

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**SALA CIVIL DE DECISIÓN**

*Santiago de Cali, tres de julio de dos mil veinticuatro*  
*Magistrado Ponente Dr. César Evaristo León Vergara*  
*Radicación: 016-2020-00100-02*  
*Aprobado en acta n°. 65*

*Decídese a continuación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2023 por el Juzgado Deciséis Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso verbal de responsabilidad civil contractual adelantado por Carolina Jiménez Maldonado quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor en contra de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., trámite al que fueron vinculados como litisconsortes necesarios Inversiones 88 S.A.S en liquidación y el señor Álvaro José Salazar, igualmente fue aceptada como llamada en garantía la sociedad Montango S.A.*

**I. ANTECEDENTES**

**1.** *Pretende la parte demandante, que se declare que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S. A. -como fiduciaria y como vocera del FIDEICOMISO FA 975 ARBOLEDA 360- ha incumplido con su obligación de hacer pactada en la cláusula décimo tercera del contrato de vinculación de beneficiario de área fechado el 26 de enero de 2016, por cuanto se ha negado a suscribir la escritura pública de transferencia de dominio a título de beneficio fiduciario del apartamento No. 101, parqueaderos No. 22 y 23 y el depósito No. 1 todos de la torre 1 del Edificio Arboledas 360, a favor de la demandante en un 34.58% y en un 65,42% para su hija menor de edad, a pesar que pagó el precio de dichos inmuebles equivalente a \$684.836.995,00.*

*En consecuencia, se ordene que la fiduciaria demandada proceda a suscribir dicha escritura pública, igualmente que se disponga las consecuencias en caso de negarse a hacerlo, y se condene al pago de los perjuicios materiales (pago de honorarios, gastos en conciliación y en el proceso) y los daños morales causados. (pretensiones 8 a 14 de la subsanación de la demanda) (ver además pretensiones 1 a 7 dto.006SubsanaDemanda).*

**2.** *En sustento de sus suplicas, la parte actora relata que el EDIFICIO ARBOLEDA 360 propiedad horizontal es un proyecto de vivienda ubicado en la carrera 2B oeste No. 5-168 de Cali; que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. celebró el 23 de diciembre de 2010 con MONTANGO S. A en calidad de fideicomitente promotor -y otros-, un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración de donde proviene el hoy denominado FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360; por lo cual procedió a construir el edificio ya mencionado con recursos propios, con las cuotas iniciales de los prometientes compradores y con recursos del crédito constructor de BANCOLOMBIA S.A.*

*Refiere que el 14 de enero de 2015, la sociedad MONTANGO S.A. -en desarrollo de la actividad mercantil de promotor y constructor- en calidad de vendedor celebró promesa de compraventa del apartamento No. 101 parqueaderos No. 23 y 24 y el depósito No. 1, todos de la torre 1 del edificio en mención, por el precio de \$684.836.995,00 con los promitentes compradores, el señor Álvaro José Salazar Romero -padre de la menor- y la aquí demandante CAROLINA JIMENEZ MALDONADO.*

*Que luego por acuerdo privado entre las partes, modificaron el anterior contrato para indicar que se trataba de los parqueaderos por los Nos. 22 y 23; que "se acordaron obras adicionales y complementarias" por la suma de \$43.836.995, por eso el precio final fue de \$684.836.995; y que posteriormente los promitentes compradores cedieron sus derechos a la sociedad INVERSIONES 88 S.A.S. y así autorizaron que la vinculación como "BENEFICIARIO DE AREA" con la fiduciaria se hiciera a nombre de dicha empresa (hechos 14, 16 y 17, de los cuales no se allegó documento alguno para su demostración).*

*Que el 26 de enero de 2016, entre Montango S.A., Acción Sociedad Fiduciaria S.A. e Inversiones 88 S.A.S., se suscribió contrato de vinculación del beneficiario de área para la adquisición de los inmuebles ya referidos donde se aceptó que la suma de \$684.836.995,00 habían sido pagada al fideicomitente promotor; que el 27 de julio de 2016 la sociedad MONTANGO SA. le efectuó la entrega del apartamento 101 a la demandante en calidad de propietaria; y luego el 18 de diciembre de 2017 la sociedad INVERSIONES 88 S.A.S. le cedió la posición contractual a la actora CAROLINA JIMENEZ MALDONADO.*

*Precisa que, en el contrato de vinculación del beneficiario de área mencionado, se estableció como fecha límite para el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio de los bienes inmuebles, el día 15 de marzo de 2016 (cláusula décima tercera), sin que se haya hecho efectiva la escrituración por parte de la fiduciaria, desatendiendo con ello la instrucción irrevocable que le ha dado MONTANGO S.A. de hacerlo desde el año 2017, dejando claro que ya se ha pagado la totalidad del precio; aunado a que desde el año 2016 se le entregó a la actora la posesión real y material del bien; además de la demandante comenta que logró con Bancolombia S.A. "la solución del crédito hipotecario y cancelar la cuota del crédito sobre estos inmuebles".*

*Agrega que el 28 de marzo de 2019 el señor Álvaro José Salazar Romero y Carolina Jiménez Maldonado, suscribieron acta de conciliación, en la que se reconoció y disolvió la sociedad patrimonial de hecho conformada por su unión marital de hecho, y frente a los derechos de su menor hija decidieron cederle el 65.42% de los derechos de dominio sobre los inmuebles materia de debate, con el fin de cumplir una obligación impuesta por el Instituto Colombiano De Bienestar Familiar, de lo cual dice que tienen pleno conocimiento MONTANGO S.A. y la fiduciaria.*

*Comenta que ante la falta de cumplimiento por parte de la fiduciaria demandada se han elevado diferentes peticiones (ver hechos 29 a 32) y que en definitiva la respuesta de la demandada es que "CAROLINA JIMENEZ MALDONADO no tiene ninguna vinculación con la fiduciaria y el FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360, que no hay aportes de ella en el fideicomiso", que no fue parte del contrato de promesa de compraventa celebrado con MONTANGO por ende no le es oponible y que en la conciliación SALAZAR-JIMENEZ no tiene ningún comentario porque no hizo parte del mismo.*

*Aduce que convocó a audiencia de conciliación a la fiduciaria demandada - pero no asistió-, así como a MONTANGO SA. y BANCOLOMBIA S.A., donde se dejó constancia que tanto el promotor como el FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 se encuentran a paz y salvo con las obligaciones crediticias a favor de Bancolombia S.A. por lo cual había lugar a cancelar el gravamen hipotecario que figura en los inmuebles materia de estudio y que los trámites corrían a cargo de la actora.*

*Añade que la fiduciaria como vocera y administradora del fideicomiso, tiene como obligación adelantar las gestiones de "transferir a favor de los BENEFICIARIOS DE AREA la unidad que le corresponde como beneficio según lo establecido en el contrato de vinculación respectivo" y que MONTANGO S.A. debía instruir a la fiduciaria por escrito, para que procediera a suscribir la escritura pública correspondiente, lo cual fue cumplido por la promotora, pero no por la fiduciaria.*

*Finalmente precisa que la conducta omisiva de la demandada le ha generado un daño tanto a la demandante como a su menor hija porque tuvo que pagar honorarios de un abogado al cual le debe cancelar un bono de éxito o un porcentaje si se llegare a conciliar, que tuvo gastos derivados de la audiencia de conciliación y expedición de certificados de tradición; pero además han sufrido un daño psicológico porque los funcionarios de la fiduciaria le han expresado que les van a quitar su vivienda por los "supuestos o reales hechos" que cometió el señor Álvaro José Salazar Romero -padre de la menor- cuando fue gerente de esa entidad.*

**3.** *Trabada en regular forma la relación jurídica-procesal, la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., concurrió oportunamente al proceso contestando la demanda y proponiendo excepciones de mérito que ha bien tuvo por denominar:*

*"Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo FIDEICOMISO FA 975 AROBELDA 360, cumplió a cabalidad con las obligaciones propias del contrato de fiducia, lo que de entrada hace improcedente cualquier pretensión condenatoria en su contra"; "falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Acción Fiduciaria S.A. frente a cualquier pretensión de condena directa en su contra; "inoponibilidad de la presunta vinculación al fideicomiso FA-975 ARBOLEDAS 360 de la Sociedad Inversiones 88 S.A.S. en razón a que el señor Álvaro José Salazar Romero actuó incurso claro conflicto de intereses y no notificó de tal asunto a la asamblea general de accionistas de la sociedad"; "nulidad del contrato de vinculación al fideicomiso FA-975 ARBOLEDAS 360 en razón a que el señor Álvaro José Salazar Romero actuó incurso claro*

*conflicto de intereses"; "inoponibilidad de la presunta cesión de la posición contractual de beneficiario de área dentro contrato de vinculación al fideicomiso FA-975 ARBOLEDAS 360, supuestamente concertada entre INVERSIONES 88 S.A.S. y Carolina Jimenez, debido a que tal cesión no fue notificada y mucho menos aceptada por la sociedad Acción Fiduciaria S.A...".*

*Igualmente, "nulidad de la presunta cesión de la posición contractual de beneficiario de área dentro contrato de vinculación al fideicomiso FA-975 ARBOLEDAS 360, supuestamente concertada entre Inversiones 88 S.A.S. y Carolina Jimenez, debido a que tal cesión no fue notificada y mucho menos aceptada por la sociedad acción fiduciaria s.a. en su calidad de vocera y administradora del fideicomiso"; "falta de legitimación en la causa por pasiva de la señora Carolina Jiménez Maldonado para pretender que se escriture a su favor cualquier bien inmueble de propiedad del fideicomiso FA-975 ARBOLEDAS 360, pues que aquella no ha concertado contrato de vinculación alguno con la sociedad Acción Fiduciaria S.A., vocera y administradora del fideicomiso, y mucho menos ha realizado pago alguno por este concepto"; "mala fe de la señora Carolina Jiménez por pretender obtener provecho de una serie de actos irregulares adelantados por ella y por su compañero, el Señor Álvaro José Salazar Romero, con los que se buscaba defraudar al fideicomiso FA975 ARBOLEDAS 360"; "la promesa de compraventa presuntamente celebrada entre Montango S.A. y los señores Álvaro José Salazar Romero y la señora Carolina Jiménez Maldonado no surte efecto por tener objeto ilícito en tanto se prometió en venta un bien ajeno sin autorización de su real propietario - pero además es nulo por converger en él ilicitud en cuanto a su causa y su objeto".*

*De manera subsidiaria alegó: "incumplimiento del contrato de vinculación al fideicomiso FA 975 ARBOLEDAS 360 por parte de Inversiones 88 S.A.S. debido a que esta sociedad no ha realizado el pago del valor de tal vinculación"; "incumplimiento del contrato del contrato de fiducia mercantil de administración del fideicomiso FA-975 EDIFICIO ARBOLEDA por parte del fideicomitente Montango S.A. debido a que, según se afirma en la demanda, esté recibió directamente recursos por una supuesta compra de bienes inmuebles de propiedad del fideicomiso, pese a que esta actuación le estaba expresamente prohibida". Por otro lado, presentó objeción al juramento estimatorio y llamó en garantía MONTANGO S.A.*

*Así mismo, presentó demanda de reconvención solicitando declarar civil y extracontractualmente responsables a las demandadas, por los perjuicios que se le han generado al PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO F.A. 975 ARBOLEDA 360, por la ocupación ilegal e irregular de las unidades inmobiliarias objeto de debate, aunado a que ha sido privado injustificadamente de percibir frutos civiles al no disponer libremente de las unidades inmobiliarias desde julio de 2016, dado que no se han podido arrendar, por lo que solicita se les imponga una condena por concepto de indemnización de perjuicios patrimoniales (\$210.000.000 por concepto de 60 cánones de arrendamiento mensuales dejados de percibir).*

*Las demandadas en reconvención en su defensa alegaron como excepciones de fondo las siguientes: "el real demandante es Acción Fiduciaria y está actuando por fuera de los límites del contrato de fiducia y sin autorización del fideicomitente y beneficiario"; "ausencia de interés para demandar por parte de Acción Fiduciaria al no tener derechos sobre el fideicomiso demandante"; presentando además objeción al juramento estimatorio.*

*En su oportunidad se vinculó al proceso a Inversiones 88 S.A.S en liquidación y al señor Álvaro José Salazar como litisconsortes necesarios, y en su intervención coadyuvaron todas las pretensiones de la demanda principal, así como la contestación de la demanda de reconvención, apoyando los planteamientos de la parte actora.*

*4. El juez de primera instancia denegó tanto las pretensiones de la demanda principal, como la de reconvención.*

*Para decidir en tal sentido manifestó que la relación jurídica entre la fiduciaria y el comprador o beneficiario de área se efectúa a través de la celebración de un contrato de vinculación de beneficiario de área para adquirir las unidades inmobiliarias, siendo la fiduciaria la llamada a firmar las escrituras de compraventa de las unidades inmobiliarias. En ese sentido, pasó a estudiar la oposición acerca de que el contrato de vinculación de beneficio de área era nulo, porque Álvaro José Salazar concretó y aceptó esa vinculación sin "sin advertir a la Asamblea General de Accionistas" que la una de las socias de la empresa vinculada era su mamá, configurándose un conflicto de intereses (artículo 1º del decreto 1925 de 2009), además de que la demandante no hizo pago alguno al fideicomiso sino a MONTANGO S.A., incumpliendo con los términos del contrato de fiducia mercantil.*

