POSSE HERRERA RUIZ

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL
M.P. Dra. Adriana Ayala Pulgarín
Despacho

Referencia:	Acción de consumidor financiero de **ANDRÉS MAURICIO AGUDELO CEBALLOS, MAURICIO AGUDELO CEBALLOS, CARLOS EDUARDO VÁSQUEZ GUTIERREZ, CAROLINA GAVIRIA JIMENEZ RICAURTE, DIEGO ORTIZ ROLDÁN, ERICA MILENA GRACIANO, FREDY ALONSO CUARTAS GÓMEZ, MARILUZ SERNA MEDINA, GLADYS ELENA VARÓN GARCÍA, LILIANA MERCEDES CIFUENTES BOLIVAR, MONICA MARÍA VÁSQUEZ GUTIERREZ, NATALIA CARVAJAL MORALES, PAULA MARCELA MEDINA TABARES, SANTIAGO HERNÁN OSPINA SALAZAR contra CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A. y PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FAI OBRAS DE ANDALUCÍA administrado y con vocería del CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A.**
Radicado:	**11001-31-99 – 003 – 2023 -03979-02**
Asunto:	Traslado del recurso de apelación de los demandantes.

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado judicial de **CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A.** (en adelante «**Credicorp**»), actuando como entidad financiera propiamente dicha, de conformidad con el poder y el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que se adjuntan, con toda atención me dirijo a Usted, en forma respetuosa, para pronunciarme respecto a la sustentación del recurso de apelación presentado por parte de los demandantes, con el objeto de que no se acojan los argumentos expuestos en dicha apelación y, en su lugar, se revoque íntegramente la sentencia proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia y, en su lugar, se profiera una sentencia absolutoria a mi poderdante con fundamento en: (i) la apelación presentada debidamente argumentada y soportada, (ii) la profundización de la apelación que se presenta en forma simultánea con el presente escrito, y (iii) lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico en especial el numeral 9 del artículo 58[1] de la Ley 1480.

[1] "9. **Al adoptar la decisión definitiva**, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio **resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso**, **con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita**, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir." (Destaco)

POSSE HERRERA RUIZ

I. SÍNTESIS PARA NO ACOGER EL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LOS DEMANDANTES Y, POR EL CONTRARIO, DESESTIMAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

A EL TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE CONSUMIDOR FINANCIERO ANTE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

1. Según lo dispuesto en el escrito de la demanda, los demandantes tienen la calidad de encargantes del Fideicomiso FAI Obras de Andalucía, que fue estructurado con la finalidad de administrar los recursos con los cuales la sociedad constructora, Obrasde S.A.S., adelantaría bajo su única y exclusiva responsabilidad el proyecto inmobiliario contemplado en el Contrato de Fiducia.

2. En la misma, los demandantes pretenden que se declare que Credicorp Capital Fiduciaria incurrió en un supuesto incumplimiento de sus deberes contractuales y legales, y buscan que sea condenada a restituir los recursos aportados por cada uno de los demandantes en favor del Patrimonio Autónomo.

3. En la contestación a la demanda, entre otras, la Fiduciaria sostuvo haber dado cumplimiento a la totalidad de sus obligaciones legales y contractuales, en tanto dio cumplimiento a la totalidad de las obligaciones precontractuales relacionadas a los fideicomisos inmobiliarios y derivadas de lo establecido en la entonces vigente Circular 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

4. Así mismo, entre las excepciones presentadas en la contestación de la demanda se sostuvo que la suspensión del proyecto fue causada por hechos ajenos a la Fiduciaria, y que la misma no podría responder por una devolución de los recursos aportados por parte de los demandantes en tanto los mismos fueron aportados en favor del Patrimonio Autónomo el cual es independiente y separado del patrimonio de la Fiduciaria.

5. En la sentencia objeto del presente recurso, el Despacho de primera instancia resolvió negar la totalidad de las excepciones presentadas por parte de la Fiduciaria, para declararla civil y contractualmente responsable, y condenarla al pago de una restitución de los recursos aportados por los demandantes en favor del Patrimonio Autónomo. Así mismo, se negaron los llamamientos en garantía presentados por parte de la Fiduciaria.

6. Como sustento de su decisión, el Despacho de primera instancia sostuvo que la Fiduciaria incurrió en un incumplimiento a sus deberes contractuales y legales derivados del Contrato de Fiducia en tanto: (i) no encontró probado que se hubiera informado previamente a los demandantes sobre las circunstancias

relevantes del alcance de su vinculación al contrato de fiducia; (ii) encontró que la Fiduciaria no verificó adecuadamente que la sociedad Fideicomitente contaba con los recursos y liquidez requerida para adelantar el Proyecto *-pues, en su criterio, el Fideicomitente debe contar con los recursos líquidos para cubrir las obligaciones de todos los encargantes e, incluso, del crédito constructor-*; y (iii) no encontró probado que la Fiduciaria realizó una evaluación o análisis de las condiciones de giro pactadas en el Contrato de Fiducia pues consideró, por ejemplo, que no era viable acreditar condiciones de giro con compromisos de pago -*obligaciones exigibles de los encargantes*- sino que se debía contar con la totalidad de las sumas comprometidas como de cuota inicial.

7. En particular, el Despacho de primera instancia sostuvo que la suspensión del desarrollo inmobiliario fue ocasionada por la falta de liquidez del fideicomitente, y que, a su vez, esa falta de liquidez es directamente atribuible a la Fiduciaria por no haber observado que el fideicomitente debía asumir la mora de los encargantes o encargantes, pues, en su parecer, los compromisos de pago, dichas obligaciones sujetas a un plazo determinado, de cientos de personas no garantizan la viabilidad financiera derivada de esa fuente de financiación.

8. Pues bien, sostuvo que la Fiduciaria incurrió en una falta a su deber de diligencia al no verificar que el Fideicomitente contaba con los recursos requeridos para asumir una falta de liquidez del Proyecto, derivada de una falta de pago en los aportes de los encargantes vinculados al Fideicomiso.

9. Como consecuencia de lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia sostiene que la Fiduciaria se encuentra personalmente llamada a asumir el riesgo de impago por parte de los encargantes del Fideicomiso que efectivamente se materializó y ocasionó la suspensión del Proyecto.

10. No obstante, cómo se verá en el presente pronunciamiento, no hay incumplimiento alguno de las obligaciones legales o contractuales asumidas por parte de la Fiduciaria que la haga culpable de la materialización de los riesgos propios al desarrollo del proyecto inmobiliario previsto en el Contrato de Fiducia.

11. Incluso en el remoto evento de que el Despacho considere que hay algún incumplimiento de los deberes legales y contractuales de mi poderdante tal incumplimiento no tiene la incidencia de hacerle responsable de la falta de liquidez que ha enfrentado el desarrollo del Proyecto y, por ende, no existe el nexo de causalidad exigido en materia de responsabilidad contractual.

12. Igualmente, se desestimó el llamamiento en garantía presentado respecto de

Obras De S.A.S. en tanto consideró que el mismo encontraba su fundamento en un clausulado de indemnidad abusivo respecto de los consumidores y desestimó los llamamientos presentados respecto de las aseguradoras de la Fiduciaria por considerar que los hechos que dieron origen a la responsabilidad de la misma en el presente caso se encuentran excluidos de los contratos de seguro por ser hechos conocidos por parte de la Fiduciaria.

13. En el mismo sentido, se verá en el presente escrito que el llamamiento en garantía presentado respecto de Obras De S.A.S. efectivamente tiene asidero en una cláusula de indemnidad válida, frente a un tercero que no es consumidor financiero, y que los llamamientos en garantía presentados respecto de las aseguradoras no son contrarios a las exclusiones de los contratos de seguro pactados por parte de la Fiduciaria.

B LOS MOTIVOS PARA DESECHAR EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE ACTORA Y, POR EL CONTRARIO, REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

14. A continuación, y con fines de facilidad de lectura, del documento, se exponen los motivos para desechar el recurso de apelación de los demandantes, por un lado, y revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, proferir una sentencia absolutoria, por otro lado.

B.1 *Respecto de la improcedencia de la condena por los intereses bancarios corrientes que son pretendidos por los demandantes*

14.1. Conforme se puede observar en el texto de las cartas de instrucciones la fiduciaria no reconoce rendimientos, ni actualización monetaria y, mucho menos, intereses bancarios corrientes.

14.2. Los intereses bancarios corrientes solamente son procedentes cuando los mismos se encuentran expresamente pactados. Situación que no ocurre en el caso que nos ocupa.

14.3. Tribunal Superior de Bogotá manifestó la improcedencia de los intereses bancarios y de la misma indexación dado que en los negocios jurídicos celebrados no había garantía alguna de rentabilidad o rendimiento.[2]

14.4. En sentencia de 2024 del mismo Tribunal Superior de Bogotá, se estableció que no es procedente la condena a favor de la demandan de los aportes más el interés

[2] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 16 de diciembre de 2024, M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

bancario corriente debido a que en el contrato no se pactó expresamente el reconocimiento de dicho concepto.[3]

B.2 *Los motivos para revocar la sentencia de primera instancia y proferir un fallo absolutorio para Credicorp*

15. Como se expone en la *sección D*, Credicorp sufrió una sistemática y continuada afectación a sus derechos de contradicción y defensa por parte del juez de conocimiento de primera instancia quien, en forma flagrante, se apartó de las garantías mínimas constitucionales y procesales y decidió, en forma inquisitiva y de forma parcializada, convertirse en una contraparte procesales y, amparado en sus facultades, demostrar su propia teoría del caso. Situación que conlleva a que se revoque la sentencia de primera instancia y se tomen las medidas a que haya lugar.

16. Respecto de muchos demandantes existe una falta de legitimación en la causa por activa (*sección E*) debido a que:

16.1. La acción de consumidor objeto de estudio requería la celebración de un contrato con una entidad financiera para tener acreditada la relación de consumo y la legitimación por activa (*sección E.1*)

16.2. La acción de consumidor objeto de estudio requería la celebración de un contrato con una entidad financiera para tener acreditada la relación de consumo y la legitimación por activa (*sección E.2*).

17. Inexistencia de relación de consumo con ciertos demandantes -desconocimiento del precedente judicial vertical (*sección F*).

18. Confusa calificación sobre el producto o tipo de contrato fiduciario del que se debe ocupar el proceso: la superintendencia aplicó (*sección G*).

19. Indebida aplicación de la norma sustancial (*sección H*)

20. Indebido entendimiento y alcance al deber de diligencia de los fiduciarios (*sección I*)

21. Reproches a la metodología adoptada para determinar la iliquidez del constructor (*sección J*). Veamos:

21.1. Credicorp, en un ejercicio de debida diligencia, analizó los riesgos del proyecto y constató la capacidad financiera del fideicomitente (*sección J.1*).

[3] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de agosto de 2024, M.P. María Patricia Cruz Miranda.

21.2. El Fideicomitente demostró ante múltiples entidades financieras, tanto fiduciarias como bancarias, que era solvente y tenía las capacidades técnicas, financieras y jurídicas para el desarrollo de proyectos inmobiliarios de igual o mayor medida al objeto de análisis (*sección J.2*).

21.3. Los créditos otorgados por Banco de Bogotá y Davivienda: prueba fehaciente de la seriedad y viabilidad financiera del proyecto, en sus dos etapas, para la fecha en que se cumplieron las condiciones de giro (*sección J.3*)

21.4. Indebido análisis de la Superintendencia Financiera en relación con la supuesta necesidad de recursos derivado de 17 proyectos inmobiliarios desarrollados en forma simultánea (*sección J.4*).

21.5. Indebido análisis de la Superintendencia Financiera respecto de la necesidad de contar con un crédito constructor para la Torre 6 de la primera Etapa (relacionada con el crédito con Davivienda), ver *sección J.5*

21.6. Desbordamiento de la asignación de riesgos por parte de la Superintendencia Financiera (*sección J.6*)

21.7. La Superintendencia Financiera de Colombia, entonces, con su sentencia de primera instancia pretende la ampliación de responsabilidades y riesgos, más allá de lo consentido y previsible, por parte de la Fiduciaria, que no reflejan la remuneración establecida (*sección J.7*).

22. Deficiencia fáctica respecto del análisis del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario (*sección K*)

22.1. Credicorp realizó un análisis detallado del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario para concluir que no comprometía la realización del proyecto (*sección K.1*)

22.2. Las condiciones de giro pactadas en el contrato de fiducia y la acreditación de su cumplimiento por parte de la constructora (*sección K.2*).

22.3. Las condiciones de giro acreditan la viabilidad del proyecto para el momento de su cumplimiento y las capacidades del fideicomitente para el desarrollo de la etapa operativa (*sección K.3*).

23. Deficiencia en el análisis factico de la excepción de fondo llamada caso fortuito fuerza mayor variaciones de precios de materias primas (*sección L*)

24. Reparo respecto del resarcimiento o restituciones mutuas de los demandantes (*sección M*). Entre otras, debido a la subrogación u orden de restituciones mutuas

derivadas de una eventual condena: en el remoto caso de que el despacho resuelva condenar a la fiduciaria en nombre propio, deberá decretarse los efectos derivados de la restitución de aportes, como, por ejemplo, que el condenado se subrogue en su posición contractual dentro del fideicomiso (*sección M.1*).

25. Falta de pronunciamiento respecto del fideicomiso demandado (*sección N*).

B.3 *Los motivos para que la sentencia también debe ser revocada respecto de los llamamientos en garantía, en particular el de las aseguradoras*

26. Incorrecto entendimiento de la Superintendencia Financiera sobre el sistema delimitación temporal de la cobertura de responsabilidad civil profesional pactada en las pólizas de infidelidad de riesgos financieros no. 1001231 y 1002143, expedidas por La Previsora, y la póliza de seguro manejo entidades financieras no. aa054425, emitida por la Equidad (*sección O*)

27. Indebido entendimiento y aplicación de Superintendencia Financiera de la exclusión de responsabilidad de *"circunstancias o eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia de las pólizas"* pactada en las pólizas emitidas por la Equidad y La Previsora (*sección P*).

27.1. Credicorp no conocía de las circunstancias o eventos que pudieran afectar su responsabilidad profesional (*sección P.1*).

27.2. No es posible aplicar la exclusión prevista en las Pólizas No. AA054425, emitida por La Equidad y la No. 101243, expedida por La Previsora (*sección P.2*)

27.3. La Póliza No. 1001231 no contempla una cláusula de exclusión de conocimiento previo de las circunstancias (*sección P.3*).

28. Improcedencia de aplicación de la exclusión de responsabilidad de "*circunstancias o eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia de las pólizas*", pactadas en las pólizas emitidas por la equidad y la previsora, debido a su ineficacia (*sección Q*)

29. La Superintendencia Financiera omitió considerar el periodo de retroactividad ilimitado o, en su defecto, hasta el 4 de junio de 2012 pactado en las pólizas emitidas por la Equidad y La Previsora (*sección R*).

30. La Superintendencia Financiera no tuvo en cuenta que en este asunto el primer reclamo fue el efectuado el 18 de abril de 2023 (*sección S*).

31. La Superintendencia Financiera omitió considerar que, ante la ausencia de cobertura de las pólizas de La Previsora, debía acceder al llamamiento en

garantía formulado a la Equidad (*sección T*).

II. RAZONES PARA DESESTIMAR LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

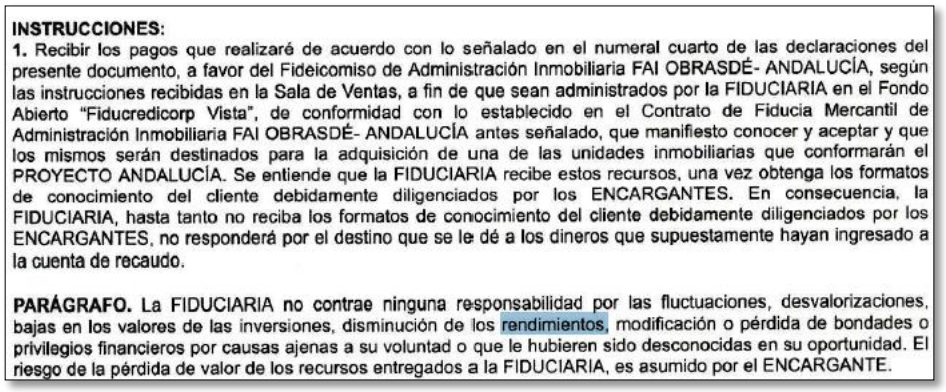
Mediante la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia de la Superintendencia Financiera, los demandantes pretenden que el Tribunal revoque la sentencia de primera instancia en cuanto al reconocimiento de los intereses bancarios corrientes hasta la fecha en que se produzca el pago de la condena impuesta a mi poderdante. Petición improcedente por los motivos que a continuación se exponen y, además, por los argumentos para revocar íntegramente la sentencia desarrollados en el siguiente acápite.

C IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS BANCARIO CORRIENTE A LA LUZ DEL MARCO CONTRACTUAL.

32. Una condena al pago de intereses en favor de los demandados es absolutamente improcedente. Lo anterior de conformidad con el marco legal y contractual aplicable al presente caso.

33. En efecto, Pues bien, conforme se puede observar en el texto de las cartas de instrucciones la fiduciaria no reconoce rendimientos, ni actualización monetaria y, mucho menos, intereses bancarios corrientes. Dado que los recursos, como efectivamente se advierte, serían depositados en un Fondo Abierto "Fiducredicorp Vista".

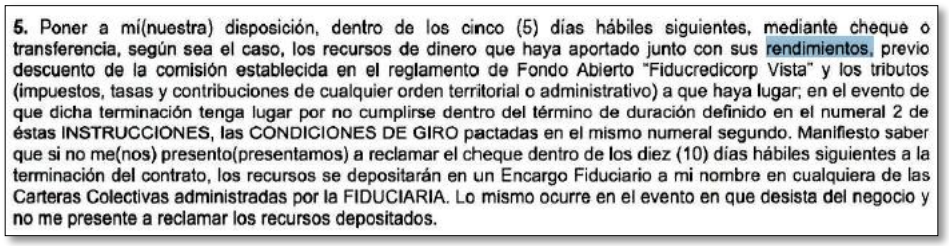
34. Recursos que, como se advierte en dicho documento, se encuentran sujetos a las fluctuaciones propias del mercado y, de allí, que no sea procedente la actualización del dinero por vía de indexación o el cálculo de interés moratorios o bancarios corrientes.



INSTRUCCIONES:
1. Recibir los pagos que realizaré de acuerdo con lo señalado en el numeral cuarto de las declaraciones del presente documento, a favor del Fideicomiso de Administración Inmobiliaria FAI OBRASDÉ- ANDALUCÍA, según las instrucciones recibidas en la Sala de Ventas, a fin de que sean administrados por la FIDUCIARIA en el Fondo Abierto "Fiducredicorp Vista", de conformidad con lo establecido en el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración Inmobiliaria FAI OBRASDÉ- ANDALUCÍA antes señalado, que manifiesto conocer y aceptar y que los mismos serán destinados para la adquisición de una de las unidades inmobiliarias que conformarán el PROYECTO ANDALUCÍA. Se entiende que la FIDUCIARIA recibe estos recursos, una vez obtenga los formatos de conocimiento del cliente debidamente diligenciados por los ENCARGANTES. En consecuencia, la FIDUCIARIA, hasta tanto no reciba los formatos de conocimiento del cliente debidamente diligenciados por los ENCARGANTES, no responderá por el destino que se le dé a los dineros que supuestamente hayan ingresado a la cuenta de recaudo.

PARÁGRAFO. La FIDUCIARIA no contrae ninguna responsabilidad por las fluctuaciones, desvalorizaciones, bajas en los valores de las inversiones, disminución de los rendimientos, modificación o pérdida de bondades o privilegios financieros por causas ajenas a su voluntad o que le hubieren sido desconocidas en su oportunidad. El riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la FIDUCIARIA, es asumido por el ENCARGANTE.

(…)



5. Poner a mí(nuestra) disposición, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mediante cheque o transferencia, según sea el caso, los recursos de dinero que haya aportado junto con sus rendimientos, previo descuento de la comisión establecida en el reglamento de Fondo Abierto "Fiducredicorp Vista" y los tributos (impuestos, tasas y contribuciones de cualquier orden territorial o administrativo) a que haya lugar; en el evento de que dicha terminación tenga lugar por no cumplirse dentro del término de duración definido en el numeral 2 de éstas INSTRUCCIONES, las CONDICIONES DE GIRO pactadas en el mismo numeral segundo. Manifiesto saber que si no me(nos) presento(presentamos) a reclamar el cheque dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación del contrato, los recursos se depositarán en un Encargo Fiduciario a mi nombre en cualquiera de las Carteras Colectivas administradas por la FIDUCIARIA. Lo mismo ocurre en el evento en que desista del negocio y no me presente a reclamar los recursos depositados.

35. Es decir, que en la carta de instrucciones solamente se manifestó que las sumas aportadas por los demandantes tendrían los rendimientos propios de un fondo de inversión y no los intereses bancarios corrientes pretendidos por los demandantes.

36. Al respecto, en sentencia reciente del Tribunal Superior de Bogotá se manifestó la improcedencia de los intereses bancarios y de la misma indexación dado que en los negocios jurídicos celebrados no había garantía alguna de rentabilidad o rendimiento. Veamos:[4]

> *Ahora bien, conforme está previsto en los contratos en cuestión (acápite de advertencias), de los recursos económicos derivados de los aportes de los partícipes no había lugar a que* ***las demandadas garantizaran alguna rentabilidad o rendimiento, de allí que no sea procedente el reconocimiento de intereses o indexación mientras los recursos estuvieron destinados para fondear el negocio fiduciario****.* (Destaco)

37. Igualmente, en sentencia de 2024 del mismo Tribunal Superior de Bogotá, se estableció que no es procedente la condena a favor de la demandan de los aportes más el interés bancario corriente debido a que en el contrato no se pactó expresamente el reconocimiento de dicho concepto.[5]

> *Ahora, si bien en la pretensión tercera de la demanda se solicitó el reconocimiento del interés bancario corriente, esto es,* ***el interés remuneratorio, se debe tener en consideración que por su naturaleza y función ellos requieren estipulación expresa entre las partes, lo que tampoco se dio****; de ahí que en ese escenario, acertó el Delegado en no reconocerlos; sólo autorizó la indexación, figura con la que se pretende mantener el valor adquisitivo de la moneda.* (Destaco)

38. En consecuencia, la apelación incoada por la parte actora esta llamada al fracaso y, por el contrario, se debe revocar la actualización monetaria a la que fue condenada la sociedad Credicorp por la ausencia de soportes legales y contractuales que dieran lugar a dicha condena, por un lado, y por ausencia de los elementos de responsabilidad de mi poderdante, por el otro.

---

[4] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 16 de diciembre de 2024, M.P. Germán Valenzuela Valbuena.
[5] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de agosto de 2024, M.P. María Patricia Cruz Miranda.

POSSE HERRERA RUIZ

III. MOTIVOS PARA REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y PROFERIR UN FALLO ABSOLUTORIO PARA CREDICORP

39. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia, por los motivos que a continuación se exponen, desarrollados, también, en la apelación y sus sustentos, la profundización de la apelación radicada, debe ser revocada porque no se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad a cargo de mi poderdante, porque mi poderdante dio cumplimiento a sus deberes legales y contractuales, y porque los motivos que dieron lugar a la parálisis del proyecto constructivo son ajenos a cargas contractuales y al marco obligacional consentidos por mi poderdante.

40. Situación que, dadas las facultades otorgadas por la Ley 1480 de 2011 a los jueces, tanto de primera como de segunda instancia, deben ser declaradas dentro del trámite del proceso y, en particular, al momento de proferir la sentencia definitiva. En este sentido, el artículo 58, en su numeral 9, establece:

> ***Artículo 58. Procedimiento.*** *Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:*
>
> *(…)*
>
> *9. Al adoptar* ***la decisión definitiva, el Juez de conocimiento*** *o la Superintendencia de Industria y Comercio* ***resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso****, con plenas facultades para fallar* ***infra, extra y ultrapetita****, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.*

41. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación procederemos a efectuar unas consideraciones de índole procesal con ocasión del trámite y de la sentencia de primera instancia proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia con el fin de que el Tribunal Superior de Bogotá, en sus funciones de juez de segunda instancia, director del proceso, revoque la sentencia de primera instancia por violación de las garantías procesales y constitucionales o tome las medidas correspondientes tendientes a garantizar el derecho de contradicción y defensa consagrado en la Constitución Política de Colombia y el Código General del Proceso.

D VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN Y A LAS GARANTÍAS MÍNIMAS PROCESALES DE MI PODERDANTE

D.1 *<u>El 23 de abril de 2024 se profirió el auto de pruebas de oficio en la que se decretaron múltiples pruebas sin establecer la finalidad de las mismas y los hechos que se pretendían demostrar y/o debatir en el proceso</u>*

42. El 23 de abril de 2024, la Superintendencia Financiera de Colombia decretó las pruebas solicitadas por las partes en sus etapas probatorias fundadas en el debate procesal planteado con la demanda. Es decir, conforme a la controversia planteada y existente con la demanda, se decretaron las pruebas aportadas y pedidas por Credicorp con su contestación de la demanda y las propias derivadas del llamamiento en garantía. Única etapa en que mi poderdante pudo plantear los medios probatorios requeridos para desvirtuar los hechos de la demanda -*los dichos de la Superintendencia Financiera nunca pudieron rebatirse pues se conocieron con la sentencia de primera instancia*-.

