no se trata de derechos fiduciarios, deben asumir con su propio peculio cuando el negocio da pérdidas. Por ese motivo, teniendo en cuenta los factores externos que se acreditaron durante el curso procesal, como lo fueron la pandemia y el estallido social en la ciudad de Cali, son las demandantes quienes deben asumir la presunta falta de pago del precio del lote. Se reitera, que al ser socias del constructor en la ejecución del proyecto denominado “La Morelia – Etapa V” deben asumir en posición propia las dificultades financieras del mismo.

En consecuencia, la indebida concepción del negocio llevó a la SFC a condenar a mi representada cuando en realidad debió absolverla declarando fundado el argumento relativo a que los socios asumen las pérdidas del proyecto. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

9. La sentencia proferida por la SFC desconoció que la interpretación adecuada del contrato de fiducia exige que se privilegie la terminación del proyecto y la protección

de terceros compradores de buena fe, sobre el pago del precio del terreno en favor de los socios del proyecto inmobiliario.

La sentencia proferida por la SFC desconoció la correcta interpretación del contrato que hubiera llevado a la conclusión que debía absolverse de toda responsabilidad a mi representada. Es de fundamental importancia que en el presente caso se interpreten adecuadamente las cláusulas que la SFC equivocadamente reputa como incumplidas. Si bien las mencionadas cláusulas establecen un privilegio en la cascada de pagos de los fideicomisos, esta prelación crediticia no puede ser interpretada en perjuicio del fin principal del contrato de fiducia. Claramente, mi representada tiene que interpretar el contrato de fiducia no solo por lo dispuesto en él, sino por lo preceptuado por la Circular Básica Jurídica, que expresamente establece que el profesional fiduciario debe velar porque se encuentren dadas las condiciones financieras del proyecto antes de permitir la disposición de los recursos de los futuros compradores por parte de los fideicomitentes.

Interpretar el contrato de forma aislada sin tener en cuenta la Circular Básica Jurídica, que valga la pena mencionar, resulta de obligatorio cumplimiento al ser un acto administrativo de carácter general, implicaría por sustracción de materia que estas disposiciones que privilegian el pago en favor de las demandantes fueran nulas al contravenir norma de orden público. En otras palabras, sin perjuicio de los argumentos previamente expuestos que dejan absolutamente claro que la fiduciaria dio estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales, vale la pena mencionar que, en todo caso, adoptar la interpretación propuesta por la SFC relativa a obligar a pagar el valor del precio convenido por los inmuebles objeto del contrato de promesa en favor de las demandantes antes de transferir la propiedad de las unidades de vivienda a terceros adquirentes, llevarían a la nulidad absoluta del negocio en virtud del artículo 899 del Código de Comercio. Por supuesto, esa nulidad sería clara si no se hiciera una interpretación armónica del negocio en donde, antes de pagar a los fideicomitentes, es indispensable atender las obligaciones para llevar a cabo satisfactoriamente el proyecto.

Efectivamente, el artículo 899 del Código de Comercio prevé la causal de nulidad absoluta del negocio jurídico en el evento en que el negocio contraría una norma imperativa:

“ARTÍCULO 899. <NULIDAD ABSOLUTA>. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) **Cuando contraría una norma imperativa**, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.” – (Negrilla por fuera de texto).

Pues bien, sobre la materia existe norma imperativa que resultaría vulnerada por el contrato de fiducia FA-3320 si el mismo se interpretara incorrectamente y que a su vez conllevaría a la nulidad absoluta de las cláusulas del negocio jurídico que privilegian ese pago de manera preferente. Concretamente, se trata de los numerales 4 y 5 de la cláusula séptima del contrato FA-3320 y el numeral 8 de la cláusula novena del mismo contrato que, de interpretarse de manera equivocada, irían en contra de lo preceptuado por la Circular Básica Jurídica de la SFC.

Sobre este particular, se pone de presente que el artículo 2034 del Código de Comercio señala expresamente que a las entidades vigiladas por la SFC les aplican preferentemente las normas financieras sobre las comerciales. En tal virtud, a pesar de que en ejercicio de la autonomía de la voluntad se hayan decidido incorporar estas cláusulas en el contrato, no puede pasarse por alto que las mismas también deben interpretarse según lo dispuesto por la Circular Básica Jurídica. Lo anterior, pues se reitera, que dicho acto administrativo de carácter general exige que, previo a que los fideicomitentes dispongan de los recursos del proyecto, resulta necesario que se garantice la viabilidad financiera para que el mismo llegue a buen término.

Ahora, en el caso de marras mi procurada en pleno cumplimiento de las disposiciones legales y

contractuales, siguió el orden de prioridad establecido en la cascada de pagos, con lo cual permitió que se dieran las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegara a término. Pues es de recordar que el proyectó se construyó en su totalidad y que todos los pagos de la fase 3-1 se destinaron precisamente para la finalización del mismo.

Al respecto, se torna preciso traer a colación lo expuesto no solo por el perito, Dr. Jorge Arango, sino también lo manifestado por la funcionaria Natalia Morales, a saber:

Minuto 1:30:30

“Natalia Morales: Para efectos de la fase 1 y 2, están completamente construidas, están completamente escrituradas, no tengo ningún vinculado pendiente por escrituración, tengo todas las obligaciones completamente saldadas con Bancolombia, no existen pasivos incluso registrados en la contabilidad. (...) Fase 3-1, en este momento está completamente construido, hay personas a las que ya le hemos escriturado, en este momento tenemos 11 unidades escrituradas de las 20, tenemos 9 unidades pendientes por escrituración. Mucha gente ya vive allá, a mucha gente ya se le entregó la tenencia material del apartamento para que pueda estar ahí (...) constructivamente, para resolver su duda, está completamente terminado y construido.”

Fuente: Tercera parte de la grabación de la audiencia de instrucción y juzgamiento (24/06/2024) – Folio 62 del expediente

Minuto 44:11

“Santiago Rojas: Doctor Jorge, a partir de sus respuestas previas puede usted concluir que en la fase [3-1] que usted analizó, la administración de la fiduciaria

estuvo enfocada en terminar el proyecto.

Jorge Arango: Si, en efecto una de las condiciones necesarias para la terminación del proyecto es que los recursos se dirijan en su totalidad al mismo. (...) la mayor cantidad de los pagos son para temas de construcción, temas de financiación, temas de comisiones, hay algunos temas de reintegro de personas naturales que estaban perfectamente explicados, me pareció que estaba totalmente alineado con la terminación del proyecto.”

Fuente: Primera parte de la grabación de la audiencia de instrucción y juzgamiento (24/06/2024) – Folio 62 del expediente

Véase entonces como no puede recriminarse el actuar de la fiduciaria frente a la administración de los recursos del fideicomiso, pues consignado esta que, la misma cumplió a cabalidad sus funciones, no siendo otras que procurar por la debida ejecución y finalización del proyecto inmobiliario. En consecuencia, mi prohijada no puede ser llamada a la censura, si los recursos se destinaron a su respectiva finalidad.

Justamente, una interpretación como la que se propone a través de la sentencia va en contra del principio de ejecución y viabilidad del proyecto. Lo mencionado, porque le da prevalencia a los derechos de los socios y desarrolladores sobre la viabilidad del proyecto y sobre los recursos de los compradores que resultan siendo el consumidor financiero final y el eslabón más débil en la relación de consumo. Sin mayor análisis, la decisión de mi procurada de privilegiar el desarrollo del proyecto antes de permitir el desembolso de recursos en favor de las demandantes, es una conducta que no representa un incumplimiento sino todo lo contrario, la debida diligencia del fiduciario para llevar a buen término el proyecto y proteger a su vez los derechos de los terceros adquirentes de buena fe. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

10. La sentencia proferida por la SFC contabilizó equivocadamente el término prescriptivo para solicitar la nulidad absoluta de una disposición contractual, pues aplicó el término de 2 años contenido en el artículo 900 del Código de Comercio predicable respecto de la nulidad relativa y no el de 10 años contenido en el artículo 2536 del Código Civil predicable respecto de nulidades absolutas.