*Entonces dijo que al revisar el contrato de vinculación por beneficio de área observaba que no tenía la firma de la fiduciaria –aspecto que no es cierto por cuanto hay otro documento en el plenario que sí tiene la firma como se verá más adelante- y aunque ese detalle no lo invalidaba al no tratarse de un contrato solemne, encontró algunas "circunstancias atípicas" en el contenido del mismo, entre ellas (i) que "tuvo aparejado un número de encargo fiduciario" que según certificación de la fiduciaria obrante en el plenario "correspondía a Juan Diego Cuéllar Gallego y que se encontraba inactivo desde 1995" según indicó la representante legal de la fiduciaria.*

*(ii) Que en el contrato de vinculación no se asoció formalmente un encargo fiduciario, y que el mismo Álvaro José Salazar, en su declaración adujo que "no hubo encargo fiduciario en esa negociación"; indicando el a quo, que eso tuvo como consecuencia que a las demandantes "no les fuera entregado tarjeta de recaudo de pagos, como correspondía" (forma establecida para que se direccionaran los recursos por los beneficiarios de área a la fiduciaria).*

*(iii) que en el contrato de vinculación no se tuvo en cuenta que era accesorio y por el contrario pretendió revocar y modificar cláusulas del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración Fideicomiso FA-975 Edificio Arboleda, donde se había establecido que el fideicomitente en este caso MONTANGO S.A. debía "abstenerse de recibir recursos de los inversionistas, futuros compradores o recursos provenientes de cualquier tipo de crédito".*

*Existiendo además una contradicciones -en las cláusulas segunda, cuarta y décima-pues primero se pactó una obligación de los beneficiarios de área entregar a la fiduciaria la totalidad de los recursos, lo cual no se cumplió, pero a la vez se autorizó a los beneficiarios de área a entregar recursos al fideicomitente*

*"sin levantar la prohibición que tenía el constructor, de recibirlos", y finalmente se impuso la obligación de que los beneficiarios de área entregaran la totalidad de los recursos "a la Fiduciaria"; pero además se estableció, que la Fiduciaria es la llamada a recibir de los beneficiarios de área, los recursos, cuando contradictoriamente antes se había dicho que fue Montango S.A. quien recibió a entera satisfacción el dinero (numeral 1º de la cláusula decimoquinta).*

*De esta manera, consideró que el contrato de vinculación carecía de aptitud para producir los efectos que pretende la parte actora, no por la inoponibilidad alegada por la Fiduciaria, porque no se acreditó "el interés personal del Dr. Álvaro José Salazar Romero ni de Inversiones 88 SAS, ni tampoco, el perjuicio para los intereses de Acción Fiduciaria produciría aquella negociación", sino porque "la validez del contrato de vinculación de beneficiario de área está dada implícitamente, por la consonancia que debe observar respecto del contrato fiduciario al que accedía".*

*En general, puntualiza que aquí era necesario que el contrato accesorio que se vinculaba debía respetar los lineamientos del contrato principal de fiducia mercantil, respecto de "la captación de los recursos por parte de los aspirantes a ser beneficiarios de área"; además que ese convenio accesorio no es "de libre discusión, porque sin excepción, los beneficiarios que se atan al proyecto inmobiliario lo hacen en los mismos términos y se adhieren a las condiciones determinadas" en el contrato de fiducia.*

*De modo que, como en este evento el contrato de vinculación carecía aptitud jurídica para producir los efectos que pretenden las demandantes, tampoco nació a la vida jurídica la cesión de posición celebrada entre Sociedad Inversiones 88 S.A.S y la señora Carolina Jiménez Maldonado, por ende no se generó la obligación para la fiduciaria demandada de suscribir la escritura pública objeto de queja, pues el contrato de vinculación de beneficios de área tantas veces referido "no les es oponible, dada su ineptitud jurídica".*

*Que si bien se alegó que otros beneficiarios de área que pagaron directamente a la constructora, obtuvieron la escrituración de sus bienes, al finalizar los pagos, ese hecho no fue probado, en consecuencia declaró probada la excepción propuesta por la contraparte de falta de legitimación en la causa "por pasiva" de la señora Carolina Jiménez Maldonado, porque no existe un vínculo entre ella y la fiduciaria, aunado a que no ha realizado ningún pago, entonces el contrato accesorio "es inexistente" frente a la fiduciaria.*

*Por otro lado, frente a la demanda de reconvención indicó que no se acreditó el daño -elemento configurativo de la responsabilidad civil extracontractual alegada-, toda vez que si bien se solicitó el pago de un lucro cesante, no hay prueba de que los bienes que fueron entregados a la demandada en reconvención hubieran estado destinados para ser dados en arriendo, y contrario a ello se demostró que solo estaban destinados para ser vendidos, por lo cual ese daño era "imaginario, eventual, virtual o hipotético"; y menos aún se logró acreditar el quantum del supuesto daño, pues no bastaba con estimar una suma a través del juramento estimatorio que fue por demás objetado por la*

*contraparte y que la fiduciaria a pesar de que tuvo la oportunidad de presentar un dictamen pericial para probar los frutos civiles no lo allegó; consecuentemente denegó las pretensiones de la demandante en reconvención.*

**5.** *Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante, interpuso recurso de apelación exponiendo como reparos concretos los siguientes:*

**5.1.** *Precisa que está probado que sus poderdantes a través de una cadena de cesiones de derechos, como promitentes compradores, adquirieron los derechos como beneficiarios de los inmuebles materia de debate, por los cuales se pagó un precio en su totalidad al fideicomitente MONTANGO S.A, "con posterioridad a lograrse el punto de equilibrio y que dicho dinero se utilizó para sacar adelante el proyecto inmobiliario".*

*Adicionalmente considera que está aprobado que la fiduciaria como vocera y administradora del fideicomiso tiene obligaciones respecto de las instrucciones que impartidas por MONTANGO S.A, pues el objeto del fideicomiso era "servir de vehículo para el desarrollo del proyecto denominado ARBOLEDAS 360º", el cual se culminó, "incluso con actuaciones de las partes que eventualmente no estaban consideradas en el contrato fiduciario" toda vez que se recibió recursos de los beneficiarios de área directamente por parte del fideicomitente lo cual fue aceptado tácitamente por parte la fiduciaria.*

*Que no hay una sentencia judicial que permita soportar las acusaciones de la fiduciaria en contra de terceros determinados; por ello considera cumplidos los requisitos necesarios para la transferencia a título de beneficio de área de los inmuebles objeto del litigio a favor de las demandantes; y que la negativa de efectuar la escrituración de los bienes solo se debe a "situaciones personales" con ÁLVARO JOSÉ SALAZAR.*

**5.2.** *Alega una vulneración al principio de congruencia (art.281 del C.G.P), por cuanto considera que la sentencia del a quo es tan "superficial" que pareciera "una sentencia inhibitoria", y no se efectuó un debido análisis de las pruebas ya que se "desconoció por completo la ejecución que se dio en general con el contrato de fiducia mercantil, no sólo, con el contrato de vinculación".*

*Que para apoyar la posición de la demandada el a quo adujo que el contrato de vinculación "tenía un encargo fiduciario inactivo desde 1995", igualmente "que el encargo fiduciario nunca se creó u asoció formalmente a un encargo fiduciario; que el contrato de encargo fiduciario desconoció el contrato principal de fiducia mercantil" para concluir que "la validez del contrato de vinculación de beneficiario de área está dada implícitamente, por la consonancia que debe observar respecto del contrato fiduciario al que accedía", pero refiere que eso no está acorde con la realidad.*

*Refiere que esas situaciones "en nada descalifican la obligación de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA en transferir los bienes objeto de litigio" porque la*

*fiduciaria es la vocera del fideicomiso y como en ese patrimonio se encuentran los inmuebles está llamada a responder por la tradición de estos, "cosa distinta y en gracia de discusión es que no exista tal obligación o que ni siquiera fueran mis prohijadas las llamadas a demandar (falta de legitimación en la causa por activa), pero de que es la legitimada en la causa por pasiva, lo es".*

*Que el juez de manera oficiosa decretó unas pruebas a través de la cual se probó que sí existen casos donde la fiduciaria no se opuso al pago directo a la promotora, citando puntualmente algunos de ellos, donde a pesar de que por las unidades inmobiliarias no consignaron en su totalidad a la fiduciaria o al fideicomiso, "se les pudo transferir el dominio, por el solo hecho de que no tenían ningún vínculo con ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO", pruebas que desconoció el juez primigenio.*

*Que el mismo juez resumió lo dicho por la fiduciaria demandada acerca de que el contrato de vinculación no les era oponible y era nulo, porque Álvaro José Salazar Romero al concertar y aceptar la vinculación de Inversiones 88 SAS sin advertir a la Asamblea General de Accionista que una de las socias de aquella persona jurídica era su mamá, incurrió en un conflicto de intereses, pero a la vez el a quo frente a la posición del beneficiario dijo que "es la persona que recibe los beneficios derivados de la ejecución del contrato de fiducia" y que puede ser "el mismo fiduciante" y por ello aunque no es parte del contrato "el beneficiario se beneficia de los mandatos otorgados a la compañía fiduciaria".*

**5.3.** *Que se desconoce el coligamiento contractual existente entre las relaciones contractuales entre la fiduciaria como vocera y administradora del patrimonio autónomo, Montango S.A. y las demandantes; ya que este tipo de contratos "confluyen en el logro de un mismo objeto", pero "su conexidad es «fundamento para imputar obligaciones de las partes, entre sí, y respecto de terceros»", la cual puede ser voluntaria "o funcional, cuando las distintas relaciones contractuales buscan lograr un fin común"; en ese orden pone de presente los requisitos para que se considere un coligamiento contractual y cita jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC 6 de octubre de 1999, exp. 5224, CCLXI, Vol. I, pág. 531, sentencia de 1º de junio de 2009, radicado 05001-31-03-009-2002-00099-01).*

*Añade que de una parte existe pluralidad de contratos en razón a la relación contractual entre MONTANGO S.A. y la fiduciaria mediante la cual se constituyó el fideicomiso, y la relación entre MONTANGO S.A. y las demandantes consistente en promesa de compraventa de unidades inmobiliaria resultantes de un proyecto; que el nexo o vínculo por su función y finalidad establecida, está probado porque la relación contractual entre el fiduciario y MONTANGO S.A. tiene como "fin único y concreto" "la transferencia de dominio final a los adquirentes de las unidades inmobiliarias" y el contrato entre la promotora con las demandantes tiene como fin que "se transfieran las unidades resultantes determinadas a favor de las demandas por el pago de las mismas"; sin que exista argumento legal para que la demandada se*

*niegue a cumplir con su deber legal, pues además no se probó que el promotor "tuviera pendientes pecuniarios".*

**5.4.** *Aduce que se declaró probada una excepción que ni siquiera fue propuesta por la contraparte fundamentada en la falta de legitimación de la actora "por pasiva" por lo cual considera que se incurrió en incongruencia; y que por el contrario no se prestó atención a que se había privado que las apelantes pagaron la totalidad del de los inmuebles y que la promotora le dio la instrucción a la fiduciaria de suscribir la escritura de la que se duelen las actoras.*

*Que aunque se haya probado que "existió una obligación escrita de que MONTANGO no podía recibir dineros directamente de los beneficiarios de área", la realidad del contrato fiduciario es diferente en "la ejecución" del proyecto es diferente, como refirió el mismo señor Jorge Moscote; que "a los proveedores se les podía escriturar sin haberse vinculado, misma situación sucedió con otros beneficiarios de área", además de que no hay una consecuencia para la promotora en caso de que recibiera directamente los dineros, más aun cuando se probó que esos recursos fueron recibidos para la construcción del proyecto, sin que haya generado un daño a la fiduciaria.*

*Agrega que se probó que el patrimonio autónomo, estableció como finalidad la construcción de un proyecto inmobiliario (cláusula 8 numeral 10), la cual terminó en el año 2016, según declaraciones del representante legal de MONTANGO S.A, además de que no existen créditos pendientes a cargo de dicho patrimonio, entonces "desde el año 2019 fecha en que se canceló la totalidad del crédito constructor con BANCOLOMBIA" tenía la obligación de efectuar la transferencia de las unidades inmobiliarias resultantes a favor de los beneficiarios que hubiera indicado MONTANGO S.A, y como las demandantes habían cancelado la totalidad de los bienes, "no se requería esa tarjeta de recaudo, que tanto echó de menos ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA y el mismo DESPACHO JUDICIAL, pues no se realizarían más recaudos".*

**5.5.** *Advierte que no se hizo referencia a "las consecuencias de haberse pagado el valor del inmueble a MONTANGO SA", porque no existen, ya que "no se puso en peligro la estabilidad del FIDEICOMISO, por el contrario, estos dineros según declaraciones en juicio permitieron terminar el proyecto" y cita el 1635 del C.C. acerca del pago a persona distinta de quien se debe.*

*Así entonces indica que "es MONTANGO SA el que es el beneficiario no solo de los pagos que se realizaran por los inmuebles, sino en últimas, el beneficiario de áreas, incluyendo, en gracia de discusión, los bienes objeto de discusión, por lo que para no dictar una sentencia inhibitoria ... se debe tener que MONTANGO SA como fideicomitente y/o como beneficiario de área recibió el pago total de los inmuebles y dio la instrucción de escrituración", instrucción que se ha desconocido; pues incluso precisa que en el documento fechado el 8 de abril de 2019 la fiduciaria "no se opone al pago directo a MONTANGO sino que le solicita los recibos a MONTANGO de los pagos realizados por el inmueble 101 de la Torre 1".*