43. Igualmente, el 23 de abril de 2024, la Superintendencia Financiera de Colombia decretó de oficio las siguientes pruebas mencionando, únicamente, que consideraba que las mismas eran necesarias, sin indicar si eran para revisar los hechos de la demanda o de la contestación, o la propia teoría del caso de la Superintendencia Financiera -*situación que finalmente descubrimos que se estaba aplicando dada la aproximación inquisitiva que viene adoptando la Superintendencia Financiera de Colombia*-. Veamos:

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación	: 2023089527-040-000
Trámite	: 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad	: 100 100 AUTO DE TRAMITE
Expediente	: 2023-3979
Demandante	: ANDRÉS MAURICIO AGUDELO CEBALLOS
Demandados	: CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A.
Anexos	:

DE OFICIO. Conforme lo facultan los artículos 169 y 170 del CGP., se decretan **de oficio** las siguientes pruebas al considerarse necesarias.

Ahora, en atención a la calidad de las partes, su cercanía y facilidad de obtención de los elementos que se van a pedir (art. 167 ib.) se requiere **a la sociedad fiduciaria demandada en su doble condición** para que dentro del término de 20 días siguientes a la notificación de esta providencia allegue al expediente:

44. Si bien el propósito de la solicitud era escueto, la Superintendencia, para sustentar su teoría del caso, en más de 28 requerimientos consignados en 9 hojas de solicitudes probatorias, la producción de medios de prueba, creación de documentos, elaboración y producción de archivos digitales (Excel), cuadros de análisis, y remisión de documentos.

45. Se llama la atención que la Superintendencia, como si fuera una Delegatura de investigación administrativa, en lugar de pedir que se remitan los documentos

del fideicomiso optó con que Credicorp le produjera documentos, creación de cuadros de análisis, producción de certificaciones, creación de archivos en Excel que el pudiera manipular. Situación totalmente anómala que desconoce las reglas probatorias del Código General del Proceso pues, a diferencia de nuestras normas procesales, ya no se pide la entrega de copias, sino que se pide la creación de pruebas documentales, además en formatos que él, su equipo, o funcionarios de la Superintendencia, puedan manipular.

D.2 *La fijación del litigio en las audiencias del 18 al 20 de noviembre de 2024.*

46. Los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2024 se efectuó la audiencia concentrada, esto es tanto la audiencia inicial como la audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso, y en dicha sesión concentrada se fijó el litigio (*ampliando el debate procesal sin permitir aportar y solicitar pruebas respecto de estos nuevos aspectos*) y se profirió el fallo de primera instancia.

47. En dicha sesión, y sin que las partes pudieran controvertir adecuadamente los planteamientos y las pruebas de la Superintendencia Financiera (las decretadas de oficio para demostrar el propio dicho del funcionario/parte derivado de una fijación del litigio deliberadamente amplia y ambigua), ya no de la demanda, sino del juez de instancia se fijó el litigio por fuera del marco de la demanda, al desentenderse de los reproches puntuales efectuados por la parte actora y de la contestación de la demanda. Vulnerando, así, el derecho de contradicción y defensa de mi poderdante respecto de los nuevos puntos de debate traídos por el juez y la posibilidad de aportar y solicitar los medios probatorios, como un dictamen pericial, tendientes a demostrar el cumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria en esta etapa reprochadas por parte del Juez de Primera Instancia.

48. De allí que no se otorgó a las partes las oportunidades procesales para desarrollar sus derechos procesales de contradicción y defensa sobre el nuevo parámetro de estudio que se circunscribió a la siguiente valoración, al ampliar el objeto del litigio y no delimitarlo a unos incumplimientos puntuales, sin permitir la solicitud y decreto d pruebas frente a nuevos asuntos de debate, ni brindar un periodo probatorio que permitiera controvertir los reproches materia de la fijación del litigio.

49. El mismo 20 de noviembre de 2024, inmediatamente después de practicadas las pruebas y efectuados los alegatos de conclusión, sin que el Despacho hiciera un verdadero análisis alguno de los mismos, la Superintendencia Financiera indicó el sentido del fallo condenatorio a mi poderdante. Posteriormente, el 5 de diciembre de 2024 se profirió la sentencia escrita dentro del presente asunto.

50. Esta situación demuestra que, con anterioridad a las audiencias y con ocasión del decreto de las pruebas de oficio (que no indica su finalidad y propósito), o incluso previo a dicha providencia, la Superintendencia Financiera de Colombia ya tenía el sentido del fallo con base en su propia teoría del caso y las pruebas oficiosamente recaudados por dicha autoridad administrativa.

D.3 *Indebida aplicación de la Ley 1480 y de la Ley 1328 por parte de la Autoridad Administrativa con funciones jurisdiccionales e indebida aplicación de las normas procesales que implicaron una grave vulneración a los derechos constitucionales y los principios del derecho procesal*

51. Sin perjuicio de las siguientes anotaciones y reparos a la aplicación de una acción de consumidor financiero a unos demandantes que no se encuentran legitimados para ello y para aplicar las normas especiales de protección (Ley 1480 y Ley 1328), debemos advertir, en gracia de discusión, que las mismas tampoco han sido debidamente aplicadas por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia quien en el presente proceso, y, en otro tanto, que no es objeto de la actual disputa, ha venido desbordando sus roles jurisdiccionales desnaturalizando los principios de dichas disposiciones.

52. En efecto, si bien en dichas normas y estatutos de protección al consumidor se busca proteger a la parte débil de la relación de consumo, ello no implica que el juez de conocimiento de una acción de consumidor deba desconocer los principios generales del derecho y tomar un rol activo en favor del demandante y su demanda o, mejor aún, adoptar un rol propio del sistema inquisitivo en el que un juez instructor pretende demostrar su propia teoría del caso.

53. Tampoco puede emplearse el estatuto de consumidor como una herramienta en contra del empresario y productor o una disposición inquisitiva que tienda a aniquilar las relaciones de consumo o encarecer el sistema financiero para generar una exclusión de diferentes sectores, pues, reitero, lo que busca es una adecuada armonía en el mercado en el que convergen consumidor y prestador del servicio de forma que se optimicen los costos transaccionales.

54. De allí que el Juez, aunque el juez tiene la potestad de fallar en la forma más justa, pudiendo fallar infra, extra y ultra petita, ello **no implica que pueda hacerlo *nova petita*** *-el juez no puede traer asuntos nuevos o fallar por fuera del marco previsto y previsible en el proceso-*, no puede desarrollar actividades que afecten su imparcialidad y desnaturalicen su rol de juez y no autoridad administrativa en una investigación administrativa. Entre ellas, no puede ser de recibo que:

54.1. Solicite la producción y creación de documentos que le permitan a él manipular los datos, o pedir la creación de certificaciones y documentos tendientes a revisar

los puntos que él quiere tratar en su sentencia y que corresponden a su teoría del caso.

54.2. Las facultades otorgadas a los jueces en primera instancia en acciones de consumidor financiero no permiten que se vulneren los principios de imparcialidad del juez, debido proceso, derecho de contradicción.

54.3. Bajo el criterio del *extra y ultra petita* se modifique sustancialmente el alcance de la demanda hasta el punto de que los juicios de reproche y pretensiones sean creados por el juez de conocimiento (***nova petita***). Mucho menos, si ese cambio del alcance del proceso ocurre durante una audiencia concentrada (el 18, 19 y 20 de noviembre de 2024) durante la fijación del litigio o con posterioridad a ella (incluso en la sentencia escrita de primera instancia).

54.4. Bajo el criterio del *extra y ultra petita* autorizado en acciones de consumidor no se pueden vulnerar los derechos de contradicción y defensa de los demandados y, por tanto, cualquier ampliación del debate debe contar con las garantías mínimas procesales, como por ejemplo, el: (i) conocimiento de los demandados de los reproches objeto de estudio, (ii) oportunidad para controvertir los temas y aportar y solicitar medios probatorios, y (iii) tiempo para exponer los asuntos ante el Juez de Conocimiento en los alegatos de conclusión. Asuntos que no se permitieron en el presente proceso, ni en muchos otros.

54.5. El Juez no puede, sin haber efectuado las anteriores actividades, decidir pedir decenas de pruebas de oficio -*mediante un escueta providencia que no expone los asuntos que hacen necesarios dichos medios probatorios*- con el propósito de, apartándose de la demanda y la carga procesal del demandante, construir sus propios argumentos y medios de prueba para fundar su sentencia condenatoria (el juez trae su teoría del caso y busca soportarla a través de su "etapa probatoria").

54.6. Más aún si, además, decide, sin proferir el auto requerido por el artículo 167 del Código General del Proceso, invertir la carga probatoria a los demandados de probar el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales -*sin indicar que obligaciones son las que se tienen como incumplidas*-, bajo el argumento de profesionalidad de la fiduciaria.

54.7. La Superintendencia Financiera de Colombia no puede considerar que las acciones de consumidor financiero son procesos en los que el demandante no tiene cargas probatorias y, por el contrario, toda omisión documental corresponde a una falta de la fiduciaria (incluso cuando no es solicitada por la contraparte o la Delegatura).

54.8. La Superintendencia Financiera de Colombia no puede entrar a ampliar el marco de pretensiones y hechos con el propósito de entrar a generar sus propios reproches de la conducta del demandado.

54.9. Tampoco puede, por vía de inadmisión de la demanda, solicitar la exclusión de demandados para conservar la competencia (en lugar de cumplir las disposiciones legales del Código General del Proceso que ordenan la remisión del proceso al competente).

55. Ahora bien, en relación con el Código General del Proceso, aplicable a estos procesos de consumidor financiero y a la Superintendencia Financiera de Colombia, encontramos que no se están cumpliendo las disposiciones pertinentes pues, bajo la aproximación *pro consumidore*, se han ido erosionando las garantías de debido proceso, imparcialidad, cargas probatorias, los tipos de pruebas (pidiendo la creación de documentos durante el proceso), notificación y otras disposiciones. Por ejemplo:

55.1. No se está notificando en debida forma el auto admisorio de la demanda. Entre otras, porque la Superintendencia Financiera asumió dicha carga y emplea buzones propios de su rol de autoridad administrativa -apartándose de los requisitos establecidos en el artículo 57 de la Ley 1480 y las disposiciones de la Corte Constitucional (por ejemplo, la sentencia C-318 de 2023)-.

55.2. El demandante no se le exige que pruebe sus dichos y los hechos de la demanda. Desconociendo que el artículo 167 del Código General del proceso impone dicha carga salvo frente a las afirmaciones y negaciones **indefinidas** (asunto bien excepcional y que no se cumple en la demanda objeto de análisis).

55.3. A través de la prueba de oficio, la Superintendencia asume las cargas del demandante para probar su demanda, demostrar la teoría del caso de la autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, e, incluso, para ampliar el análisis en el proceso a asuntos no debatidos y ajenos a la disputa con el propósito de proferir una sentencia de condena en caso de encontrar anomalías no controvertidas.

55.4. La Superintendencia, sin informar previamente, reforma la demanda y su alcance y emite una sentencia sobre asuntos que las partes no fueron previamente informadas, ni siquiera en la fijación del objeto de litigio, y frente a las cuales no se les permitió un debido ejercicio de contradicción y defensa que le permitiera controvertir el dicho del juez de conocimiento.

55.5. Contrario a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, la Superintendencia Financiera no está requiriendo que la parte actora pruebe los

hechos de su demanda.

55.6. Contrario a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, la Superintendencia está modificando la distribución de la carga de la prueba sin informar previamente al demandado de dicha situación y sin otorgar el término procesal correspondiente para demostrar el cumplimiento de la obligación -*obligación que incluso muchas veces no es informada como parte del debate y de la cual las entidades financieras son sorprendidas en la sentencia escrita*-.

55.7. Contrario a lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, no se está requiriendo que el demandante efectúe el juramento estimatorio de la demanda.

55.8. Dentro del presente proceso y en otros, la Superintendencia no está garantizando una igualdad real de las partes (*artículo 4 del CGP*), las normas procesales han sido modificadas por parte del juez de conocimiento (*artículo 13 del CGP*), no se está garantizando el debido proceso y la legalidad de la prueba (*artículo 14 del CGP*).

55.9. Tampoco se está garantizando el cumplimiento del numeral 5 del artículo 42 de la Ley 1564: "Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto**. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia**."

55.10. El principio de congruencia, aunque sea una acción de consumidor, debe ser respetado en sus mínimos, es decir a pesar de poderse fallar extra o ultra petita no implica que el juez pueda desatender la demanda y establecer el alcance del derecho de acción del demandante.

56. Respecto del principio de congruencia, debemos señalar que, incluso, en materia de acciones populares y de grupo -*en las que también hay extra y ultra petita*- se establece que este principio debe ser respetado en algunos mínimos, pues se debe garantizar al demandado el derecho de contradicción y defensa.

57. El Consejo de Estado, por ejemplo, señaló que la sentencia puede abarcar otros asuntos siempre y cuando dichas conductas se encuentren acusadas en la misma demanda, en aras de garantizar el debido proceso, el derecho de contradicción y defensa.

> *(…) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho*

colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como trasgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa; es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso."

58. En igual sentido, la Corte Constitucional, señaló que las facultades *ultra y extra petita* tienen límites. Veamos lo dicho en la sentencia T-176 de 2016:[6]

Límites a las facultades ultra y extra petita del juez popular

28. En consonancia con el artículo 5º de la Ley 472 de 1998, el juez tiene a su cargo impulsar oficiosamente el trámite de la acción popular y velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.
Además, el artículo 34 de la misma normativa, determina que "[l]a sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible."

Del artículo 88 Superior y los artículos 5º y 34 de la Ley 472 de 1998, se deriva un sistema dispositivo distinto, propio de las acciones populares. ***Particularmente, el juez de acción popular puede proferir fallos ultra y extra petita para amparar los derechos colectivos amenazados o vulnerados****. (…)*

(…)

29. En síntesis, el trámite de la acción popular se caracteriza por regirse por un sistema dispositivo especial, ***en el que el juez goza de la facultad de proferir fallos extra y ultra petita****, de manera que: (i) si en el curso del proceso se encuentra probada una nueva circunstancia que no fue alegada por el demandante, y que configura una amenaza o vulneración de un derecho colectivo, el juez de la acción popular tiene a su cargo la obligación de protegerlo; y (ii) en ejercicio de sus facultades oficiosas, el juez constitucional puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda, siempre que resulte necesario para hacer cesar la vulneración o amenaza.*[7]

No obstante, ***este sistema no implica que las facultades del juez sean absolutas, pues éstas encuentran su límite en los derechos al debido proceso y de defensa del demandado.*** *Así pues, las determinaciones que se adopten en una acción popular están circunscritas a la causa petendi de la demanda, lo que significa que* ***el operador judicial no puede decidir con fundamento en hechos y pretensiones que no tengan relación con los que le fueron puestos en conocimiento por el actor popular****.*

[6] Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2016 de 11 de abril de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[7] *Ver sentencia T-443 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.*

(…)

34. En conclusión, el sistema dispositivo especial por el que se rigen las acciones populares, implica que el juez puede tener en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, ***siempre que se trate de la misma acción u omisión que el actor planteó como transgresora de los derechos o intereses colectivos****, puesto que la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda.*[8]" (Destaco)

59. Finalmente, en el presente proceso se ha encontrado un indebido uso de las facultades para decretar pruebas de oficio por parte de la Delegatura. Dicha actividad no puede ser ejercida con el propósito de asumir las cargas de la parte demandante o como si nos encontramos en una investigación administrativa en búsqueda de incumplimientos de la entidad vigilada.

60. Por lo tanto, debido a la indebida aplicación de las normas sustanciales y procesales, la sentencia de primera instancia debe ser revocada en su integridad y, además, es la oportunidad para que el Tribunal Superior de Bogotá revise la forma en que debe desarrollarse el proceso en la primera instancia y como se deben garantizar los derechos de contradicción y defensa de los demandados, así como los principios de imparcialidad y debido proceso. Al igual que las cargas mínimas de las partes en estos procesos de responsabilidad (acción de consumidor).

E FALTA DE REQUISITOS DE LA DEMANDA EN FORMA -FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA:

61. El presupuesto del juez de primera instancia bajo el cual considero acreditada la legitimación por activa carece de fundamento para el porcentaje mayoritario de quienes demandaron por esta cuerda procesal y, en especial, en nueve (9) casos en particular, además de acreditar un interés completamente especulativo, ni siquiera acreditaron pago de suma alguna a la fiduciaria demandada y mucho menos una relación contractual. Es más, para el caso de aquellos que se aproximaron como cesionarios, ni siquiera acreditaron la cesión de la promesa de compraventa que ya tenían suscrita sus cedentes.

62. Pero es que, además, en un caso en particular, uno de los demandantes, confesó la existencia de un hecho que cuando menos debió calificarse como irregular ya que confesó que para ayudar a su hermana, falsamente se hizo pasar por cesionario, sin acreditar pago alguno a la fiduciaria, pero con el interés de engañar al Estado y permitir que ella accediera a un subsidio de vivienda al que

[8]CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia del 9 de agosto de 2012. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Número de Radicación: 73001-23-31-000-2010-00472-01.

no tendría derecho por ese camino. ¿Existe una relación de consumo cuando existe un "eventual" hecho punible? Lo debe determinar la autoridad de instancia a la que se dirige este recurso.

E.1 *La acción de consumidor objeto de estudio requería la celebración de un contrato con una entidad financiera para tener acreditada la relación de consumo y la legitimación por activa*

63. En este punto, se debe señalar que, para una acción de consumidor financiero de estirpe contractual, tendiente a revisar el cumplimiento de obligaciones de la fiduciaria derivadas de la celebración de un negocio jurídico con Credicorp, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1480 de 2011, y las normas de responsabilidad contractual son claras en indicar que se requiere haber adquirido un producto financiero y, en particular, el que se reclama como incumplido.

64. Debemos advertir que, contrario a la tesis esgrimida por la Superintendencia Financiera en varias oportunidades, revocada en otro tanto por el Tribunal Superior de Bogotá, la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011 no pueden ser leídas en forma separada o propias de dos regímenes distintos, sino que las mismas deben ser trabajadas armónicamente y de forma complementaria. En este sentido, por ejemplo, en sentencia de 2025 se manifestó la forma en que ambas leyes deben trabajar armónicamente:[9]

> *La Corte, como desarrollo de ese argumento, explicó* ***que la noción de consumidor prevista en la Ley 1328 de 2009 es de enfoque amplio en el supuesto de un desequilibrio entre la entidad financiera como profesional y un consumidor lego o profano****, concepto luego decantado por la jurisprudencia con la inclusión de varios ingredientes, tales como* ***calificar el consumidor como un destinatario final****, que en un acto de consumo busca la satisfacción de una necesidad intrínseca,* ***no en el ámbito de una actividad económica propia****, postura que fue adoptada en el art. 5º, numeral 3º, de la Ley 1480 de 2011, esto es: la Corte fue enfática en explicar que la definición de consumidor financiero prevista en aquella ley de 2009, tendría las mismas connotaciones que posteriormente precisó el legislador con el estatuto del consumidor.*
>
> *3. El funcionario a quo si bien citó la sentencia C-909 de 2012, omitió referir aquellos apartes en los* ***cuales la Corte Constitucional hizo una lectura sistemática de la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011 en relación con la noción de consumidor y la relación de consumo****; en consecuencia, no es de recibo la tesis de la primera instancia según la cual –en este tema– no son aplicables los ingredientes normativos señalados en el estatuto de consumidor, toda vez que se iría en contravía de la interpretación contenida en la referida sentencia de constitucionalidad.*
>
> *4. Conforme a lo expuesto****, correspondía a la parte actora demostrar que el negocio fiduciario por el cual fundamentó sus pretensiones, no estaba ligado a su actividad económica propia para poder surtir la controversia en el marco de la acción de protección al consumidor****, en la medida en que el art. 5º, numeral 3º, de la*

[9] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 22 de enero de 2025, M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

Ley 1480 de 2011 precisó que consumidor es toda ***"persona natural*** *o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario".*

5. Al respecto, como lo reconoció la sociedad demandante en el escrito por el cual descorrió el traslado de la apelación, ***en la demanda reformada nunca se invocó expresamente la acción de protección al consumidor, sino más bien la acción de responsabilidad contractual en contra de Alianza Fiduciaria****, circunstancia esta que incide en la competencia restringida de la superintendencia, limitada de modo exclusivo a las controversias surgidas del consumo entre clientes y/o usuarios y las entidades financieras,* ***sin que haya lugar a ampliarse el espectro para abarcar la solución de todo litigio emanado de cualquier relacionamiento, lo cual desquiciaría las reglas de atribución de competencia,*** *cruciales en la materialización del derecho fundamental a un debido proceso, con mayor razón si se tiene en cuenta que sobrevinieron vinculados y llamados en garantía de quienes eventualmente pudiera examinarse su responsabilidad en dicho negocio fiduciario.* (Destaco)

65. Es decir, para un análisis propio de una relación contractual, el Tribunal consideró que se debía estar frente a un cliente o un usuario del sistema, no un cliente potencial. Los artículos 1 y 2 de la Ley 1328 de 2009 establece el alcance de los conceptos Cliente, consumidor financiero, queja o reclamo. Elementos requeridos para el inicio de una acción de consumidor financiero bajo la Ley 1480 de 2011. Veamos:

65.1. Artículos 1 y 2 de la Ley 1328:

Artículo 1°. *Objeto y ámbito de aplicación. El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las* ***relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera*** *de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección.*

Para los efectos del presente Título, se incluye dentro del concepto de consumidor financiero, toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores.

Artículo 2°. *Definiciones. Para los efectos del presente régimen, se consagran las siguientes definiciones:*

a) ***Cliente:*** *Es la* ***persona*** *natural o jurídica* ***con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual****, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.*

b) ***Usuario:*** *Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada.*

c) ***Cliente Potencial:*** *Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.*

d) ***Consumidor financiero:*** *Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.*

e) ***Productos y servicios:*** *Se entiende por productos las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros.*

f) ***Contratos de adhesión:*** *Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.*

g) ***Queja o reclamo:*** *Es la manifestación de inconformidad expresada por un consumidor financiero* ***respecto de un producto o servicio adquirido****, ofrecido o prestado por una entidad vigilada y puesta en conocimiento de esta, del defensor del consumidor financiero, de la Superintendencia Financiera de Colombia o de las demás instituciones competentes, según corresponda.*

h) ***Entidades vigiladas:*** *Son las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.*

65.2. El artículo 5 de la Ley 1480 establece: "3. **Consumidor** o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como **destinatario final**, **adquiera,** disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de **una necesidad propia, privada**, familiar o doméstica y empresarial **cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica**. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario." (Destaco)

65.3. Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1480 establece que la Superintendencia Financiera solamente tiene competencia para conocer de controversias contractuales.

Artículo 57. *Atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia. En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.*

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

La Superintendencia Financiera de Colombia no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter

ejecutivo. Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral.

Los asuntos a los que se refiere el presente artículo se tramitarán por el procedimiento al que se refiere el artículo 58 de la presente ley.

Parágrafo. Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y autonomía en el ejercicio de dichas competencias, la Superintendencia Financiera de Colombia ajustará su estructura a efectos de garantizar que el área encargada de asumir las funciones jurisdiccionales asignadas por la presente ley cuente con la debida independencia frente a las demás áreas encargadas del ejercicio de las funciones de supervisión e instrucción.

65.4. Limitación a controversias contractuales, también, consagradas en igual sentido en el artículo 24 del Código General del proceso.

66. En esta medida, resulta claro que, frente al caso que nos ocupa, los demandantes debían acreditar la celebración de negocios jurídicos con Credicorp o, en otras palabras, haber "adquirido" el producto financiero objeto de debate judicial. Situación que no ocurrió en el presente caso frente a varios de los demandantes quienes **no se encontrarían legitimados por activa para incoar la presente acción de consumidor financiero**, entre otras en los siguientes casos que no suscribieron documento alguno pues su relación contractual se deriva de una cesión de un negocio jurídico que ya no existía: (1) Andrés Mauricio Agudelo Ceballos, (2) Carolina Gaviria Jiménez, (3) Mónica María Vásquez Gutiérrez, (4) Liliana Mercedes Cifuentes Bolívar, (5) Paula Marcela Medina Tabares, y (6) Santiago Hernán Ospina Salazar.

CESIONARIO	FECHA CESION
ANDRES MAURICIO AGUDELO CEBALLOS	19 noviembre de 2020
CAROLINA GAVIRIA JIMENEZ	30 de abril de 2020
MONICA MARIA VASQUEZ GUTIERREZ	10 de Agosto de 2018
LILIANA MERCEDES CIFUENTES BOLIVAR	13 Julio de 2021
PAULA MARCELA MEDINA TABARES	09 Noviembre de 2022
SANTIAGO HERNAN OSPINA SALAZAR	22 de Abril de 2022

E.2 *<u>En todo caso, los demandantes tenían obligaciones a su cargo que no fueron valoradas por la Superintendencia Financiera y, en especial, respecto de los cesionarios que no obraron de buena fe o que son profesionales (asunto desarrollado a continuación)</u>*

67. Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en que se consideren que estos terceros que no tienen relación contractual con la fiduciaria son consumidores financieros, se debe indicar que, contrario a lo afirmado por la Superintendencia Financiera de Colombia, los consumidores tienen deberes, entre otras, los establecidos en la Ley 1480 de 2011 y las obligaciones propias de nuestro ordenamiento jurídico y las cargas mínimas de autoprotección, leer sus documentos, los deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe, entre otras. Por ejemplo, la Ley 1480 establece, en su artículo 3, la siguiente carga de

los consumidores:

"*2. Deberes.*

2.1. Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.