Sin perjuicio de que la interpretación adecuada del contrato de fiducia lleva a la conclusión de que, antes de permitir la disposición de los recursos por parte del socio del proyecto, es necesario que esté garantizada la viabilidad del mismo. En tal virtud, debe decirse que una interpretación diferente a la previamente planteada llevaría a concluir que la prelación de pagos pactada en el contrato de fiducia fuera nula absolutamente, precisamente porque en la administración del fideicomiso debe privilegiarse la terminación del proyecto sobre el pago en favor de los fideicomitentes desarrolladores.

En este orden de ideas, dado que la interpretación del Juzgador se alejó de la debida concepción del negocio, reiterando que esa no fue la voluntad de las partes, entonces debió, en los términos de los artículos 6 y 1742 del Código Civil y 899 del Código de Comercio declarar la nulidad absoluta de las citadas cláusulas contractuales y de esa manera absolver de toda responsabilidad a mi representada. Sin embargo, de forma antitécnica, en la sentencia se invoca el término prescriptivo predicable respecto de nulidades relativas, pese a que en este caso se trataría de una nulidad absoluta con una prescripción de 10 años. Obsérvese el error cometido en la sentencia:

En otras palabras, en negocios mercantiles se aplica las reglas especiales de dicho contrato, ante vacíos se aplican las reglas generales en materia mercantil de los contratos y solamente si en estos os escenarios, -reglas especiales y generales de naturaleza mercantil-, perdura el vacío es posible acudir a la normativa civil.

Todos esto se trae a colación, para señalar que el artículo 900 del C. de Co., señala un término para presentar la prescripción del contrato, al paso expone la norma que “...**Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo.**”, y al punto se ha indicado que “...*La negligencia o aun la indolencia de quienes están habilitados para enmendar, con su acción, la situación o la conducta reprochables, la toma en cuenta el derecho objetivo para construir un derecho subjetivo, con todas las consecuencias que ello implica. La convivencia pacífica, consagrada en el artículo 2 de la Constitución, consecuencia del interés general consignado en el primero, exigen que existan reglas jurídicas claras a las cuales deban someter su conducta las personas que viven en Colombia, y que no subsistan indefinidamente situaciones inciertas generadoras de disputas y litigios sin fin, incompatibles con la seguridad jurídica y, en último término, con el derecho a la paz, que es el eje de toda nuestra normatividad superior.*”, conducta la cual “...*impide que después de vencido ese plazo, las personas que tenían interés legítimo para incoarla lo puedan hacer, quedando de esta manera saneado el vicio de que adolecía el acto o contrato, así éste sea ilícito.*”, (Sent. C597 de 1998).

Es decir, no puede ahora la pasiva, transcurridos aproximadamente nueve (9) años desde que se realizó el negocio, 21 de septiembre de 2015 según reza el contrato de fiducia, el venir a cuestionar clausulados de manera tardía cuando su plazo expiraba el 21 de septiembre de 2017 (art. 118 del CGP.).

Documento: Sentencia del 28 de agosto de 2024 – Página 14

Como se observa, la sentencia equivocadamente contabilizó el término prescriptivo de una nulidad absoluta, haciendo referencia al contenido del artículo 900 del Código de Comercio que es el predicable respecto de la nulidad relativa. Pues para la nulidad absoluta como la que se gesta en este caso, el término es el de 10 años contenido en el artículo 2536 del Código Civil.

El error de hecho por indebida interpretación de la demanda que aquí nos ocupa se origina a consecuencia de una evidente desfiguración del debate, porque el fallador se ocupó de analizar aspectos ajenos a los que se sometieron a su escrutinio, a partir de una grave equivocación en la comprensión del querer del promotor de la acción, en quien recae el deber de exponer diáfananamente la causa petendi, que involucra tanto el sustrato fáctico como sus aspiraciones concretas en el juicio.

En otras palabras, dado que en la sentencia se optó por alejarse de la interpretación adecuada del negocio fiduciario, debió entonces declarar la nulidad absoluta de las cláusulas y de ese modo, aplicar el término prescriptivo inherente a las nulidades absolutas que se encuentra consagrado en

el artículo 2356 del Código Civil aplicable por remisión del 822 del Código de Comercio. Es más, aún cuando se considerara que se está ante una nulidad relativa, el juzgador no se encontraba jurídicamente habilitado para declarar de oficio la prescripción, pues por mandato del artículo 282 del Código General del Proceso, la prescripción no es susceptible de ser reconocida de oficio. De esa manera, dado que el extremo actor no invocó en su favor la citada prescripción, la sentencia se equivoca al declararla probada de oficio.

Por lo tanto, no se encuentra fundado el argumento atinente a que en el asunto que nos ocupa se encuentra prescrita la acción de nulidad, en tanto se aplicó erradamente el término de 2 años contenido en el artículo 900 del Código de Comercio predicable respecto de la nulidad relativa y no el de 10 años contenido en el artículo 2536 del Código Civil predicable respecto de nulidades absolutas. Sobre este particular, se debe señalar que el citado término prescriptivo no ha operado, en tanto se materializaría en el mes de septiembre del año 2025, sin perjuicio de que con la presentación de la contestación de la demanda se interrumpió el precitado término prescriptivo. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

11. La sentencia proferida por la SFC desconoció las disposiciones contenidas en el artículo 1742 del Código Civil pues la nulidad absoluta no es susceptible de ser “ratificada” por acuerdo entre las partes.

Siguiendo la línea argumentativa referente a que el contrato de fiducia debe ser interpretado adecuadamente so pena de que la cláusula de prelación de pagos en favor de las demandantes sea declarada nula absolutamente, debe decirse que, como esta fue la interpretación escogida por el juzgador, entonces debió declarar la nulidad absoluta en los términos de los artículos 6 y 1742 del Código Civil y 899 del Código de Comercio.

Nulidad absoluta, que "...En materia de saneamiento, la ley ha prescrito que en el caso de nulidad absoluta por causa u objeto ilícito es absolutamente improcedente su saneamiento Y QUE, EN LOS DEMÁS CASOS, podría sanearse bien por ratificación de las partes o por la configuración de la prescripción extraordinaria (art. 1742 C.C.)", (cfr. Sent. C-345 de 2017, resaltados ajenos).

(...)

Menos puede ser de recibo esta tesis, cuando ciertamente como más adelante ha de ahondarse, pese a su condición de experto en este mercado y conociendo como en efecto lo confiesa por medio de su apoderado judicial por vía de estas excepciones (art. 193 del CGP.) que eran clausulados en contra de normas imperativas como lo sería el observar la CBJ vigente para la fecha de confección del negocio expedida por la SFC., precepto de estricta observancia en términos de la Ley 1328, prefirió guardar silencio conducta y además ejecutarlo, ya que no de otra forma se entiende se efectuaran pagos a los aquí fideicomitentes aportantes del terreno con ocasión al pacto impostado en el contrato de fiducia tanto para la fase 1 pagada en su totalidad como parcialmente las fases 2 y 3-1, es decir, no solamente perdió la oportunidad legal prevista en la norma para cuestionar tal clausulado, sino que además con su conducta tendiente a ejecutar tal acuerdo, terminó ratificándolo.

Nótese que *mutatis mutandis*, se ha dicho a propósito de la ratificación que "Se trata, dicho de otra manera, de dos caras de una misma moneda que protegen de manera óptima la libertad contractual: si su decisión es aniquilar el vínculo viciado puede hacerlo; si su decisión libre consiste en conferir efectos plenos a dicho vínculo procediendo a su ratificación o absteniéndose de solicitar la nulidad, también puede hacerlo. Es, insiste la Corte, una forma de maximizar diferentes disposiciones constitucionales en tanto contribuye a la realización de las diferentes dimensiones de la libertad contractual, concretamente, las libertades de selección y conclusión.", (Sent. C345 de 2017), pues en el presente negocio jurídico decidió la pasiva, en todo este interregno de tiempo la preferencia de conservarlo pese a la situación viciada que ahora trae a colación al representarle beneficio y/o utilidad.

Documento: Sentencia del 28 de agosto de 2024 – Páginas 14 y 15

Sin embargo, en la sentencia el juzgador se abstiene de declarar la nulidad absoluta indicando que la misma fue saneada a través de la ratificación de las partes. No obstante, esa consideración así presentada omite aplicar debidamente el artículo 1742 del Código Civil que expresamente indica que "Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes". Es decir que, al estar ante una nulidad absoluta, no resulta jurídicamente viable declarar el saneamiento de la misma por ratificación de los extremos contractuales, cuando esta deviene de un objeto o causa ilícita.