**5.6.** *A continuación cita textualmente unos apartes que se incluyeron en el proveído fechado el 11 de septiembre de 2023, mediante el cual se resolvió una solicitud de aclaración frente a la sentencia de primer grado, para decir que el juez primigenio no resolvió el asunto de fondo, y prefirió otorgarle la razón a la fiduciaria, sin importar que hay claras situaciones que permiten establecer "que la ejecución del contrato de Fiducia mercantil en esa misma buena fe permitió, entre otras, que el Fiducomitente pudiera recibir pagos directos".*

*Aduce que existía legitimidad en la causa por pasiva de la Fiduciaria pues ostenta la calidad de vocera del fideicomiso, y era la llamada a cumplir la instrucción del Fideicomitente, pero contrario a ello se dejó sin valor alguno el negocio jurídico de compraventa entre las actoras, la Fiduciaria y Montango S.A.*

*Que en la prueba de oficio decretada por el a quo se debió oficiar también a la fiduciaria porque ella era quien suscribía las escrituras, pero que en todo caso con esos documentos se logró acreditar que a pesar de que el contrato de fiducia mercantil imponía unas obligaciones de no hacer, "las partes en su "costumbre" intrínsecamente permitieron ser flexibles", al permitir varios ingresos directos al fideicomitente y que este es el único negocio que no se escrituró por un conflicto ajeno a las actoras.*

*Y que el mismo Juez "encontró que había mala fe de la Fiduciaria, es por eso que exigió o mejor, decretó una prueba de oficio que permitió demostrar esa mala fe" pero luego no analizó dicha prueba, pues con esos documentos se logró verificar que el análisis de la "ineficacia" del contrato de beneficiario de área es irrelevante, más aún cuando el contrato de fiducia mercantil finalizó, sin que exista motivo alguno para negarse a escriturar.*

**5.7.** *Solicita se revise la declaración de los representantes legales de la fiduciaria "para establecer si en algún momento negaron el ingreso de dineros directamente a MONTANGO y que con posterioridad fueron escrituradas esas unidades inmobiliarias, con la sola instrucción de MONTANGO".*

**6.** *En esta instancia y en la oportunidad dispuesta para el efecto, la parte demandante sustentó sus reparos reiterando sus primigenias argumentaciones añadiendo lo siguiente:*

**6.1.** *Indica que la fiduciaria conociendo que se habían recibido dineros por parte del fideicomitente "nunca ejecutó ninguna acción que limitara dichas actuaciones, o que como consecuencia hubiese iniciado alguna acción judicial que llevara a la terminación del contrato de fiducia mercantil o cualquier otro efecto jurídico sobre el contrato".*

**6.2.** *Que si lo que quiso decir el a quo fue que las actoras "no estaban legitimadas en la causa por pasiva", también se incurre en incongruencia, ya que si bien se le resta valor al "contrato innominado como es el contrato de beneficiario de área", este fue subsanado por Montango y Acción Sociedad Fiduciaria "puesto que existen las instrucciones por parte del fideicomitente y la omisión de cualquier acción por*

*parte del Fiduciario, así como que se acreditó el pago del inmueble; es decir, lo indicado en el mismo contrato de fiducia mercantil" el cual se cumplió al emitir el promotor instrucción a la fiduciaria; añade que cualquier error fue saneado por el principio de prevalencia de lo real sobre lo formal.*

*Puntualiza que los contratos innominados han sido de amplia discusión por las Altas Cortes y que lo que está realizando Acción Sociedad Fiduciaria es la ejecución de mala fe del contrato con el fin de "constreñir a MONTANGO o al señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO" y que "la negativa de escrituración está estrechamente relacionada con la negativa temeraria de escriturar no por razones contractuales sino personales" sin que exista justificación para que la fiduciaria no cumpla con la instrucción dada por la promotora.*

## **II. CONSIDERACIONES.**

**1.** *Se encuentran reunidos los presupuestos procesales y no se advierte causal de nulidad procesal que invalide lo actuado.*

*Ahora bien, frente al libelo demandatorio se debe precisar que si bien es cierto, aunque principalmente se solicita que se declare que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S. A. ha incumplido con su obligación de hacer pactada en el contrato de vinculación de beneficiario de área fechado el 26 de enero de 2016, no puede olvidarse, que dentro de esa pretensión también debe entenderse comprometida la promesa de compraventa de los bienes materia de discusión celebrada previamente entre los promitentes compradores y Montango S.A. el 14 de enero de 2015, pues ella es el manantial del contrato de vinculación, es decir, sin ella no hubiera podido surgir el derecho a reclamar en la demanda el contrato de vinculación de derechos de área con la fiducia, vale decir, pues se tratan de contratos que por la naturaleza del negocio de fiducia mercantil aquí estudiado, se encuentran coligados, y por lo anterior, el pronunciamiento comprenderá las dos figuras contractuales.*

*Además como habremos de adelantar, en las dos acuerdos de voluntades, y por la misma razón, aparece de manera manifiesta, la existencia de una causal de nulidad absoluta.*

*Sobre la posibilidad de realizar este pronunciamiento sobre la promesa de compraventa a pesar de haberse pedido solo el cumplimiento del contrato de vinculación, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:*

*"¿La nulidad absoluta de un negocio jurídico debe decidirse sólo sobre el acto o contrato invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes? No, la Sala estima pertinente puntualizar que la facultad-deber establecida en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico opera en frente de todos los actos o contratos que sean invocados en el proceso por cualquiera de las partes, para dar soporte, total o parcialmente, a la postura procesal que asuman dentro del respectivo trámite, esto es, en el caso del actor, como fundamento de la acción, o en el caso del demandado, como sustento de la oposición y-o*

*de las excepciones que haya propuesto, toda vez que en uno y otro supuesto es claro que con su aducción se persigue guiar el sentido de la decisión con la que se deba resolver el conflicto. Se sigue de lo expuesto, que cuando la Corte enlistó como requisito para que proceda la declaración oficiosa de la nulidad absoluta, el atinente a "que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes", no le dio a dicha expresión el alcance restringido que pretende el recurrente, esto es, que la aducción en el proceso del respectivo negocio jurídico hubiese tenido como fin exclusivo pretender el cumplimiento de los derechos y-o las obligaciones principales que de él se desprendan. Tal comprensión del requisito en estudio, como es lógico entenderlo, no armoniza con la razón de ser de las nulidades absolutas, en cuanto que con dicho instituto, en general, se busca defender el orden público, como ya se destacó, el cual se vería negativamente afectado si se aceptara que un acto o contrato viciado de esa manera pudiera servir de soporte a una sentencia judicial, en tanto que si así fuera, se le estaría reconociendo un efecto jurídico-procesal, que es lo que el juez debe evitar mediante el oportuno ejercicio de la facultad analizada" Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 437 de 2014.*

**2.** *En ese sentido, respecto a la demanda principal materia de reproche se tiene que las demandantes se encuentran legitimadas en la causa por activa y de igual manera, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., ostenta la legitimación en la causa por pasiva por ser la entidad a la que se le imputa el posible incumplimiento de la obligación contractual contenida en el contrato individual de encargo fiduciario No. 0001100014439 suscrito por la fiduciaria, el fideicomitente promotor e Inversiones 88 S.A.S., a través del cual ésta última sociedad se vincularon al FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 (según documento allegado en la contestación de Montango S.A. al llamamiento en garantía, dto.006ContestacionLlamamiento.pdf, págs.40-53), convenio que fue cedido a la actora CAROLINA JIMENEZ a través de contrato suscrito el 17 de diciembre de 2017 por la cedente Inversiones 88 S.A.S, la cesionaria y la fiduciaria, documentos que no fueron tachados de falsos.*

*Cabe advertir que la menor Paulina, se encuentra legitimada toda vez que le fue asignado un porcentaje de los bienes que trata el contrato de vinculación de beneficio de área que fue cedido a su madre ya mencionado, según obra en acta de conciliación fechada el 29 de marzo de 2019, a través de la cual se liquidó la sociedad patrimonial de sus progenitores los señores Carolina Jiménez Maldonado y Álvaro José Salazar Romero.*

**3.** *En orden a resolver la alzada y atendiendo la naturaleza del contrato de encargo fiduciario objeto de la controversia, cumple precisar que si bien nuestro ordenamiento jurídico no determina con claridad el régimen jurídico singular para esta clase de negocio fiduciario, el numeral 1º del artículo 146 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), establece que se "...aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el*

*contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto”.*

*Bajo esta consideración ha de memorarse que el artículo 1226 del Código de Comercio, define este contrato como “...un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado fiduciante o fideicomisario...”, deber indelegable a cargo del fiduciario que ratifica el numeral 1º del artículo 1234 del referido Estatuto, al que deben sumarse todas aquellas obligaciones previstas en el acto constitutivo del encargo.*

*Ahora bien, en lo que atañe a la responsabilidad que asume la entidad fiduciaria en el desempeño de su gestión establece el artículo 1243 ibídem que aquél “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”, clase de culpa que a voces del artículo 63 del Código Civil se define como “...la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios...” la que, sabido es, se presume en el incumplimiento contractual.*

*En suma, el artículo 1234 del Código de Comercio establece como deberes propios del fiduciario, “el deber de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia y el de transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario”.*

*4. De otro lado, se debe decir que, los administradores, entre ellos los representantes legales de una persona jurídica, están llamados a cumplir los deberes establecidos en el artículo 23 de la ley 222 de 1995 y su decreto reglamentario 1925 de 2009, hoy compilado en el decreto 1074 de 2015, entre ellos, obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.*

*De este modo, los administradores deberán **abstenerse de participar directamente o por intermedio de terceros, en interés personal** o en el de otras personas, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o **en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses**, salvo que haya autorización expresa de la junta de socios o la **asamblea general de accionistas** (núm. 7º del artículo 23 de la ley 222 de 1995, reiterado por la Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000008 de 12 de julio de 2022).*

*El decreto 1925 de 2009, por medio del cual se reglamentó parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 estableció que en caso de conflicto de interés “el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios” o “pedir que se le convoque si carece de esa atribución” (CSJ SC 115 de diciembre de 2021, SC5509-2021, M.P. Hilda González Neira), integrando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que representa conflicto de interés y en la reunión del máximo órgano societario “suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión”, y la autorización únicamente se otorgará “cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad” (art.2).*

*Entonces en un análisis con "la ponderación de los factores económicos que rodean la operación o acto respecto del cual existe el conflicto de intereses, la posición de la empresa en el mercado y las repercusiones de la negociación o actuación que pretende realizarse en los negocios societarios y en el patrimonio de la administrada, a fin de que se constate, previamente, si lesiona o no sus intereses pecuniarios" se determina si se avala o no la actuación que se pretende realizar y en caso de que no se acepte, "el administrador debe abstenerse de ejecutar los actos de competencia o que le generen situaciones de conflicto de interés. La desobediencia a dicho mandato, acarrea la remoción del cargo y lo deja incurso en la responsabilidad consignada en el canon 200 del estatuto mercantil" (art. 3 ib.).*

**4.1.** *En concordancia con lo anterior y puntualmente frente a las operaciones fiduciarias, el legislador ha dispuesto frente a los conflictos de interés que los representantes legales, y en general todo empleado de la entidad fiduciaria "con acceso a información privilegiada" "...deberá abstenerse de realizar cualquier operación que de lugar a conflictos de interés entre el fiduciario y el fideicomitente o los beneficiarios designados por este. La Superintendencia Bancaria determinará y calificará en la forma prevista en los incisos 2o. y 3o. del numeral 6 del artículo 98 del presente Estatuto, la existencia de tales conflictos. Así mismo, podrá establecer mecanismos a través de los cuales se subsane la situación de conflicto de interés, si a ello hubiere lugar" (art.146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) Resalta la Sala.*

**4.2.** *A manera de ejemplo, es preciso traer a colación que la Superintendencia de Sociedades recientemente ha dicho que un evento posible de conflicto de interés se pueden generar cuando "un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación"; así mismo que el conflicto de intereses por parte de los administradores puede ser de manera directa, o indirecta, "sin que sea evidente o notoria su presencia", por lo cual podrían estar incurriendo en conflicto de interés "por interpuesta persona" cuando la sociedad "celebra operaciones" con el "cónyuge o compañero permanente del administrador", e igualmente "los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo", y demás (núm.5.4.2 y 5.4.3, Circular Básica Jurídica 100-000008 de 12 de julio de 2022).*

**5.** *Así las cosas, en materia mercantil el artículo 899 del Código de Comercio establece como causas de **nulidad absoluta** de los negocios jurídicos: i) **Cuando se contraría una norma imperativa**, salvo que la ley disponga otra cosa; ii) Cuando tenga causa u objeto ilícitos; iii) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.*