2.2. Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.

2.3. Cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos." (Destaco)

68. En forma concomitante, la Ley 1328 estableció el parámetro de conducta que debería tener un consumidor financiero, bajo la figura de buenas prácticas, que acreditan los mínimos de diligencia a su cargo:

Artículo 6°. *Prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros. Las siguientes constituyen buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros:*

a) Cerciorarse si la entidad con la cual desean contratar o utilizar los productos o servicios se encuentre autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas.

c) Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.

d) Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.

e) Informarse sobre los órganos y medios de que dispone la entidad para presentar peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.

f) Obtener una respuesta oportuna a cada solicitud de producto o servicio.

Parágrafo 1°*. El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas y las autoridades competentes. De igual manera, no exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros.*

Parágrafo 2°*. Los consumidores financieros tendrán el deber de suministrar información cierta, suficiente y oportuna a las entidades vigiladas y a las autoridades competentes en los eventos en que estas lo soliciten para el debido cumplimiento de sus deberes y de actualizar los datos que así lo requieran. Del mismo modo, informarán a la*

Superintendencia Financiera de Colombia y a las demás autoridades competentes sobre las entidades que suministran productos o servicios financieros sin estar legalmente autorizadas para ello.

69. Dichos parámetros de conducta son elementos mínimos de valoración en un proceso de responsabilidad contractual propio estudiado en una acción de consumidor financiero adelantada, en primera instancia, ante la Superintendencia Financiera de Colombia y que debe ser objeto de estudio por parte del H. Tribunal.

F INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE CONSUMO CON CIERTOS DEMANDANTES - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL

70. Motivo de inconformidad corresponde a la forma en que el juez de primera instancia, en su afán por ofrecer a los demandantes un conjunto de garantías muy superiores, y omitir las cargas contractuales y procesales a su cargo, a las que ocurrirán frente a controversias contractuales privadas como las presentes, decide tramitar el proceso como una acción de consumidor financiero bajo la, improcedente y revocada tesis, de que existiendo norma especial, como lo es la ley 1328 de 2009 (Consumidor Financiero), no es aplicable las disposiciones de la Ley 1480 de 2011(Estatuto del Consumidor) y, en consecuencia, dado que no aplica el concepto de consumidor final los inversionistas demandantes son consumidores financieros.

71. Es decir, la Superintendencia Financiera de Colombia, apartándose de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y los recientes fallos del Tribunal Superior de Bogotá, decidió establecer -*parodiando la tesis del Tribunal Superior de Bogotá y las altas cortes*- que debía aplicarse exclusivamente la Ley 1328 en relación con el alcance del consumidor y la legitimación por actica.

72. Lo anterior, sin considerar lo que la propia sentencia de la Corte Constitucional citada en la misma sentencia -la Superintendencia Financiera de Colombia en varias oportunidades cita parcial o en forma descontextualizada las providencias judiciales-, que establece a nivel jurisprudencial las mismas limitaciones plasmadas en la Ley 1480 y, de allí, que nuestro honorable Tribunal Superior de Bogotá, al reformar y revocar providencias de la Superintendencia Financiera de Colombia, corrigió el desafuero de dicha entidad y limitó el concepto de consumidor financiero a las personas que no adquieren esos productos financieros para desarrollar sus actividades empresariales o mercantiles.

73. En efecto, en materia de consumidor financiero, además de la Ley 1328 de 2009, la valoración de la existencia de una relación de consumo y la presencia de un

consumidor debe hacerse en forma conjunta con la Ley 1480 de 2011, en particular el artículo 5 de dicho cuerpo normativo.

74. El artículo 5 de la Ley 1480 establece: "3. **Consumidor** o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como **destinatario final**, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de **una necesidad propia, privada**, familiar o doméstica y empresarial **cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica**. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario." (Destaco)

75. En relación con la relación de consumo respecto de empresarios y actividades relacionadas con su actividad económica, encontramos que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2015 señaló:[10]

> *"De cara a los argumentos planteados por la persona jurídica inconforme, se advierte que la decisión reprochada por aquélla y la cual determina la competencia de esta Colegiatura para conocer del presente asunto es la sentencia del 11 de junio de 2015, por medio de la cual la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.* ***desestimó la acción de protección al consumidor financiero que la aquí accionante elevó en contra del Banco BBVA S.A. después de precisar que el acuerdo de voluntades que fungió entre las partes no supone una relación de consumo****; pues a su juicio, tal conclusión se derivó de que la Corporación convocada acudió al concepto de consumidor previsto en la Ley 1480 de 2011 y no al determinado en la Ley 1329 de 2009, a pesar de que para el caso en particular sólo resultaba aplicable la última de tales disposiciones por ser una norma de carácter especial.*
>
> *En efecto, la citada Sala Civil señaló en la audiencia celebrada el 11 de junio de 2015, que como la acción de protección al consumidor fue desarrollada en aras de proteger a tales sujetos de los desequilibrios que pudieran surgir en las relaciones que entablan con quienes ofrecen los bienes y servicios que requieren para satisfacer sus necesidades, dicho mecanismo sólo puede ser adelantado por quien ostente tal calidad de conformidad con el artículo 5º de la Ley 1480 de 2011 (…).*
>
> *(…)*
>
> *4. Es este orden de ideas, advierte esta Corte que la labor desplegada por la autoridad judicial acusada consistió en hacer extensiva la acción de protección al consumidor en general prevista en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 a los consumidores financieros a los cuales hace referencia el artículo 2º de la ley 1328 de 2009, sin perder de vista que en ambos casos es imposible soslayar la existencia de una relación de consumo entre las partes, esto es, aquélla que se encuentra encaminada a satisfacer una necesidad particular y desligada de la actividad económica de quien hace uso del instrumento procesal (…)"*

76. En este punto, en fallos recientes se ha estudiado que el consumidor financiero no tiene una noción más amplia que la establecida en la Ley 1480 de 2011, en atención, entre otras, a lo estipulado expresamente por la propia Corte

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de agosto de 2015.

Constitucional en sentencia C-909 de 2012. Veamos:

76.1. El Tribunal Superior de Bogotá, en relación con el uso de la acción de protección al consumidor financiero por parte de quien no tiene la calidad de consumidor:

> *"Y es que **Tampoco resulta ecuánime que quien carezca de esa condición especial, pretenda aprovecharse de las ventajas que el orden jurídico**, en particular, la Ley 1480 de 2011, ha querido instituir a favor de ese sujeto regularmente indefenso, recordándose un listado de varios derechos tendientes a una protección, como información, garantías, indemnidad; interpretación más favorable de las normas y de los contratos; adecuadas cláusulas generales de contratación en los negocios de adhesión; sin obligación de permanencia mínima; prohibición de estipulaciones que generen desequilibrio o abusivas y su ineficiencia de pleno derecho; posibilidad de retracto; **acciones especiales de protección** […]"*[11]

76.2. El Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 9 de junio de 2023:[12]

> *"Y es que **Tampoco resulta ecuánime que quien carezca de esa condición especial, pretenda aprovecharse de las ventajas que el orden jurídico**, en particular, la Ley 1480 de 2011, ha querido instituir a favor de ese sujeto regularmente **indefenso**, recordándose un listado de varios derechos tendientes a una protección, como información, garantías, indemnidad; interpretación más favorable de las normas y de los contratos; adecuadas cláusulas generales de contratación en los negocios de adhesión; sin obligación de permanencia mínima; prohibición de estipulaciones que generen desequilibrio o abusivas y su ineficiencia de pleno derecho; posibilidad de retracto; **acciones especiales de protección** […].*
>
> *Acorde con ese dispositivo jurídico**, la demandante no tiene la calidad de consumidora, dado que las relaciones fácticas esgrimidas no permiten evidenciar en forma alguna, que ella hubiese actuado como usuaria final,** en el negocio jurídico contenido en el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Lote Tunja y sus modificaciones, con independencia de la naturaleza de ese acto, pues del relato de los hechos tampoco es factible admitir que en virtud de la negociación que aquí se discute, pudieron vulnerarse los derechos de las personas a quienes se les pueda dotar de la condición en comento, dada la situación expuesta en el escrito genitor.*
>
> *Por el contrario, **difiere de lo que ha reconocido la doctrina cuando se ha encargado de tratar las relaciones de consumo en el ámbito inmobiliario**, al sostenerse que "(…) debe entenderse por consumidor inmobiliario a la persona natural o jurídica que, **como destinatario final,** adquiere, disfruta o utiliza un bien inmueble destinado a vivienda para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica (…)".*
>
> ***Justamente, la actora aspiraba en conjunto con su contendiente, adelantar un plan inmobiliario sobre un predio de su propiedad,** en los términos fijados en el*

[11] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 9 de junio de 2023 proferida dentro del proceso verbal de protección al consumidor de María Teresa Cely contra Alianza Fiduciaria S.A., M.P. Aída Victoria Lozano Rico.

[12] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 9 de junio de 2023 proferida dentro del proceso verbal de protección al consumidor de María Teresa Cely contra Alianza Fiduciaria S.A., M.P. Aída Victoria Lozano Rico, y M. Clara Inés Marquez Bulla, y Luz Stella Agray Vargas.

contrato de fiducia y sus posteriores otrosíes, quedando establecido en el parágrafo de la cláusula quinta, que "el objeto del fideicomiso podrá ser adaptado para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, el cual se ha de regir por lo establecido en FIDEICOMISO AVIUM TUNJA administrado por ALIANZA".

Sin embargo, ***en esa etapa de formación del convenio, ni en la futura de la ejecución del mismo, podría alcanzar la categoría de consumidora****, dado que el propósito de la negociación no permitía disponer de las unidades inmobiliarias* ***"para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial", que no "esté ligada intrínsecamente a su actividad económica****", pues al fin de cuentas lo que recibiría la actora es el pago del precio fijado por el terreno que se destinaría para el proyecto y, unos porcentajes adicionales siempre que se escrituraran cierto número de apartamentos que harían parte del programa a desarrollar,* ***pero no beneficiarse del uso de alguno de ellos para solventar una necesidad, como se citó, de ahí que el buen suceso contractual conllevaría a lucrarse económicamente del inmueble que aportó al fideicomiso****."* (Destaco)

76.3. El Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 4 de septiembre de 2024:[13]

"*Desde ahora se advierte que se revocará la sentencia refutada para acoger la excepción de fondo denominada ausencia de relación de consumo* ***por el carácter profesional de los constructores Clavijo, propuesta oportunamente por Alianza Fiduciaria, y reiterada expresamente en los reparos concretos y en la sustentación del recurso de apelación****, fundada en que* ***los demandantes son inversionistas en materia inmobiliaria y constructores profesionales, y que, en consecuencia, no pueden ser considerados como unos consumidores que se encuentran en una posición desigual que amerite la protección del estatuto del consumidor.***

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

(…)

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

[13] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 4 de septiembre de 2024 proferida dentro del proceso verbal de protección al consumidor de Ugo Manuel Clavijo Baquero y otros contra Alianza Fiduciaria S.A., M.P. Iván Darío Zuluaga Cardona, y M. Óscar Fernando Yaya Peña y Manuel Alfonso Zamudio Mora.

el artículo 58 de la Ley 1480 precisa que dicho precepto se aplica a los procesos especiales de protección al consumidor.

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

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

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

(…)

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

77. Además de lo anterior, y como nos lo recordó el propio Tribunal Superior de Bogotá, la misma Corte Constitucional (*sentencia C-909 de 2012*) limitó el alcance y aplicación de las normas de consumidor, en especial de consumidor financiero, a aquellos sujetos que en realidad adquirieran dicho servicio financiero para la satisfacción de una necesidad propia **y no en ejecución de su actividad económica** propia, esto es que dicha actividad empresarial no estuviera ligada intrínsecamente a su actividad económica.

78. Veamos lo señalado por la Corte Constitucional -de la que el Tribunal Superior de Bogotá nos recordó en fallo de 4 de septiembre de 2024 (arriba citado) que era de obligatorio cumplimiento para todos los operadores judiciales- en relación con la expresión "todo" del literal D del artículo segundo de la Ley 1328:[14]

[14] Corte Constitucional, sentencia C-909 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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

79. Y en la misma sentencia se establece que:

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

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

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

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

(…)

7.3. En esta medida, la Ley 1328 de 2009, "Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones", al ***consagrar la***

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

80. Y, en forma más reciente, encontramos que el 22 de enero de 2025, el Tribunal Superior de Bogotá, manifestó en materia de consumidor financiero que dicho estatuto no era aplicable respecto de personas inversionistas en materia inmobiliaria: [15]

> *De entrada se advierte que la respuesta a esos cuestionamientos consiste en que se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar acoger la excepción de fondo formulada por Alianza Fiduciaria S.A. y la llamada en garantía La Previsora S.A.,* ***alusiva a la ausencia de relación de consumo, en la medida en que la sociedad demandante tiene por objeto social la actividad inversionista en materia inmobiliaria y de construcción****, de allí que no se encuentre en una posición de desigualdad ante la demandada que amerite su protección mediante el estatuto del consumidor.*

81. En efecto, la Superintendencia Financiera de Colombia, sin entrar a analizar las pruebas obrantes en el expediente se limitó a desconocer las providencias de sus superiores jerárquicos en materia de consumidor financiero e, insistir -*ridiculizando las sentencias*-, en que los inversionistas inmobiliarios son consumidores financieros.

82. En todo caso, los siguientes demandantes tienen la calidad de inversionistas en materia inmobiliaria, así se acreditó en el proceso a través de diferentes medios probatorios como a continuación paso a desarrollar:

82.1. <u>Los demandantes son inversionistas profesionales en vivienda e, incluso, adquirieron varias unidades de este proyecto</u>: cómo se observa en los certificados aportados con la contestación de la demanda, los siguientes demandantes son profesionales inversionistas:

[15] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 22 de enero de 2025, M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

ENCARGANTE/CESIONARIO	OTRAS UNIDADES EN ANDALUCIA	OTROS INMUEBLES EN COLOMBIA
NATALIA CARVAJAL MORALES		4
MONICA MARIA VASQUEZ GUTIERREZ	4	3
CARLOS EDUARDO VASQUEZ GUTIERREZ		3
LILIANA MERCEDES CIFUENTES BOLIVAR		1
PAULA MARCELA MEDINA TABARES		1
JUAN DIEGO ORTIZ ROLDAN	3	11
CAROLINA GAVIRIA JIMENEZ	2	

82.1.1. Específicamente, los demandantes **Natalia Carvajal Morales y Carlos Eduardo Vásquez Gutiérrez** ni siquiera residen en Colombia. Como reconocieron en el interrogatorio surtido en la audiencia de primera instancia, la señora Carvajal tiene como domicilio principal la ciudad de Tárrega en el Reino de España, desde abril de 2018, y el señor Vásquez el estado de California en los Estados Unidos de América, desde hace más de 40 años.

82.1.2. Por otro lado, **Carolina Gaviria** respondió negativamente a la pregunta formulada sobre su intención de utilizar el inmueble que pretendía adquirir para fines habitacionales, dando por entendido que lo requería para propósitos ajenos a su uso personal.

82.1.3. Respecto de **Juan Diego Ortiz Roldán**, quien ya había adquirido dos inmuebles en el proyecto, afirmó en el interrogatorio surtido que la fecha de entrega le era irrelevante pues únicamente había suscrito el encargo para fines de inversión. Veamos la transcripción de la audiencia:

*"**Juez de instancia:** ¿Ósea usted ya tenía dos apartamentos?*

***Juan Diego Ortiz Roldá:** Sí y me los entregaron.*

(…)

***Juez de instancia:** ¿Le mencionaron para qué fecha o qué período estaba próximo a entregar este apartamento?*

***Juan Diego Ortiz Roldá:** No, no pregunté. Por la confianza que tuve de los otros apartamentos no pregunté para cuando me lo iban a entregar. Igual **yo era para inversión** entonces obviamente no pregunté eso (…)".*

82.1.4. Ahora, la señora **Mónica Vásquez Gutiérrez** aceptó durante la audiencia que había adquirido dos apartamentos a su nombre, uno al de su hija (que admitió administra y tiene arrendado, pues vive fuera del país) y otro a nombre de su hermano para tener "estabilidad económica", denotando que no tenía interés en habitar la totalidad de los inmuebles adquiridos en el Proyecto.

82.1.5. La demandante **Liliana Cifuentes**, a su vez, no sólo reconoce al inicio de su interrogatorio que fue propietaria de múltiples inmuebles, incluyendo oficinas, que estaban destinados a la renta, sino también aceptó que su participación en el Proyecto Obras de Andalucía tenía propósitos de inversión. Veamos:

> *"**Abogado de la sociedad demandada:** ¿Usted iba a vivir en esa unidad o la adquirió para renta?*
>
> *(…)*
>
> ***Liliana Cifuentes:** Yo lo adquirí como **inversión** pensando en el futuro de mis hijas".*

82.1.6. Por último, mismo razonamiento expresó la demandante **Paula Marcela Medina**, a quién se le preguntó en la audiencia de primera instancia si era consciente de que estaba adquiriendo una Vivienda de Interés Social, a lo que contestó:

> *"**Paula Marcela Medina:** Sí señor claro. Yo tenía todo el conocimiento. Como lo dije anteriormente, mi objetivo era que este proyecto apenas me lo entregaran yo lo alquilaba, recogía como un tiempo que se empezara como a valorizar **y yo lo pudiera vender**. Como supuestamente, entre comillas, **yo había hecho un negocio estupendo de 104 millones, entonces mis cálculos era me entregan, lo vendo más o menos en 130, 140 más o menos**, y ahí ya puedo ir a buscar cómo me meto en un apartamento ya construido"*

82.2. Registrados como comerciantes: (1) Carolina Gaviria Jiménez, (2) Fredy Alonso Cuartas Gómez, y (3) Andrés Mauricio Agudelo Ceballos.

82.2.1. De particular relevancia para el presente proceso es la calidad de comerciante que ostenta el señor **Juan Diego Ortiz Roldán** de acuerdo con su registro en Cámara de Comercio. En efecto, y como bien lo confirma el demandante en el interrogatorio de parte, aparece registrado como "**rentista de capital**".

82.2.2. Así, su vinculación al Proyecto Inmobiliario Obras de Andalucía tenía como objetivo arrendar los inmuebles adquiridos por él, como lo ha venido realizando con otros de los 11 bienes de esta especie registrados a su nombre.

83. En este sentido, haciendo alusión a la normativa y jurisprudencia anteriormente citadas, los mencionados demandantes no pueden ser reputados como consumidores financieros en el marco del Proyecto *sub examine.*

84. Efectivamente, son inversionistas que decidieron suscribir los respectivos encargos fiduciarios no para "satisfacer una necesidad propia" y ser los consumidores finales de los bienes que adquirían.

85. Al contrario, lo que buscaban era obtener una renta derivada de su arriendo o

una capitalización de la valorización de los inmuebles del Proyecto, precluyendo cualquier posibilidad de que bajo la normativa vigente y la jurisprudencia de las Altas Cortes y Tribunales Superiores puedan ser considerados consumidores financieros.

86. Estas personas, mencionadas anteriormente y que en el párrafo siguiente se enumeran, no eran adquirentes de vivienda de interés social de buena fe pues, dichas viviendas y el subsidio inherente a estos proyectos, no eran destinados para inversionistas o adquirentes de ingresos medios. Por el contrario, las viviendas de interés social se encuentran destinadas a ser una solución de vivienda para las **familias de ingresos bajos o medios como una solución de su vivienda para las personas que no tienen los recursos para acudir al mercado convencional**[16].

87. Así pues, las pretensiones económicas de los siguientes inversionistas y demandantes deben ser revocadas: (1) Andrés Mauricio Agudelo Ceballos, (2) Carlos Eduardo Vázquez Gutiérrez, (3) Carolina Gaviria Jiménez, (4) Juan Diego Ortiz Roldán, (5) Liliana Mercedes Cifuentes Bolívar, (6) Mónica María Vázquez Gutiérrez, (7) Natalia Carvajal Morales, (8) Paula Marcela Medina, y (9) Fredy Alonso Cuartas Gómez.

G CONFUSA CALIFICACIÓN SOBRE EL PRODUCTO O TIPO DE CONTRATO FIDUCIARIO DEL QUE SE DEBE OCUPAR EL PROCESO: LA SUPERINTENDENCIA APLICÓ

88. La sentencia es errática y confusa dado que presenta par su sustentación una mezcla de consideraciones relacionadas con distintos tipos de contratos de fiducia de administración inmobiliaria, para los cuales (con fines de supervisión), la Superintendencia Financiera de Colombia se ha ocupado de señalar sus propias características, clases y además exigencias respecto del actuar fiduciario. Particularidades que se derivan de la misma naturaleza y frente a las cuales se requieren unos análisis especiales derivados de la propia forma en que operan cada uno de esos negocios fiduciarios.

89. En efecto, en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera encontramos que el supervisor, solamente para fines de su actividad de supervisión, introdujo algunas tipologías de negocios fiduciarios y de ellos quiso establecer algunas particularidades del servicio fiduciario, abrió un concepto de fiducia inmobiliaria y de ella se ocupó de precisar que particularidades del servicio que la fiduciaria presta para cada una de las etapas:

[16] Tomado de: ¿Qué es la vivienda VIS y cómo puedes acceder a este subsidio?

89.1. *Preventas*: tiene ocurrencia mientras se cuenta con la radicación de permiso de ventas, después que el constructor tiene el permiso del estado para comercializar viviendas está facultado para recibir directamente recursos y el esquema fiduciario cumple otra finalidad, que corresponde a definir la forma de administración y canalización de recursos destinados a un proceso constructivo completamente a cargo del Fideicomitente Constructor;

89.2. Contrato de administración inmobiliaria; y,

89.3. Contrato fiduciario en el que se emiten y comercializan participaciones inmobiliarias: producto fiduciario asociado a la circulación de las participaciones fiduciarias como mecanismo para acceder al proyecto.

90. En verdad, en la sentencia de diciembre, la Superintendencia Financiera de Colombia transita por todas estas tipologías para revisar el comportamiento de la fiduciaria en la administración del Fideicomiso Obrasdé Andalucía, sin distinguir que cada una de ellas tiene su propias instrucciones y regulación; pero, además, que lo que describió como supuestas omisiones o actos de falta de diligencia del fiduciario, en realidad corresponden, por ejemplo, a negocios fiduciarios de otro orden, como lo son la comercialización de participaciones fiduciarias, esquema fiduciario sustancialmente diferente al fideicomiso inmobiliario propiamente dicho, inclusive de aquél que se ha denominado preventas.

91. Dicho esquema de participaciones fiduciarias y su regulación, valga anotar, fue introducido en el año 2016 mediante la Circular n.° 024 que modificó la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera y que, además, corresponde a ajustes, que no son aplicables al negocio jurídico objeto de debate, por un lado, y a la creación de una nueva parametrización de negocio fiduciario como lo es el de participaciones fiduciarias que tiene unos alcances, objetivos y finalidades distintos al de fiducia inmobiliaria. Disposiciones que, tanto por la aplicación de la ley en el tiempo como por la especialidad, no son aplicables al caso que nos ocupan pero que fueron indebidamente empleadas por el juez de primera instancia.

92. Por ejemplo, en cuanto a la capacidad del fideicomitente para asumir las obligaciones financieras del fideicomiso derivadas del crédito constructor no observó que las mismas correspondían a modelos de participación fiduciaria que, entre otras, se pone dicha exigencia en atención a que los partícipes adquieren derechos fiduciarios y no se escrituran unidades inmobiliarias a dichos terceros. Situación que conlleva a que no ingresaran al final de la construcción el último pago de esos participes derivados del crédito hipotecario o leasing inmobiliario,

como si ocurre en los fideicomisos inmobiliarios como lo es el Fideicomiso Obrasde Andalucía. Veamos su errado análisis:

92.1. En la página 44, por ejemplo, se exige que, en materia de crédito constructor se analicen los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones. Disposición que solo se encuentra prevista para fideicomisos de participaciones fiduciarias:

> Al pasar a los créditos constructores, tampoco se allegó estudio por parte de la sociedad fiduciaria del servicio de la deuda, el estado de liquidez del fideicomitente para asumir este pago y el pedir las suficientes garantías de pago ante lo previsible, una mora, carga de diligencia que le competía pues no solamente con ocasión a estos préstamos resultaba el PA ser el obligado principal sino el único garante real de la deuda con los terrenos aportados para el desarrollo constructivo.
>
> Y es que tampoco se allegó al plenario, para dicha fecha el debido estudio para establecer de dónde saldrían los recursos al servicio de la deuda, esto dado que conforme lo señala la Circular 024 de 2016, indicó "*…Instrucciones en materia de negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria y rendición de cuentas.*", y exigía que "*(…) 3.4.7.3.4.* ***Si se prevé la adquisición de crédito para la financiación del proyecto, los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones****.*", (resaltados ajenos).
>
> Análisis precisamente que, entre otras cuestiones, daría a lugar a establecer la real solvencia del fideicomitente para cuando se tuvo por concretado el giro de recursos y establecer medidas tendientes a que el objeto del contrato no se viera afectado con esta financiación posterior, empero se encuentra de los relatos en interrogatorios lo contrario, esto es, dos créditos impagos, una ausencia total de liquidez, ningún análisis llevado a cabo a este propósito, una obligación con cargo al fideicomiso, una garantía real con cargo al fideicomiso, que los dineros entregados por los vinculado (beneficiarios de las unidades) que debían ser destinados a la construcción terminaron hasta donde alcanzó el recurso, sufragando estos créditos, ofrecimientos de acuerdos de pagos con los bancos por vía de entrega de área como dación, y por ende, un descalce al mismo proyecto al tener que entregar unidades que no estaban previstas para este empréstito sino que servían para la venta y comercialización del proyecto con obtención de fuente liquida.