Para todos los efectos, los artículos 6 y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que "en materia civil son nulos los

actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”. Por su parte, Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1524 del Código Civil).

En el caso concreto, el interpretar y dar aplicación al contrato de fiducia en contra vía de lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica, que ostenta la calidad de acto administrativo de carácter general, nos ubica en el estadio de la materialización de un objeto ilícito. Pues tal como fue dispuesto en precedencia, el adoptar la interpretación propuesta por la SFC relativa a obligar a pagar el valor del precio convenido por los inmuebles objeto del contrato de promesa en favor de las demandantes antes que garantizar la viabilidad financiera del proyecto, significaría contrariar una norma de orden imperativo; y en ese orden de ideas, al estar ante un objeto ilícito, este no es susceptible de saneamiento por ratificación como erradamente dispuso el juzgador.

En consecuencia, se reitera, que ningún incumplimiento puede predicarse respecto de la fiduciaria debido a que la adecuada interpretación del contrato permite evidenciar que es jurídicamente correcto, en primer lugar, atender los costos del proyecto antes de permitir la disposición de los recursos por parte de los fideicomitentes desarrolladores/constructores. Sin embargo, dado que esta no fue la interpretación que el juzgador de primera instancia le dio al contrato de fiducia, su análisis conllevaría a la conclusión de que las cláusulas de prelación de pagos deben ser declaradas nulas absolutamente por contravenir la Circular Básica Jurídica. Caso en el cual, la sentencia se equivoca pues omite tener en cuenta que la nulidad absoluta no es saneable por ratificación de las partes, tal como el artículo 1742 del Código Civil lo dispone. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

12. La sentencia proferida por la SFC desconoció que no existe un nexo causal entre la conducta de la fiduciaria y la presunta falta de pago del precio de los lotes de terreno.

En el caso de marras no se puede pasar por alto las dificultades financieras del proyecto inmobiliario, por lo que era natural que los socios no recibieran las utilidades esperadas. Empero, de ninguna manera puede pretenderse que la fiduciaria subsidiara las dificultades financieras que tuvo el proyecto, pues al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC5430-2021, ponderó que la responsabilidad de la fiduciaria es directa derivada de su falta de diligencia y no de los retrasos y paralizaciones del proyecto, mucho menos de los sobrecostos que obedecen a causas externas como lo fue en este caso la pandemia y el estallido social en la ciudad de Cali.

En línea con lo expuesto, basta con remitirnos a lo expuesto al interior del proceso, por parte del Dr. Jorge Arango y los funcionarios José Tomas Jaramillo y Natalia Morales, quienes diáfananamente constataron que el proyecto se vio inmerso en dificultades financieras provenientes de factores imprevisibles para los socios del mismo y que nada tuvieron que ver con las actuaciones desplegadas por la fiduciaria.

Minuto 1:23:47

“Natalia Morales: (...) Sin embargo, yo creo que esto está más que sustentado (...) que el precio del acero comenzó a incrementar en 2019 a inicios por la guerra tan marcada que estaba entre Estados Unidos y China. Y China siendo proveedor principalmente de acero y eso obviamente fue un factor principal que afecto los insumos en Colombia, sobre todo para el sector constructivo.

Adicionalmente, fase 3-1 enfrenta no solamente el alza en los precios de los insumos producto de factores externos, sino adicionalmente entra pandemia, en donde el sector constructivo obviamente estuvo parado unos meses. (...) Pero adicionalmente, en Cali, particularmente, la situación postpandemia (...) obviamente genera un estallido completamente inesperado para el sector productivo, lo que generó bloqueos, lo que generó imposibilidad de trabajar, para

el sector constructivo estuvieron las obras paradas.”

Fuente: Tercera parte de la grabación de la audiencia de instrucción y juzgamiento (24/06/2024) – Folio 62 del expediente

Ya se ha recabado jurisprudencialmente, a la luz de la individualización de patrimonios prevista en el artículo 1227 del Código de Comercio, en la necesidad de diferenciar los efectos que se derivan cuando el fiduciario actúa en su órbita propia, como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que surge de la constitución de la fiducia mercantil. El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades.

En este sentido, realizando un contraste en el actuar de la sociedad fiduciaria y los parámetros legales y contractuales exigibles en el desarrollo del proyecto inmobiliario nos permite concluir que no hay incumplimiento de las obligaciones legales ni contractuales o cumplimiento imperfecto o tardío que provengan de su actuar, así como la existencia de circunstancias exógenas para predicar un juicio de responsabilidad nexo o culpa de la fiduciaria demandada.

Acorde con lo anterior, menos debe responder con sus propios recursos para garantizar la reactivación del proyecto y sus sobrecostos, pues conforme con lo establecido en el contrato de vinculación, las mismas se encontraban invertidas en el patrimonio autónomo, y de la liquidez de este, no del patrimonio exclusivo de la fiduciaria. En este orden, no se observa incumplimiento contractual alguno en cabeza de la fiduciaria como vocera y representante del patrimonio autónomo.

Por lo tanto, es claro que no existe responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por cuanto no hay nexo de causalidad entre su conducta y el supuesto perjuicio sufrido por las demandantes respecto a la falta de pago del precio de los lotes de terreno. Lo mencionado, habida cuenta de que dicho perjuicio, de existir, provendría única y exclusivamente de la actuación del fideicomitente

promotor, esto es Buenavista Constructora y Promotora S.A., quien era la obligada a pagar el precio convenido por los inmuebles lotes de terreno en virtud del contrato de promesa de compraventa y no mi procurada. Además de que la causa adecuada de la presunta falta de pago en el precio de los lotes fueron los sobrecostos del proyecto, que como se explicó, deben ser asumidos exclusivamente por los socios quienes deben acudir cuando hay pérdidas, no solo cuando hay ganancias. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

13. La sentencia proferida por la SFC desconoció la máxima del derecho consistente en que, sin daño, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad civil y contractual.

La sentencia proferida por la SFC declaró la existencia de responsabilidad civil y contractual, pese a que durante el trámite procesal el extremo actor no demostró un daño cierto. Sobre este particular, se ruega tener en cuenta, por un lado, que el perjuicio no es presumible y por el otro, que sin daño no hay responsabilidad. Ahora bien, en el caso concreto el juzgador indicó que el daño que presuntamente causó mi representada se deriva de la falta de pago del constructor del precio de la promesa de venta. Sin embargo, esta consideración representa un error, en la medida de que se están confundiendo en la sentencia las obligaciones que tiene el constructor en virtud del contrato de promesa y las que ostenta la fiduciaria en el marco del contrato de fiducia.

Sobre este particular, es fundamental resaltar dos aspectos **(i)** el perjuicio no puede ser presumido, sino que debe ser probado de manera clara y contundente; y **(ii)** sin daño, no puede configurarse responsabilidad. En este orden de ideas, es preciso reiterar que la parte demandante tenía entre sus mandatos toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, cada uno de los daños por los cuales exigía una indemnización debía estar claramente probado a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos.

Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, debido a que sobre este particular ha establecido lo siguiente:

*“(…) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, **y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración,** como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada.⁶” - (Subrayado y negrilla por fuera de texto)*

Bajo esta misma línea, en otro pronunciamiento también ha indicado que la existencia de los perjuicios en ningún escenario se puede presumir, tal y como se observa a continuación:

*“Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(…) **la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso;** [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”⁷ - (Subrayado y negrilla por fuera de texto)*

En virtud de lo expuesto, resulta jurídicamente acertado que el juzgador de primera instancia tomara como daño el incumplimiento de pago de una obligación cuyo titular es un tercero ajeno a la fiduciaria. Lo anterior, debido a que esa argumentación así presentada llevaría al ilógico de que potencialmente pueda indemnizarse dos veces el mismo perjuicio. Precisamente y según lo confesado en el interrogatorio de parte, las demandantes se hicieron parte en el proceso concursal de la constructora solicitando el mismo perjuicio que acá equivocadamente les fue reconocido. En

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de febrero de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco. EXP: 2007-0299.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de junio de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. EXP: 2011-0736.

ese sentido, en el evento en el que en el trámite ante la Superintendencia de Sociedades se les reconozca en su favor la acreencia, estarían obteniendo una doble indemnización por el mismo hecho.