*Ahora, la jurisprudencia ha dicho que **en los negocios jurídicos donde media conflicto de interés** "el vicio generador de la nulidad absoluta, radica en la inobservancia de una norma imperativa -numeral 7, del art. 23 Ley 222/95-, **que establece como requisito someter a la consideración del máximo órgano social** -asamblea general de accionistas o junta de socios- la solicitud de autorización del acto, proporcionándose por el administrador involucrado, toda la información pertinente que permita adoptar la correspondiente decisión y debiéndose excluir el voto del administrador en quien concurre el conflicto de interés, si además tiene la calidad de asociado, cuya*

*participación no debe ser tenida en cuenta para determinar el quórum, ni a efectos de conformar la mayoría decisoria.*

*La anterior corresponde a una medida con la que se busca que el conflicto de interés no se concrete en un daño para la persona jurídica representada por el administrador; por ello se exige una autorización o permisión cuya obtención es imprescindible de forma antelada a la operación económica, negociación o actuación generadora de la colisión" (CSJ SC 115 de diciembre de 2021, SC5509-2021, M.P. Hilda González Neira y ver Sentencia Sustitutiva de 19 de abril de 2024, SC333-2024, M.P. Hilda González Neira) Resalta la Sala.*

*Y por analogía a las reglas de la nulidad absoluta en negocios civiles (art. 822 del C. Co), **podrá declararse incluso de oficio** "por el juez cognoscente siempre que el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato", aunque esta facultad del juez no es ilimitada y se encuentra condicionada a la concurrencia de las siguientes circunstancias:*

*(i) Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato "nítida, clara, sin lugar a ninguna clase de interpretación"; (ii) que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, (iii) que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel (CSJ SC5185-2020, 18 dic., rad. 2016-00214-01, reiterado en la providencia CSJ SC 115 de diciembre de 2021, SC5509-2021, M.P. Hilda González Neira).*

**6.** *De entrada se debe indicar que se revocará la sentencia de primer grado, dado que se evidencia que lo procedente era declarar probada la excepción propuesta por la fiduciaria denominada "NULIDAD DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 EN RAZÓN A QUE EL SEÑOR ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO ACTUÓ INCURSO CLARO CONFLICTO DE INTERESES", y en consecuencia decretar la NULIDAD ABSOLUTA de la promesa de compraventa realizada por ALVARO JOSÉ SALAZAR y CAROLINA JIMÉNEZ MALDONADO, así como también el contrato de vinculación de beneficio de área al fideicomiso, por existir un evidente conflicto de interés por parte del señor ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO quien fungía como representante legal de la fiduciaria demandada, y que por lo tanto no podía realizar la promesa de compraventa con relación a un bien encargado en fideicomiso de administración a ACCIÓN FIDUCIARIA, y tampoco podía posteriormente avalar el contrato de vinculación originado en esa promesa con la misma Fiduciaria de la cual era ni más ni menos que su representante legal, como se pasará a ver a continuación:*

**6.1.** *Así entonces, no hay discusión que el litisconsorte necesario ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO estuvo vinculado con la fiduciaria demandada "desde el año 2009 hasta el año 2018" según él mismo confesó, y que al menos en el tiempo en que se celebraron las operaciones negociales objeto de debate ostentaba la calidad de representante legal de la oficina de Cali.*

*Igualmente, que la demandante CAROLINA JIMENEZ MALDONADO también laboró con la fiduciaria entre los años 2011 a 2013 como subdirectora*

*administrativa y operativa, según informó la demandada, por lo que se puede inferir que tenían pleno conocimiento del negocio de la fiducia mercantil.*

*Además, se probó que al menos hasta el 28 de marzo de 2019 los señores CAROLINA y ÁLVARO tenían una unión marital de hecho, la cual fue reconocida en esa misma fecha según acta de conciliación allegada por la actora.*

**6.2.** *Ahora bien, se tiene que el día 23 de diciembre de 2010, con el fin de desarrollar el proyecto inmobiliario llamado edificio arboleda 360, la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. -representada legalmente por ÁLVARO JORÉ SALAZAR ROMERO- con Montango S.A. como fideicomitente promotor, -Espyn Estudios, Proyectos y Negocios LTDA como fideicomitente inmobiliario "A" y DIOGENES VALLEJO GIRALDO como fideicomitente inmobiliario "B"-, suscribieron el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración llamado FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 (ver otro sí No.2), al cual se adhirió el fideicomitente inmobiliario GONZALES REYES & CIA S. en C., sociedad representada legalmente por LILLYAM REYES DE GONZALEZ, quien se comprometió a transferir el dominio y posesión al fideicomiso de un bien inmueble -sobre el cual se construyó parte del proyecto-, y en contraprestación la fiduciaria le pagaría en parte con un apartamento de los que sería construido (otro sí No.2).*

*Que dicho contrato de fiducia tuvo varias modificaciones entre ellas el otro sí No.4 de 15 de enero de 2014 (dto.16ContestacionDemandaFiduciaria.pdf, págs.152-187), mediante el cual se reglamentó nuevamente y se dejó sin efecto las condiciones inicialmente pactadas tras considerar que en el contrato inicial se había pactado que la comercialización del proyecto "se llevaría a cabo mediante la transferencia a título de compraventa de las unidades resultantes del PROYECTO a favor de los ADQUIRIENTES DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS", pero que por razones de "conveniencia" decidieron habían convenido hacerlo "...mediante la transferencia a **título de beneficio de área** de las unidades resultantes del PROYECTO" Resalta la Sala.*

*En ese sentido, en la cláusula primera de la nueva reglamentación se definió a los adquirentes de las áreas privadas como aquellas personas que "mediante la firma del respectivo **documento de vinculación**", iban a adquirir "la calidad de BENEFICIARIOS DE ÁREA, una vez den cumplimiento a los compromisos contenidos en el correspondiente contrato de vinculación", con el objeto de recibir las unidades del proyecto a construir.*

*Así mismo se estableció que uno de los objetos del convenio consistía en que la fiduciaria "...Reciba para el FIDEICOMISO los aportes que los BENEFICIARIOS DE ÁREA se obliguen a entregar mediante la suscripción de los contratos de vinculación", los invierta y una vez cumplidos los requisitos "los entregue al FIDEICOMITENTE para el desarrollo del PROYECTO, previa solicitud escrita de éste..."; para así finalmente transferir a favor de los beneficiarios de área la unidad que le corresponde "según lo establecido en el contrato de Vinculación respectivo". (núm.6 y 7, cláusula 2).*

*De este modo, se constituyó el patrimonio autónomo llamado FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360, conformado entre otros, por los apartamentos y bienes que se llegaren a construir en el lote fideicomitado; y por el tipo de contrato también pactaron que la fiduciaria debía seguir una serie de instrucciones, entre ellas, entregar al fideicomitente promotor la custodia y tenencia a título de comodato precario de los bienes que integren el fideicomiso (núm.4, cláusula 8). Además, le correspondía a la fiduciaria "Recibir los dineros provenientes de los BENEFICIARIOS DE ÁREA en desarrollo de los contratos de vinculación suscritos"; y que en todo caso la fiduciaria se reservaba "expresamente **el derecho a oponerse** al ingreso de los BENEFICIARIOS DE AREA". (núm.11 y 5, ib.) (Resalta la Sala).*

*Ahora bien, puntualmente en la cláusula 12, se reiteró acerca de los beneficiarios de área que deberán celebrar "un contrato de vinculación al presente FIDEICOMISO, mediante el cual se obliguen a aportar los recursos que tal efecto se determinen, recursos que les serán reintegrados en una o más unidades del PROYECTO" y que en ese contrato debía "constar la manifestación expresa del BENEFICIARIO DE ÁREA de conocer y aceptar" el contrato de fiducia mercantil aquí citado, adicionando que "...una vez cumplidos los compromisos por ellos asumidos en el contrato de vinculación y terminado el PROYECTO, la transferencia de las áreas inmobiliarias respecto de las cuales se vincularon".*

*En suma, frente a la cesión de sus derechos del contrato de vinculación se hizo hincapié, en que el correspondiente contrato de cesión, "deberá contar con la previa aprobación del FIDEICOMITENTE PROMOTOR y de ACCIÓN FIDUCIARIA Esta última se reserva el derecho de aceptar o no la cesión; la cesión que se realice generará una comisión a favor de ACCIÓN que se establece más adelante. En todo caso, ACCIÓN se reserva el derecho a vincular BENEFICIARIOS DE ÁREA y/o sus cesionarios".*

*En cuanto a las obligaciones de Montango S.A., es cierto como dijo el a quo que se pactó que debería "...**Abstenerse** de recibir recursos de los BENEFICIARIOS DE ÁREA o recursos provenientes de cualquier tipo de crédito. Estos recursos **siempre** deberán administrarse en el presente FIDEICOMISO" (núm.3, cláusula 15) (se resalta por fuera del original).*

*También se dilucidó las causales de terminación, entre ellas el cumplimiento total de su objeto, y en general las reglas de la liquidación del fideicomiso (cláusula 18 y S.S).*

**6.3.** *En ese sentido, pretende la parte actora demostrar que ostenta la calidad de beneficiaria de área a fin de que se ordene a la fiduciaria efectuar la escrituración de las unidades inmobiliaria pagadas directamente a MONTANGO S.A., a través de los siguientes documentos:*

*En primer lugar, se observa un contrato de promesa de compraventa suscrito el 14 de enero de 2015 por el promitente vendedor MONTANGO S.A. y los promitentes compradores **ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO -como persona natural-** y la demandante CAROLINA JIMENEZ MALDONADO,*

frente a los inmuebles apartamento 101, parqueaderos 23, 24 y un depósito de la torre 1 del proyecto EDIFICIO ARBOLEDA 360, se acordó como precio la suma de \$641.000.000, que la escritura de transferencia del inmueble se llevaría a cabo el día 15 de abril de 2015, y la entrega dentro de los 15 días hábiles siguientes a la escrituración del bien (dto. 004Demanda.pdf, págs. 96-102).

Como se dijo en los antecedentes, se observa que en los hechos 14, 16 y 17 de la demanda, se menciona que por acuerdo privado entre las partes, modificaron los parqueaderos por los Nos. 22 y 23; que "se acordaron obras adicionales y complementarias" por la suma de \$43.836.995, por ello, el valor final de los inmuebles fue de \$684.836.995"; y que los promitentes compradores "acordaron con la sociedad INVERSIONES 88 S.A, la opción de cederle esos derechos derivados del contrato de promesa de venta", y aunque no se haya allegado al plenario un documento que contenga las modificaciones ni la cesión, lo cierto es que esos hechos no han sido objeto de discusión por los contratantes a lo largo del proceso, incluso como se verá en seguida, la sociedad Inversiones 88 S.A. fue quien resultó vinculándose al fideicomiso y posteriormente cedió su posición contractual a Carolina Jiménez Maldonado, por ende se tendrán como probados.

Dejando claro lo anterior, como se hizo alusión obra un contrato de vinculación de beneficio de área celebrado el 26 de enero de 2016 entre MONTANGO S.A. como promotor del proyecto ARBOLEDAS 360, los beneficiarios INVERSIONES 88 S.A.S y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. representada legalmente por ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO (según documento allegado en la contestación de Montango S.A. al llamamiento en garantía, págs.40-53), creado bajo el encargo fiduciario No.00011000-14439, frente a las unidades privadas apartamento 101, parqueaderos 22, 23 y un depósito de la torre 1 del edificio, por el precio de \$684.836.995, donde se pactaron las condiciones por las cuales el beneficiario de área se vinculan al fideicomiso "mediante aportes en dinero que les confieren el derecho a recibir la propiedad y entrega material" de las unidades inmobiliarias.

En dicho contrato se estableció que los recursos aportados por el beneficiario del área fueron recibidos a entera satisfacción por el promotor y que esos recursos "a favor del encargo fiduciario, serán imputados como aportes al fideicomiso FA-975 ARBOLEDAS 360, con el objeto de que los mismos sean restituidos a título de beneficio de área" (clausula segunda y tercera).