H INDEBIDA APLICACIÓN DE LA NORMA SUSTANCIAL

93. Además de las imprecisiones técnicas que trae la decisión respecto de la tipología de productos fiduciarios, la sentencia realiza una mezcolanza de disposiciones regulatorias, que las mismas entraron en vigor legal en épocas distintas, siendo de aplicación para el caso que nos ocupa, en cuanto a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, la **Circular Externa 046 de 2008 y no la Circular externa 024 de 2016**, la que entró en vigencia para el mes de marzo de 2017. Veamos:

93.1. Circular externa n.° 056 de 29 de diciembre de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia:

Referencia: Entrada en vigencia de las instrucciones impartidas en la Circular Externa 024 de 2016, respecto de la Rendición de Cuentas e Informes Periódicos correspondiente al Numeral 6 Capítulo I Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica.

Apreciados señores:

Con el fin de que las modificaciones a la rendición de cuentas e informes periódicos incorporadas mediante la Circular Externa 024 de 2016 sean adecuadamente implementadas por la Sociedades Fiduciarias, esta Superintendencia, en uso de sus facultades legales y en particular las consignadas en el numeral 9 del artículo 11.2.1.4.2, considera necesario ajustar la entrada en vigencia de las modificaciones establecidas en la instrucción Tercera de la citada circular externa hasta el 31 de marzo de 2017.

La presente circular rige a partir de su publicación.

Cordialmente,

GERARDO HERNÁNDEZ CORREA
Superintendente Financiero de Colombia

94. Mencionar a manera de ejemplo simplemente las siguientes citas que presenta la sentencia, ilustran este motivo de inconformidad, pero es que además en tales indicaciones normativas que no corresponden a la norma que debe regir el análisis del presente caso, con ellas determinó que mi representada incumplió su deber de diligencia. Veamos:

94.1. Señala en la página 34 primer párrafo primero que se debe obtener la suficiencia de las fuentes de financiación del proyecto, cuando dicha suficiencia de las fuentes de financiación no se encuentra establecidos en las normas y jurisprudencia aplicables al momento de constitución del contrato de fiducia y de las mismas acreditaciones de las condiciones de giro.

De la debida diligencia en la constitución del negocio fiduciario.

Ya por establecido se tiene, sea por fuente legal ora por la jurisprudencial respecto de las sentencias ya atrás citadas, que la sociedad fiduciaria, previo a comprometer su responsabilidad tiene que llevar a cabo acciones tendientes a establecer el alcance del negocio fiduciario a celebrar, así como aquél que le impone aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como:

(i) que la adquisición del terreno donde se habrá de desarrollar el proyecto y que su tradición no ofrezca problemas de orden legal.

(ii) Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
(iii) Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.
(iv) que haya solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera del constructor o promotor, según la magnitud de la labor.
(v) que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.
Y, (vi) que se obtenga la suficiencia de las fuentes de financiación para cumplir el proyecto.

94.2. Y, se reitera que en la página 44, tercer párrafo, se establecen unas disposiciones aplicables a la fiducia de participaciones fiduciarias y que fue incorporada con posterioridad a la celebración del contrato de fiducia:

> Al pasar a los créditos constructores, tampoco se allegó estudio por parte de la sociedad fiduciaria del servicio de la deuda, el estado de liquidez del fideicomitente para asumir este pago y el pedir las suficientes garantías de pago ante lo previsible, una mora, carga de diligencia que le competía pues no solamente con ocasión a estos préstamos resultaba el PA ser el obligado principal sino el único garante real de la deuda con los terrenos aportados para el desarrollo constructivo.
>
> Y es que tampoco se allegó al plenario, para dicha fecha el debido estudio para establecer de dónde saldrían los recursos al servicio de la deuda, esto dado que conforme lo señala la Circular 024 de 2016, indicó "*…Instrucciones en materia de negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria y rendición de cuentas.*", y exigía que "*(…) 3.4.7.3.4.* ***Si se prevé la adquisición de crédito para la financiación del proyecto, los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones.***", (resaltados ajenos).
>
> Análisis precisamente que, entre otras cuestiones, daría a lugar a establecer la real solvencia del fideicomitente para cuando se tuvo por concretado el giro de recursos y establecer medidas tendientes a que el objeto del contrato no se viera afectado con esta financiación posterior, empero se encuentra de los relatos en interrogatorios lo contrario, esto es, dos créditos impagos, una ausencia total de liquidez, ningún análisis llevado a cabo a este propósito, una obligación con cargo al fideicomiso, una garantía real con cargo al fideicomiso, que los dineros entregados por los vinculado (beneficiarios de las unidades) que debían ser destinados a la construcción terminaron hasta donde alcanzó el recurso, sufragando estos créditos, ofrecimientos de acuerdos de pagos con los bancos por vía de entrega de área como dación, y por ende, un descalce al mismo proyecto al tener que entregar unidades que no estaban previstas para este empréstito sino que servían para la venta y comercialización del proyecto con obtención de fuente liquida.

95. Citas improcedentes pues, como se explicó anteriormente, no hacen parte de la norma que regula el contrato de fiducia y las correspondientes instrucciones y deberes a cargo de la fiduciaria, en la medida en que la norma aplicable para la época de firma del contrato fiduciario del que se ocupa este proceso (Circular Externa 046 de 2008).

96. En este sentido, en sentencia reciente del H. Tribunal Superior de Bogotá, se manifestó que, respecto de la Circular n.° 024 de 2016, que era totalmente improcedente exigirle a la fiduciaria el cumplimiento de postulados legales posteriores a la celebración del Contrato de Fiducia.[17]

> *También tiene razón la fiduciaria cuando sostiene que no se le podía endilgar culpa por la no aportación de pruebas que nunca le fueron requeridas por parte de la Superintendencia, ni por su contraparte, como los estados financieros del Grupo Ocean S.A.; al respecto se recuerda que para que puedan ser valoradas las pruebas por el juez previamente tienen que ser decretadas, cosa que no sucedió con el precitado medio probatorio. Asimismo,* ***tampoco le eran exigibles el cumplimiento de postulados legales de normas que empezaron a regir con posterioridad a la suscripción del negocio fiduciario, como sería la Circular 024 del 27 de julio de 2016****.* (Destaco)

97. Entonces, como al tenor del artículo 164 del CGP la decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, los medios probatorios que acaban de mencionarse no fueron considerados en la resolución del asunto.

[17] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de agosto de 2024, M.P. María Patricia Cruz Miranda.

98. Respecto de esta misma temática, por ejemplo, al analizar los créditos que fueron gestionados por el Fideicomitente para la construcción del proyecto, también derivo responsabilidad a la sociedad fiduciaria de manera antitécnica, debido a que, nuevamente, cita una obligación a cargo de la fiduciaria, pero con fundamento en un producto diferente al de fiducia inmobiliaria, esto es el de la fiducia de participaciones fiduciarias.

98.1. Y es que al parecer el Juez de primera instancia no distingue entre la fiduciaria inmobiliaria propiamente dicha y aquel producto que mereció un esquema regulatorio diferente por parte del supervisor, por ello la expedición de la circular externa n.° 024 de 2016, donde se ocupó de impartir instrucciones para cuando se contemple la emisión de participaciones fiduciarias, producto fiduciario completamente diferente del que nos ocupa en este proceso. Estos yerros derrumban completamente cualquier conclusión caprichosa o antojadiza asumida por la sentencia que es motivo de ataque.

I INDEBIDO ENTENDIMIENTO Y ALCANCE AL DEBER DE DILIGENCIA DE LOS FIDUCIARIOS.

99. También es motivo de inconformidad el análisis realizado por la primera instancia respecto del cumplimiento del deber de diligencia del fiduciario, ya que la sentencia se apartó por completo de la definición de **"deber de diligencia**" que estableció la propio Circular Básica Juridica 046 de 2008; y simplemente decidió darle su propio alcance y definición.

100. Lo anterior le permitió al Juez de primera instancia salirse de la fijación del litigio y, a través de su propio racero, trayendo asuntos no debatidos dentro del proceso, y bajo sus propias y caprichosas teorías probatorias, tendientes a demostrar y acreditar la capacidad técnica, administrativa, financiera del constructor sin mediar medio probatorio de la idoneidad para ello y sin tener las competencias para ello -*el juez y perito de instancia consideró tener la información contable y tributaria como una misma fuente de información sin saber de sus grandes diferencias*-. Por el contrario, los análisis aportados por la fiduciaria y las demás partes del proceso no le fueron de recibo, pero sin duda, y a regañadientes, no pudo refutar la experiencia y capacidad técnica del constructor en este proyecto, verdad procesal completamente establecida.

101. El deber de diligencia es definido por la Circular Básica Jurídica, ya mencionada anteriormente, en los siguientes términos:

> *"**v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad**. En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y*

prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios."

102. Evidentemente no existe cuestionamiento alguno sobre el cumplimiento de este deber de diligencia respecto de mi mandante, pues no se cuestionó en la decisión que la fiduciaria para prestar lo que corresponde a su objeto, es decir, el servicio fiduciario careciera de experiencia, pero tampoco se dio aplicación a las instrucciones que la propia Circular Básica Jurídica emitida por la Superintendencia Financiera imparte en relación con la forma como deben interpretarse los contratos fiduciarios

"2.2.2 Interpretación Los negocios fiduciarios se interpretarán teniendo en cuenta los principios previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y tomando todas las manifestaciones de voluntad proferidas por las partes, sea que consten en un mismo documento o en varios, tales como la oferta, la aceptación de la oferta, las instrucciones generales, la aceptación de las mismas y cualquier acto similar. Cada una de las partes en los negocios fiduciarios deberá recibir copia del contrato, así como de los demás actos y documentos que lo integren y complementen."

103. El Juez de primera instancia decidió trasladar al Fiduciario la responsabilidad que en Colombia solo compete a los Municipios, y es la vigilancia y control de la actividad de construcción y comercialización de vivienda (ver sección K.3).

104. Pero olvidó la Superintendencia Financiera de Colombia, también, que inclusive para la radicación del permiso de ventas, el constructor no tiene la obligación de acreditar su Registro Único de Proponentes.

105. Sin embargo, lo quiso imponer en su sentencia, pero a cargo de la sociedad Fiduciaria endilgándole unos deberes y obligaciones que no se establecieron en el contrato, sino que tampoco la Ley se los asigna. En conclusión, la sentencia contine una responsabilidad objetiva a cargo del Fiduciario, superior inclusive a la que el propio Estado asume (ver sección K.3).

J DE LA METODOLOGÍA ADOPTADA PARA DETERMINAR ILIQUIDEZ DEL CONSTRUCTOR:

106. El reparo se centra a la "*metodología*" que decidió adoptar el Juez de instancia, fungiendo como una especie de perito técnico, y bajo sus propios análisis introdujo al proceso una especie de indicador de liquidez tomando datos de la declaración de renta y de los estados financieros, incurriendo en el primero y más grande error que corresponde a pretender mezclar información fiscal, con información contable, para llegar a concluir que existía iliquidez en la sociedad fideicomitente y bajo este sendero imputar responsable a la fiduciaria. El

delegado, abogado de formación, decidió introducir al proceso, de su propia cosecha, una especie de opinión técnico-financiera respecto del indicador de iliquidez que no tiene sustento ni metodología alguna de cálculo.

107. No es un secreto que el análisis financiero es una herramienta muy importante para determinar la solvencia de una empresa, pero esa actividad demanda no solamente conocimientos técnico representativos y especializados, sino que se debe realizar en forma sistemática de manera que determinar la liquidez y solvencia de la empresa, medir su actividad operativa, la eficiencia en la utilización de los activos, su capacidad de endeudamiento y de cancelación de las obligaciones contraídas, sus utilidades, las inversiones requeridas, su rendimiento y rentabilidad.

108. Es decir no pueden simplemente utilizarse cifras mezcladas, por parte de quien no es experto en la materia, por demás con depuraciones fiscales y contables -*cuya naturaleza es distinta*-, sin consistencia alguna y descontextualizadas del comportamiento de la empresa y su entorno, pero también desconociendo fuentes de ingresos que pueden encontrarse invisibles en estados financieros pero que constituyen fuentes probables, como lo son los ingresos provenientes de los beneficios tributarios que desde la concepción del Contrato de Fiducia se previó correspondientes a las que otorga legítimamente la Ley para proyectos de vivienda de interés social.

109. Sobre la metodología propia y subjetiva adoptada por el Juez de instancia en su análisis, sería suficiente mencionar adicionalmente los siguientes aspectos para que sus conclusiones “técnico- financieras” pierdan fundamento. No podemos tomar las ventas del proyecto para calcular indicadores de liquidez, teniendo en cuenta que:

109.1. El patrimonio y las ventas están más relacionados con la rentabilidad y eficiencia del uso de capital, una empresa puede tener un alto nivel de ventas y patrimonio, pero si no tiene suficiente efectivo o activos líquidos, puede tener problemas para pagar sus deudas del corto plazo.

109.2. El patrimonio incluye rubros que no son necesariamente líquidos

109.3. Estaríamos comparando las ventas de un proyecto, que son un ingreso futuro que comprende diferentes periodos de tiempo (más de un año) con el patrimonio a una fecha específica, el cual puede también cambiar en cualquier momento del desarrollo del proyecto.

109.4. En el análisis financiero, existen indicadores más apropiados para medir la liquides de una compañía como la razón corriente.

109.5. Las ventas de un proyecto incluyen rubros como la utilidad del constructor, lo cual, no tendría sentido financiero que se busque una garantía dentro de los estados financieros para cubrirlo.

109.6. No es correcto decir que el activo corriente es de 3.048.779.304, ni tampoco relacionarlo con las ventas del proyecto como ya lo mencionamos en el punto anterior. Como se refleja en sus estados financieros del 2014, la compañía contaba con cerca de 13.957 Millones COP de activo corriente, en donde si quisiéramos medir la liquidez de la sociedad, deberíamos revisar indicadores como la razón corriente, que para este caso estaría cercana a 1,3 Veces, lo cual es lo aceptable en el análisis financiero para determinar que la empresa tiene liquidez y puede hacer frente a sus obligaciones de corto plazo.

109.7. Evaluar únicamente el capital de trabajo para medir la liquidez de una empresa del sector de la construcción es insuficiente, dado que la dinámica y naturaleza del negocio dependen del financiamiento externo y de los flujos de caja proyectados.

109.8. Es común que las constructoras presenten un alto apalancamiento debido a las características propias del sector, que requieren importantes inversiones iniciales y dependen de fuentes de financiamiento externo para ejecutar proyectos de largo plazo, esto teniendo en cuenta que los proyectos suelen estar respaldados por los flujos de ventas futuros y por activos no corrientes.

J.1 *Credicorp, en un ejercicio de debida diligencia, analizó los riesgos del proyecto y constató la capacidad financiera del fideicomitente*

110. Uno de los argumentos más relevantes esgrimidos por el Juez de primera instancia, para condenar a mi poderdante, fue la supuesta falta de diligencia de Credicorp en comprobar que la sociedad fideicomitente contaba con la capacidad financiera para llevar a cabo el proyecto, específicamente en lo atinente a los recursos líquidos que demandaba el proyecto.

111. El Despacho, haciendo uso de los estados financieros de Obrasdé (la sociedad constructora), aduce que sus activos corrientes no eran suficientes para cubrir la totalidad del costo del proyecto, que se estimaba en 75 mil 649 millones de pesos.

112. En este sentido, concluye, erróneamente el Juez de instancia, que la sociedad fiduciaria aceptó el riesgo de que el coste del proyecto iba a ser financiado por fuentes diferentes al patrimonio del fideicomitente, quien no iba a contar con la capacidad para atender una posible falla en la financiación de este y, por ende, desatendió sus deberes de diligencia.

113. Dicha aseveración de la Superintendencia Financiera desconoce no únicamente el material probatorio aportado al proceso sino también los modelos de negocios de construcción que se llevan a cabo en Colombia.

114. En primer lugar, como consta en los documentos de *Prefactibilidad Andalucía ET 1 y ET 2*, citados por el mismo Despacho en la decisión que se apela y que constan en el expediente, la totalidad de la estructura de costos del Proyecto sería cubierta por las ventas realizadas a los encargantes y la obtención de un crédito constructor.

115. De hecho, el primer marco financiero del proyecto, aprobado por Credicorp, establecía que se solicitaría para cada una de las etapas un crédito por la suma de 22 mil millones de pesos. Esto, con el fin de llegar al punto de equilibrio sumando los desembolsos de los créditos con un porcentaje esperado de ventas.

116. Sin embargo, con fundamento en el aumento de las unidades mínimas comercializadas exigidas en las condiciones de giro del Contrato de Fiducia y la recepción del público del proyecto inmobiliario que solo se requirió de dos créditos constructores aprobados por Davivienda[18] y Banco de Bogotá[19] que en conjunto sumaban 31 mil 900 millones de pesos.

117. En efecto, para 2016 sólo en la Etapa 1 del Proyecto ya se contaba con 238 encargantes de las 333 del proyecto (71,471%). Por otro lado, para 2017 ya habían suscrito el contrato de encargo fiduciario 184 encargantes de la Etapa 2, de 305 unidades disponibles (60,38%).

118. Esto, desde un punto de vista financiero, es beneficio para el proyecto pues tiende a reducir los costos totales del proyecto derivado de múltiples encargantes. Los aportes de los encargantes son flujos de caja directos derivadas de obligaciones exigibles que se reciben sin la necesidad de tener que pagar intereses derivados del crédito constructor, por lo que una reducción de esa fuente de financiamiento era, en realidad, provechosa en el marco del desarrollo y sostenibilidad del proyecto.

119. Así mismo, se debe hacer alusión al hecho de que existían mecanismos de salvaguarda en caso de incumplimientos por parte de algunos encargantes.

120. En cada uno de los contratos de encargo fiduciario se estableció una cláusula penal en caso de incumplimiento de los planes de pago establecidos para cada

[18] Como consta en el expediente dicha entidad financiera aprobó el crédito constructor solicitado el 18 de marzo de 2016.
[19] Como consta en el expediente dicha entidad financiera aprobó el crédito constructor solicitado el 28 de septiembre de 2017.

uno de los encargantes. Veamos:

> **2.** En caso de que yo(nosotros) desista(mos) del negocio, presente(presentemos) mora de más de sesenta (60) días calendario en las cuotas pactadas en esta carta de instrucciones o me abstenga de tramitar oportunamente el crédito con el que se financiará la adquisición del inmueble identificado en la parte inicial de la presente carta, autorizo(autorizamos) a que se me(nos) descuente la suma del veinte por ciento (20%) de los aportes que me comprometo a entregar a título de pena a favor del FIDEICOMITENTE. En el evento en que el valor de las sumas entregadas sea inferior a dicho monto, LA FIDUCIARIA entregará a EL BENEFICIARIO CONDICIONADO dichos recursos junto con sus rendimientos, y en todo no caso no será responsable de realizar ninguna gestión de cobro por el valor que resulte como diferencia. En consecuencia, la FIDUCIARIA pondrá a mi(nuestra) disposición el remanente de los recursos si los hay, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el BENEFICIARIO CONDICIONADO notifique a la FIDUCIARIA alguna de las causales de retiro anteriormente mencionadas.
>
> En cualquiera de los eventos aquí descritos se entenderá terminado este negocio y EL BENEFICIARIO CONDICIONADO podrá disponer libremente de la(s) unidad(es) inmobiliaria(s) mencionadas en la parte inicial de este documento.

(…)

> **9.** Manifiesto(manifestamos) conocer y aceptar que cuento(contamos) con un plazo de quince (15) días calendario contados a partir de que sea citado por el FIDEICOMITENTE para suscribir la promesa de compraventa. En caso de no comparecer en este lapso de tiempo, EL FIDEICOMITENTE podrá unilateralmente dar por terminada la relación contractual existente en virtud de este encargo y disponer de los inmuebles, pudiendo además hacer efectivo el cobro de la penalidad establecida en el numeral 2 de las DECLARACIONES de este documento

121. Así, a través de estas sanciones, se lograba prevenir y resarcir los posibles daños generados por incumplimientos **ocasionales** de los encargantes. Incumplimientos que, de hecho, pueden y deben ser previsibles en el marco de la alea normal de los negocios de construcción y derivó en que Credicorp verificase que existiese alguna salvaguarda en ese sentido.

122. Sin embargo, la paralización del Proyecto de Obras de Andalucía no se originó por el incumplimiento de *algunos* de los encargantes que habían suscrito los respectivos encargos fiduciarios, sino que se debió a la intempestiva y masiva ola de cesación de pagos por parte de la mayoría de estos. Veamos:

122.1. En la certificación obrante en el expediente, visible en la carpeta 10 del archivo zip "*DEMANDA ANDRES MAURICIO*" del expediente de la Superintendencia Financiera, encontramos que los vinculados tuvieron una mora de: (i) para la Etapa 1 de $8.117.357.579 correspondientes a un impago del 26,16% de las obligaciones de los encargantes, y (ii) para la etapa 2 de $10.210.083.535,15 correspondientes al impago del 31.716% de las obligaciones de los encargantes.

122.1.1. *Etapa 1*:

Se anexa relación en Excel con el detalle solicitado y del estado de las unidades a la fecha de instrucción de la prueba, aclarando al momento de acreditar las condiciones de giro, las unidades antes relacionadas se encontraban debidamente vinculadas.

- Que a lo largo del fideicomiso se presentaron vinculaciones, lo cual no afecto la condición comercial antes descrita; pues bien, al corte de la presente certificación se encuentra(n) registrado(s) 328 unidad(es) inmobiliaria(s) comprometida(s), las cuales corresponden al 98,5%, de las 333 unidades totales del proyecto, equivalente a la suma de TREINTA Y UN MIL VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE *** ($31,025,372,931.00).

  Así mismo el valor recaudado a la fecha 28 de Mayo del año 2024 por los vinculados al proyecto equivalente a la suma de VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS OCHO MILLONES QUINCE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON 34/100 M/CTE *** ($22,908,015,351.34).

La presente certificación se expide en Medellín, a los veintiocho (28) días del mes de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

122.1.2. *Etapa 2*:

Se anexa relación en Excel con el detalle solicitado y del estado de las unidades a la fecha de introducción de la prueba, aclarando al momento de acreditar las condiciones de giro, las unidades antes relacionadas se encontraban debidamente vinculadas.

- Que a lo largo del fideicomiso se presentaron vinculaciones, lo cual no afecto la condición comercial antes descrita; pues bien, al corte de la presente certificación se encuentra(n) registrado(s) n) registrada(s) 291 unidad(es) inmobiliaria(s) comprometida(s), las cuales corresponden al 97%, de las 300 unidades totales del proyecto, equivalente a la suma de TREINTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE *** ($32,191,602,626.00).

  Así mismo el valor recaudado a la fecha 28 de Mayo del año 2024 por los vinculados al proyecto equivalente a la suma de VEINTIUN MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE MIL NOVENTA PESOS CON 85/100 M/CTE *** ($21,981,519,090.85).

123. Dicha situación no puede ser tenida en cuenta cuando se analiza la viabilidad de un proyecto inmobiliario ya que se estaría presumiendo un incumplimiento contractual por parte de los suscriptores en contra del principio de buena fe que rige todas las relaciones comerciales.

124. Así mismo, resultaría contrario a todo sentido común que en la planeación de un proyecto se suponga de antemano que la mayoría de los encargantes van a incumplir. Sería imposible desarrollar cualquier actividad de construcción actuando bajo dicho supuesto.

125. Por el contrario, en las cartas de instrucciones los encargantes declaran que se encuentran solventes y que la suscripción de la carta de instrucciones no desmejora su patrimonio, a saber:

CARTA DE INSTRUCCIONES FAI OBRASDE- ANDALUCÍA
ETAPA 1
Encargo No. 00919301008335
Página 4 de 5

CREDICORP Fiduciaria

16. Manifiesto(manifestamos) que en la fecha de suscripción de la presente carta de instrucciones me(nos) encuentro(encontramos) económica y financieramente solvente(s), y que en consecuencia con el presente acto no se desmejora mi(nuestros) patrimonio. Así mismo, manifiesto(manifestamos) que los bienes que entrego(entregamos) en virtud de la suscripción del presente documento, provienen del desarrollo de mi(nuestro) objeto social y en todo caso de actos lícitos, todo lo cual ratifico(ratificamos) con la suscripción del correspondiente formato de lavado de activos.