En igual medida, en el presente caso, resulta improcedente cualquier declaración de responsabilidad cuando no se ha demostrado la existencia de un daño real y concreto que sustente tal determinación. Sin la demostración clara y suficiente del daño, no es posible avanzar en el análisis de los demás presupuestos, y cualquier decisión que ignore esta exigencia vulneraría los principios fundamentales del derecho de responsabilidad y la justicia misma, tal como ocurrió en primera instancia. Maxime cuando la única prueba con la cual la parte actora pretendió demostrar el supuesto perjuicio correspondió al dictamen pericial elaborado por el profesional Luis Fernando Rodríguez Naranjo, el cual no tiene ningún valor.

Como quedó claro durante su contradicción, el precitado dictamen contiene múltiples errores. El primero de ellos es que no cuenta con soportes ni pruebas respecto de la idoneidad del perito. Así como tampoco se encuentra soportada la experiencia ni los estudios de quien rinde la experticia. Como si eso fuera poco, no hay prueba de las hojas de cálculo que utilizó para llegar a las conclusiones que incorporó en dicho escrito. Adicionalmente, se acreditó durante la contradicción que su dictamen se fundamentó principalmente en una certificación elaborada por la misma parte demandante. Y no siendo ello sustento suficiente, también se acreditó, que no realizó acciones tendientes a comprobar que esa certificación contuviera información real.

Aunado a todo lo anterior, en la contradicción también quedó probado que en el dictamen no se tuvieron en cuenta los pagos recibidos por las demandantes por fuera del fideicomiso, ni el desembolso del valor del apartamento 202 C para cuantificar los pagos recibidos por las actoras. Esto por supuesto, incrementa convenientemente el valor del supuesto perjuicio registrado en su dictamen y de haberlo tenido en cuenta, otros serían los resultados.

Todo lo anterior refleja indefectiblemente, que el mencionado dictamen pericial no tuvo la virtualidad de probar el daño que predicen las demandantes La Morelia y Cristalinda, no solamente por carecer de todos los soportes necesarios para acreditar sus conclusiones, sino porque su elaboración no es otra cosa que el desarrollo de una certificación hecha por la misma parte demandante, luego entonces, no deja de ser una prueba confeccionada por la parte demandante, cuyos resultados no son fieles a la realidad.

En ese sentido, es evidente que la parte demandante no demostró la existencia de un perjuicio, lo que nos lleva consecuentemente a la aplicación de la máxima del derecho consistente en que, sin daño no hay responsabilidad civil y contractual. Al respecto, ha decantado la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

*“En la teoría de la responsabilidad civil si bien se impone al victimario, por regla general, la obligación de resarcir a la víctima, tal compromiso surge inevitable siempre y cuando su conducta afecte, injustificada y dañinamente, la humanidad o el patrimonio de esta última. Por supuesto, en el evento de no acaecer tal hipótesis, es decir, **si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada. Queda así fijada la regla general en la materia de que no hay responsabilidad sin daño, aunque exista incumplimiento o infracción a un deber de conducta.***

De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios.”⁸

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC20448-2017. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Es así, como la presunta falta de pago en el precio de los lotes no puede ser tomada como un perjuicio exigible respecto de mi representada, pues se reitera, ella no ostenta la calidad de promitente compradora en el contrato de promesa. Por esa razón se recurre la sentencia puesto que durante el proceso no se probó ningún tipo de daño sufrido por el extremo actor. Máxime, cuando la única prueba que La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. aportaron al proceso para probar los supuestos perjuicios, fue un dictamen pericial que además de ser extemporáneo, no cumplió con los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso tal y como quedó acreditado en la audiencia de fecha del 24 de junio de 2024, no ofrece una certeza sobre un eventual daño, pues está elaborado con base en una certificación proveniente de la misma parte que solicitó la elaboración de la prueba pericial. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

14. La sentencia proferida por la SFC omitió tomar en consideración los pagos que se hicieron en favor de las demandantes, además de descontar a su vez del valor del supuesto perjuicio, el rubro recibido por fuera del fideicomiso por concepto del apartamento 202C.

Es importante que su Despacho tenga en cuenta, que no es cierto que en la fase 3-1 del proyecto no se hayan efectuado pagos a las demandantes. Lo mencionado, pues de conformidad con el dictamen pericial y con las pruebas documentales que se allegaron a través del mismo, en especial los comprobantes de pago del 03 de octubre de 2019, del 19 de diciembre de 2019 y con el Formato de Orden de Giro fechado del 27 de julio de 2022, se evidencia que la fiduciaria efectuó pagos a las actoras que ascendieron a la suma de \$192.038.251.

Consultar Hojas de Trabajo Página 1 de 1

Fecha: 03-10-2019
Hora: 16:03:58

ACCION SOCIEDAD EDUCARIA S.A.
89033393-6
HOJA DE TRABAJO PAGOS

Validacion: 2 3 46124 P#-2712 LA MORELIA PASE V

Debitar de la cuenta No.: (Cta fondo: 0180859)

Fecha pago	Beneficiario	Valor Bruto	Total descuentos	Total Incrementos	Valor neto	GMF	Datos Destinos	Cta/Encargo	Cta pagadora	Orden pago	Observacion	Prede	Hoja	Estado	
04-10-2019	CONSEJOS GENERALES DE VALORES S.A.	70,077,700.00	0.00	0.00	70,077,700.00	301,291.00	Forma: 22 Destino: TRANSFERENCIA Cta: 000100020000 Cta: 000100020000 Orden: 000100020000	000100020000	000100020000	000100020000	EN 2142 PASO A PROVISIONES CARBON PUNTO 1719*	0	0	0	0
04-10-2019	COMPTON S.A.	130,440,000.00	0.00	0.00	130,440,000.00	531,160.00	Forma: 22 Destino: TRANSFERENCIA Cta: 000100020000 Cta: 000100020000 Orden: 000100020000	000100020000	000100020000	000100020000	EN 2142 PASO A PROVISIONES CARBON PUNTO 1719*	0	0	0	0
TOTALES		200,517,700.00	0.00	0.00	200,517,700.00	832,451.00									

Valor Neto mas GMF: 205,933,211.01

Elaboro: MORELIA 20/10/2019 09:39:24
Reviso:
Aprobó:
Confirma:

Consultar Hojas de Trabajo Página 1 de 1

Fecha: 19-12-2019
Hora: 14:43:52

ACCION SOCIEDAD EDUCARIA S.A.
89033393-6
HOJA DE TRABAJO PAGOS

Validacion: 2 3 46124 P#-2712 LA MORELIA PASE V

Debitar de la cuenta No.: (Cta fondo: 0180859)

Fecha pago	Beneficiario	Valor Bruto	Total descuentos	Total Incrementos	Valor neto	GMF	Datos Destinos	Cta/Encargo	Cta pagadora	Orden pago	Observacion	Prede	Hoja	Estado
20-12-2019	COMPTON S.A.	4,716,099.00	0.00	0.00	4,716,099.00	25,084.00	Forma: 22 Destino: TRANSFERENCIA Cta: 000100020000 Cta: 000100020000 Orden: 000100020000	000100020000	000100020000	000100020000	EN 2142 PASO A PROVISIONES CARBON PUNTO 1719*	0	0	0
20-12-2019	LA MORELIA S.A.	6,262,112.00	0.00	0.00	6,262,112.00	28,128.70	Forma: 22 Destino: TRANSFERENCIA Cta: 000100020000 Cta: 000100020000 Orden: 000100020000	000100020000	000100020000	000100020000	EN 2142 PASO A PROVISIONES CARBON PUNTO 1719*	0	0	0
TOTALES		10,978,211.00	0.00	0.00	10,978,211.00	53,212.70								

Valor Neto mas GMF: 11,050,344.01

Elaboro: MORELIA 20/12/2019 09:39:38
Reviso:
Aprobó:
Confirma:

Detalle de Giros

Numero de detalle	1	Beneficiario	890303393 - LA MORELIA S.A.	Destino de pago	890303393 - LA MORELIA S.A.
Tipo de pago	TransferenciaElectronica	Entidad cuenta	BANCO DE OCCIDENTE - 013674995 Ahorros	Concepto	PUC 171596
Valor	\$50,000,000	Iva	\$0	Retefuente	0,00 % \$0
Retelca	0,00 % \$0	Retelva	0,00 % \$0	CREE	0,00 % \$0
Amort Anticipo	\$0	Rte.Garantia	\$0	4*100/Gmf/1%Reserva/Sanción	\$0

En consecuencia, en el hipotético y remoto evento en el que se confirmara la declaración de la responsabilidad civil y contractual en cabeza de mi representada, en todo caso, del monto de la eventual indemnización deberá descontarse la suma previamente referenciada.