En cuanto a las condiciones del encargo fiduciario, se indicó entre otras cosas que la suma de dinero depositada por el beneficiario de área permanecerá "en el encargo fiduciario individual" creado con ocasión de ese convenio (clausulas cuarta), pero sobre esto último cabe hacer un paréntesis pues realmente no ocurrió así, ya que según certificó la fiduciaria el encargo fiduciario que se registró como "Encargo Individual No. 1100014439" estaba inactivo porque fue abierto en marzo 07 de 1997 a nombre del Señor JUAN DIEGO CUELLAR GALLEGO, por lo cual no corresponde al fideicomiso materia de estudio, en otros términos, el "contrato de vinculación suscrito por la

*sociedad INVERSIONES 88 S.A.S. NUNCA se creó ni se asoció formalmente” al patrimonio autónomo, esto para confirmar que en efecto los recursos NUNCA fueron entregados formalmente a la fiduciaria como ordenaba el contrato macro de fiducia mercantil.*

*Siguiendo con las condiciones del contrato de vinculación, se indicó que los beneficiarios de área declaran que conocen y aceptan el contrato de fiducia mercantil de administración mediante el cual se creó el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 "constituido para el manejo de recursos y bienes destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario denominado ARBOLEDAS 360 y que dicho contrato da origen al presente contrato" (clausula quinta, parágrafo 2); en suma, se pactó que los beneficiarios de área tenían la obligación de entregar a la fiduciaria, las sumas de dinero del encargo fiduciario individual (cláusula décima).*

*Finalmente, que el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio de los inmuebles se realizaría el 15 de marzo de 2016, por parte de la fiduciaria y el promotor del proyecto (dto.004Demanda.pdf, págs.103-120).*

**6.4.** *Aquí es preciso aclarar que según lo probado dentro del proceso la sociedad INVERSIONES 88 S.A.S. con quien firmó la fiduciaria representada legalmente por Álvaro José el contrato de vinculación, tenía como únicas accionistas a las señoras ROSALBA ROMERO TORRES **su madre** y ESPERANZA MALDONADO RAIGOSA **madre de su compañera permanente** para el momento de los hechos (dto.016ContestacionDemandaFiduciaria.pdf, paga.193), esto según confesó el Sr. Salazar, además su parentesco se acreditó a través de su registro civil de nacimiento allegado al proceso (dto. 017NotatiaAportaRegistroC.pdf).*

*Según los documentos allegados por la Fiduciaria demandada de copias expedidas por la Cámara de Comercio de la ciudad, se observa que según acta No.2 de asamblea de accionistas de 9 de marzo de 2015 -es decir mucho antes de la existencia contrato de vinculación materia de debate-, a través de la cual se efectuó el cambio de razón social, se registró como accionistas de INVERSIONES 88 S.A.S. únicamente a ROSALBA ROMERO TORRES y a ESPERANZA MALDONADO RAIGOSA en porcentajes iguales de participación (dto.016ContestacionDemandaFiduciaria.pdf, pág.193).*

*Cabe agregar que se logró probar que antes la razón social de dicha sociedad era INVERSIONES SABINA S.A.S., la cual según dijo el Sr. Salazar en su declaración, fue constituida por él y Claudia Jiménez Maldonado "con el objeto de hacer inversiones de los ahorros" (Dto.072AudienciaParteI, min.4:29:10).*

*Hasta aquí el parentesco que se demostró entre los contratantes y el vínculo con la señora Esperanza Maldonado es un indicio grave y necesario de que se presentaba un conflicto de interés en la negociación adelantada por quien tenía la calidad representante legal de la fiduciaria, sin embargo, conforme declaró el señor José Álvaro, nunca reveló dicha situación a asamblea general de accionistas de la fiduciaria a la que representaba legalmente.*

*Pero además, el 18 de diciembre de 2017, se efectuó un contrato de cesión de la posición contractual frente al contrato de vinculación al fideicomiso, mediante el cual se constituyó el encargo fiduciario "No.1100014439", actuando **INVERSIONES 88 S.A.S** como cedente y **CAROLINA JIMENEZ MALDONADO** como cesionaria donde se acepta todas las condiciones del contrato de vinculación celebrado el 16 de enero de 2016, y a su vez obra la firma de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A **representada legalmente por ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO**, quien dice conocer y aceptar la cesión (clausula octava); y se estipuló que esa cesión se hacía a título oneroso por la suma de \$350.000.000, que dijo la cedente haber recibido a entera satisfacción (clausula tercera) (dto.004Demanda.pdf, págs.103-123) Resalta la Sala.*

*De dicha negociación nuevamente se podría derivar un conflicto de interés por ser la cesionaria su compañera permanente.*

*Luego, según acta de conciliación celebrada ante el centro de conciliación y arbitraje FUNDASCOLCO de 28 de marzo de **2019**, consta que los señores CAROLINA JIMENEZ MALDONADO y ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, han convivido en calidad de compañeros permanentes desde "NOVIEMBRE DE 2013 hasta la fecha", conformándose una unión marital y patrimonial de hecho en la cual nació su menor hija Paulina, y en esa ocasión dejaron claro que decidían liquidar la sociedad patrimonial, **"pero sin que se termine la UNIÓN DE COMPAÑEROS que subsistirá en el tiempo, mientras exista el ánimo de convivir bajo un mismo techo y con el mismo amor y respeto que ha existido hasta el momento"**, y se adjudicó entre otras cosas: a la menor el 62.42% de los "predios adquiridos en virtud a contrato de promesa de compraventa celebrado con la sociedad MONTANGO S.A., del cual ya se pagó totalmente el precio y solo queda pendiente la obligación de hacer de suscribir la escritura pública..."; y a la señora CAROLINA JIMENEZ el restante 34,58% de los mismos bienes.*

*Con estas pruebas se puede comprobar que sí existían intereses contrapuestos entre el interés personal del representante legal de la fiduciaria con el interés de la fiduciaria, ya que como bien se observa, al ser él mismo quien aceptaba como representante legal de la fiduciaria el contrato de vinculación de la empresa de su madre y la madre de su compañera permanente, no pudo actuar con imparcialidad, permitiendo precisamente que se pactaran cláusulas que iban en contravía del contrato macro de fiducia mercantil, entre ellas, que los dineros fueran entregados a Montango S.A. y no directamente a la fiduciaria, así mismo, dejó pasar por alto que se creara realmente un encargo fiduciario individual donde irían eventualmente esos recursos, permitiendo que se asignara al negocio un encargo individual inactivo, que no tiene relación alguna con el fideicomiso y finalmente esos bienes terminaron siendo parte del activo de su sociedad patrimonial.*

**6.5.** Véase como en respuesta a un derecho de petición de 12 de febrero de 2021, la fiduciaria le indica a señor DIOGENES VALLEJO, representante legal de MONTANGO S.A., que no es un capricho el hecho de que no hayan querido escriturar los inmuebles a nombre de la demandante, sino que realmente la

señora CAROLINA JIMENEZ no se encuentra vinculada formalmente ante la fiduciaria, así como tampoco han recibido recurso alguno y que pese a que la promotora le ha dado la instrucción de escriturar los bienes a la demandante, se negaba a realizarlo por ir en contra de la ley y la voluntad contractual (dto.006, págs..104, 129-131).

Al respecto ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A allegó tres certificaciones de 9 de marzo de 2021 donde precisa que en cumplimiento de sus políticas internas y lo dispuesto por la Superintendencia Financiera, previo a la vinculación de un tercero al negocios fiduciario en calidad de inversionista, "debe agotar un estudio SARLAFT de la persona jurídica y/o natural interesada en vincularse", por lo cual refirió que para el caso de la demandante CAROLINA JIMENEZ MALDONADO, "NUNCA agotó el procedimiento de vinculación establecido por la fiduciaria en éste sentido para su vinculación en calidad de BENEFICIARIA DE AREA del PROYECTO ARBOLEDAS 360, adelantado a través del vehículo fiduciario FA-975 ARBOLEDAS 360".

En suma, también certificó que "para la fecha 18 de diciembre de 2017 y hasta la fecha en que se suscribe la presente certificación, no se registró ni se registra en la actualidad radicación de documentos con destino a los negocios fiduciarios FIDEICOMISOS FA-975 ARBOLEDAS 360 Y MR-730 ARBOLEDAS 360 ambos con NIT. 805.012.921-0, en los que se ponga de presente la cesión de la posición contractual de manos de la sociedad INVERSIONES 88 S.A.S. a la señora CAROLINA JIMENEZ MALDONADO en el Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 1100014439...".

Y como ya se dijo afirmó que el encargo fiduciario que se registró en el contrato traído por la demandante "Encargo Individual No. 1100014439", fue abierto en marzo 07 de 1997, el cual se encuentra en "estado inactivo", y que "NUNCA se le asignó número de tarjeta de recaudos y por ende no existió ingreso de recursos con cargo al Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 1100014439".

**6.6.** Cabe agregar que la representante Legal de ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. hizo referencia también en su declaración al mencionado conflicto de interés en los negocios celebrados por ALVARO SALAZAR que impedía efectuar la escrituración requerida así:

Refiere que en el presente caso hay unas situaciones que hacen este caso particular, y son "**el conflicto de interés que no fue revelado en ningún momento**, la suscripción de un contrato de vinculación sin la existencia real de un encargo en el cual se pudiesen aportar recursos la manifestación de haber entregado directamente los recursos al constructor, aun cuando el contrato tiene esa prohibición expresa de MONTANGO a recibir recursos...".

A continuación explica que "...la fiduciaria, luego de algunos hallazgos realizados por la auditoría interna encontró que en efecto el señor ALVARO JOSE SALAZAR había presuntamente realizado varias operaciones inusuales y por fuera del marco de sus facultades como representante legal y por ende de administrador de la fiduciaria, en ese

*orden de ideas pues la fiduciaria puso en conocimiento de la Superintendencia Financiera y así mismo presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, ...precisamente están algunas de las operaciones realizadas bajo conflicto de interés por parte del señor SALAZAR incluyendo la que nos ocupa en este proceso...*

*(...) acá hay varios temas para destacar, primero, el contrato de vinculación que suscribió INVERSIONES 88 es parte o generadora de este tema de conflicto de interés que nunca fue revelado y es que la sociedad INVERSIONES 88 tenía íntima relación con el señor ALVARO JOSE SALAZAR ROMERO tengo entendido que la señora madre del señor SALAZAR ROMERO, era accionista y/o representante legal de la sociedad INVERSIONES 88, eso es un tema completamente discutible para la fiduciaria, entendiendo que nunca se reveló ese conflicto...*

*(...) en segundo lugar cuando se firma el contrato de vinculación de INVERSIONES 88 digamos que en la normalidad como funciona esto, uno firma un contrato de vinculación y abre un encargo fiduciario que es esa bolsa donde van a ingresar los aportes o los recursos de los compradores para que puedan adquirir los inmuebles y acá paso algo muy particular, y es que cuando se crea ese contrato de vinculación necesariamente se tiene que crear o materializar en ese encargo que recibir la plata y lo que paso acá es que usaron un encargo que era antiguo, que no estaba vigente tratando de parecer con buen derecho la creación del encargo, cuando lo cierto es que es un encargo que estaba desactivado desde 1995 y es un tema que va en contra de las políticas de la fiduciaria, ese es uno de los temas...*

*Ya frente a su relación con la señora CAROLINA JIMENEZ en efecto acá no hay ningún documento de la señora CAROLINA JIMENEZ como el formulario de vinculación que normalmente necesita ser diligenciado para que pueda tener alguna calidad dentro de algún negocio de la fiduciaria, ellos quisieron hacer ver una cesión de posición contractual entre INVERSIONES 88 y la señora CAROLINA JIMENEZ eso para nosotros no es oponible, es un tema que también materializa clarísimamente un conflicto de interés..." (2:26:02)*

*En cuanto a si había protocolos internos para poner en conocimiento de la asamblea general de accionistas el tema de conflicto de interés precisó: "...En efecto existen procedimientos internos en la fiduciaria para dirimir este tipo de conflictos es una obligación clarísima de cualquier administrador de tener que revelarlos, si no hay una revelación del conflicto no hay manera de poderlo gestionar o administrar por parte de la fiduciaria, de atender cualquier instrucción en esos términos" (Dto.072AudienciaParteI, min.2:36:46)*

**6.7.** *A su vez el testigo Jorge Moscote de profesión abogado, quien estuvo vinculado con ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en la oficina de Bogotá hasta el año 2018, indicó que cuando laboraba con la entidad hubo un informe de auditoría a través del cual se tuvo conocimiento de unos movimientos sospechosos de la oficina de la ciudad de Cali, entonces por decisión de presidencia fue a revisar el asunto, tiempo en el cual ALVARO JOSÉ aunque seguía vinculado a la fiduciaria no seguía desempeñando sus funciones, que entonces encontraron varias irregularidades "dentro de esos era la compra de un apartamento en un proyecto que ya había acabado de construir MONTANGO", que había unos pagos por fuera del fideicomiso, cuando los recursos debían entrar directamente a la fiduciaria. (Dto.072AudienciaParteI, min.7:04:02).*

*En suma refirió que "cuando se tratan de negocios de personas que dependen, que trabajan con la misma fiduciaria pues tienen que revelar un conflicto de interés y había un procedimiento pues para la revelación y la resolución de los conflictos de interés, **en este caso pues no hubo ninguno de esos documentos, no se presentó, ni se reveló en su momento el conflicto de interés** y pues parte del asunto y dentro de las irregularidades que encontramos, es que por lo menos sumariamente cuando se hace una revisión del salario que tenía Álvaro José respecto de la compra de un apartamento de estas proporciones y de la adquisición de otro tipo de bienes pues no era consistente, eso fue parte del informe de auditoría a raíz de todos estos asuntos se presentó una denuncia penal en la ciudad de Cali,*

*(...) y además pues por el tema del conflicto de interés en particular, también dentro de muchas otras cosas se le impuso una sanción al señor Álvaro José Salazar porque además ...al ser representante legal de una fiduciaria que es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera él fue posesionado ante la Superintendencia Financiera ... en este caso pues hubo una sanción en su contra que fue reiterada pues en segunda instancia dentro de la misma Superintendencia Financiera... además él había suscrito una escritura pública en la que había transferido ese apartamento desde el fideicomiso de MONTANGO que era el constructor a favor de la señora Carolina Jiménez si mal no recuerdo y pues parte de la irregularidades que además había creado un encargo con un número que no correspondía, como que para que pareciera a los ojos de la fiduciaria que existía un encargo en relación con ese proyecto inmobiliario y con el pago de ese apartamento pero pues el encargo no tenía movimientos era un encargo del 2006 o algo por el estilo, un encargo que no tenía absolutamente nada que ver con el proyecto sin embargo lo habían vinculado" ( Dto.072AudienciaParteI, min.7:10:04).*