126. Partiendo de las premisas anteriores, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Decisión del 21 de septiembre de 2023, con ponencia de la Magistrada Martha Isabel García Serrano, estableció que la mora sistematizada de los encargantes no podía ser imputable a la fiduciaria en una paralización de obras. Así:[20]

> *"En otras palabras, desde el punto de vista legal y contractual, su actuación, se circunscribió al cuidado de los dineros aportados por los encargantes, con el objeto de ser entregados, al fideicomitente gerente cuando estuvieran dadas las condiciones de giro y velar por que no fueren desviados tales recursos;* ***cosa diferente es que la parálisis del proyecto, obedeció*** *a problemas constructivos derivados de suelo rocoso y lluvias, como* ***a problemas de falta de financiación*** *por el retiro unilateral de Bancolombia* ***y la mora sistematizada de los encargantes, cargas no imputables a la demandada conforme quedó dilucidado en el plenario****" (énfasis propio).*

127. En este punto, se debe traer a colación lo establecido en materia de asignación de riesgos en proyectos de construcción y que los mismos corresponden a riesgos previsibles y no a situaciones por fuera de los parámetros habituales y las máximas de la experiencia. Así, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley 1150 indica lo siguiente:

> *Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir* ***la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles*** *involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva (énfasis agregado).*[21]

128. Por último, es común que las constructoras presenten un alto apalancamiento en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, debido a las características propias del sector. La construcción de un inmueble con fines habitacionales requiere importantes inversiones iniciales que dependen de fuentes de financiamiento externo para ejecutar proyectos de largo plazo.

---

[20] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de septiembre de 2023, M.P. Martha Isabel García Serrano.
[21] Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

129. Aceptar la tesis propuesta por el Juez de primera instancia de imputar responsabilidad a una sociedad fiduciaria por avalar un proyecto inmobiliario respaldado por flujos de ventas futuros y no por el activo de la sociedad fideicomitente derivaría en un contrasentido y que implicaría, por ejemplo, que para un proyecto de gran envergadura un fideicomitente deba contar con recursos líquidos que superen un billón de pesos y, aplicando dicha aproximación, que una aerolínea tenga los recursos líquidos para comprar el avión y no a crédito y que una persona no pueda comprar a crédito un vehículo.

130. De acogerse, también, esta tesis de que los compromisos de pagos no deben ser tenidos en cuenta para la modelación financiera y el análisis de la capacidad financiera del fideicomitente y, por el contrario, que el fideicomitente debe tener los recursos líquidos correspondientes a los compromisos de pago o el faltante de la mora implicaría que, en materia financiera, se tuvieran los siguientes escenarios absurdos: (i) los bancos deberían tener en recursos líquidos y a la vista el mismo monto de los créditos otorgados -*asumiendo que van a incumplir*-, (ii) los encargantes deben, por su lado, contar con la totalidad de los aportes pues no tienen la seguridad de poder efectuar sus pagos, (iii) el fideicomitente debe contar con la totalidad de los gastos y costos del proyecto inmobiliario ante la posibilidad de la mora en las fuentes de financiación, (iv) el tomador del crédito debe tener, también, los recursos para efectuar el pago del crédito constructor, y (iv) el adquirente de un carro a crédito debe contar, entonces, con la totalidad de los recursos.

131. Esta aproximación de la Superintendencia Financiera implica, por demás, un costo en el proyecto cuyo efecto sería inviabilizar las viviendas de interés social pues, ninguna de ellas, podría construirse y pagarse dentro de los parámetros de la vivienda VIS que corresponde a 135 salarios mínimos legales vigentes (135 SMLMV).

132. Requerir que una sola sociedad cuente con el capital disponible suficiente para cubrir los costos de un proyecto inmobiliario iría en contra de toda la lógica de mercado. Serían, en efecto, muy pocas las sociedades que podrían llevar a término la construcción de un inmueble utilizando únicamente su activo líquido, reduciendo la competencia, elevando los costos del proyecto, e inviabilizando el sector de la construcción en Colombia.

133. Adicionalmente, esperar a que los aportes de los encargantes sean suficientes para concluir a cabalidad el proyecto significaría mayores costos de obra y periodos prolongados en su ejecución, haciendo cada vez más difícil la realización de esta clase de proyectos pues, entre otras, se incrementaría el riesgo derivado de los costos de producción, la misma mora de los encargantes

quienes habitualmente suspenden pagos al no ver avances de obra.

134. Así las cosas, no es cierto que la inejecución de la obra haya sido ocasionada por una falta de verificación previa de las condiciones financieras de la sociedad fideicomitente por parte de Credicorp, sino que se debe a la materialización de los riesgos propios de un desarrollo inmobiliario, los cuales no le son imputables a la demandada.

J.2 *El Fideicomitente demostró ante múltiples entidades financieras, tanto fiduciarias como bancarias, que era solvente y tenía las capacidades técnicas, financieras y jurídicas para el desarrollo de proyectos inmobiliarios de igual o mayor medida al objeto de análisis*

135. En este sentido, llama la atención de que la Superintendencia Financiera, a pesar de haber efectuado una extracción de los documentos obrantes en el proceso de todos los proyectos terminados y en curso por parte del fideicomitente y que, además, con este análisis hubiera podido concluir la capacidad técnica de Obrasdé S.A.S., no hubiera advertido que múltiples entidades financieras concluyeron que el fideicomitente era solvente y tenía la capacidad financiera de desarrollar un proyecto constructivo, atendiendo, claro está, un modelo financiero construido por profesionales y no con la experiencia de un funcionario de la Superintendencia Financiera en funciones jurisdiccionales.

136. En efecto, Obrasdé S.A.S. tenía fideicomisos inmobiliarios con: (1) Fiduciaria Bancolombia, (2) Alianza Fiduciaria, (3) Fiduciaria Colpatria, (4) Acción Fiduciaria, y (5) Credicorp Capital Fiduciaria S.A.

137. Proyectos inmobiliarios con crédito constructor con: (1) Davivienda, (2) Bancolombia, (3) Colpatria, (4) Banco de Bogotá, y (5) BBVA.

138. Al parecer, el funcionario de la Superintendencia Financiera tiene un mayor y más profundo conocimiento financiero y de estructuración de proyectos inmobiliarios que las personas, matrices, modelos financieros de más de 10 entidades financieras.

J.3 *Los créditos otorgados por Banco de Bogotá y Davivienda: prueba fehaciente de la seriedad y viabilidad financiera del proyecto, en sus dos etapas, para la fecha en que se cumplieron las condiciones de giro.*

139. Tal y como fue afirmado con anterioridad, para el adelantamiento del Proyecto se obtuvieron créditos para cada una de las etapas del Proyecto, las cuales fueron obtenidas en forma completa de acuerdo con la necesidad de caja señalada en el proyecto para cada etapa.

139.1. Davivienda, para la Etapa 1 del Proyecto, aprobó un crédito constructor y desembolsó el mismo por un monto de $14.500.000.000.

139.2. Banco de Bogotá, para la Etapa 2 del Proyecto, aprobó un crédito constructor por $18.660.000.000 y desembolsó el mismo por $16.624.000.000.

140. Los créditos no solo constituían una de las dos principales fuentes de financiación del Proyecto, sino que, además, constituyen una prueba fehaciente de la seriedad y viabilidad del Proyecto, y además de la solvencia y capacidad de la sociedad Fideicomitente quien acreditó su capacidad ante dos entidades bancarias de reconocida experiencia en el sector.

141. Pues bien, para el otorgamiento de un crédito, perdón de dos créditos, de tal monto, se hace necesario acreditar ante la respectiva entidad bancaria la viabilidad del proyecto, la capacidad de su ejecución y la capacidad financiera y solvencia de quienes lo respaldan, incluyendo, claro está, los deudores solidarios.

142. Por lo cual, resulta evidente que para el momento en que se aprobó el crédito por parte de Banco de Davivienda y de Banco de Bogotá, se evaluó el Proyecto y se determinó por parte de la entidad financiera que el mismo sería viable para el momento en que se cumplieron las condiciones de giro.

J.4 *Indebido análisis de la Superintendencia Financiera en relación con la supuesta necesidad de recursos derivado de 17 proyectos inmobiliarios desarrollados en forma simultánea.*

143. El juez de conocimiento, de manera somera y sin tener medios probatorios que probaran su dicho, cuestionó que el fideicomitente tuviera 17 proyectos en curso y la falta de valoración de la necesidad financiera de estos proyectos frente al fideicomitente -*recordemos que la Superintendencia Financiera le trasladó el riesgo de impago de todas las unidades comercializadas en los proyectos al fideicomitente y la fiduciaria*-.[22]

144. Sin embargo, no requirió información de esos proyectos tendientes a demostrar su dicho y, de allí, soportar las pretensiones de la demanda incoada por los demandantes -*no se prueban los hechos de la demanda pues la Superintendencia Financiera no se limita a la demanda*-.

145. Y, por el contrario, contabilizó proyectos que se encontraban terminados y, por tanto, sin necesidad de recursos financieros como, por ejemplo: (1) Obra Catorce, (2) Obra Quince, (3) Muzo, (4) Bio 26 E1, (5) Lote 32, (6) Family 1, y (7) Family

[22] Ver páginas 35 y siguientes de la sentencia.

2.

146. Tampoco analizó que, del listado extractado, casi la totalidad de proyectos se encontraban terminados y, en tal medida, las dificultades, de haberlas, fueron solventadas en forma oportuna.

147. Igualmente, la Superintendencia Financiera omitió en estudiar el cuadro en Excel correspondiente obrante en el Anexo 1.1. correspondiente a los documentos presentados por el Constructor a Davivienda (derivado 057), en el que se observa que los proyectos en curso se encontraban en diferentes etapas, con adecuado comportamiento financiero, y del que no se observaba una necesidad de recursos financieros más allá de lo previsible:

Proyecto	Estado	Fecha de Inicio VENTAS	Fecha de entrega	Nro de Unidades Proyecto	Ventas Totales Pesos	Ventas a la Fecha unds	Ventas a la Fecha en Pesos	Avance de Obra a la Feha	Financiado Por	Valor credito Constructor	Saldo	Fideicomiso Inmobiliario (si/ no)
Family Etapa 1	En entregas	01/mar/13	15/sep/15	213	22,332,422,063	213	$ 22,332,422,063	97%	Colpatria	$ 8,552,000,000	$ 7,030,622,634	SI
Muzo	En entregas	25/jul/13	25/sep/15	44	13,278,801,209	40	$ 12,071,637,463	90%	Bancolombia	$ 5,500,000,000	$ 5,177,195,198	SI
Family Etapa 2	En construcción	15/jul/14	30/nov/15	102	13,753,686,296	90	$ 12,135,605,555	55%	Colpatria	$ 5,928,000,000	$ 5,357,300,000	SI
Bio26 Etapa 1	En construcción	01/mar/14	31/may/16	128	43,576,769,070	112	$ 117,860,844,969	30%	Davivienda	$ 16,621,000,000	$ 10,638,301,000	SI
ObraQuince	En construcción	04/abr/14	23/dic/15	29	13,300,000,000	28	$ 12,515,557,488	77%	Davivienda	$ 5,645,000,000	$ 4,792,722,503	SI
Manzanillo	En construcción	05/ene/14	01/feb/17	756	34,416,800,571	553	$ 25,175,252,269	43%	Bancolombia	$ 17,506,250,000	$ 9,230,650,000	SI
ObraDiecinueve	En construcción	05/ene/15	31/ene/16	35	19,210,000,000	33	$ 19,409,625,735	18%	Bancolombia	$ 9,290,000,000	$ 9,290,000,000	SI
ManzanaOnce	En construcción	10/nov/14	19/ago/16	262	49,316,459,738	170	$ 31,999,229,601	11%	Bancolombia	$ 15,500,000,000	$ 3,476,625,522	SI
Bio26 Etapa 2	En construcción	01/oct/15	01/oct/17	27	37,150,000,000	22	$ 33,384,019,066	2%	Davivienda	$ 18,885,000,000	$ -	SI
Sabatto Etapa 1	En construcción	01/ago/15	01/abr/16	176	32,939,126,172	142	$ 26,533,351,716	1%	Colpatria	$ 16,703,000,000	$ -	SI
Sabatto Etapa 2	Preventas	01/ene/16	01/nov/17	88	18,804,114,661	0	$ -	0%	Colpatria		$ -	SI
Álamos de Belverde	Preventas	01/nov/15	30/sep/17	652	56,801,680,463	457	$ 42,770,907,383	0%			$ -	SI
ObraLomaVerde	Preventas	15/ene/16	01/sep/17	56	18,011,700,000	41	$ 9,728,697,325	0%			$ -	SI
ObraAndalucía Etapa 1	Preventas	01/jul/16	01/jul/18	333	32,322,518,569	253	$ 24,557,348,942	0%			$ -	SI
ObraAndalucía Etapa 2	Preventas	01/mar/17	01/mar/19	300	31,447,777,055	0	$ -	0%			$ -	SI
Padua Etapa 1	En construcción	15/dic/15	15/feb/17	80	6,000,000,000	71	$ 5,134,820,000	0%			$ -	SI
Padua Etapa 2	Preventas	15/ago/16	15/nov/17	80	6,400,000,000	0	$ -	0%			$ -	SI
Padua Etapa 3	Preventas	15/nov/16	15/feb/18	80	6,900,000,000	0	$ -	0%			$ -	SI
Nogales de Belverde	Preventas	15/nov/16	15/nov/18	758	63,770,295,623	0	$ -	0%			$ -	SI
CampoGrande Etapa 1	Preventas	01/mar/17	01/mar/18	252	21,170,219,010	0	$ -	0%			$ -	SI
CampoGrande Etapa 2	Preventas	01/mar/18	01/mar/19	252	21,170,219,010	0	$ -	0%			$ -	SI
CampoGrande Etapa 3	Preventas	01/mar/19	01/mar/20	252	21,170,219,010	0	$ -	0%			$ -	SI
Total				**4955**	**$ 583,242,808,519**	**2225**	**$ 395,609,319,576**					

148. Una robusta información financiera que dio lugar a que una entidad bancaria, como Davivienda, concediera el crédito constructor pues, como advirtió Davivienda en su respuesta a la Superintendencia Financiera que: "*La Constructora Obrasde Constructores SAS, se vinculó con Davivienda en el año 2012 con los Proyectos 14 y Torre Angel. Posteriormente, el Banco financió el proyecto Montecanto donde atendió oportunamente su obligación. Se adjunta el RIC Andalucía Etapa 1 To 3 y 5*".

J.5 *<u>Indebido análisis de la Superintendencia Financiera respecto de la necesidad de contar con un crédito constructor para la Torre 6 de la primera Etapa (relacionada con el crédito con Davivienda)</u>*

149. En este punto, debemos empezar por explicar que, para la acreditación de las condiciones de giro, no se requiere contar con un crédito constructor, sino que esta fuente de financiación solo se establece cuando la misma se requiere.

150. En el caso en cuestión, en relación con la etapa 1, dicha financiación no se requería por cuanto, como se observa en el modelo de prefactibilidad y se contrasta con el crédito aprobado y las ventas de unidades exigidas para la

acreditación de las condiciones de giro encontramos que la totalidad de recursos necesarios para la Etapa 1, por vía de crédito constructor, fueron cubiertos adecuadamente con el crédito otorgado por $13.900.000.000 y $600.000.000. Y, por tanto, el reproche por la falta de crédito constructor para la torre 6 carece de sustento legal y financiero.

151. El contrato de fiducia, como la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, establece que el crédito constructor solo es necesario si el mismo se requiere. Lo cual incluye que el monto debe ser el que el proyecto inmobiliario requiere. Veamos el numeral correspondiente de la cláusula décima del Contrato de Fiducia:

> **f.** La entrega a LA FIDUCIARIA de la factibilidad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios necesarios para el PROYECTO.
> **g.** La aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, si de acuerdo con la planeación financiera del PROYECTO, dicho crédito se requiere.
> **h.** La presentación a LA FIDUCIARIA de las pólizas expedidas por una compañía aseguradora vigilada por la Superintendencia Financiera, constituidas por el GERENTE, por los amparos de todo riesgo en construcción cuyo beneficiario sea el FIDEICOMISO.

152. En el modelo de prefactibilidad aportado al proceso encontramos que, bajo un esquema mínimo de ventas de 43%, se necesitaba una financiación de $22.000.000.000:

INGRESOS		variables	
RECUPERACIÓN IVA	$ 1,394,000		
CREDITO CONSTRUCTOR	$ 22,000,000	57%	SOBRE LAS VENTAS
VENTAS	$ 38,763,000		
CREDITO EMPRESARIAL			
TOTAL INGRESOS	**$ 62,157,000**		

PUNTO DE EQUILIBRIO	
VENTAS REQUERIDAS	**43%**
VALOR VENTAS REQUERIDAS	**$ 16,527,000**

153. En el Contrato de Fiducia se estableció unas ventas requeridas para la acreditación de las condiciones de giro, esto es el punto de equilibrio, del **70%** que implica unas ventas requeridas de **$27.134.100.000**. Es decir: se aumentó la fuente de financiación derivada de venta de unidades en **$10.607.100.000**.

154. Por su parte, en el modelo de prefactibilidad, se tenía una proyección de un crédito constructor de **$22.000.000.000** pero, dado el aumento de las unidades mínimas exigidas, se tenía una necesidad de caja, real, por vía de crédito constructor de **$11.392.900.000**.

155. La financiación obtenida con Davivienda correspondió a **$14.500.000.000**. Esto es que el Fideicomiso contaba con una financiación adecuada para su construcción y que, incluso, tenía un superávit de **$3.107.100.000**.

156. Es decir, que, de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Fiducia y la propia Superintendencia Financiera de Colombia, la acreditación de las condiciones de giro se efectuó en forma adecuada y el crédito constructor fue obtenido de conformidad con la necesidad y requerimientos del proyecto pues, reitero, la torre 6 no necesitaba financiación bancaria -*con la reducción del costo financiero que ello conlleva*- en atención a las unidades de viviendas exigidas para la acreditación de las condiciones de giro y la comercialización de las unidades durante la etapa de construcción.

157. En consecuencia, nuevamente el funcionario de la Superintendencia Financiera erró en sus modelaciones financieras y, de allí, imputó una responsabilidad a la fiduciaria cuando no había lugar a ello.

158. Esta situación, y muchas otras, se hubiera podido evitar con el decreto de medios probatorios idóneos o con un adecuado ejercicio de debate probatorio derivado de que la Superintendencia Financiera informe los puntos de debate y permita a las partes aportar las pruebas, los dictámenes y testigos técnicos, que permitan debatir en forma técnica asuntos tan complejos como una modelación financiera de un proyecto constructivo de más de 600 unidades de vivienda de interés social.

J.6 *Desbordamiento de la asignación de riesgos por parte de la Superintendencia Financiera*

159. En la sentencia de primera instancia, la Superintendencia Financiera de Colombia pretendió y pretende asignarle la totalidad de los riesgos financieros del proyecto a la fiduciaria pues, en su parecer, cualquier afectación a las fuentes de financiación repercute directamente en el análisis de la capacidad financiera del fideicomitente, sin analizar que el proyecto se estructura dentro de parámetros habituales y previsibles de comportamiento de las fuentes de financiación, los costos y tiempos de los proyectos, y demás variables en la construcción de proyectos inmobiliarios con múltiples intervinientes.

160. Sin embargo, la Superintendencia Financiera de Colombia pretende asignarle

todo el riesgo de la mora de los encargantes al fideicomitente y, por esta vía, reprochar la conducta de la fiduciaria al no revisar que el fideicomitente debía contar con los recursos líquidos para cubrir dicho faltante -*seguramente pensará que lo mismo debe ocurrir respecto del crédito constructor*-.

161. Dicha situación es totalmente improcedente y se escapa de cualquier valoración de viabilidad financiera efectuada por expertos financieros como, a diferencia del funcionario de la Superintendencia, lo son las dos entidades bancarias que, una vez analizada la modelación financiera del proyecto y la capacidad del fideicomitente, le otorgaron los correspondientes créditos.

162. A su turno, este análisis también es improcedente de acuerdo con la asignación de riesgos aceptada por nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado señaló que la asignación de riesgos debe ser "*planeada, ponderada y proporcional*" o, en palabras del Consejo de Estado, debe atender a un criterio de "*justicia y equidad*":

> *De cara a esta certeza, la regulación normativa en materia de contratación estatal determinó la necesidad de implementar, como etapa obligatoria, la audiencia de distribución de riesgos, en desarrollos de la cual las entidades estatales tienen el deber legal de elaborar* ***con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos****, asunto sobre el cual no sobra subrayar que* ***dicha actividad debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado*** *(énfasis agregado).*[23]

163. De acuerdo con lo anterior, se concluye, que (i) únicamente se pueden estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles, de manera que, la Superintendencia, **no puede asignar al Fideicomitente e indirectamente a la Fiduciaria, la carga de asumir riesgos imprevisibles o excesivos**; (ii) la previsibilidad va ligada a la identificación y cuantificación de los riesgos en **condiciones normales**, que es parte de los estudios y documentos previos del proceso de contratación; y (iii) en todo caso, **no puede existir una asignación ilimitada de riesgos al fideicomitente e, indirectamente, a la Fiduciaria**.

164. Las conclusiones anteriores encuentran sustento no solo en las normas sobre asignación de riesgos, sino también en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en laudos arbitrales, que se han ocupado de estudiar el tema en detalle. En efecto, el Consejo de Estado, al analizar la asunción de riesgos en un contrato de concesión ha dicho:

> *Sea lo primero señalar que, aun cuando la tipología del contrato de concesión supone,*

[23] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de marzo de 2017, Radicación: 08001233300020130010501 (51526), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio 'por su cuenta y riesgo', ***ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto*** *y que causen un efecto nocivo en su economía.*

En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado ***a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato****.*

Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, ***todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión*** *(énfasis agregado).*[24]

165. Por su parte, el Tribunal Arbitral en el caso del Sisga contra la ANI, al analizar las inestabilidades del terreno que se presentaron en ese caso, concluyó que era "*un riesgo imprevisible por cuanto no puede ser identificable ni cuantificable y que, por expresa disposición legal, no puede ser transferido al concesionario*".[25]

166. Luego, como bien lo señaló el Tribunal Superior, en un caso similar, no es posible asignarle al fideicomitente y la fiduciaria los riesgos imprevisibles emanados de terceros como lo son los encargantes u otros. Reiteremos, so pena de fatigar, la cita del H. Tribunal Superior:[26]

"En otras palabras, desde el punto de vista legal y contractual, su actuación, se circunscribió al cuidado de los dineros aportados por los encargantes, con el objeto de ser entregados, al fideicomitente gerente cuando estuvieran dadas las condiciones de giro y velar por que no fueren desviados tales recursos; ***cosa diferente es que la parálisis del proyecto, obedeció*** *a problemas constructivos derivados de suelo rocoso y lluvias, como* ***a problemas de falta de financiación*** *por el retiro unilateral de Bancolombia* ***y la mora sistematizada de los encargantes, cargas no imputables a la demandada conforme quedó dilucidado en el plenario****" (énfasis propio).*

167. A su vez, la Superintendencia Financiera de Colombia no tuvo en cuenta que una asignación de riesgos no puede ser absoluta, esto es que se asuman los riesgos

[24] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2018, radicado: 13001-23-31-003-1999-00319-01(55230), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.
[25] Laudo arbitral de Concesión Transversal del Sisga S.A.S. contra la ANI, proferido el 8 de octubre de 2021, pág. 110.
[26] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de septiembre de 2023, M.P. Martha Isabel García Serrano.

previsibles e imprevisibles, pues, se reitera, la distribución de riesgos esta ligada precisamente a la previsibilidad en condiciones de normalidad.

168. De lo anterior se desprende que pueden existir riesgos previsibles (debidamente tipificados y cuantificados), que, dada la ocurrencia de condiciones diferentes a las condiciones de normalidad tenidas en cuenta para su identificación y asignación, se tornen imprevisibles.

169. En efecto, el Consejo de Estado ha indicado que *"[t]ratándose de los riesgos contractuales, el carácter de imprevisibles cobija tanto los anormales que no fueron previstos en el contrato, como también los que habiéndolo sido, sus efectos desbordan los límites de la asunción de la parte contratante a quien dichos riesgos le fueron distribuidos*".[27]

170. En ese sentido, lo que supere el alea normal del contrato, debe entenderse como un riesgo imprevisible que el Fideicomitente o la Fiduciaria no debe asumir, precisamente por el desbordamiento del riesgo.

171. En este punto, es importante recordar el criterio de imprevisible. El Consejo de Estado, con apoyo en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado la imprevisibilidad en los siguientes términos:

> *'Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y* ***razonable*** *no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, 'que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad [...]* ***Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente*** *posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque (sic) prever lo que es excepcional' (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475)' (énfasis agregado).*[28]

172. En consecuencia, la Superintendencia Financiera de Colombia erró al asignarle el riesgo, en forma absoluta, del impago de los encargantes al fideicomitente y, por contera, a la entidad financiera a la que, erradamente, le pretendió imputar una carga de valorar que el fideicomitente tuviera los recursos líquidos de un riesgo imprevisible como lo es la mora sistemática de múltiples encargantes, así como las dificultades presupuestales derivada del incremento de los costos del

[27] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2018, radicado: 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.
[28] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de julio de 2012, Radicación: 25000232600019980147401 (22756), Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

proyecto.