En igual medida, con la comunicación que data del 09 de marzo de 2020 la parte demandante

expresamente indicó que el pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12% por concepto del apartamento 202C, le fue cancelado directamente por el propietario y por fuera del fideicomiso. Valores que a todas luces debían haberse descontado del valor tasado por el supuesto perjuicio. Al efecto, debe ponerse de presente que el valor en lista del apartamento 202 C ascendió a la suma de \$317.652.099, sobre la cual se le reconoció a las demandantes la suma de la cuota proporcional.

ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A
Actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del Fideicomiso
FA-2712 LA MORELIA FASE V

HACE CONSTAR QUE:

1. Que la Sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A., identificada con NIT. 805.029.384-1 suscribió el 12 de septiembre 2014, un contrato de Fiducia Mercantil de Administración denominado FA-2712 RECURSOS LA MORELIA FASE V, cuyo objeto es la administración de los recursos depositados por los adquirentes de unidades privadas para el desarrollo del Proyecto Inmobiliario CONJUNTO RESIDENCIAL LA MORELIA.
2. En ejecución del contrato de Fiducia Mercantil, se vincularon a las unidades resultantes de la torre C del proyecto CONJUNTO RESIDENCIAL LA MORELIA, las personas que se relacionan a continuación:

Identificación	Nombre	Unidad Inmobiliaria	Valor del Inmueble
900209304	INANDA SAS	104C	246.696.181
1130816279	INGRID ARMIDA LEON GOMEZ	105C	450.717.290
900982781	IMAGE DE COLOMBIA SAS	106C	370.847.618
1144030166	DANELA IBÁÑEZ GARCÍA	201C	526.000.000
18740487	CARLOS MAURICIO POSSO	202C	317.652.099
81569167	SALLY ALEXANDRA MEJIA CARVAJAL	203C	377.000.000
39586029	SANDRA LORENA LENIS PECHENE	204C	332.101.440
8104663	FEDERICO PERSICO PATINO	205C	456.339.511
31579735	PAOLA ANDREA ROSERO RAMOS	206C	531.853.000
102079976	JAASAI DAVID BECERRA CANENCIO	301C	575.000.000
83333337 / 66987159 / 84455306 / 18759087	MARCELA LONDOÑO / CARLOS PRADO / JULIA MUSTAFA / JUAN NUÑEZ	302C	422.726.000

Documento: Certificación del valor de las ventas totales del Conjunto Residencial La Morelia

Por ese motivo, ruego al juzgador de segunda instancia que en gracia de discusión descuente del valor de la eventual indemnización, tanto los pagos hechos por mi representada, como el rubro que fue recibido directamente por las demandantes por el apartamento 202C según la anterior comunicación que obra en el expediente. Por ese motivo, pese a que lo correspondiente es que la

sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada, en el improbable evento en que eso no suceda, ruego se tenga en cuenta la disminución de la sentencia en consideración de los montos previamente relacionados.

15. La sentencia proferida por la SFC omitió reducir la cuantificación del daño en razón de la participación de las demandantes en su causación - El daño está sujeto a reducción, si quien lo ha sufrido, se ha expuesto a él imprudentemente.

Tanto la SFC como la Corte Suprema de Justicia en sus lineamientos jurisprudenciales han delimitado que el daño debe reducirse si quien lo ha sufrido, se ha expuesto a él imprudentemente, incluso en tratándose de responsabilidad civil contractual. Bajo dicho derrotero, debe indicarse que las aquí demandantes se expusieron imprudentemente al daño, entre muchas otras razones, por las siguientes: **(i)** por haber autorizado escriturar a terceros compradores de buena fe sin la necesidad de que se hubiera efectuado el pago previo de prorrata del lote de terreno, **(ii)** por haber recibido pagos por fuera del fideicomiso; y, **(iii)** por no haber contemplado las disposiciones del contrato de fiducia FA-2712, especialmente en lo referente a la prelación de pagos para el desarrollo del proyecto.

Para efectos de lo anterior, es importante traer a este escrito lo preceptuado en el Código Civil respecto a la reducción de la indemnización:

“ARTÍCULO 2537. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

Por otra parte, la Corte Suprema de justicia ha indicado que cuando un tercero ha sido participe del hecho, la indemnización debe reducirse:

“Cuando el hecho lesivo es generado por la acción independiente de varias personas, sin que exista convenio previo ni cooperación entre sí, pero de tal suerte que aún de haber actuado aisladamente, el resultado se habría producido lo mismo, entonces surge la hipótesis de la causalidad acumulativa o concurrente, prevista en el artículo 2537 del ordenamiento civil, según el cual la apreciación del daño está sujeta a reducción (...)”⁹

De cara a los actos ejecutados por las demandantes que incidieron en la materialización del presunto perjuicio, tenemos que mencionar lo siguiente:

- i) Es de recordar que fueron las demandantes quienes dieron la instrucción irrevocable a mi representada, de escriturar a terceros compradores de buena fe sin la necesidad de que se hubiera efectuado el pago previo de prorrata del lote de terreno. Lo anterior se corrobora con las pruebas allegadas al plenario, entre ellas, el comunicado del 10 de mayo de 2022 y el calendado del 02 de octubre de 2020, a través de los cuales se instruyó a la fiduciaria para que escriturara los inmuebles *“sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa”*.
- ii) En igual medida, durante el trámite procesal se acreditó que el extremo actor recibió recursos de manera directa de compradores y por fuera del fideicomiso, pese a conocer que los recursos debían tramitarse a través del patrimonio autónomo. Específicamente, en la comunicación que data del 09 de marzo de 2020 la parte demandante expresamente indicó que el pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12% según lo establecido en el contrato fiduciario fue cancelado directamente por el propietario a La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. acreditando que recibía dineros fuera del patrimonio

⁹ Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-56742018 (20001310300420090019001), Dic. 18/18.

autónomo, incumplimiento sus obligaciones e imposibilitando el control del dinero a través del fideicomiso.

- iii) De contera, no le era dable al extremo actor el entrar a desconocer el orden de prelación de todos los costos, gastos y pagos necesarios para la materialización del proyecto. Siendo entonces que, previo a efectuar pago alguno a los fideicomitentes inmobiliarios, se debía respetar el orden de prioridad de los gastos, encontrándose en el nivel 2 todos aquellos relacionados a los honorarios y gastos para la ejecución del contrato o para la defensa de los bienes fideicomitidos (pagos de insumos, proveedores, contratistas, entre otros), en el nivel 3 los concernientes a los gastos bancarios (crédito constructor), y solo hasta el nivel 10, los relacionados a los gastos directos o indirectos para el buen desarrollo del objeto del contrato (pago del precio del lote).

Conforme a lo dicho, el Despacho debe establecer un análisis causal de las conductas implicadas en el evento dañoso, a fin de determinar la incidencia de las demandantes en la ocurrencia del daño. Por lo tanto y al ser evidentes las conductas desplegadas por parte de las actoras que conllevaron a la materialización del daño que hoy reputan, no podía desconocerse su margen de participación en el mismo y en consecuencia debe efectuarse la respectiva reducción en el valor estimado para el mismo. Por ese motivo, pese a que lo correspondiente es que la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada, en el improbable evento en que eso no suceda, ruego se tenga en cuenta el porcentaje de participación de las demandantes en la causación del daño y la consecuencial disminución de la indemnización.

16. La sentencia proferida por la SFC está provocando un enriquecimiento sin justa causa en favor de las demandantes, debido a que, con la condena proferida, está obligando a la fiduciaria a asumir los riesgos financieros del proyecto inmobiliario, aún cuando esta carga le corresponde expresamente a los socios desarrolladores e inmobiliarios.