*En seguida ante la pregunta del apoderado judicial de la parte demandada acerca de qué si la fiduciaria exigía que los casos de conflicto de interés de los directivos o accionistas se pusiera en conocimiento de la asamblea de accionistas, afirmó que sí, que había un procedimiento y un manual de revelación de conflictos de interés por una parte, pero que además aproximadamente 8 o 10 meses antes de que se realizara la investigación, "...se le había solicitado a todos los gerentes de las oficinas en general a todos los funcionarios que revelaran si tenían conflictos de interés y participaban en sociedades, que revelaran además quienes eran sus parejas o si vivían en unión libre o si estaban casados con quien y con el número de la cedula, así como también que revelaran los bienes o activos que tenían a su nombre o a nombre de sociedades en las que participaban, si participaban en sociedades y con qué participación".*

*Esto porque indica que además "...hay un impedimento legal incluido en el Código de Comercio de que los fiduciarios no pueden adquirir bienes de los fideicomisos, por eso existe este manual de revelación y resolución de conflictos de interés, cualquiera de nosotros que quisiera comprar un inmueble en un fideicomiso que administrara la fiduciaria, tenía que revelarlo y que además pasara por la junta directiva y asamblea para que efectivamente ellos autorizaran esa venta y las condiciones para esa venta porque obviamente en esos casos..."*

*En ese escenario pone de ejemplo el caso en particular y explica que "...no podían firmarlo las mismas personas que estaban adquiriendo el bien inmueble, no podían firmar la escritura o sea eso de estar escriturándome un inmueble que voy a comprar yo*

*para, que voy a adquirir yo, o sea me lo firmo como vocero de un fideicomiso y me lo firmo como propietario pues obviamente para esos casos se preveía que tenía, que tenía que salir digamos ese negocio o ese inmueble en particular, salir de la oficina pasar a otra oficina que podía ser otra de las oficinas regionales para que se suscribiera en otra sede, para que se pudiera estudiar y verificar el cumplimiento de las condiciones pues porque no solo es un problema de conflicto de interés, sino también un problema comercial con los clientes si se presentaban inconvenientes en la compra o en el pago... y con ese ánimo en el manual se preveía que tenía que revelarse y que tenía que decidirse si se podía adquirir y pues conocer los términos de esa adquisición, **que además quien suscribiera la escritura pública tenía que ser un representante legal diferente al que estaba adquiriendo...**" Resalta la Sala.*

*En seguida, el apoderado judicial de la fiduciaria le pregunta al testigo si en el evento en que ÁLVARO JOSÉ hubiera revelado el conflicto de interés había garantía de que pudiera efectuar el negocio, refiere que NO, que seguramente se hubiera rechazado la solicitud porque según recordaba "...este apartamento fue pagado según lo que nos comentó MONTANGO directamente a MONTANGO, reitero los recursos no pasaron por el fideicomiso nunca y pues para serle franco, los recursos que tenía ALVARO JOSÉ en ese momento por lo menos los que correspondían a sus salario, los recursos o ingresos laborales pues no alcanzarían para comparar ese apartamento y mucho menos para pagarlo de contado...*

*(...) o sea muy seguramente la asamblea o la junta hubiera rechazado esa solicitud porque es parte además de lo que se investiga o se averigua, pues para poder autorizar cuál es la fuente de los recursos para pagar... si tiene un crédito hipotecario pues bueno y guarda razonabilidad respecto de su salario su declaración de renta ... pues bien, porque de todos modos cualquier persona que se vincula al fideicomiso tiene que entregar información de conocimiento del cliente, revelar el origen de sus fondos... **y distinto a lo que usted menciona además él no hubiera podido suscribir una escritura a favor de una sociedad o de una persona con la que tendría un conflicto de interés, tendría que suscribirlo otro representante legal o se otorgaría un poder desde Bogotá o desde otra sede para que otra persona en Cali lo pudiera suscribir pero no podía ser el mismo**" (ib. min 7:22:50).*

**6.8.** *Por lo demás el litisconsorte necesario ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO en su declaración precisó que en este caso no se requería de ninguna autorización de la asamblea general de accionistas, sino que bastaba o era costumbre en la fiduciaria que se haga por autorización el gerente, que "lo que se usaba comercialmente dentro de la fiduciaria es que eso no se reportaba, pero más allá de eso porque el conflicto de intereses no es real", esto debido a que considera que "el conflicto de intereses es cuando una persona saca provecho de una situación en la que están actuando" pero que en su caso no había ninguna ventaja.*

**6.9.** *De la declaración de la demandante CAROLINA JIMENEZ MALDONADO, se puede extraer que insiste en que MONTANGO dio "la instrucción de escriturar la totalidad de los apartamentos, porque fueron unos saldos a favor que le quedaron a él una vez se le pago la deuda a Bancolombia" y que la fiduciaria escrituró "todos los apartamentos" salvo el de ella y los del señor DIOGENES VALLEJO "porque hay una demanda y hay una pelea son el señor Álvaro José Salazar que es otra cosa totalmente aparte de todo este negocio del encargo fiduciario que hay en acción fiduciaria, y del negocio".*

*Refiere que no interesa la forma en que se haya hecho la negociación, que simplemente el dinero por los inmuebles ya está pagado, por lo cual la fiduciaria debe dar estricto cumplimiento a la instrucción del fideicomitente, ya que en este modelo de negocio "cuando un fideicomitente, en este caso Diógenes Vallejo le transfiere unos bienes digamos en posesión jurídica" a la fiduciaria "el que sigue siendo dueño, quien pago y quien puso esos recursos, así sea plata bienes o lo que sea el que sigue declarando estos recursos legalmente y ante la Dian es el dueño de esos bienes", que es Montango S.A.*

*También indica que de acuerdo con su experiencia cuando trabajó para la fiduciaria "todos los fideicomisos una vez el administrador estuviera de acuerdo en entregar los bienes a terceros ACCION FIDUCIARIA seguía con la instrucción y entregaba los bienes a terceros y hay muchos fideicomisos y estoy segura que ...se entregaban los bienes, así no hubieran ingresado [los recursos] a la fiduciaria" (Dto.072AudienciaParteI, min.1:21:21).*

*En cuanto a la declaración del señor DIOGENES VALLEJO como representante legal de la llamada en garantía MONTANGO S.A. manifiesta que no se opone a que se le escriture el bien a la parte actora, pues precisa que "...Álvaro José Salazar y Carolina Jiménez pagaron un apartamento el cual compraron, la fiduciaria jamás me hizo saber a mi qui hubiera un conflicto de intereses, a mí me pareció normal que un funcionario de una fiduciaria comprara un inmueble, no le vi ningún problema, yo mismo compre dos inmuebles dentro del proyecto para ayudarle a la constructora a que pudiera llegar a feliz término este proyecto, apartamentos que también la fiduciaria se ha negado en escriturarme aduciendo las mismas causa, la fiduciaria ha sido muy irresponsable en el tema de las cuentas no entiendo los desórdenes de la fiduciaria actual".*

*Precisa que "la responsabilidad más grande que tenía este fideicomiso era el crédito constructor y yo salí a saneamiento del crédito constructor... yo como persona natura fui el que pague el crédito constructor y la fiduciaria nunca se opuso y esos dineros jamás pasaron por la fiduciaria, yo creo que es un caso terrible que nos ha hecho perder mucho tiempo muchos recursos, yo tengo cuatro apartamentos en ese edificio que me deberían ser restituidos primero porque fueron promesas de compraventa que la fiduciaria tampoco respetó, ... ni me han escriturado los apartamentos míos, ni han escriturado el apartamento de Carolina Jiménez que fue pagado por ellos".*

*Aseveró que era muy normal que se recibieran dineros directamente por MONTANGO S.A., "...siempre se mandaba, se reportaba en este formato de la fiduciaria se le reportaba todos los días ... era una práctica muy común de la fiduciaria, incluso en los apartamentos que compre yo, la plata la recibía MONTANGO y la utilizaba para pagar la nómina o para pagar el crédito constructor o cualquier obligación para cumplir con el objeto del contrato, y se le reportaba directamente a la fiduciaria y cuando hablo se lo pagaba yo Diógenes Vallejo, es como persona natural y no como representante legal de MONTANGO", "todos los recursos que se recibieron en la oficina de MONTANGO se le reportaron a la fiduciaria a través del formato... que la fiduciaria establecía para eso".*

*Dentro de otras cosas refiere que para el 2016 el negocio ya se había terminado, porque el edificio fue entregado, por ende "no había necesidad de que pasaran platas por la fiduciaria, porque el objeto del contrato estaba totalmente cumplido, ...el edificio se entregó, se terminó y a los promitentes compradores se les entregaron todos sus bienes así que eso no es tan raro, lo raro es que la fiduciaria ordenándosele, dándosele la instrucción como fideicomitente, cumplido el objeto del fideicomiso, pues este haciendo una fuerza para mi indebida sobre unos bienes que está*

*a nombre de la fiduciaria por la posición jurídica que encierra un patrimonio autónomo, pero que finamente la propiedad es del fideicomitente y el fideicomitente soy yo y ustedes me desconocen como fideicomitente...".(Dto.072AudienciaParteI, min. 5:56:39).*

*Finalmente, de la declaración del liquidador de la sociedad INVERSIONES 88 S.A., no se puede sacar mayores conclusiones, ya que refirió que no le constan varios de los hechos materia de discusión pue refiere que para esa época no era el liquidador de dicha empresa y que fue poca o nula la información entregada por la anterior liquidadora y las accionistas (Dto.072AudienciaParteI, min. 4:51:14).*

*7. Pues bien, al estudiar los anteriores medios de prueba, quedó en evidencia que el representante legal de ACCIÓN FIDUCIARIA, el señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO se hallaba incurso en conflicto de interés desde el mismo momento en que en compañía de la demandante el 14 de enero de 2015 celebró una promesa de compraventa en forma mancomunada con su compañera permanente y hoy demandante CAROLINA JIMÉNEZ MALDONADO con MONTANGO S.A., es decir, adquirió un bien de la sociedad con la cual se había constituido el Fideicomiso FA 975 Arboleda 360, del cual era vocero ACCIÓN FIDUCIARIA.*

*Esa promesa de compraventa originó en los términos del contrato de fiducia, derechos a la celebración de un contrato de beneficio de área, como precedente a la escrituración de los bienes inmuebles, derechos que fueron cedidos a la Sociedad Inversiones 88 S.A., donde eran únicas accionistas las progenitoras de los promitentes compradores.*

*Posteriormente, el día 26 de enero de 2016, se celebró el contrato de vinculación de área, entre MONTANGO, ACCIÓN FIDUCIARIA, E INVERSIONES 88 S.A, en donde entre otras cosas se estipuló que INVERSIONES 88 había pagado la totalidad del inmueble adquirido a la SOCIEDAD MONTANGO, que la sociedad MONTANGO entregaba el inmueble a CAROLINA JIMÉNEZ MALDONADO, y que luego de la entrega INVERSIONES 88 cedería sus derechos a la actual demandante.*

*En ninguno de los contratos antes señalados el Sr. ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, a pesar de ser necesario y evidente, solicitó autorización a la Asamblea General de Accionistas, es decir, no contó con esa autorización para la celebración de la promesa de compraventa a título de promitente comprador y como persona natural de uno de los bienes objeto del contrato de Fiducia, ni para la celebración del contrato de beneficio de área con INVERSIONES 88, en donde fungía como representante legal de ACCIÓN FIDUCIARIA, como el mismo lo confesará sin el menor rubor, al afirmar que veía el conflicto de intereses y que eso no se acostumbraba.*

*Lo que la Sala observa sin mayor esfuerzo, además del ostensible conflicto de intereses, es una INJUSTIFICADA rotación de los derechos del inmueble prometido en venta a través de dos cesiones de derechos, empleando para ese propósito una sociedad conformada por familiares de los promitentes compradores como únicos socios accionistas; y, finalmente, para cerrar con*

*broche de oro ese fingimiento de la realidad, cuando debido a esa maraña de transacciones, se presumía que el Sr ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, ya no tenía ningún derecho sobre el inmueble prometido, esté aparece disponiendo de los derechos sobre el inmueble, para responder por la obligación alimentaria de su hija, a la Sra. CAROLINA JIMÉNEZ MALDONADO, acta de conciliación que en nuestro criterio termina demostrando sin el menor margen de duda que los derechos derivados de la promesa de compraventa nunca salieron de la pareja ALVARO JOSÉ SALAZAR y CAROLINA JIMÉNEZ MALDONADO, y que la intervención de INVERSIONES 88 S.A.S, fue fingida, contraria a la realidad, es más sobre esta sociedad nunca se aportó el documento que comprobará la cesión de los derechos explicitados en la promesa de compraventa del inmueble.*

*Por ende, aquí era necesario que los actos realizados por el señor ALVARO JOSÉ como representante legal de la fiduciaria frente a la celebración de la promesa de compraventa con MONTANGO S.A. y la vinculación de INVERSIONES 88 S.A. como beneficiario de área tuvieran una autorización del máximo órgano social de la entidad a la que representaba, y como no procedió de conformidad, es posible declarar la nulidad de los actos ejecutados con violación de la ley comercial por el simple hecho de incumplir el deber impuesto en el numeral 7º del artículo 23 de la ley 222 de 1995 (causal de nulidad absoluta según el artículo 899 del Código de Comercio), pues debió abstenerse de participar en las negociaciones antes descritas de no contar con el aval de la asamblea de accionistas.*