J.7 *La Superintendencia Financiera de Colombia, entonces, con su sentencia de primera instancia pretende la ampliación de responsabilidades y riesgos, más allá de lo consentido y previsible, por parte de la Fiduciaria, que no reflejan la remuneración establecida.*

173. Reitero, en las consideraciones de la sentencia, el juez de conocimiento pretende modificar lo pactado en las cartas de instrucciones y el Contrato de Fiducia y, específicamente, aumentar las obligaciones a cargo de Credicorp.

174. Con ocasión a la remuneración establecida, que no supera los dos salarios mínimos, y como contraprestación al negocio fiduciario, se pretende que la Fiduciaria asumiera múltiples actividades y labores que, valga anotar, jamás convino y que son ajenas a su actividad como fiduciario. Las actividades inconsultas que se quieren atribuir son:

- Gerencia del Proyecto.
- Gerencia de cobranzas y recuperación de cartera del Proyecto.
- Gestionar y controlar los créditos hipotecarios celebrados.
- Ser el gerente financiero y realizar las actividades de negociación con los bancos.
- Construcción del Proyecto.
- Analista financiero.
- Promotor del Proyecto.
- Vendedor del Proyecto.
- Vigilante del Proyecto.
- Interventor del Proyecto.
- Garante de los flujos de capital.
- Avalista y codeudor del fideicomitente y de los encargantes.
- Juez, árbitro y conciliador entre las partes.

175. Lo anterior, implica un total desequilibrio del contrato y desnaturaliza el interés de la Fiduciaria en la celebración de dichos contratos, pues, además de ampliar

sus obligaciones, conlleva a que la fiduciaria realice actividades que le son ajenas y que la terminan confundiendo con los propios fideicomitentes, el Gerente y los Contratistas y, además, con los propios demandantes y sus obligaciones.

176. Lo que indebidamente se pretende es que, por una mínima suma mensual la Fiduciaria asuma todos y cada uno de los riesgos, previsibles e imprevisibles, del negocio fiduciario. Situación que implica, incluso que el contrato pierda su carácter de conmutativo, como bien lo establece el artículo 872 del Código de Comercio: "*Cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo*".

177. Entonces, ruego al H. Tribunal que observe, como criterio de interpretación de los contratos de fiducia, en especial bajo el criterio contextual de las varias cláusulas del contrato, que la baja remuneración acordada con la Fiduciaria es la principal medida de las limitadas obligaciones que se impusieron a la fiduciaria en los contratos.

178. A nadie le cabe en la cabeza que una parte con una remuneración mínima una entidad financiera tenga todos los roles y obligaciones que los demandantes pretenden imputarle y que el juez en sentencia amplió hasta más de lo pretendido por los demandantes y debatido en el proceso.

K DEFICIENCIA FÁCTICA RESPECTO DEL ANÁLISIS DEL PUNTO DE EQUILIBRIO DEL PROYECTO INMOBILIARIO.

179. Otro motivo de inconformidad, adicional, al análisis antitécnico respecto de la liquidez del constructor, según sus indicadores financieros, construidos por el juez y perito -*con ocasión de asuntos no debatidos*- bajo sus opiniones técnico, financieras, contables y fiscales, pasó a opinar sobre del punto de equilibrio y descalificó las pruebas que se allegaron para acreditar los análisis realizados por la fiduciaria respecto del punto de equilibrio y, en su lugar, lo reemplazó por sus propios análisis sin mediar experticia o testigo técnico que lo avale.

180. En efecto, la Superintendencia, a pesar de no existir otro medio probatorio que lo desvirtuara, y como si existiera una regulación especial que así la limitara, o una tarifa legal de prueba o una prueba *ad sustanciam actus*, relacionada con los estudios previos que realiza un fiduciario dentro de su análisis de riesgo, decidió desechar todos los documentos allegados al proceso y que corresponden a las actividades habituales en el mercado, esto es una evaluación que habitualmente se ejecuta al interior de la entidad en reuniones con diferentes áreas de aprobación de negocios y de todo eso se deja evidencia en documentos o actas.

181. Sin embargo, dichos análisis fueron descalificados por el Juez, porque en su

opinión, dicho análisis debería efectuarse o corresponde a otros documentos que ni la norma, ni la Superintendencia Financiera, ha establecido o requerido dentro de su regulación.

182. Pero es que tampoco es cierto que las condiciones establecidas desde el contrato fiduciario primigenio hubieran sido cambiadas, pues una cosa es que se hubieren definido porcentajes de ventas para el escenario de una de las etapas y otro para el que correspondió a la otra etapa, lo que no constituye un incumplimiento al deber de la Fiduciaria, sino la definición que para el año 2015 se consideraba viable, para este tipo de proyectos constructivos VIS, en los que convergen otros múltiples factores, como por ejemplo los beneficios tributarios, los costos del proyecto y otros factores.

183. La Superintendencia Financiera reprochó que la Fiduciaria no hubiera exigido porcentajes de recaudo de cartera para la acreditación del punto de equilibrio, estimando que era una falta de diligencia que se hubiera acreditado este componente del punto de equilibrio con la firma de los contratos firmados por los adquirentes, sin analizar que la mayoría de estos contratos tenían un comportamiento positivo de recaudo y era un número considerable de vinculados -*situación que atenúa el riesgo de impago por la multiplicidad de deudores de las obligaciones en múltiples cuotas*-. Y, que, como se expuso anteriormente, había herramientas sancionatorias en caso de incumplimiento -*estipulaciones que han sido apreciadas como necesarias y tendientes a evitar el impago de los encargantes*-.

184. Así mismo, no revisó que en un proyecto VIS, existen componentes igualmente importantes y que son una fuente de financiación, como lo son los subsidios de vivienda, los que además por sí mismo demandan un ahorro programado que en sí mismo asegura la recaudación de cuotas iniciales.

185. Tampoco le fue de recibo al Juez de instancias que la financiación a través de crédito constructor se hubiera definido por etapas en función de los inmuebles existentes -*dos en los que se desarrollaban tres torres en cada uno de ellos*-, pues al parecer del Señor Juez, debió haberse realizado por torres, lo que convierte esta apreciación en una determinación carente de soporte alguno, como si en un proyecto tan sensible financiera como la construcción de viviendas de interés social, las optimizaciones de costos financieros no fueran el derrotero y objeto más importante.

K.1 *Credicorp realizó un análisis detallado del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario para concluir que no comprometía la realización del proyecto*

186. Otro de los puntos esgrimidos por el Juez de instancia para condenar a Credicorp

en la sentencia apelada, es que no se demostró a suficiencia que se haya verificado, evaluado y analizado que el punto de equilibrio, o las condiciones de giro, no comprometieran el cometido del negocio fiduciario.

187. Sostiene el Despacho que el requerir únicamente un porcentaje de "contratos suscritos" como criterio para dar por cumplidas las condiciones de giro es dejar al azar el impago de los encargantes. Esto último, sumado a la incapacidad de la sociedad fideicomitente de tener la liquidez suficiente para sostener el proyecto en casos de impagos generalizados de los encargantes (como sucedió en este caso), es, a su criterio, un riesgo asumido por la fiduciaria.

188. Sin embargo, la Sentencia que usa el Despacho de instancia para sustentar su posición es presentada de una forma descontextualizada que induce, de hecho, al error.

189. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC-5175 de 2020 analiza unos supuestos de hecho completamente distintos al caso *sub examine.* En efecto, en dicha decisión el Alto Tribunal estableció que la sociedad fiduciaria demandada no podía tener en cuenta los aportes de los propietarios de los lotes en los que se iba a desarrollar el proyecto para fijar el punto de equilibrio, pues no había un flujo de caja derivado de su aporte. Veamos:

> *"(…) lo cierto es que también resultaba razonable entender que el 'punto de equilibrio de ventas' solo podía alcanzarse con operaciones que generaran un flujo de caja positivo para el proyecto. Finalmente,* ***la vinculación -como encargantes- de los propietarios de los predios donde se levantaría el complejo Soler Gardens no se reflejarían en un aumento del activo corriente del negocio, y por lo mismo, esos negocios carecerían de incidencia para viabilizar económicamente la ejecución de las obras constructivas"*** *(énfasis propio).*

190. Sin embargo, en este caso, las suscripciones de todos los encargantes sí derivaban en un flujo de caja positivo futuro, pues cada uno, de acuerdo con su plan de pagos, debía hacer aportes periódicos que nutrían de liquidez los recursos del proyecto. Aportes que, valga anotar, son compromisos ciertos, obligaciones exigibles, y frente al cual, las partes, incluida la fiduciaria, asumen de buena fe que el comportamiento de quien se obliga es para cumplir sus obligaciones -*más cuando dicha obligación es asumida por una multiplicidad de encargantes con su propia relación contractual y plan de pagos independiente*-.

191. Consecuentemente, es errada y ligera la valoración del Despacho de que se dejó al azar el impago de más de 12 mil millones de pesos en la ejecución de la Etapa 1 del Proyecto y de 10 mil millones de pesos en la Etapa 2 de este. Pues, reitero, se tenían obligaciones exigibles de múltiples actores

192. Parece requerir el Juez de instancia con el fallo apelado, que las condiciones de giro deben garantizar que los contratos suscritos sean efectivamente pagados para dicho momento. Esto al sostener que:

> A la sazón, se tiene que se la suma de los contratos expuestos en la tabla Excel carpeta 10 del derivado 062, denominada ventas Et. 1, pedida para determinar las vinculaciones atendidas como de punto de equilibrio y poder establecer los valores pagados para cuando se consolidó, esto es, 11 de mayo de 2016 según reza el mismo documento, alcanzó a obtener $15.621.449.724,[80] pesos M/cte., respecto del valor a obtener por ventas suscritas que se estableció en $27.944.700.000,[00]; y a su vez, se advierte del mismo documento, desistimientos que se concretaron en devoluciones en cuantía de $370.288.408,[17] y aplicación de penalidades con destino a Obrasdé por el monto de $323.217.248,[37], lo que en total sería $693.505.656,[54].

193. Sin embargo, como se ha venido sosteniendo a lo largo de este escrito, la obtención de dichos recursos no solo estaba respaldada por dos créditos constructores, según la etapa, de dos entidades financieras distintas quienes, individualmente, valorar la viabilidad financiera de estas condiciones contractuales, sino, también, por el cumplimiento de las obligaciones contractuales de todos los encargantes que suscribieron encargos fiduciarios y/o cartas de instrucciones, tanto con las acreditaciones de las condiciones de giro, como con posterioridad.

194. Es más, la entidad bancaria, luego de revisada la modelación financiera, estableció que el primer desembolso de dichos créditos se requería únicamente de la suscripción de los contratos establecidos en las condiciones de giro y no su efectivo pago, como se puede apreciar en las aprobaciones respectivas que constan en el expediente:

- El primer desembolso está condicionado a:

  - Que Credicorp Capital Fiduciaria S.A FAI Obrasde Andalucía., entregue la licencia de construcción aprobada del proyecto, expedida por oficina de Planeación Distrital o por el Curador Urbano correspondiente.
  - Que el proyecto **Andalucía Etapa 1, Torre 3 y 5**, presente ventas de 133 apartamentos con promesas de compraventa o encargos fiduciarios firmados.
  - Que el proyecto **Andalucía Etapa 1, Torre 3 y 5,**, tenga una inversión en obra de $2.500.000.000 verificada y contenida en un informe por el perito asignado.
  - Que el crédito No.07503036004145828 del proyecto Obra Quince a nombre de Fidubancolombia Fideicomiso P.A. Quince, este cancelado
  - Qué se constituya y se presente a favor de Davivienda la hipoteca en primer grado con su correspondiente certificado de tradición y libertad, donde conste que se registró la hipoteca.
  - Qué el pagare se haya firmado según lo aprobado por Davivienda.

• El primer desembolso deromínado pre operativo se realizará por la suma de Mil Ocho Cientos Millones de Pesos, $ 1800.000.000 pesos m/cte y los desembolsos subsiguientes de acuerdo al avance de obra del proyecto, previa visita a la obra por parte de un representante del Banco y la presentación de un reporte actualizado del estado de las ventas del proyecto. Para proceder al desembolso preoperativo deberá: 1) Certificación de constitución de Fiducia Inmobiliaria "OBRA ANDALUCIA ETAPA 2 TORRES 1,2,Y4,, expedido por CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A. el cual tendrá la titularidad del lote y la administración de los recursos del proyecto donde se recauden las cuotas iniciales, se administren los recursos del crédito constructor y la inversión propia de los socios en el proyecto. 2) Se deberá constituir hipoteca sobre el lote en el que se desarrollará el proyecto , cuyo valor comercial es de Tres mil Cuatrocientos Cincuenta Y Tres Millones De Pesos $3.453. 00.000.000. 3) Instalar una valla anunciando la financiación del proyecto en el lote donde se desarrollara el proyecto OBRA ANDALUCIA ETAPA 2 TORRES 1,2,Y4, teniendo en cuenta el estudio del arte entregado por parte del Banco de Bogotá para tal fin. 4) se deberá contar con una certificación donde se indique que el proyecto tiene un porcentaje de preventas de 180 unidades (60%) lo cual será verificado mediante la presentación de certificado detallado de ventas por parte de la entidad Fiduciaria. 5) El pago del saldo pendiente del lote por valor de $1.779.000.000 sólo se podrá cancelar al final del desarrollo del proyecto, una vez cancelado el 100% del crédito constructor. Esta condición deberá ser verificada en la promesa de compraventa.

195. En efecto, lo que solicitaban las entidades bancarias, luego de su propio estudio de viabilidad del proyecto, era la simple suscripción de encargos fiduciarios, pues si se contase desde un principio con todos los recursos para desarrollar la construcción no sería necesaria la obtención de ninguna asistencia financiera por parte de dichas entidades. Se advierte, además, que las entidades bancarias no asumen el impago de todos los compromisos de pago y, por el contrario, estructurar el crédito bajo la premisa que los deudores -*instruyentes*- van a cumplir su plan de pagos.

196. Por último, es menester recordar que este Proyecto estaba destinado a la construcción de Viviendas de Interés Social (VIS), por lo que requerir que los encargantes con la mera suscripción de los encargos tuvieran que aportar liquidez suficiente para su desarrollo es incompatible con la realidad.

197. Como se sostuvo con anterioridad, es posible prever el incumplimiento **ocasional** de algunos encargantes y establecer salvaguardas para que estos no comprometan la ejecución de las obras. Sin embargo, un incumplimiento desbordado y sistemático de la mayoría de los encargantes va en contra de todas las previsiones de cualquier negocio.

198. En consecuencia, el H. Tribunal debería desechar cualquier responsabilidad derivada de la determinación del punto de equilibrio que le haya sido imputada a Credicorp.

K.2 *Las condiciones de giro pactadas en el contrato de fiducia y la acreditación de su cumplimiento por parte de la constructora.*

199. El cumplimiento de las condiciones de giro se declara de acuerdo con lo expresamente señalado en el Contrato de Fiducia y con la información remitida

por parte del fideicomitente en un momento específico y no pueden nuevamente ser valoradas por cambios posteriores observados en la etapa operativa del negocio.

200. En efecto, para analizar el cumplimiento y la acreditación de las condiciones de giro se debe tener claro que las mismas se acreditan conforme al cumplimiento de una serie de requisitos en un espacio temporal específico y, por ende, no es posible pretender evaluar el cumplimiento de las condiciones de giro si con posterioridad a su acreditación, ocurren hechos que afectan los criterios y elementos que llevaron a concluir que las condiciones se encontraban acreditadas.

201. A modo de ejemplo, si al momento de acreditarse el cumplimiento de las condiciones de giro se cuenta con una licencia de construcción debidamente expedida y, posteriormente, durante la etapa operativa del proyecto se revoca dicha licencia, ello no implica que no se hubiera acreditado el cumplimiento de la condición. Pues bien, es evidente que al momento de acreditarse el cumplimiento dicha condición estaba acreditada. Lo mismo ocurre con la solvencia del Fideicomitente y la obtención del crédito constructor.

202. El anterior análisis encuentra su fundamento en la simple lectura de la definición de las condiciones de giro establecida en el Contrato de Fiducia, pues bien, se les define como los requisitos que, una vez cumplidos, implican el giro de los recursos de los encargos fiduciarios según las instrucciones del Fideicomitente.

203. Una revisión del Contrato de Fiducia demuestra que las condiciones de giro se encuentran pactadas en la cláusula décima del Contrato de Fiducia y consisten en que el Fideicomitente B acredite el cumplimiento de:

Para tener por obtenidas las Condiciones De Giro, será necesario que el Fideicomitente B, de manera separada por cada etapa que conforme el Proyecto, acredite las siguientes:

a. La designación del Interventor.
b. La entrega a la Fiduciaria de la constancia de radicación ante la autoridad distrital o municipal competente, de todos los documentos necesarios para llevar a cabo actividades de anuncio y enajenación de las unidades de vivienda, de la respectiva etapa del Proyecto.
c. La entrega por parte del Fideicomitente B, de un número mínimo de Cartas De Instrucciones, debidamente firmadas por las partes y con la totalidad de los documentos soportes de la información que contienen, cuyos recursos sean suficientes para adelantar la construcción de la respectiva etapa del Proyecto, de conformidad con la certificación emitida por el Gerente, que para la Primera Etapa está determinado en un setenta por ciento (70%) del total de los inmuebles de la respectiva etapa y para Segunda Etapa está determinado en un sesenta por ciento (60%) del total de los inmuebles de la respectiva etapa.
d. La existencia y entrega a la Fiduciaria de la licencia de construcción ejecutoriada y vigente de la respectiva etapa del Proyecto.
e. La certificación de haber alcanzado la viabilidad financiera del Proyecto, con base en los documentos anteriores, suscrita por el Fideicomitente B, y certificada por el Interventor.
f. La entrega a la Fiduciaria de la factibilidad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios necesarios para el Proyecto.
g. La aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, si de acuerdo con la planeación financiera del Proyecto, dicho crédito se requiere.
h. La presentación a la Fiduciaria de las pólizas expedidas por una compañía aseguradora vigilada por la Superintendencia Financiera, constituidas por el Gerente, por los amparos de todo riesgo en construcción cuyo beneficiario sea el Fideicomiso.
i. La entrega a la Fiduciaria del certificado de libertad y tradición de los Bienes Inmuebles en el que conste que la Fiduciaria, como vocera del Fideicomiso, es su única propietaria, junto con un estudio de títulos con concepto favorable del abogado que lo realice, en el que conste que la tradición de los Bienes Inmuebles es jurídicamente viable para el desarrollo del Proyecto, y que sobre los mismos no pesan gravámenes o limitaciones que puedan afectar dicho desarrollo.

El término para el cumplimiento de dichas condiciones será el informado en las Cartas De Instrucciones de la respectiva Etapa del Proyecto que inicie la Fase Preoperativa.

Vencido el plazo previsto en las Cartas De Instrucciones, o el de sus prórrogas si las hubieren pactado, sin que se haya logrado el cumplimiento de las condiciones antes enunciadas, la Fiduciaria procederá a restituir a cada uno de los Encargantes los recursos por ellos aportados, junto con sus rendimientos, si hay lugar a ello.

204. El cumplimiento de las condiciones de giro fue debidamente acreditado por parte

del Fideicomitente B para cada una de las dos etapas. En tal sentido, se aportan los correspondientes documentos en los cuales se acredita que:

204.1. *La designación del Interventor*: Se acreditó con la presentación de comunicado suscrito por el representante legal de Obrasde donde nombra la interventoría técnica y administrativa a cargo de la sociedad Control Maestro Interventoría S.A.S. Esta sociedad durante toda la vigencia del contrato aprobó los desembolsos y la entrega de recursos al constructor, dando fe con ello de la inversión exclusiva de los recursos en la obra. Así mismo el apoderado del demandante en los hechos 16 y 17 declara conocer y aceptar la existencia de la figura de interventor en el proyecto, que si bien no es un requisito expreso de la Circular Externa 029 de 2014 de la SFC fue incluido por la fiduciaria en aras de promover el cuidado de los recursos y la vigilancia de la obra. Ver la carta radicada el 5 de septiembre del 2017.

204.2. *Permiso de enajenación*: La entrega de la constancia de radicación ante la autoridad distrital o municipal competente, de todos los documentos necesarios para llevar a cabo actividades de anuncio y enajenación de las unidades de vivienda, de la respectiva etapa del Proyecto. Acreditado a través de la entrega de la resolución 2916 del 28 de febrero del 2017 en la cual la secretaría de Planeación de municipio de Caldas otorga el permiso de enajenación del proyecto.

204.3. *Cartas de instrucciones*: La entrega por parte del Fideicomitente de un número mínimo de cartas de instrucciones, debidamente firmados por las partes y con la totalidad de los documentos soporte recursos sean suficientes para adelantar la construcción de la respectiva etapa, para la Primera Etapa está determinado en un setenta por ciento (70%) del total de los inmuebles de la respectiva etapa y para Segunda Etapa está determinado en un sesenta por ciento (60%) del total de los inmuebles de la respectiva etapa. Para las fechas de cumplimiento de las condiciones de giro de ambas etapas, las ventas superaban con holgura los dos topes propuestos en el contrato, que fueron verificadas por la fiduciaria revisando las vinculaciones y el comportamiento de recaudo de los encargos vigentes a la época de los hechos. Así mismo se advierte que el proyecto fue muy exitoso en ventas puesto que el municipio de Caldas Antioquia presentaba desarrollos importantes en proyectos de vivienda siendo este el más representativo.

204.4. *Las licencias de construcción*: Acreditados con la presentación de las resoluciones debidamente ejecutoriadas que se adjuntan:

204.4.1. Resolución 110 del 03-10-2015, Municipio de Caldas, urbanización etapa 1 y 2,

construcción etapa 1, permiso venta. ETAPA 1

204.4.2. Resolución 7736 del 28-07-2017, Municipio de Caldas, modifica Res 110 para reacomodar proyecto

204.4.3. Resolución 7737 del 28-07-2017, Municipio de Caldas, licencia de construcción para la etapa b, vigencia de 36 meses (julio 2020) ETAPA 2

204.5. La certificación de haber alcanzado la viabilidad financiera, con base en los documentos anteriores suscrita por el Fideicomitente y certificada por el Interventor

204.5.1. **ETAPA 1:** Se acredita con carta remitida el 22 de abril de 2016 suscrita por el representante legal del Fideicomitente y la Interventoría.

204.5.2. **ETAPA 2:** Se acredita con carta remitida el 5 de septiembre de 2017 suscrita por el representante legal del Fideicomitente y la Interventoría que se adjunta

204.6. La entrega a la Fiduciaria de la factibilidad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios necesarios para el Proyecto: Se acredita a través de carta emitida por Empresas Públicas de Medellín el 14 de enero del 2015 que se adjunta, la carta habla de la disponibilidad de servicios para ambas etapas del proyecto. Se adjunta.

204.7. La aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, si de acuerdo con la planeación financiera del PROYECTO, dicho crédito se requiere.

204.7.1. **ETAPA 1:** Se acredita con la carta del 18 de marzo del 2016 emitida por el Banco Davivienda que se adjunta.

204.7.2. **ETAPA 2:** Se acredita con la carta del 28 de septiembre del 2017 emitida por el banco de Bogotá que se adjunta.

204.7.3. En este punto es importante aclarar que:

- Por ser las financiadoras entidades Financieras vigiladas por la SFC, estas previo al otorgamiento del crédito también realizaron un estudio de conocimiento del cliente en términos de su capacidad y solvencia, las que fueron acreditadas por eso las aprobaciones.

- Por estar ambos créditos bajo la tipología “Crédito constructor” contaban con estándares especiales de cuidado como visitas periódicas de los ingenieros de las entidades financieras que junto al jefe de obra del proyecto verificaban el avance

de este y según estos avances se realizaban los desembolsos de los montos previamente aprobados por ambas entidades.

- Como estuvo claro desde la definición de los componentes del punto de Equilibrio la financiación del proyecto y sus requerimientos de crédito fueron contemplados por cada etapa, sin considerar particularidades por torre, por eso se dejó previsto en este requisito: ***"(…) si de acuerdo con la planeación financiero del PROYECTO, dicho crédito se requiere"***

204.8. La presentación a LA FIDUCIARIA de las pólizas expedidas por una compañía aseguradora vigilada por la Superintendencia Financiera, constituidas por el GERENTE, por los amparos de todo riesgo en construcción cuyo beneficiario sea el FIDEICOMISO. Se acredita con la presentación de las pólizas que se adjuntan:

204.8.1. Póliza Allianz Todo riesgo en construcción: (21 de abril del 2016):

- TOMADOR: OBRAS DE ASEGURADO: Patrimonios Autónomos CCF NIT 900531292-7

- PÓLIZA Y DURACIÓN: del 16 de mayo del 2016 al 12 de abril del 2018

- LIMITE MÁXIMO ASEGURADO: 21.790.786.148

204.8.2. Póliza Allianz Responsabilidad Civil: (21 de abril del 2016)

- TOMADOR: OBRAS DE ASEGURADO: OBRAS DE POLIZA Y DURACCION: del 16 de mayo del 2016 al 12 de abril del 2018

- LIMITE MÁXIMO ASEGURADO: 2.000.000.000.