Los sustentos expuestos en la sentencia recurrida desconocen la finalidad por la cual se suscribió el contrato de fiducia, que como ya se mencionó, no son las relativas al pago o a la garantía del cumplimiento de una obligación principal, sino las meramente administrativas y de custodia para la finalización del proyecto inmobiliario. Por lo que se torna improcedente que se busque con la condena impuesta favorecer y enriquecer injustificadamente al extremo actor de litis, en la medida de que se está exigiendo a la fiduciaria el asumir riesgos financieros que no le son imputables y que atañen única y exclusivamente a los socios desarrolladores e inmobiliarios.

Con la finalidad de brindar claridad al Despacho sobre este reparo, debe señalarse principalmente que las demandantes La Morelia S.A. y Cristalinda S.A., no son simples vendedoras de tierra, sino que ostentan la calidad de socias del proyecto inmobiliario. Lo anterior, habida cuenta que el negocio jurídico celebrado entre estas y Buenavista Constructora y Promotora S.A., no corresponde a un contrato de promesa de compraventa propiamente dicho como lo han intentado hacer ver, sino que, por la naturaleza de las disposiciones, es claro que se trata de un contrato de colaboración empresarial, en el que La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. ostentan la calidad socios de Buenavista Constructora y Promotora S.A.

Para desglosar lo dicho, es importante empezar por entender que la promesa de compraventa es un contrato que establece las condiciones para la venta de un inmueble. Es un acuerdo entre dos partes que garantiza la compra del bien y establece las reglas para la transacción. En otras palabras, la promesa de compraventa es un contrato en que una parte promete comprar y la otra promete vender, llamándose la primera promitente comprador y la segunda promitente vendedor.

Para que dicho contrato produzca obligaciones, se deben cumplir los requisitos del artículo 1611 del Código Civil, que determina:

“ARTICULO 1611. REQUISITOS DE LA PROMESA. Subrogado por el art. 89, Ley 153 de 1887. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación

alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:

- 1a.) Que la promesa conste por escrito.*
- 2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511, 1502 del Código Civil.*
- 3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.*
- 4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.*

Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”

Por su parte, los acuerdos de colaboración empresarial son contratos de índole mercantil empleados en Colombia tanto en el sector privado como en el sector público, con el fin de que quienes los suscriben puedan aunar esfuerzos, recursos y experiencias, que les permitan abordar proyectos, actividades o emprendimientos que de manera individual no sería posible. Sobre este tipo de negocio jurídico, ha decantado el Tribunal Superior del Distrito Judicial:

*“(…) Es bien sabido que el aludido contrato de colaboración empresarial no cuenta con un fundamento normativo en la legislación nacional, por lo que se enmarca en los llamados “contratos mercantiles atípicos”; no obstante, aunque su desarrollo jurisprudencial y doctrinal es un poco limitado, **este ya ha sido definido como aquel por medio del cual las partes deciden unir esfuerzos para lograr la consecución de una labor o proyecto específico, con cierta atención a las calidades que ostenta cada una o, al aporte dirigido al fin previsto; aunado a que no se forma una persona jurídica diferente a quienes intervinieron en***

su origen; y se trata de una convención de carácter temporal, toda vez, que la unión únicamente subsiste con miras a lograr el objeto previsto (...)

“(...) En armonía con lo expuesto, se configurará entonces un contrato de Colaboración Empresarial siempre que: (i) Que los contratantes conserven su individualidad jurídica, de tal manera que no es creada una nueva persona jurídica que ejecute el objetivo en común; (ii) Que exista unidad de propósito, por lo que los contratantes trabajan conjuntamente para lograr su objetivo; (iii) Que los partícipes aporten activos, bienes o industria para el desarrollo del proyecto común; (iv) Que se delimite la forma en que se asumirán los riesgos y se distribuirán los resultados, sean pérdidas o ganancias” (...)¹⁰ –
(Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Por lo tanto, mientras el contrato de promesa de compraventa es un contrato preparatorio, es decir, es la parte preparatoria o inicial de otro contrato, que es el contrato de compraventa, con el cual se materializa o concreta lo prometido en el contrato de promesa, es decir, entregar un bien a cambio de un pago; el de colaboración empresarial tiene como finalidad el aunar esfuerzos, recursos y experiencias, que les permitan a las partes contratantes abordar proyectos, actividades o emprendimientos que les generen réditos.

Una vez puesto en contexto lo anterior, de la lectura simple del contrato suscrito entre La Morelia S.A., Cristalinda S.A. y Buenavista Constructora y Promotora S.A., denominado “Contrato de Promesa de Compraventa de Dos (2) Lotes de Terreno en el Sector “La Morelia – Etapa V” en los Altos del Barrio Santa Isabel en el Municipio de Santiago de Cali – Valle del Cauca”. Se logra extraer que el mismo no atiende realmente a una promesa de compraventa, pues lejos de cumplir los requisitos dispuestos en el artículo 1611 del Código Civil y materializarse posteriormente en un

¹⁰ Sentencia de 24 de julio de 2023. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora.

contrato de compraventa, lo que se observa es que dentro del referido negocio jurídico se establecieron las ganancias de los socios.

En primer lugar, obsérvese que en dicho negocio jurídico se delimitó la destinación de los lotes para el desarrollo urbano-arquitectónico residencial del globo terreno “La Morelia – Etapa V”, en tres fases:

Con base en lo anterior, el desarrollo urbano-arquitectónico residencial con proyecto (s) de VIVIENDA MULTIFAMILIAR EN APARTAMENTOS en el globo de terreno “LA MORELIA-ETAPA V” ha sido programado en TRES (3) FASES DE DESARROLLO en los sub-globos de terreno ilustrados en el Plano No. 343 de julio/2013 denominados en la siguiente secuencia;

- FASE No. 1:** en un sub-globo de terreno que suma un área aproximada de 6,309.46 m²;
- FASE No. 2:** en un sub-globo de terreno que suma un área aproximada de 5,846.43 m²; y
- FASE No. 3:** en un sub-globo de terreno que suma un área aproximada de 6,254.70 m²;

Asimismo, dentro de dicho contrato se determinó el plan de construcción para la edificación “Conjunto Residencial La Morelia – Etapa V”, los materiales e insumos del proyecto, la lista de precios de los apartamentos resultantes del proyecto inmobiliario, la constitución de patrimonio autónomo, e incluso se pactaron utilidades:

SEGUNDO VALOR: En caso de que el proyecto produzca utilidades, el segundo valor será equivalente al **VEINTE POR CIENTO (20%)** del valor total de las utilidades del proyecto. ~~Se aclara de que en caso de que el proyecto de pérdidas en lugar de utilidades, el segundo valor equivaldrá a cero.~~ Es decir, en caso de que el proyecto de pérdidas, por ningún motivo dicha circunstancia restará del primer valor resultante de multiplicar el factor del **DOCE POR CIENTO (12%)** por el valor total de ventas brutas que de los diferentes edificios, viviendas terminadas, garajes, depósitos o unidades privadas, ni restará del precio mínimo de retribución a **LAS PROMITENTES VENDEDORAS** por los lotes de terreno que se deriven de los dos (2) inmuebles denominados “**LOTE G-11+G-12-LM**” y “**LOTE G-11+G-12-C**”.

Observe H. Tribunal que en ese negocio se cumplieron los requisitos para que se configure la

materialización del contrato de colaboración empresarial, por cuanto *(i)* los contratantes conservaron su individualidad jurídica, de tal manera que no fue creada una nueva persona jurídica que ejecutara el objetivo en común; *(ii)* existió unidad de propósito, habida cuenta que los contratantes trabajaron conjuntamente para lograr su objetivo, esto es, el desarrollo del proyecto inmobiliario; *(iii)* los partícipes aportaron activos para el desarrollo del proyecto común, más específicamente, La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. aportaron el lote de terreno y Buenavista Constructora y Promotora S.A. aportó su conocimiento del negocio, su experiencia como constructor y su trabajo en la venta de las unidades; y finalmente *(iv)* se delimitó la forma en que se asumirían los riesgos y se distribuirán los resultados, sean pérdidas o ganancias, ello en tanto, se pactó que La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. recibirían el 20% de las utilidades del proyecto en caso de generarse, luego entonces no se trataba de un simple vendedor de la tierra con quien se pacta un precio por su producto, sino que se trata de un verdadero socio, quien está interesado y hace parte de las utilidades del negocio.