**7.1.** *En el caso de la promesa de compraventa celebrada el 14 de enero de 2015, entre MONTANGO S.A. y los promitentes compradores ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO –como persona natural- y la señora CAROLINA JIMENEZ MALDONADO, claramente está viciado de nulidad absoluta, por las siguientes razones:*

*Véase como el numeral 7º del artículo 23 de la ley 222 de 1995, es claro en decir que el administrador debe abstenerse de participar con algún "interés personal" en las actividades respecto los cuales exista un conflicto de interés, salvo que tenga la autorización expresa de la que se ha venido hablando.*

*Entonces, como la promesa de compraventa -aunque no haya sido celebrada directamente con la fiduciaria sino con MONTANGO S.A.-, claramente se encuentra coligada al contrato de vinculación de beneficio de área y especialmente al contrato macro de fiducia mercantil, el señor ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO al contratar para beneficio propio la promesa incondicional de comprar esos bienes junto a su compañera permanente, tenía la obligación de revelar dicho conflicto de interés a la asamblea de accionistas de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., que era la administradora del fideicomiso al cual pertenecían esos inmuebles, por existir un claro interés personal y a la vez fungir como representante legal de la fiduciaria, sin embargo no lo hizo.*

*Lo que conlleva por supuesto, a que se deba declarar la nulidad absoluta de la promesa de compraventa celebrada el 14 de enero de 2015.*

**7.2.** *Así mismo se debe declarar la nulidad absoluta del contrato a través del cual Inversiones 88 S.A. se vinculó al fideicomiso celebrado el 26 de enero de 2016, ya que se reitera que los eventos posibles de conflicto de intereses se pueden generar cuando la sociedad a través de su gerente celebra un contrato con sus ascendientes, e igualmente cuando la sociedad celebra operaciones con la compañera permanente del administrador, como ocurrió posteriormente en el caso de la cesión del contrato de vinculación de beneficio de área, pues aunque los demandantes en su declaración afirman no tener ninguna relación marital, al menos hasta el momento en que se celebró el acta de conciliación fechada el 29 de marzo de 2019 eran compañeros permanentes.*

*Además del manifiesto conflicto de intereses, se puede decir que no actuó con total imparcialidad al momento de evaluar las condiciones del contrato ya que aceptó en una cláusula que el promotor del proyecto recibiera recursos directamente, lo cual iba en contravía del acuerdo macro de la fiducia mercantil, aunado a que se hizo creer contrario a la realidad que esos dineros serían adjudicados a un encargo individual inactivo y que no pertenecía al fideicomiso, contrariando con ello los principios de la entidad fiduciaria como vocera y administradora del fideicomiso de actuar con buena fe, y finalmente esos inmuebles terminaron siendo parte de la sociedad patrimonial de hecho que tenía con la señora Carolina Jiménez Maldonado, en consecuencia, hay suficientes pruebas que indican la existencia de un conflicto de interés.*

*No resulta relevante a fin de decretar la nulidad absoluta, establecer si el Sr. SALAZAR ROMERO obtuvo ventaja de las transacciones en que actuó encontrándose en conflicto de intereses, porque eso no hace que desaparezca el hecho de que hay intereses contrapuestos que contaminan el desempeño del funcionario al celebrar alguna negociación, además de que eso no lo exime de solicitar la respectiva autorización.*

*Sobre el tema, obsérvese que la norma que consagra la necesidad de que el administrador solicite una autorización debido a un conflicto de intereses, no contiene un ingrediente normativo que aluda a la existencia de beneficios para el administrador o perjuicios para la sociedad que representa, así que el asunto se mira exclusivamente desde el punto de vista de la existencia o inexistencia del conflicto de intereses.*

*Sobre la ausencia de prueba de un beneficio para el administrador o un perjuicio para la sociedad, la doctrina ha explicado:*

*"...para que se configure un conflicto de intereses no se requiere que los intereses sean efectivamente divergentes ni que efectivamente se afecte el juicio del administrador. Basta con que ese sea un resultado posible, para que el legislador haya considerado prudente que ese administrador se aparte de la decisión y se active el procedimiento previsto en la ley. Esta*

*consideración no deja de ser relevante, pues si bien la configuración de un conflicto de intereses suele ser palmaria y evidente, hay un buen número de circunstancias en las cuales el conflicto puede ser más sutil y sus efectos menos predecibles y verificables,” ( ... ) también ha señalado sobre la existencia de un perjuicio para la sociedad que: “Debe mencionarse también que el perjuicio no es un elemento necesario para la configuración de un conflicto de intereses. Dicho de otra manera, para que se presente un conflicto de intereses no se requiere que la decisión afectada por el mismo sea perjudicial para la sociedad. Antes bien, los actos conflictivos pueden ser beneficiosos para la sociedad. Piénsese, por ejemplo, en los préstamos que los socios, que son a su vez administradores, le hacen a la sociedad. Piénsese también en contratos de arrendamiento por virtud de los cuales la sociedad usa un inmueble de propiedad de un administrador. En fin, respecto de estos y otros actos jurídicos que pueden tener algún viso de conflicto pueden hacerse dos notorias afirmaciones, respecto de las cuales hay consenso a nivel internacional y dan lugar a importantes implicaciones a nivel de política legislativa, tal como se explica en el documento preparado por la OCDE con base en un estudio de más de 35 jurisdicciones, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights*. Por un lado, bajo las condiciones adecuadas, estas operaciones pueden ser beneficiosas para la sociedad. Pero también es cierto que estas operaciones pueden ser fuente de abuso si no se celebran en condiciones de mercado y en consideración del mejor interés de la sociedad” ( Laguado Giraldo, Darío y Holguín Mora, Tomás (2017), “La regulación de los conflictos de intereses de los administradores de sociedades en el derecho colombiano”, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF) Working Paper No. 4/2017.)*

**7.3.** *Así las cosas, como la fiduciaria predicó como excepción de mérito la declaratoria de la nulidad absoluta, a través de la excepción denominada “NULIDAD DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 EN RAZÓN A QUE EL SEÑOR ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO ACTUÓ INCURSO CLARO (SIC) CONFLICTO DE INTERESES”, **hay lugar a declararla**, sin que sea de recibo que el a quo diga que no se demostró “el interés personal del Dr. Álvaro José Salazar Romero ni de Inversiones 88 SAS, ni tampoco, el perjuicio para los intereses de Acción Fiduciaria produciría aquella negociación”, pues bastaba con no haber solicitado la autorización correspondiente, además de que aquí no se requería que se pruebe un perjuicio, toda vez que ese requisito es propio de otras acciones como la responsabilidad de los administradores con la consecuente reparación de los daños ocasionados, la cual no es materia de discusión en el presente litigio.*

*En todo caso, aunque ese aspecto no fue materia de apelación, corresponde incluso declarar de oficio las nulidades absolutas descritas, por cumplirse los requisitos establecidos por la jurisprudencia, como son:*

*(i) que la nulidad aparezca de manifiesto, dado que siempre hubo claridad en que esa autorización ante el máximo órgano de la fiduciaria para admitir la*

*celebración promesa de compraventa de 15 de enero de **2015** celebrada entre MONTANGO S.A. y los promitentes compradores ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO –como persona natural- junto a su compañera permanente y el contrato de vinculación de beneficio de área celebrado el 26 de enero de **2016** entre MONTANGO S.A. como promotor del proyecto ARBOLEDAS 360, los beneficiarios INVERSIONES 88 S.A.S y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. **Representada Legalmente por ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO** (según documento allegado en la contestación de Montango S.A. al llamamiento en garantía, págs.40-53), NO se llevó a cabo, lo cual fue plenamente aceptado por el señor ALVARO.*

*(ii) Además dichos contratos fueron invocados en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes como se ha explicado a lo largo de esta contienda pues es la única manera de poderse vincular al contrato macro de fiducia mercantil para adquirir las unidades inmobiliarias, al paso de que se tratan de contratos coligados; y,*

*(iii) Al litigio concurrieron todas las personas naturales y jurídicas que intervinieron en la celebración de ambos contratos, e incluso de sus posteriores cesiones.*

*La existencia de este último requisito no hace alusión a la forma en que comparezcan, si como litisconsortes en cualquiera de sus modalidades, o llamados en garantía, y ni siquiera como intervinientes ad excludendum que en esencia son terceros pero compareciendo al proceso adquieren la calidad de parte, satisfaciéndose así el requisito de haber comparecido al proceso como parte del mismo.*

*Lo trascendente es que hayan comparecido al proceso, en este caso se aprecia la comparecencia de MONTANGO S.A., en su calidad de llamado en garantía, integrándose así a la parte demandada, y teniendo como facultades procesales el derecho a pronunciarse frente a las pretensiones de la demanda y también frente a las razones del llamamiento.*

*Y en la demanda, se encontraban hechos trascendentales para la declaración de nulidad absoluta, como son entre otros los siguientes:*

*La celebración del contrato de compraventa y la posterior celebración de un contrato de vinculación de derechos de área.*

*Al conocer la contestación de la demanda y fundamento del llamamiento también tuvo conocimiento de otros hechos relevantes para la declaración de nulidad, tales como: La intervención en la promesa de compraventa y en el contrato de vinculación del Sr. ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, persona que tenía la representación legal de acción Fiduciaria, y por lo tanto tenía un conflicto de intereses para obrar en dichos contratos, que esa actuación se encontraba viciada de nulidad absoluta, como bien se explicó por el llamante al plantear la excepción de nulidad absoluta.*

*Es decir tuvo pleno conocimiento de esos hechos que son el fundamento de la declaración de nulidad absoluta y no los cuestionó, así que esta Sala en forma mayoritaria estima satisfecho el requisito de comparecencia de las partes al proceso en que se declara la nulidad, pues no existe afectación del derecho de defensa y contradicción, como bien ha dicho la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse en eventos de declaración de nulidad, en los siguientes términos:*

*"...La irregularidad, por supuesto, debe aparecer nítida, clara, sin lugar a ninguna clase de interpretación. La razón estriba en que se trata de un control de legalidad excepcional de la actividad negocial en procura de proteger la autonomía de la voluntad de las partes y la estabilidad jurídica en los actos que celebran los particulares. **Si el defecto sustancial es ostensible y directo en el contenido del acto o contrato, independiente de otros elementos de juicio, se entiende que es conocido de los sujetos en contienda y que nada habría para investigar o contraprobar.** En tal caso, la declaración inquisitiva no pondría en entredicho los derechos fundamentales de defensa y contradicción." CSJ SC5185-2020, 18 dic., rad. 2016-00214-01, reiterando la providencia CSJ SC 10 oct. 2005, rad. 4541.*

*Así que en este proceso se encuentran satisfechos para que prospere la excepción de nulidad, en medida que el defecto sustancial es ostensible, es plenamente conocido por los sujetos que son parte dentro del proceso, y no existe nada por investigar o contraprobar.*

**8.** *En ese orden, siendo declarado nulos el contrato de promesa de compraventa y el contrato de vinculación a la fiduciaria, de conformidad a las consecuencias que tendría la declaratoria de la nulidad absoluta, entre ellas el derecho de los contratantes de su derecho a ser restituidos al mismo estado en que se hallarían de no haberse celebrado el contrato afectado con la nulidad, y con base en los equidad y justicia (artículo 5° del Decreto 1925 de 2009 relativo a las consecuencias de la declaración de la nulidad absoluta, en concordancia con el artículo 1746 del Código Civil) hay lugar a hablar sobre las restituciones recíprocas, pese a que no lo hayan solicitado las partes, como lo ha establecido la jurisprudencia en la materia (CSJ SC 115 de diciembre de 2021, SC5509-2021, M.P. Hilda González Neira y ver Sentencia Sustitutiva de 19 de abril de 2024, SC333-2024, M.P. Hilda González Neira).*

**8.1.** *Dejado claro lo antes expuesto, se evidencia que MONTANGO S.A. aceptó haber recibido los dineros de los inmuebles inicialmente prometidos en venta, información que fue reportada a la fiduciaria a través de oficio de 29 de julio de 2016, donde se solicita "ingresar al encargo fiduciario No. 1100014439 a nombre de Inversiones 88 S.A." el valor de \$684.836.995, adjuntando una relación de pagos realizada por ALVARO JOSE SALAZAR desde el 27 de diciembre de 2013 –antes de que se contratara la promesa de compraventa- al 28 de febrero de 2015, con los comprobantes de pago de los mismos.(dto.006, págs.56-82).*

*Y consta en el plenario que el 27 de julio de 2016, Montango S.A. efectuó la entrega del apartamento 101 del que se viene hablando a la demandante CAROLINA JIMENEZ MALDONADO (dto.004Demanda.pdf, págs.103-120).*

*De otro lado, tampoco se puede desconocer el acta de conciliación celebrada ante el centro de conciliación y arbitraje FUNDASCOLCO el 28 de marzo de 2019, por los señores CAROLINA JIMENEZ MALDONADO y ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, donde se adjudicó entre otras cosas: a la menor aquí demandante el 62.42% de los "predios adquiridos en virtud a contrato de promesa de compraventa celebrado con la sociedad MONTANGO S.A., del cual ya se pagó totalmente el precio..."; y a la señora CAROLINA JIMENEZ el 34,58% de los mismos bienes.*