204.9. *La entrega a LA FIDUCIARIA del certificado de libertad y tradición de los BIENES INMUEBLES*. Se verifica el concepto favorable de la oficina Duque Perez y Echavarría (firmado por el señor Alejandro Duque Perez) el 5 de mayo del 2016, entregando conceptos favorables de los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias números: 423574 y 423576. Para estas fechas, el FAI OBRAS DE ANDALUCÍA ya era propietario de los inmuebles mencionados, así mismo se verificaron los certificados de libertad y tradición de revisados en su momento. Se adjuntan certificados y estudio de títulos.

205. Como consecuencia de lo anterior, y con fundamento en la información debidamente remitida por parte del Fideicomitente B, la Fiduciaria tuvo por cumplidas las condiciones de giro y puso los recursos de los encargos fiduciarios a disposición para el adelantamiento del Proyecto de conformidad con la cláusula duodécima del Contrato de Fiducia.

206. Así las cosas, resulta evidente que, dentro del término dispuesto en el Contrato de Fiducia, y en el encargo para la vinculación suscrito por parte del demandante, se acreditó haber dado cumplimiento a la totalidad de las condiciones de giro.

207. Por lo cual, no hay lugar a reproche alguno por parte del extremo demandante en relación con el debido cumplimiento de las condiciones de giro. Pues bien, como se ha expuesto en detalle, las mismas fueron debidamente cumplidas y su cumplimiento se acreditó ante la Fiduciaria.

K.3 *Las condiciones de giro acreditan la viabilidad del proyecto para el momento de su cumplimiento y las capacidades del fideicomitente para el desarrollo de la etapa operativa.*

208. Como ya se ha dicho, las condiciones de giro pactadas en el Contrato de Fiducia fueron pactadas en los términos normales de mercado, y tenían por finalidad acreditar la viabilidad del Proyecto para el momento de su cumplimiento.

209. En tal sentido, es en atención a las condiciones de giro y la documentación aportada por parte de la Constructora para acreditar su cumplimiento que se puede evaluar la viabilidad del Proyecto, y frente a la cual se aportan actos administrativos que dan cuenta de la idoneidad del Fideicomitente para desarrollar el proyecto inmobiliario. Dentro de los documentos encontramos:

209.1. ***Permiso de enajenación***: La radicación de los documentos necesarios para adelantar las actividades de anuncio y enajenación de vivienda ante la autoridad competente busca asegurar la viabilidad jurídica del Proyecto.

209.1.1. En este aspecto debemos destacar que el permiso de enajenación otorgado por la Alcaldía de Envigado implica, de acuerdo con el artículo 2 Decreto 78 de 1987, el siguiente análisis:

> *"**Artículo 2º.-** Por virtud de lo dispuesto en el presente Decreto, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios ejercerán las siguientes funciones:*
>
> *(…)*
>
> *2. Otorgar los permisos correspondientes para anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles a que se refiere el artículo 2 de la Ley 66 de 1968, previo el lleno de los siguientes requisitos:*
>
> *a. Que el interesado se halle registrado ante las autoridades del Distrito Especial de Bogotá o de los municipios en los cuales proyecte adelantar tales actividades, según el caso, y no tenga obligaciones pendientes para con la entidad que ejerce la correspondiente inspección y vigilancia.*
>
> *b. Que las autoridades distritales o municipales se hayan cerciorado de que la responsabilidad e idoneidad del interesado o de los directores, administradores o*

representantes legales y de los socios son tales que inspiren confianza y que el bienestar público será fomentado al otorgar el correspondiente permiso.

c. Que se haya demostrado por el interesado que posee el porcentaje de capital mínimo exigido por las autoridades distritales o municipales, las cuales conceptuarán igualmente sobre los presupuestos financieros. Las autoridades distritales y municipales, establecerán el porcentaje de capital mínimo, por vía general, para el Distrito Especial y cada uno de los municipios respectivamente.

d. ***Que se haya acreditado la propiedad y libertad del inmueble en el cual se va a desarrollar la actividad****, ante las autoridades distritales y municipales, según el caso, quienes además deben conceptuar favorablemente sobre los modelos de los contratos que se vayan a celebrar con los adquirentes.*

e. Que se haya obtenido de la autoridad respectiva licencia o celebrado contrato para la ejecución de las obras de urbanismo o para la construcción de las viviendas, de conformidad con las disposiciones metropolitanas, distritales o municipales de las localidades donde estén ubicados los inmuebles y otorgado las garantías que establezcan tales disposiciones. Igualmente deberá anexar la constancia de un Ingeniero Civil o Arquitecto cuyo título se halle legalmente reconocido, en la cual se acredite que la obra se ciñe a las licencias aprobadas y que han sido adelantadas de conformidad con un criterio técnico.

f. Que las autoridades distritales y municipales, según se trate, ***hayan verificado la aprobación y vigencia de los planos, licencia de urbanismo o construcción****, reglamento de propiedad horizontal, cuando fuere el caso, y avance de obra en el porcentaje que estimen conveniente.*

g. Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción." (Destaco)

209.1.2. Por su parte, la Ley 962 de 2005 señala los documentos que deben ser aportados para el otorgamiento del permiso de enajenación correspondiente y que los mismos pueden ser consultados por los adquirentes.

ARTÍCULO 71. Radicación de documentos para adelantar actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. El interesado en adelantar planes de vivienda deberá radicar únicamente los siguientes documentos ante la instancia de la administración municipal o distrital encargada de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles contempladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979:

Folio de matrícula inmobiliaria del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, cuya fecha de expedición no sea superior a tres (3) meses;

Copia de los modelos de contratos *que se vayan a utilizar en la celebración de los negocios de enajenación de inmuebles con los adquirientes, a fin de comprobar la coherencia y validez de las cláusulas con el cumplimiento de las normas que civil y comercialmente regulen el contrato;*

El presupuesto financiero del proyecto;

Licencia urbanística respectiva, salvo que se trate del sistema de preventas;

Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción.

Parágrafo 1. Estos documentos estarán a disposición de los compradores de los planes de vivienda en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición.

Parágrafo 2. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de radicar los documentos y los términos y procedimientos para revisar la información exigida en el presente artículo.

Parágrafo 3. En ningún caso podrá exigirse la ejecución parcial o total de obras de urbanización o construcción, según sea el caso, como condición previa a la radicación de documentos de que trata el presente artículo; sin embargo, se deberá atender lo previsto en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 9 de 1989. En el evento que se requiera radicar nuevos documentos o se cambie alguna condición de los ya radicados, la autoridad municipal o distrital no podrá solicitar permiso, autorización o trámite adicional diferente a la simple radicación del nuevo documento." (Destaco)

209.2. *Licencia de construcción*: La existencia y entrega de la licencia de urbanismo (construcción) propende por asegurar la viabilidad jurídica del Proyecto.

209.2.1. Al respecto, se debe destacar que dicha licencia de construcción, acto administrativo, implica el análisis detallado de la idoneidad del proyecto y de quienes lo desarrollarán para lo cual se elaboran múltiples planos, cálculos, diseños en los que se examina la capacidad de los intervinientes en el proceso constructivo y se asumen responsabilidades directas por la obra. Veamos algunos aspectos relevantes:

209.2.2. Ley 388 de 1997:

ARTÍCULO 36. Actuación urbanística. Son actuaciones urbanísticas la parcelación, urbanización y construcción de inmuebles. Cada una de estas actuaciones comprenden procedimientos de gestión y formas de ejecución con base en las decisiones administrativas contenidas en la acción urbanística, de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 17 y demás disposiciones de la presente ley.

Los actos administrativos de contenido particular y concreto en firme que autorizan las actuaciones urbanísticas consolidan situaciones jurídicas en cabeza de sus titulares y los derechos y las obligaciones contenidos en ellas. La autoridad municipal o distrital competente deberá respetar los derechos y obligaciones que se derivan de tales actos.

Son actos administrativos de contenido particular y concreto las licencias de parcelación, urbanización, construcción y demás establecidas por la normatividad nacional.

(…)

***ARTÍCULO 99. LICENCIAS**. Se introducen las siguientes modificaciones y adiciones a las normas contenidas en la Ley 9ª de 1989 y en el Decreto-ley 2150 de 1995 en materia de licencias urbanísticas:*

***Para adelantar obras de construcción,** ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, **y de urbanización**, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, **se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente**. Igualmente se requerirá licencia para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amueblamiento o para la intervención del mismo salvo que la ocupación u obra se ejecute en cumplimiento de las funciones de las entidades públicas competentes.*

La licencia urbanística es el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios.

El otorgamiento de la licencia urbanística implica la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, así como la certificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y sismorresistentes y demás reglamentaciones en que se fundamenta, y conlleva la autorización específica sobre uso y aprovechamiento del suelo en tanto esté vigente o cuando se haya ejecutado la obra siempre y cuando se haya cumplido con todas las obligaciones establecidas en la misma.

Las modificaciones de licencias vigentes se resolverán con fundamento en las normas urbanísticas y demás reglamentaciones que sirvieron de base para su expedición.

(…)

El urbanizador, el constructor, los arquitectos que firman los planos urbanísticos y arquitectónicos y los ingenieros que suscriban los planos técnicos y memorias son responsables de cualquier contravención y violación a las normas urbanísticas, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que se deriven para los funcionarios y curadores urbanos que expidan las licencias sin concordancia o en contravención o violación de las normas correspondientes.

Al acto administrativo que otorga la respectiva licencia le son aplicables en su totalidad las disposiciones sobre revocatoria directa establecidas en el Código Contencioso Administrativo.

El Gobierno Nacional establecerá los documentos que deben acompañar las solicitudes de licencia y Ia vigencia de las licencias, según su clase. En todo caso, las licencias urbanísticas deberán resolverse exclusivamente con los requisitos fijados por las normas nacionales que reglamentán su trámite, y los municipios y distritos no podrán establecer ni exigir requisitos adicionales a los allí señalados.

(…)

ARTÍCULO 101. CURADORES URBANOS. El curador urbano es un particular encargado de

estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción.

La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción.

El curador urbano o la entidad competente encargada de ejercer la función pública de verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito, municipios o en el departamento de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, s erán la entidad encargada de otorgar las licencias de construcción que afecten los bienes de uso bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y previo el concepto técnico favorable de la Dirección General Marítima, Dimar, del Ministerio de Defensa Nacional. La licencia de ocupación temporal del espacio público sobre los bienes de uso públicos bajo jurisdicción de la Dimar será otorgada por la autoridad municipal o distrital competente, así como por la autoridad designada para tal efecto por la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. (…)

209.2.3. Decreto 564 de 2006:

Artículo 1°. Licencia urbanística. Es la autorización previa, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, para adelantar obras de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios; de construcción, ampliación, adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones, y para la intervención y ocupación del espacio público, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o complementen y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno Nacional.

(…)

Artículo 14. Solicitud de la licencia. El estudio, trámite y expedición de licencias urbanísticas procederá a solicitud de quienes puedan ser titulares de las mismas, una vez hayan sido radicadas en legal y debida forma.

Parágrafo 1°. Se entenderá que una solicitud está radicada en legal y debida forma si a la fecha de radicación se allegan la totalidad de los documentos exigidos en el presente decreto, aun cuando estos estén sujetos a posteriores correcciones.

Parágrafo 2°. La expedición de la licencia conlleva, por parte del curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente la práctica, entre otras, de las siguientes actuaciones: ***El suministro de información sobre las normas urbanísticas aplicables al o los predios objeto del proyecto, la rendición de los conceptos que sobre las normas urbanísticas aplicables se soliciten, la aprobación al proyecto urbanístico general y a los planos requeridos para acogerse al régimen de propiedad horizontal y la revisión del diseño estructural****.*

(…)

Artículo 22. Documentos adicionales para la licencia de construcción*. Cuando se*

trate de licencia de construcción, además de los requisitos señalados en el artículo 18 del presente decreto, se deberán aportar los siguientes documentos:

1. Copia de la memoria de los cálculos estructurales, de los diseños estructurales, de las memorias de otros diseños de los elementos no estructurales y de los estudios geotécnicos y de suelos que sirvan para determinar la estabilidad de la obra, elaborados de conformidad con las normas de construcción sismorresistentes vigentes al momento de la solicitud, rotulados y firmados por los profesionales facultados para este fin, quienes se harán responsables legalmente de los diseños y de la información contenida en ellos.

2. Una copia en medio impreso y una copia magnética del proyecto arquitectónico, elaborado de conformidad con las normas urbanísticas y arquitectónicas vigentes al momento de la solicitud debidamente rotulado y firmado por un arquitecto con matrícula profesional, quien se hará responsable legalmente de los diseños y de la información contenida en ellos. Los planos arquitectónicos y constructivos deben contener como mínimo la siguiente información:

a. Plantas;

b. Alzados o cortes de la edificación relacionados con la vía pública o privada escala formal indicada de fácil lectura. Cuando el proyecto esté localizado en suelo inclinado, los cortes deberán indicar la inclinación real del terreno;

c. Fachadas;

d. Planta de cubiertas;

e. Cuadro de áreas.

(…)

Artículo 26. De la revisión del proyecto. El curador urbano o la autoridad encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias, deberá revisar el proyecto objeto de solicitud, desde el punto de vista técnico, jurídico, estructural, urbanístico y arquitectónico a fin de verificar el cumplimiento del proyecto con las normas urbanísticas, de edificación y estructurales vigentes.

Parágrafo 1º. La revisión de los diseños estructurales se hará por un ingeniero civil cuando se trate de diseños estructurales y estudios geotécnicos, cuando se trate de elementos no estructurales la revisión podrá hacerla un arquitecto, un ingeniero civil o un ingeniero mecánico. Los ingenieros civiles, arquitectos y los ingenieros mecánicos que revisen diseños deberán estar acreditados ante la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismorresistentes y cumplir con los requisitos de experiencia e idoneidad que les impone el Capítulo 3 del Título VI de la Ley 400 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 400 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, la revisión de los diseños también podrá hacerla una persona ajena a la curaduría urbana o la oficina pública encargada de estudiar, tramitar y expedir licencias, quien deberá ser profesional y reunir las calidades y requisitos señalados en el inciso primero de este parágrafo.

Quien efectúe la revisión será responsable de la misma y deberá dirigir un memorial a la persona o entidad competente para expedir la licencia donde señale el alcance de la

revisión y certifique que las construcciones propuestas se ajustan a las normas sismorresistentes.

En ningún caso, el curador urbano o el funcionario encargado podrán exigir al solicitante de la licencia, la revisión de los diseños por parte de una persona sin vínculo contractual con el curador urbano o la oficina encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias. Esta revisión externa no exime al curador urbano de la responsabilidad frente a la revisión de los diseños de la respectiva licencia.

El revisor de los diseños no puede ser el mismo profesional que los elaboró, ni puede tener relación laboral contractual o profesional con este, ni con la empresa que tuvo a su cargo la elaboración de los diseños y estudios técnicos.

El alcance y la revisión de los diseños se sujetarán a las prescripciones que para el efecto contienen las normas sismorresistentes vigentes.

Parágrafo 2º. Hasta tanto la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones sismorresistentes determine los procedimientos y mecanismos de acreditación de los profesionales que deben surtir este requisito para realizar labores de diseño estructural, estudios geotécnicos, revisión de los diseños de elementos no estructurales o estudios, y supervisión técnica de la construcción, éstos acreditarán su experiencia e idoneidad ante la entidad o persona encargada de la expedición de licencias, demostrando para el efecto un ejercicio profesional mayor de cinco (5) años, lo cual harán con copia de la matrícula profesional o el instrumento que haga sus veces, donde aparezca la fecha de expedición de la misma y certificaciones del ejercicio de la profesión. Para realizar los diseños de elementos no estructurales o dirección de construcción, los ingenieros civiles, arquitectos y mecánicos se sujetarán al mismo procedimiento pero deberán acreditar un ejercicio profesional solo de tres (3) años.

Parágrafo 3º. El curador urbano o la autoridad encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias deberá verificar que los arquitectos o ingenieros que suscriben los planos que acompañan la solicitud de licencia en calidad de proyectista o de calculista cuentan con matrícula profesional vigente.

Cuando quiera que alguno de los profesionales a que se refiere el inciso anterior se desvincule de la ejecución de la obra, deberá informarlo al curador urbano o a la autoridad encargada de expedir las licencias, quien de inmediato procederá a requerir al titular de la licencia para que informe de su reemplazo." (Destaco)

209.3. *Encargos fiduciarios comercializados*: La existencia y entrega de un determinado número de encargos de vinculación propende por asegurar que el Proyecto cuenta con los compromisos de aporte que de cara a su presupuesto y flujo de caja proyectado son requeridos para adelantar el Proyecto. En este caso, se pactó que sería necesario contar con el 70% de la primera etapa y el 60% de la segunda etapa de las unidades inmobiliarias vendidas.

209.4. La entrega a la Fiduciaria de la viabilidad financiera del Proyecto. Documentos firmados por el Interventor.

209.5. La designación de un interventor tiene por propósito asegurar que un tercero verificará la destinación de los recursos en la etapa operativa del proyecto, junto

con el efectivo adelantamiento del mismo en los términos previstos y bajo los estándares de calidad y seguridad contractual y legalmente exigibles. De conformidad con la regulación sobre la materia.

209.6. La presentación de pólizas expedidas por una compañía vigilada busca asegurar que el Proyecto y el flujo de caja previsto no se verá afectado por circunstancias extraordinarias y que el Fideicomiso pueda responder efectivamente en el evento de la causación de daños a terceros.

209.7. El aporte efectivo de los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto propende por asegurar la viabilidad física y jurídica del Proyecto. La entrega del certificado de Tradición y Libertad del inmueble igualmente propende por asegurar la viabilidad jurídica del Proyecto.

209.8. Finalmente, de requerirse, la aprobación de créditos por parte de una entidad financiera buscaba asegurar la viabilidad financiera del Proyecto de cara a sus fuentes de financiamiento.

210. Así las cosas, resulta evidente que las condiciones de giro pactadas en el Contrato de Fiducia aseguraron que, al menos para el momento de su cumplimiento por parte de la Constructora, que el Proyecto sería viable. Y, además, con la acreditación de las condiciones de giro se corrobora la idoneidad del Fideicomitente (capacidad técnica, financiera y jurídica) para desarrollar la etapa constructiva.

L DEFICIENCIA EN EL ANÁLISIS FACTICO DE LA EXCEPCIÓN DE FONDO LLAMADA CASO FORTUITO FUERZA MAYOR VARIACIONES DE PRECIOS DE MATERIAS PRIMAS

211. No es posible acoger las conclusiones a la que arriba el Juez de primera instancia, desconociendo lo que fue un fenómeno mundial, hechos públicos y notarios que junto con sus efectos no pueden ser desconocidos o demandarse de ellos pruebas específicas en términos de la relación causal a todos los sectores de la economía, especialmente a la construcción de vivienda de interés social.

212. El juez de primera instancia no valoró los medios probatorios tendientes a demostrar las dificultades sufridas en el proyecto, en particular a:

212.1. El informe emitido por CAMACOL y el cual fue allegado como prueba sin ser rebatido por la contraparte;

212.2. La declaración del representan legal de la fiduciaria y de la Liquidadora judicial de la sociedad Obrasdé, donde se dejó claro, que el fenómeno mundial del COVID,

guerras en otras regiones del mundo, estallido social en Colombia ocurridos en los años 2020 y 2021.

213. Dichos eventos, como se demostró en el proceso generó sobrecostos en las materias primas y los valores de venta de las unidades inmobiliarias, que para este caso en particular por ser VIS se encontraban expresadas en pesos, sin indexación en salarios mínimos, como hoy día ocurre, donde los ingresos provenientes de los beneficios tributarios son también una fuente solida de ingresos para la determinación de la viabilidad financiera de esos proyectos, elementos que ni siquiera mereció del Juez de instancia pronunciamiento alguno.

M REPARO RESPECTO DEL RESARCIMIENTO O RESTITUCIONES MUTUAS DE LOS DEMANDANTES

214. Respecto al "resarcimiento", como decidió llamar el Juez, a lo que corresponde a RESTITUCIONES MUTUAS, se expresan motivos de inconformidad porque, para algunos de los demandados, reconoció adicionalmente unas sumas que años atrás habían generado esas mismas sumas de dinero y que habían estipulado a favor de la sociedad constructora, los que en cumplimiento de la estipulación a favor de otro que se perfeccionó y, a cargo de la fiduciaria, fueron giradas a la sociedad constructora, sin que esta conducta puede ser descalificada como lo hace la sentencia, insertando una opinión que carece de respaldo contractual y legal, pues pretendía que la Fiduciaria desconociera la estipulación que se realizó en búsqueda de lo que ocho años después un Juez de la República estima de manera subjetiva que corresponde a un actuar diligente de un fiduciario que debió implementar. Esta forma de reconocimiento adicional la indexación de la misma suma y durante el mismo periodo (rendimientos en el fondo de inversión), genera una doble condena sobre la misma cifra y por el mismo periodo.

215. Adicionalmente, como quiera que los demandantes cesionarios nunca cumplieron con la carga probatoria consistente en acreditar los valores que presuntamente cancelaron por los derechos asociados a las promesas de compraventa, debe tenerse en cuenta que tampoco probaron la efectiva cesión de los derechos derivados de dichas promesas. En consecuencia, resulta improcedente cualquier condena en favor de personas cuya relación jurídica con el fideicomiso no ha sido debidamente acreditada, más aún si invocan derechos económicos que carecen de soporte probatorio suficiente en el proceso.

216. Por otra parte, mi representada rechaza de manera categórica cualquier vinculación, relación o participación directa o indirecta con conductas que pudieran ser tipificadas como captación ilegal de recursos del público, en los

términos del Decreto 1981 de 1988 y el Código Penal Colombiano (artículo 316). Es fundamental precisar que Credicorp actuó dentro del marco legal y contractual aplicable, administrando un fideicomiso debidamente constituido y ajustándose a las certificaciones y controles exigidos por el contrato fiduciario y las normas financieras vigentes.

217. Adicionalmente, es importante reiterar que la figura de captación ilegal de recursos requiere, como elemento subjetivo del dolo, que el sujeto activo conozca los hechos constitutivos del tipo penal, es decir, que tenga pleno conocimiento de que está participando en una actividad de captación no autorizada de recursos del público. En el presente caso, no existe prueba alguna que refleje que mi representada tuviera conocimiento de una presunta captación directa de dineros del público realizada por las demás personas naturales o jurídicas involucradas en el proyecto. Por el contrario, las actuaciones de mi representada se enmarcaron estrictamente dentro de las obligaciones legales y contractuales del fideicomiso.

218. En ningún momento mi representada captó, promovió, indujo ni colaboró en la supuesta captación de recursos del público ni administró fondos fuera de las estipulaciones contractuales, dado que su rol se limitó estrictamente a la gestión fiduciaria bajo parámetros previamente definidos y autorizados. Credicorp gestionó los recursos con base en la información y las certificaciones aportadas por terceros competentes (constructor e interventor), como parte de un proceso regulado y sujeto a estándares fiduciarios.

219. Finalmente, mi representada ha demostrado su compromiso con la transparencia y la diligencia que le exige la Ley en el ejercicio de sus funciones fiduciarias, tomando las acciones oportunas una vez detectadas las irregularidades y cumpliendo en todo momento con sus obligaciones conforme a los marcos regulatorios y normativos vigentes. Las conductas aquí cuestionadas son ajenas a mi representada y obedecen a prácticas llevadas a cabo por terceros fuera del ámbito de control y gestión de la fiduciaria.

220. Pero es que no es posible que por este proceso del consumidor financiero se busque el enriquecimiento de quienes ni acreditaron haber pagado recursos por el producto final, ni tampoco que quienes reciban el beneficio propio de la resolución de un contrato celebrado con una entidad vigilada, mantengan su derecho sobre una promesa de compraventa que ya se encuentra reconocida tanto en el proceso de insolvencia por el que, a través del constructor, como el que avanza el propio patrimonio autónomo.

M.1 *Subrogación u orden de restituciones mutuas derivadas de una eventual condena: en el remoto caso de que el despacho resuelva condenar a la fiduciaria en nombre propio, deberá decretarse los efectos derivados de la restitución de aportes, como, por ejemplo, que el condenado se subrogue en su posición contractual dentro del fideicomiso.*

221. En el remoto evento de que el Despacho considere procedente condenar a la Fiduciaria en nombre propio a pagar en favor de los demandantes cualquier suma de dinero que estos hayan aportado al Fideicomiso, en los términos de los artículos 1.666 y siguientes del Código Civil, deberán proferirse las condenas correspondientes tendientes a las restituciones mutuas derivadas de la devolución de aportes. Condena propia de una resolución del contrato como lo reconoce el Tribunal Superior de Bogotá[29].

222. Entre otras, el estudio de la subrogación en favor de la Fiduciaria respecto de los derechos que los aquí demandantes tienen en el Fideicomiso o cualquier figura procesal semejante que evite que la presente acción se convierta, por un lado, en una fuente de enriquecimiento prohibido por el artículo 16 de la Ley 446, o, por el otro, en unos derechos económicos frente a un fideicomiso sin un titular determinado.