Así las cosas, indistintamente de cómo se denominen los negocios, en el tráfico mercantil los Contratos de Colaboración Empresarial se caracterizan bajo la concepción unívoca y definida de aunar esfuerzos (cooperar) de manera prolongada en el tiempo, repartiendo entre los partícipes asociados el riesgo y los beneficios o pérdidas generados en el ejercicio de la actividad colaborativa. Renglón seguido, la teoría de los riesgos dentro de los contratos de colaboración decreta que debe existir una distribución de utilidades y pérdidas del resultado de la actividad, por lo que los socios no solo deben participar cuando el proyecto genera utilidades, sino que, además, deben asumir con su propio peculio cuando el negocio da pérdidas.

En ese orden de ideas, de haber sido advertida tal circunstancia por parte de la SFC, esta habría tomado en consideración que se encontraba resolviendo una controversia que tenía como objeto esencial, un contrato atípico de colaboración para sacar adelante un proyecto inmobiliario y distribuir las ganancias entre los socios. Lo cual habría sido trascendental para el rumbo del proceso, pues hubiese podido advertir que ante la existencia de una colaboración entre socios, los sobrecostos

del proyecto derivados de una pandemia, debían ser asumidos por los socios y no por un tercero ajeno a la relación contractual, como equivocadamente sucedió, puesto que la SFC le impuso el riesgo financiero del proyecto a la Sociedad fiduciaria, cuándo esta no fue socia y no hacía parte de la distribución de ganancias y pérdidas.

En última medida, lo que emerge claro es que en la sentencia de la SFC fue el tercero ajeno al negocio de colaboración quien término siendo obligado a reconocer el riesgo financiero. Ello no es más que una indebida concepción del negocio jurídico y de la teoría de los riesgos que de este se desprende. Por lo tanto, la SFC perpetuó un enriquecimiento sin justa causa en favor de las demandadas, en la medida que las exoneró de asumir las pérdidas derivadas del proyecto y forzó a mi procurada a reconocerles el precio del lote.

Quedando claro lo anterior, es importante recordar que, el enriquecimiento sin justa causa se encuentra expresamente prohibido y su fundamento jurídico se basa en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, en virtud de la cual *“cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”*. Cabe decir, que el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia en su primer numeral, establece *“respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”*, en virtud del cual se puede apoyar dicho precepto. A su vez, el enriquecimiento sin causa se fundamenta igualmente en el artículo 831 del Código de Comercio, que estipula: *“nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”*.

En conclusión, en el caso de marras, el Juez de primera instancia debía adoptar los correctivos necesarios en procura de que se restableciera la equidad de las partes. No obstante, y dada la sustracción del mismo respecto a efectuar una debida regulación y corrección del desequilibrio inequitativo que el enriquecimiento sin causa genera, se promovió un escenario de desventaja en lo que concierne a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., obligándola a soportar una mengua en su patrimonio sin sustento alguno, pues como se dijo, le impuso el riesgo financiero del proyecto a la

fiduciaria en lugar de imponerlo a los socios, quienes si fueron parte del contrato de colaboración que mal denominaron “contrato de promesa”. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

17. La SFC a través de la sentencia excedió las facultades conferidas a través del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 y el artículo 24 del Código General del Proceso, en la medida de que declaró la existencia de un daño cuya fuente es la presunta falta de pago del contrato de promesa suscrito entre particulares no vigilados, máxime cuando en el trámite procesal impidió la práctica de pruebas relacionadas con el citado contrato.

La SFC a través de su sentencia excedió totalmente los límites de su competencia debido a que condenó a la fiduciaria al pago de un contrato de promesa celebrado entre particulares. Efectivamente, el juzgador de instancia declaró la existencia de un supuesto perjuicio derivado de la presunta falta de pago del constructor del precio mínimo de los inmuebles correspondientes a la fase 3-1 del proyecto inmobiliario. Sin embargo, es claro que esta Superintendencia no tiene facultades para declarar la falta o no de pago de un negocio celebrado entre particulares, tan es así, que el mismo juzgador en la audiencia llevada a cabo el 24 de enero de 2024, impidió al suscrito realizar preguntas a la parte demandante relacionadas con el contrato de promesa de venta que hoy utiliza de fundamento del supuesto perjuicio.

Para dar un mayor alcance a este reparo, es necesario dividirlo en dos pronunciamientos, siendo el primero sobre la ausencia de calidad de consumidores de las demandantes y segundo, sobre la extralimitación por parte de la SFC al juzgar particulares, respecto de las facultades que le fueron brindadas en los preceptos normativos.

- **Ausencia de calidad de consumidores de las demandantes**

Es de precisar que tanto la Ley 1480 de 2011 como el Código General del Proceso exigen que para

el inicio de una acción de protección al consumidor, el demandante debe ser consumidor. Este es uno de los límites impuestos a las facultades de la SFC, porque de entrada la norma indica que solo se puede juzgar el litigio que pone en su conocimiento un consumidor.

Ahora bien, es indispensable resaltar que La Morelia S.A y Cristalinda S.A. son sociedades dedicadas a la explotación económica de inmuebles, guiados a la promoción y desarrollo de proyectos inmobiliarios; y, en consecuencia, no pueden ser consideradas como unos consumidores que se encuentran en una posición desigual que amerite la protección del estatuto del consumidor. Pues el contrato de fiducia celebrado se trató realmente de una colaboración empresarial que está ligada intrínsecamente al giro ordinario de sus negocios, en la cual no tenían la calidad de promitente vendedor sino de socio del proyecto; y siendo socios, no podrán ser consideradas consumidores, lo que a su vez conlleva que no puedan ventilar su controversia a través de una Acción de Protección al Consumidor Financiero.

Ahora, si bien la Ley 1328 de 2009 en su artículo 2, definió como consumidor financiero a “**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 Constitucional, 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".¹¹ – (Negrilla por fuera de texto)

Nótese como tal concepción fue adoptada por la Ley 1480 de 2011, al establecer el numeral 3 de su artículo 5 que es 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.”* En concordancia con lo expuesto, para que las demandantes tuvieran legitimación en la causa en el marco de una Acción de Protección al consumidor financiero, debían tener la calidad de consumidor, para ello, resultaban necesario que probaran que los negocios fiduciarios realizados, no estaban ligados a su actividad económica propia.

No obstante, analizadas las pruebas que reposan en el expediente, se vislumbra la celebración del contrato de fiducia FA-3320 con el que surgió a la vida el Fideicomiso La Morelia Etapa V. En dicho convenio, actuaron las sociedades La Morelia S.A y Cristalinda S.A., en calidad de fideicomitentes inmobiliarios. Del clausulado de dicho negocio jurídico, se logra establecer que el objeto del fideicomiso consistía en crear un patrimonio autónomo administrado por Alianza Sociedad Fiduciaria S.A., para que detentara la propiedad de los lotes para el desarrollo del proyecto inmobiliario “Conjunto Residencial La Morelia”. De lo anterior, surge claro que las aquí demandantes, no suscribieron el contrato de fiducia inicial como simples consumidores financieros ajenos a dicha actividad mercantil, sino que entraron al negocio como fideicomitentes asumiendo la posición contractual de aportantes de tierra para el desarrollo del proyecto.

Al respecto, ha dispuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que:

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-909 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

“En tal sentido, las demandantes no pueden ser catalogadas 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 la explotación económica de inmuebles, guiados a la promoción y desarrollo de proyectos inmobiliarios.

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.”¹²

Por lo tanto, las demandantes no estaban habilitadas para someter el asunto contencioso a través de la acción de protección al consumidor ante la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la

¹² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Séptima de Decisión Civil. Rad. 110013199003 2021 02969 01. M.P. Iván Darío Zuluaga Cardona.

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.

- **Extralimitación por parte de la SFC respecto de las facultades que le fueron brindadas en los preceptos normativos, al juzgar a particulares no vigilados.**

Las facultades que la Ley 1480 de 2011 atribuyo a la SFC, reside en resolver los asuntos contenciosos que devengan de los consumidores y sus vigilados. A saber:

“Artículo 57. Atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia. En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, 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.

En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.

La Superintendencia Financiera de Colombia no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo. Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral.