**8.2.** *De esta manera, con la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato de vinculación y la promesa de compraventa, habría lugar a ordenar la devolución por parte de MONTANGO S.A. a la señora CAROLINA JIMENEZ MALDONADO y su menor hija, la suma de \$684.836.995, que refieren fue el precio acordado y pagado por el apartamento No. 101, parqueaderos No. 22 y 23 y el depósito No. 1 todos de la torre 1 del Edificio Arboledas 360, en los porcentajes descritos en el acta de conciliación antes descrita (34,58% y 62.42% respectivamente), ya que fueron las ultimas personas a quienes se les adjudicó los derechos de esos bienes, lo cual fue aceptado por el señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO.*

*Esa suma, ese valor es susceptible de corrección monetaria de acuerdo al I.P.C, al respectó la Corte ha dicho que "...la naturaleza de la indexación no es resarcitoria ni hace parte del objeto de la pretensión, sino que es una simple variación de las condiciones externas del perjuicio, debido a la depreciación que sufre el dinero en el tiempo por la incidencia de ciertos factores de la economía; por lo que el juez está facultado para decretarla aún de oficio..." (SC CSJ Sentencia de 3 de septiembre de 2012).*

*Pero antes, cabe aclarar que en la relación de pagos allegados por el fideicomitente promotor algunos de estos se efectuaron mucho antes de haberse firmado la promesa de compraventa -14 de enero de 2015-, ya que se realizaron entre el 27 de diciembre de 2013 al 26 de noviembre de 2014, arrojando un total de \$ 210.378.969,00, lo que en principio, implicaría desconocer esos pagos como parte del negocio, no obstante, se observa que en el contrato de promesa de compraventa se aceptó como parte del precio, el pago de \$210.378.969,00, valor que coincide con el total previamente señalado, por ende, se tendrán en cuenta.*

*Bajo esos argumentos, se deberá actualizar cada una de las sumas de dinero que pagó la demandante y el señor ÁLVARO SALAZAR según el detalle de pagos aportado al proceso por MONTANGO S.A., debidamente soportado con los documentos que respaldan las consignaciones y los recibos de caja expedidos por el promotor (dto.006, pág.57), correspondiendo indexar esos valores desde el momento del pago de cada una de ellas de acuerdo con la*

*fórmula: Va = valor del abono X índice final (fecha de la sentencia) / índice inicial (fecha del pago) y que arrojan los siguientes valores:*

FECHA	RECIBO DE CAJA	VALOR	DETALLE SOPORTE	IPC INICIAL	IPC FINAL	VALOR ACTUALIZADO
27/12/2013	RC0650	\$ 69,217,640.00	CONSIGNACIÓN EN CHEQUE 152242369	79,56	142,92	\$ 124,341,190.00
03/01/2014	RC0651	\$ 26,000,000.00	CONSIGNACIÓN EN EFECTIVO 152242369	79,95	142,92	\$ 46,478,048.00
03/01/2014	RC0651	\$ 9,000,000.00	TRANSFERENCIA DESDE LA TARJETA 7592391	79,95	142,92	\$ 16,088,555.00
03/01/2014	RC0656	\$ 30,000,000.00	TRANSFERENCIA DESDE LA TARJETA 7592391	79,95	142,92	\$ 53,628,517.00
03/01/2014	RC0656	\$ 14,500,000.00	TRANSFERENCIA DESDE LA TARJETA 807937	79,95	142,92	\$ 25,920,450.00
14/07/2014	RC0702	\$ 17,000,000.00	CONSIGNACIÓN EN EFECTIVO 611073383	81,73	142,92	\$ 29,727,639.00
14/07/2014	RC0702	\$ 400,000.00	CONSIGNACIÓN EN EFECTIVO 611073502	81,73	142,92	\$ 699,473.00
14/07/2014	RC0702	\$ 400,000.00	CONSIGNACIÓN EN EFECTIVO 541779067	81,73	142,92	\$ 699,473.00
14/07/2014	RC0702	\$ 2,200,000.00	TRANSFERENCIA DESDE TARJETA 2493	81,73	142,92	\$ 3,847,106.00
04/08/2014	RC0709	\$ 9,661,329.00	CONSIGNACIÓN BANCO BOGOTA CTA 146393244	81,90	142,92	\$ 16,859,549.00
24/09/2014	RC0721	\$ 5,000,000.00	CONSIGNACIÓN EN EFECTIVO IDENTIFICADA EXTRACTO	82,01	142,92	\$ 8,713,571.00
26/11/2014	RC0748	\$ 27,000,000.00	CHEQUE No.024246	82,25	142,92	\$ 46,915,987.00
15/01/2015	RC0761	\$ 416,573,099.00	TRANSFERENCIA RECIBIDA MOVIMIENTO EXTRACTO	83,00	142,92	\$ 717,308,762.00
16/02/2015	RC0780	\$ 13,884,927.00	TRANSFERENCIA RECIBIDA MOVIMIENTO EXTRACTO	83,96	142,92	\$ 23,635,466.00
27/02/2015	RC0781	\$ 24,000,000.00	TRANSFERENCIA RECIBIDA MOVIMIENTO EXTRACTO	83,96	142,92	\$ 40,853,739.00
11/06/2015	RC0832	\$ 20,000,000.00	TRANSFERENCIA RECIBIDA MOVIMIENTO EXTRACTO	85,21	142,92	\$ 33,545,358.00
TOTAL		\$ 684,836,995.00				\$ 1,189,262,883.00

*En consecuencia, MONTANGO S.A. deberá pagar a favor de CAROLINA JIMENEZ MALDONADO y su menor hija la suma de \$1.189.262.883.00, en un 34,58% para la madre y 62.42% para la hija.*

*Y a su vez la demandante deberá restituir los inmuebles (apartamento 101 identificado, parqueaderos 22, 23 y un depósito de la torre 1 del edificio ARBOLEDA 360 a MONTANGO S.A), identificados con los folios de matrículas inmobiliarias No. No.370-925495, 370-925577, 370-925578, 370-925525, a MONTANGO S.A., en calidad de tenedor, quien tiene la custodia y tenencia a título de comodato precario de los bienes que integran el fideicomiso.*

*Finalmente se debe decir que no hay lugar a ordenar la devolución de frutos, intereses y mejoras, porque no se encuentran probados.*

*Puntualmente en cuanto a los frutos civiles solicitados por la fiduciaria en la demanda de reconvención, por el hecho de "no disponer libremente de las unidades inmobiliarias desde julio de 2016 a la fecha, específicamente, porque no se han podido arrendar debido a la ocupación ilegal e irregular ejercidas por las demandadas" (dto.002Demanda, Carpeta.002Cuaderno DEMANDA RECONVENCIÓN), se debe decir que pese a que el a quo decretó una prueba pericial a solicitud de la parte, concediéndole el término para hacerlo, nunca se allegó, por ende no se encuentran debidamente acreditados.*

**9.** *Por estas razones resulta claro que no son de recibo los reparos de la parte demandante que en síntesis consisten en que:*

*Se encuentran cumplidos los requisitos necesarios para la transferencia a título de beneficio de área de los inmuebles objeto del litigio a favor de las demandantes, y que no encuentra razón legal o contractual para que la fiduciaria se niegue a efectuar la escrituración de los bienes "por situaciones personales" (5.1); que no se efectuó un debido análisis de las pruebas obrantes, toda vez que existen casos similares donde pese a haberse entregado recursos a través de MONTANGO S.A. donde la fiduciaria no se opuso, y, "se les pudo transferir el dominio, por el solo hecho de que no*

*tenían ningún vínculo con ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO" (5.2); que se desconoce el coligamiento contractual existente (5.3).*

*Que se declaró probada una excepción que ni siquiera fue propuesta por la contraparte; que aunque se haya probado que se pactó una obligación a cargo de MONTANGO de abstenerse de recibir dineros directamente de los beneficiarios de área, la realidad del contrato fiduciario es diferente; que esos recursos fueron recibidos para la construcción, sin que haya generado un daño a la fiduciaria; que la finalidad del patrimonio autónomo terminó en el año 2016, y no existen créditos pendientes a cargo de dicho patrimonio, al paso que no se requería de una tarjeta de recaudo para este evento en especial (5.4.); y que en definitiva MONTANGO es el beneficiario de las unidades inmobiliarias restantes; que la fiduciaria en su oportunidad no se opuso al pago directo que se llevó a cabo a través de la promotora (5.5); que el principio de buena fe permitió, entre otras, que MONTANGO pudiera recibir pagos directos; que el análisis de la "ineficacia" del contrato de beneficiario de área es irrelevante, porque el contrato de fiducia mercantil finalizó (5.6) aunado a que cualquier error fue saneado por el principio de prevalencia de lo real sobre lo formal.*

*Lo anterior por cuanto no puede existir discusión frente a la vinculación de la señora CAROLINA JIMENEZ MALDONADO porque el contrato de vinculación de beneficio de área resulta ineficaz por estar viciado de nulidad absoluta, en consecuencia, la cesión realizada a su favor no tiene efectos, entonces lo que corresponde es regresar todo a su estado inicial correspondiendo a MONTANGO S.A. hacer la devolución del dinero respectiva, la cual como se probó nunca ingresó a la fiduciaria, y la parte demandante proceda a la entrega del inmueble a la fideicomitente promotora.*

*Igualmente pese a que en efecto se observa que con las pruebas allegadas por MONTANGO S.A. que en algunos casos sí se aceptó que algunos adquirentes de unidades inmobiliarias efectuaran pagos a través del fideicomitente promotor y no directamente a la fiduciaria (dto.075RtaPruebaOficio), pese a que había una expresa prohibición pactada en el contrato de fiducia mercantil, lo cierto es que eso ya no tiene relevancia en el proceso pues se reitera que el motivo principal de la negativa de las pretensiones es con ocasión a la declaratoria de la nulidad absoluta de los contratos en comento, pero además esos hechos son diferenciales al aquí planteado porque no se probó que las personas que adquirieron esas unidades inmobiliarias tuvieran un conflicto de interés y pese a que no fue revelado, se haya efectuado la escrituración correspondiente.*

**10.** *Como corolario de lo antes expuesto, se revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda tras encontrar probada la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva de la señora CAROLINA JIMÉNEZ MALDONADO...", ya que en su lugar habrá que declarar probada la excepción propuesta por la fiduciaria demandada llamada "NULIDAD DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 EN RAZÓN A QUE EL SEÑOR ÁLVARO JOSÉ SALAZAR*

*ROMERO ACTUÓ INCURSO CLARO CONFLICTO DE INTERESES”, y en consecuencia habrá que decretar la NULIDAD ABSOLUTA de la promesa de compraventa fechada el 14 de enero de 2015 y del contrato de vinculación celebrado el 26 de enero de 2016.*

### **III. DECISIÓN.**

*En mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior de Cali, en su Sala Civil de decisión, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,*

### **IV. RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión de primera instancia por las razones expuestas, y en su lugar declarar probada la excepción propuesta por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. de "NULIDAD DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 EN RAZÓN A QUE EL SEÑOR ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO ACTUÓ INCURSO CLARO (SIC) CONFLICTO DE INTERESES”.

**SEGUNDO: DECLARAR** la NULIDAD ABSOLUTA del contrato de promesa de compraventa suscrito el 14 de enero de 2015 por el promitente vendedor MONTANGO S.A. y los promitentes compradores ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO -como persona natural- y la demandante CAROLINA JIMENEZ MALDONADO, frente a los inmuebles apartamento 101, parqueaderos 22 y 23 y un depósito de la torre 1 del proyecto EDIFICIO ARBOLEDA 360.

**TERCERO: DECLARAR** la NULIDAD ABSOLUTA del contrato de vinculación de beneficio de área celebrado el 26 de enero de 2016 entre MONTANGO S.A. como promotor del proyecto ARBOLEDAS 360, los beneficiarios INVERSIONES 88 S.A.S y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. Representada Legalmente por ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO.

**CUARTO:** En consecuencia, a título de restitución derivada de la nulidad absoluta de los mencionados negocios jurídicos:

- Se condena a MONTANGO S.A. a restituirle a CAROLINA JIMENEZ MALDONADO y su menor hija PAULINA SALAZAR JIMENEZ la suma de \$1.189.262.883.00, en un 34,58% para la madre y 62.42% para su hija representada por su madre, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

- Se ordena a CAROLINA JIMENEZ MALDONADO que en el mismo término de cinco (5) días proceda a restituir el apartamento 101 identificado, parqueaderos 22, 23 y un depósito de la torre 1 del edificio ARBOLEDA 360 identificados con los folios de matrículas inmobiliarias No.370-925495, 370-925577, 370-925578, 370-925525, a MONTANGO S.A, en la misma condición en la que obra en el contrato de fiducia FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360, vale decir, en calidad de tenedor, quien detentara la custodia y tenencia del inmueble que integra el fideicomiso, a título de comodato precario.

**QUINTO:** Ante la procedencia de una de las excepciones de la contraparte, **CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandante a favor de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** Se fijan por concepto de agencias en derecho de esta instancia la suma de 1 smlmv.

**SEXTO:** **DEVUÉLVASE** el expediente al Juez de conocimiento para lo de su cargo.

*Notifíquese y cúmplase.*

*Los magistrados,*



**CÉSAR EVARISTO LEÓN VERGARA**

**ANA LUZ ESCOBAR LOZANO.**

*Con salvamento de voto*

  
**JORGE JARAMILLO VILLAREAL.**