Los asuntos a los que se refiere el presente artículo se tramitarán por el procedimiento al que se refiere el artículo 58 de la presente ley.” – (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

Así las cosas, su facultad no está dirigida a resolver situaciones particulares ni a determinar la viabilidad de negocios entre particulares. Por lo tanto, la SFC no extralimitó sus facultades, en la medida que declaró la existencia de un daño cuya fuente es la presunta falta de pago del contrato de promesa suscrito entre particulares no vigilados, esto es, entre La Morelia S.A., Cristalinda S.A. y Buenavista Constructora y Promotora S.A.

Así como se menciona en líneas precedentes, al interior de la Sentencia emitida por la SFC, se determinó como presunto perjuicio el no pago del lote correspondiente a la fase 3-1 del proyecto de construcción. Por lo que, resulta claro que la fuente de obligación que término resolviendo la SFC fue el contrato de promesa de compraventa, el cual no fue suscrito por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., sino por particulares.

Contrato sobre el cual no permito a mi procurada efectuar su derecho de defensa, habida cuenta que no permitió agotar preguntas en el interrogatorio ni absolver pruebas que se encontraran ligadas al contrato de promesa, tal como se evidencia a partir del minuto 44:57 de la primera parte de la grabación de la audiencia inicial celebrada el 24 de enero de 2024, que reposa a folio 52 del expediente. Lo anterior detenta una flagrante vulneración al derecho fundamental del debido proceso de mi procurada.

En suma de lo anterior, resulta contraproducente que el juez de primera instancia negara ejercer correctamente el derecho de defensa de mi procurada bajo el argumento de que no existía correlación entre el contrato de promesa de venta y el de fiducia, pero que ventajosamente utilizara dicha inexistente dependencia entre ambos negocios jurídicos en aras de mantener la tesis que erradamente lo conllevo a condenar a Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

En conclusión, dado que la fuente del perjuicio declarado reside en la presunta falta de pago del constructor del precio acordado en la promesa de venta, claramente la sentencia excede las facultades conferidas por el legislador que expresamente le exigen que únicamente pueda resolver controversias derivadas de contratos de entidades vigiladas. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

18. La sentencia proferida por la SFC pasó por alto que no resulta jurídicamente acertado condenar al fiduciario a asumir en posición propia obligaciones que eventualmente y de comprobarse la existencia de algún derecho serían de cargo exclusivo del fideicomiso.

La sentencia proferida por la SFC desconoció el principio de separación patrimonial entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio del fiduciario. Lo anterior, toda vez que, de existir alguna obligación en favor de las demandantes que se derive del negocio fiduciario, aquella debe ser atendida con cargo a los recursos del fideicomiso y no en posición propia por la fiduciaria. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

En efecto, el fallo recurrido pasó por alto la naturaleza jurídica y la función socioeconómica de los negocios fiduciarios. Ciertamente, el *a quo* resolvió que en cabeza de la sociedad fiduciaria surgió la obligación de pagar en favor de las demandantes el precio del lote en el marco del contrato de promesa en el que figura como promitente comprador la Constructora Buenavista, decisión que a

todas luces es desacertada de conformidad con la normatividad que rige la materia.

Concretamente, el juez de primer grado omitió el mandato consagrado en el artículo 1233 del Estatuto Comercial relativo a la separación patrimonial entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio del fiduciario. En extenso, el tenor literal de la norma precitada reza:

*“(...) ARTÍCULO 1233. Para todos los efectos legales, **los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios**, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo (...)”* - (Subrayado y negrilla por fuera de texto).

A su vez, dicha disposición normativa debe ser interpretada armónicamente con el imperativo reglado en el numeral 2 del artículo 1234 del Código de Comercio, en virtud del cual se tiene como deber indelegable del fiduciario *“(...) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios (...)”*.

Así las cosas, se infiere de la redacción de los artículos transcritos que la separación patrimonial es un presupuesto intrínseco de los negocios fiduciarios que no podrá ser soslayado, razón por la cual la sentencia de primera instancia configuró un yerro al afectar el patrimonio propio de la fiduciaria desconociendo que, ante la existencia de algún daño indemnizable, este deberá ser asumido por con los recursos del fideicomiso.

En conclusión, no le asiste razón al operador jurídico en ordenar que el pago de la obligación dineraria surgida con la sentencia le corresponde a la fiduciaria en causa propia, comoquiera que lo resuelto contraría las disposiciones normativas que regulan la materia en relación con la separación patrimonial que debe existir entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio del fiduciario. En ese sentido, se solicita que, de demostrarse la existencia de algún derecho, el superior funcional

disponga que deberá ser fideicomiso el llamado a responder por el detrimento patrimonial del extremo actor.

19. La sentencia proferida por la SFC no tomó en consideración los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que permiten exonerar de toda responsabilidad civil y contractual a Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

En todo caso, deberá el superior jerárquico entrar a valorar los fundamentos facticos, jurídicos y probatorios que permiten exonerar de toda responsabilidad civil y contractual a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., sin perjuicio de los reparos aquí expuestos y lo ya debatido en el proceso. Lo anterior, toda vez que en la sentencia se analizó equivocadamente el régimen de responsabilidad predicable respecto de las fiduciarias imponiéndole a mi representada, cargas que exceden las disposiciones contenidas en el Código Civil, Código de Comercio, Ley 1328 del 2009, Ley 1480 del 2011, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 2555 del 2010 y la Circular Básica Jurídica.

Además, la SFC omitió la carencia de calidad de consumidor financiero de las demandantes, habida cuenta que el negocio jurídico celebrado y cuestionado en este juicio, hacía parte de las actividades mercantiles que constituyen su actividad económica principal. Por lo que, la controversia contractual no era de su competencia y debía haber sido resuelta mediante el proceso verbal regulado por el Código General del Proceso y no en ejercicio de la acción de protección al consumidor financiero.

De contera, la delegatura incurrió en defectos facticos durante la valoración probatoria que de haber sido analizados adecuadamente habrían llevado a la inexorable conclusión de exonerar de toda responsabilidad a la fiduciaria. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

20. La sentencia proferida por la SFC desconoció el artículo 282 del C.G.P. que obliga al juez a reconocer de oficio excepciones de mérito cuando halle probados los hechos que constituyan una excepción.

Como se sustentará ante el juzgador de segunda instancia, la sentencia proferida por la SFC vulneró el artículo 282 del C.G.P. Lo anterior, toda vez que, aun cuando encontró probados varios hechos que constituían excepciones de mérito, omitió reconocerlas oficiosamente en la sentencia.

II. PETICIONES

Comedidamente solicito al Despacho se sirva:

PRIMERA: REVOCAR integralmente la Sentencia proferida el 28 de agosto de 2024 por la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde de manera equivocada se declaró civil y contractualmente responsable a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y se resolvió condenarla al pago de perjuicios en favor de las demandantes.

SEGUNDA: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por mi procurada tituladas, *“Falta de legitimación en la causa por pasiva de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.”*, *“Debida diligencia y cumplimiento total del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.”*, *“No existe responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por cuanto no hay nexo de causalidad entre su conducta y el supuesto perjuicio sufrido por las demandantes”*, *“Interpretación adecuada y/o nulidad parcial de la cláusulas del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración que privilegian el pago a los fideicomitentes sobre los derechos de terceros adquirentes de buena fe”*, *“Inexistencia de incumplimiento de la fiduciaria en virtud de la teoría de los actos propios y principios de interpretación de los contratos fiduciarios”*, *“Prevalecen los derechos de los beneficiarios como consumidores financieros finales”* y *“Compensación por concepto de comisión fiduciaria”*.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, **NEGAR** totalmente las pretensiones de la demanda, y **CONDENAR** en costas y agencias en derecho en doble instancia a la parte demandante, en favor del extremo pasivo.

III. ANEXOS

- Sentencia de segunda instancia, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima de Decisión Civil, bajo el radicado No. 110013199003-2021-02969-01.

IV. NOTIFICACIONES

Mi representado y el suscrito en la Carrera 11 A No. 94 A – 23, Oficina 201, de la ciudad de Bogotá D.C. **Correo electrónico:** notificaciones@gha.com.co

Atentamente,



SANTIAGO ROJAS BUITRAGO
C.C. No 1.015.429.338 de Bogotá D.C.
T.P. No. 264.396 del C.S. de la J.

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 acudirse 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 confiesan 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 descorrer 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.A¹⁶.

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 CIEN 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 matrículas 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 fideicomitados, 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.A²⁴.
- 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 descorrer 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. 1°, 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>