223. En efecto, en el evento de que el Despacho resuelva condenar a la Fiduciaria a efectuar cualquier pago o indemnización a los demandantes tendientes a la devolución de los recursos aportados al Fideicomiso, se le estaría condenando a la Fiduciaria realizar una restitución de recursos que nunca recibió y, además, los demandantes estarían recibiendo unos recursos derivados de una relación jurídica que debe ser resuelta.

224. Por lo tanto, la consecuencia lógica de tal condena deberá afectar el estado de la vinculación de los demandantes respecto del Patrimonio Autónomo quien recibió y utilizó dichos recursos para el desarrollo del Proyecto, subrogando o mediante cualquier otra figura jurídica semejante a la Fiduciaria en los derechos de los acreedores/demandantes o registrando el correspondiente pasivo en la contabilidad de quien, en realidad, recibió los recursos de los demandantes, esto es el Fideicomiso.

225. De esta manera, evitando un enriquecimiento sin causa, por un lado, y un empobrecimiento sin causa, por el otro. O, por lo menos, evitando que la responsabilidad sea una fuente de enriquecimiento y no de reparación integral (artículo 16 de la Ley 446 de 1998).

[29] Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de agosto de 2024, M.P. María Patricia Cruz Miranda.

226. Conforme a lo dispuesto por el artículo 280 del CGP, en la parte resolutiva de la sentencia, además de resolver frente a las pretensiones y excepciones de la demanda, le corresponde al Despacho resolver los demás asuntos que deban ser resueltos para dar una solución de fondo al litigio

227. En consecuencia, y siendo claro que la responsabilidad no puede ser tenida como una fuente de enriquecimiento, en el remoto evento de que el Despacho resuelva condenar a la Fiduciaria en nombre propio, esta entidad fiduciaria deberá subrogarse en los derechos del acreedor (los demandantes) respecto del Fideicomiso.

228. Esto, por cuanto la subrogación es la consecuencia jurídica de encontrarse llamado al pago o devolución de una deuda de una tercera persona, como lo sería en el presente caso el Fideicomiso quien recibió y utilizó los recursos aportados por los demandantes y quien luego, de prosperar el negocio planteado, entregaría rendimientos a los demandantes. Y, por tanto, frente a una resolución del contrato sería el llamado a efectuar la devolución.

229. De no aplicarse el fenómeno de la subrogación, tendríamos que:

229.1. Por un lado, los demandantes recibirían una restitución de la totalidad de sus aportes al Fideicomiso, y a su vez, seguirían teniendo la calidad de partícipes del referido Patrimonio Autónomo con los derechos económicos que ello implica (siguiendo como acreedores del patrimonio autónomo y, eventualmente, recibiendo los rendimientos producto de la explotación o liquidación del patrimonio autónomo). Esto, junto con los derechos por su participación en un eventual desarrollo del Proyecto o venta de este a un tercero.

229.2. Por el otro, se habría efectuado la devolución de los recursos aportados al Fideicomiso, pero dicha operación no se vería reflejada en la contabilidad del patrimonio autónomo y, por tanto, los recursos aportados al fideicomiso no reflejarían a los actuales aportantes. Tampoco se reflejarían los desembolsos derivados del pago de la condena por parte de la Fiduciaria y las consecuencias jurídicas de dicha restitución de aportes.

230. Por lo cual, reitero al H. Tribunal, que, ante una remota condena respecto de la Fiduciaria en nombre propio, la consecuencia de dicho pago y restitución de los recursos a favor de los demandantes deberá ser que la Fiduciaria se subrogue en los derechos que tienen los demandantes respecto del Fideicomiso.

N FALTA DE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL FIDEICOMISO DEMANDADO.

231. Motivo de inconformidad causa que la sentencia no se ocupó en su parte

resolutiva de pronunciarse sobre la responsabilidad de PATRIMONIO AUTÓNOMO, el cual entre otras se encuentra, hoy día admitido al trámite de insolvencia mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2024, el cual se allegara con la sustentación de la alzada como prueba sobrevenida. El anterior reparo se desarrollará al momento de sustentar la alzada.

IV. LA SENTENCIA TAMBIÉN DEBE SER REVOCADA RESPECTO DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

232. En atención a que la Superintendencia Financiera resolvió denegar los llamamientos en garantía formulados contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (en adelante "La Previsora" y LA EQUIDAD SEGUROS O.C. (en adelante "La Equidad"), a continuación, me referiré en síntesis a las razones por las que se debe declarar la prosperidad de los llamamientos en garantía en el presente proceso.

233. El día 18 de abril de 2023, la Demandante presentó una reclamación directa a la Fiduciaria, siendo esta fecha, la primera vez que Credicorp recibió una reclamación en la que se cuestionaban sus deberes profesionales y se solicitaba una compensación monetaria.

234. La reclamación presentada, fue la primera de esta índole y ocurrió durante la vigencia de un contrato de seguro, el cual amparaba la responsabilidad profesional de la Fiduciaria.

235. Con base a esa situación, en el presente proceso se efectuaron los llamamientos en garantía de las aseguradoras, con base en las siguientes pólizas:

235.1. La Póliza de Seguro Manejo Entidades Financieras No. AA054425, emitida por La Equidad, tiene una vigencia entre el 29 de septiembre de 2021 y 31 de diciembre de 2022.

235.2. La Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por La Previsora tiene una vigencia entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023.

235.3. La Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 101243, expedida por La Previsora, tiene una vigencia entre el 29 de septiembre de 2023 y 29 de septiembre de 2024.

236. Las pólizas cubren la responsabilidad profesional de la Fiduciaria en los casos que se presente una reclamación durante la vigencia de la póliza. Como se explicará más adelante, en el presente caso no es procedente la aplicación de una exclusión de responsabilidad sobre hechos conocidos anteriores a la emisión de

los contratos de seguro.

237. Es necesario precisar que el reclamo presentado por la Demandante, se encuentra cubierto bajo la póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, con vigencia entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023 expedida por la Previsora, aseguradora llamada a responder en primera medida por la condena impuesta y, subsidiariamente sería la Equidad la entidad responsable del pago de la indemnización respectiva, en atención al periodo extendido de reporte de 90 días.

238. Por lo anterior, el Honorable Tribunal debe declarar la prosperidad de los llamamientos en garantía y condenar a las Aseguradoras a pagar como consecuencia de la condena que a Credicorp se le imponga.

O INCORRECTO ENTENDIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA SOBRE EL SISTEMA DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PACTADA EN LAS PÓLIZAS DE INFIDELIDAD DE RIESGOS FINANCIEROS NO. 1001231 Y 1002143, EXPEDIDAS POR LA PREVISORA, Y LA PÓLIZA DE SEGURO MANEJO ENTIDADES FINANCIERAS NO. AA054425, EMITIDA POR LA EQUIDAD

239. Al abordar la modalidad de cobertura de las pólizas invocadas por mi mandante, la Superintendencia indicó lo siguiente:

> *"Aclarado este aspecto, ha de tenerse en cuenta que en ambos escenarios, estamos en pólizas cuya tipología de amparo es por reclamos o descubrimiento, -claims made-, por ende, "En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura* ***podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia,*** *en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación."*[30] (Subrayado original)

240. Más adelante concluyó:

> *"Esto sin más traduce a que su amparo puede darse es por vía de reclamación incluso con efecto retroactivo ora por descubrimiento,* ***es decir, cubre los eventos descubiertos en el lapso de su vigencia con independencia que estos sucedan en fechas anteriores incluso para cuando esta fue tomad****a, y, por ende, poco importa la vigencia o no de esta para el momento de la ocurrencia del siniestro, ya que prima, salvo pacto en contrario se haya realizado la solicitud del amparo en su tiempo de vigencia con el lleno de los requisitos exigidos para ello y sobre conductas (siniestros) que claramente no eran de conocimiento del tomador, pues de lo contrario, se termina vulnerando la misma esencia del contrato y se actuaría en contravía del abuena fe*

[30] Pág. 64 del documento "Sentencia Escrita Accede" de fecha 04 de diciembre de 2024, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

contractual"[31] (Se destaca)

241. En su sentencia, la Superintendencia pretende hacer énfasis en el *"descubrimiento"*. No obstante, es necesario precisar que el seguro de infidelidad de riesgos financieros tiene dos grandes secciones o coberturas, las cuales son: (i) riesgos financieros, para la que aplica el sistema descubrimiento de pérdidas durante la vigencia y (ii) responsabilidad profesional, para la que aplica la modalidad de cobertura *claims made*, en el cual se tiene en cuenta las reclamaciones que se formulen.

242. En el presente proceso, la cobertura que se pretende afectar es el amparo de responsabilidad profesional de la Fiduciaria, que cubre las reclamaciones formuladas a Credicorp durante la vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad al inicio de vigencia de la póliza.

243. El entendimiento de la primera instancia sobre la modalidad de cobertura bajo reclamación o "*claims made*" es equivocado y en contra de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997. En efecto, el referido articulo señala lo siguiente:

> *"Artículo 4º. En el seguro de manejo y riesgos financieros y* ***en el de responsabilidad*** *la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero,* ***y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo****, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.*
>
> *Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten."* (Se destaca)

244. La modalidad de cobertura reclamación o "*claims made*" opera, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el siguiente extracto:

> *"Con antelación a esta última reforma, el artículo 1131 del Código de Comercio era claro en señalar que, en materia de seguro de responsabilidad, el siniestro se entendía ocurrido en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, quedando cubierto por la póliza vigente para dicho momento.*
>
> *Sin embargo, a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se límite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que ambos casos se cumpla con la*

[31] Ibidem.

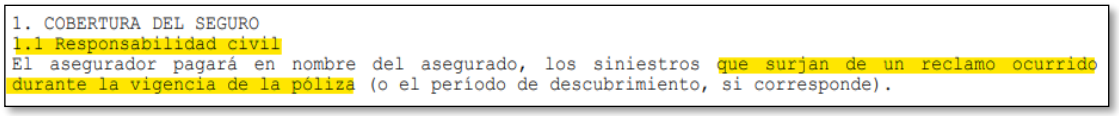
exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención.

Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses ocurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, ***sino también los que se fundamentan en la reclamación (claims made), caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido*** *.*

Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, como lo aduce la recurrente, sino que, por el acuerdo de las partes -prevalido de la legislación sobre la materia-, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el decurso de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta." (Se destaca)

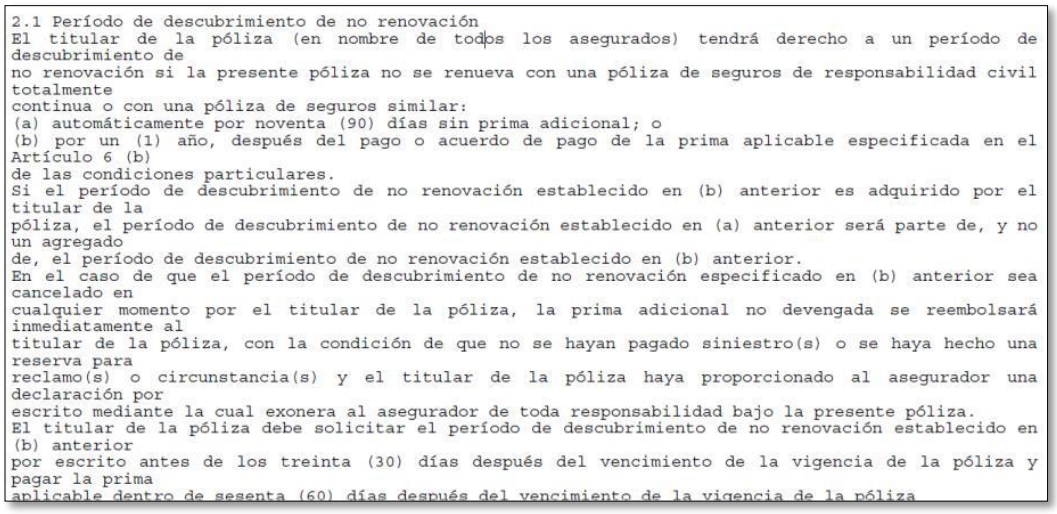
245. En este orden de ideas, no hay ninguna duda que, en los seguros bajo la modalidad reclamación o "*claims made",* el detonante de la cobertura del seguro es el reclamo al asegurado y no, como lo entendió el *a quo* al expresar que "*cubre los eventos descubiertos en el lapso de su vigencia*".

246. A la anterior conclusión también se debía llegar de haber estudiado con atención las pólizas de La Previsora y La Equidad, puesto que, en ambas, pero particularmente en la Póliza No. 1001231 de la primera de las aseguradoras, es claro que se contrató el amparo de responsabilidad profesional o "PI", ubicado en el Certificado 0:


1. COBERTURA DEL SEGURO
1.1 Responsabilidad civil
El asegurador pagará en nombre del asegurado, los siniestros que surjan de un reclamo ocurrido durante la vigencia de la póliza (o el período de descubrimiento, si corresponde).

247. La Superintendencia Financiera en la sentencia señala de manera reiterada en ambas pólizas el apartado de *"o el período de descubrimiento, si corresponde".*

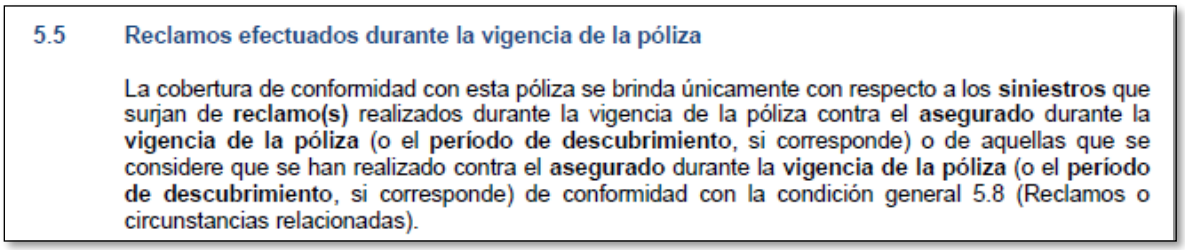
248. No obstante, vale la pena precisar que el periodo de descubrimiento se refiere a un periodo de descubrimiento de no renovación, en el cual el asegurado – Credicorp- podrá poner en conocimiento de la aseguradora durante un periodo de tiempo un reclamo o circunstancia, en el caso de que la póliza no se renueve. De conformidad con la definición contenida en la póliza:



2.1 Período de descubrimiento de no renovación
El titular de la póliza (en nombre de todos los asegurados) tendrá derecho a un período de descubrimiento de
no renovación si la presente póliza no se renueva con una póliza de seguros de responsabilidad civil totalmente
continua o con una póliza de seguros similar:
(a) automáticamente por noventa (90) días sin prima adicional; o
(b) por un (1) año, después del pago o acuerdo de pago de la prima aplicable especificada en el Artículo 6 (b)
de las condiciones particulares.
Si el período de descubrimiento de no renovación establecido en (b) anterior es adquirido por el titular de la
póliza, el período de descubrimiento de no renovación establecido en (a) anterior será parte de, y no un agregado
de, el período de descubrimiento de no renovación establecido en (b) anterior.
En el caso de que el período de descubrimiento de no renovación especificado en (b) anterior sea cancelado en
cualquier momento por el titular de la póliza, la prima adicional no devengada se reembolsará inmediatamente al
titular de la póliza, con la condición de que no se hayan pagado siniestro(s) o se haya hecho una reserva para
reclamo(s) o circunstancia(s) y el titular de la póliza haya proporcionado al asegurador una declaración por
escrito mediante la cual exonera al asegurador de toda responsabilidad bajo la presente póliza.
El titular de la póliza debe solicitar el período de descubrimiento de no renovación establecido en (b) anterior
por escrito antes de los treinta (30) días después del vencimiento de la vigencia de la póliza y pagar la prima
aplicable dentro de sesenta (60) días después del vencimiento de la vigencia de la póliza

249. Razón por la cual, al momento de hacer referencia al período de descubrimiento la póliza aclara dicho periodo opera *"si corresponde",* pues es una situación eventual, que no siempre se aplica y no se refiere como lo quiere hacer ver el *a quo* al conocimiento o descubrimiento de los hechos que dieron origen al siniestro.

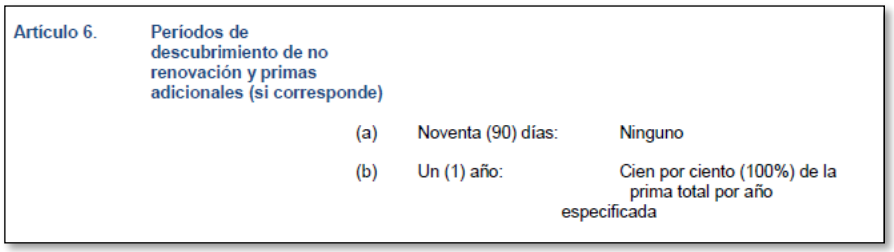
250. En cuanto a la Póliza de Seguro Manejo Entidades Financieras No. AA054425 de La Equidad, sólo basta acudir a los regulado en la cláusula 5.5. de las condiciones del seguro de responsabilidad profesional:



5.5 Reclamos efectuados durante la vigencia de la póliza

La cobertura de conformidad con esta póliza se brinda únicamente con respecto a los **siniestros** que surjan de **reclamo(s)** realizados durante la vigencia de la póliza contra el **asegurado** durante la **vigencia de la póliza** (o el **período de descubrimiento**, si corresponde) o de aquellas que se considere que se han realizado contra el **asegurado** durante la **vigencia de la póliza** (o el **período de descubrimiento**, si corresponde) de conformidad con la condición general 5.8 (Reclamos o circunstancias relacionadas).

251. Que en lo atinente al *"periodo de descubrimiento, si corresponde",* al igual que en las pólizas anteriores, refiere lo siguiente:



Artículo 6. Períodos de descubrimiento de no renovación y primas adicionales (si corresponde)

(a)	Noventa (90) días:	Ninguno
(b)	Un (1) año:	Cien por ciento (100%) de la prima total por año especificada

252. En vista de todo lo explicado, se demuestra que la Superintendencia Financiera se equivocó al haber entendido, que un seguro o amparo de responsabilidad civil se encontraba atada al descubrimiento o un supuesto conocimiento previo de los hechos.

253. Lo cierto, es que el seguro se activa únicamente con la reclamación que el afectado le presenta a la Fiduciaria, sin importar que los hechos que dieron origen a la reclamación sean anteriores.

254. Ello sumado a que no valoró correctamente los condicionados de las pólizas, con los que hubiera podido evidenciar que todas las pólizas operan bajo el sistema de reclamación o "*claims made"* y que la reclamación por parte de la Demandante se encuentra cubierta por el seguro al haberse presentado durante la vigencia de la póliza.

P INDEBIDO ENTENDIMIENTO Y APLICACIÓN DE SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE *"CIRCUNSTANCIAS O EVENTOS CONOCIDOS POR EL ASEGURADO CON ANTERIORIDAD AL INICIO DE VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS"* PACTADA EN LAS PÓLIZAS EMITIDAS POR LA EQUIDAD Y LA PREVISORA.

P.1 *Credicorp no conocía de las circunstancias o eventos que pudieran afectar su responsabilidad profesional*

255. El *a quo* estimó que Credicorp conocía de las circunstancias que generaron su responsabilidad antes del inicio de vigencia de las pólizas de la Equidad y la Previsora Por ende, aplicó la exclusión referente a la ausencia de cobertura por eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia.

256. En las consideraciones del fallo apelado se indica que, para septiembre de 2021, mi mandante tenía conocimiento sobre "*situaciones que claramente podrían dar lugar a reclamos a propósito de su responsabilidad profesional"* porque en el proceso se comprobó que *"el proyecto ya presentaba problemas en su desarrollo, síntomas a verificar por la sociedad fiduciaria (…) que fueron acrecentándose y confluir ya en solicitudes de reintegros de recursos y denuncias de los vinculados para los años 2022 en adelante"*

257. Para sustentar lo indicado previamente, el *a quo* trajo a colación quejas presentadas por los encargantes del proyecto inmobiliario y correos internos de Credicorp, particularmente dos que decían lo siguiente lo siguiente:

Fecha	Contenido
14/10/2020	*Nos llega esta solicitud de comprador del encargo fiduciario en nombre de Alexander Mesa (…) y Sabrina Molina Gallego (…).* *Ellos quieres saber y validar cuál es el procedimiento a seguir con el encargo fiduciario, debido a que no se ha cumplido por parte del constructor la entrega del inmueble. El mismo ya fue cancelado 100%*
23/09/2021	*Por favor ayuda con la actualización de las siguientes obligaciones del FAI OBRASDE ANDALUCIA, el negocio se encuentra en alerta:* - *Avance de obra por parte del constructor e interventor* - *Informe formal del estado de escrituración de Etapa 1 en especial, y las acciones que se han tomado para sacarlo adelante (proyecto inició escrituración desde el 2018)* - *Legalizar los anticipos, desde octubre 2020 no recibimos reportes y al 31-08-2021 tiene por legalizar 11.052.759.431 (remitir Excel y PDF por el portal)*

258. De igual manera, en aplicación del artículo 97 del CGP, tuvo por ciertos los hechos 15, 17 y 18 de la demanda porque, supuestamente, no fueron contestados debidamente, ello a pesar de que en esos hechos no podían considerarse como una confesión presunta porque no tienen una descripción única de tiempo, modo y lugar.

259. No obstante, esos hechos refieren a la ausencia de interventor desde el 2021 e inactividad de la fiduciaria para designar uno, la suspensión del proyecto desde el año 2021 y la rendición de un informe en octubre de 2022 a los encargantes.

260. Frente a lo anterior, vale la pena resaltar que el *a quo* equivocadamente concluye que por el hecho de haber incumplimientos por parte del constructor y de una posible parálisis, Credicorp debía conocer que su responsabilidad como fiduciaria estaba comprometida.

261. Lo anterior, dista completamente de la realidad, ya que para el 2021 no sea habían presentado reclamaciones cuestionando la responsabilidad de la Fiduciaria y no podía Credicorp anticipar que a futuro le sería cuestionada su responsabilidad profesional, pues en todo momento actúo con diligencia.

262. No es tan *"claro"* como lo pretende hacer ver el *a quo* que se iban a presentar reclamaciones en contra de la Fiduciaria, ya que está en ningún momento había contraído obligación alguna relacionada con la construcción, interventoría o promoción. Además, las circunstancias que se conocían para el año 2021 no eran atribuibles a la Fiduciaria.

P.2 *<u>No es posible aplicar la exclusión prevista en las Pólizas No. AA054425, emitida por La Equidad y la No. 101243, expedida por La Previsora</u>*

263. Es decir, el Despacho aplica e interpreta de manera genérica la exclusión, sin tener en cuenta que el hecho conocido tiene dos acepciones (i) ser un hecho relacionado con el riesgo amparado, es decir una circunstancia que pueda generar responsabilidad de la Fiduciaria y (ii) que sea conocida por el asegurado.

264. Ninguna de esas dos condiciones se cumplió en el presente caso, por lo que no estamos ante la existencia de un hecho conocido. Dado que (i) ninguna de las quejas de los encargantes del proyecto inmobiliario estaban dirigidas a reprochar la actuación, diligencia y responsabilidad de Credicorp como fiduciaria, (ii) las comunicaciones estaban dirigidas a conocer el estado del proyecto, cuestionamientos sobre el construcción y en general se circunscribe a cuestiones inherentes al proyecto de construcción y (iii) Credicorp no conocía de hechos imputables a su conducta que pudieran generar un riesgo bajo el contrato de seguro.

265. Luego, ante la ausencia de un hecho conocido, no se puede dar lugar a la aplicación de la exclusión.

266. Adicionalmente, los contratos de seguro nos permiten entender qué se debe entender por *"hecho conocido"*. El primero, según el condicionado Certificado No. 2 – Hoja Anexa 1 de la Póliza No. 1001231 de La Previsora y la condición 6 del clausulado del seguro de responsabilidad profesional de La Equidad, entendiéndose como hecho conocido "*una circunstancia que, a juicio de una persona responsable, puede razonablemente dar lugar a un reclamo contra un asegurado dando lugar a un siniestro que podría ser cubierto por la presente póliza*".

267. Por lo anterior, las quejas o correos internos no pueden dar lugar a que una fiduciaria razonablemente hubiera podido considerar que se podría dar lugar a un reclamo de responsabilidad profesional en su contra. Incluso, ni siquiera la suspensión del proyecto y ausencia de interventor podrían conllevar a esa conclusión.

268. Por otra parte, tampoco hubo un reclamo en los términos definidos en los mismos contratos de seguro, toda vez que, Credicorp antes de la presentación de la reclamación directa por parte de la demandante previa a la presentación de esta demanda no había recibido otra reclamación.

269. Credicorp en ningún momento había recibido ninguna comunicación que buscara compensación alguna o que cuestionara su responsabilidad en los

términos de: *"aviso o denuncia, juicio, demanda recíproca o contrademanda por escrito o documento similar o aviso formal de una orden judicial, citación, solicitud u otro procedimiento legal, civil, administrativo o regulador que se origine o arbitraje, conciliación, o procedimiento de mediación o proceso alternativo de resolución de conflictos que busque compensación, u otra compensación legal o recurso especial, incluido, sin limitación, medida cautelar o compensación o recurso no monetario".*

270. Solo es hasta el 18 de abril de 2023 que mi representada, de conformidad con el hecho 33 de la demanda, recibió una comunicación de los acá demandantes en la que solicitaban "*la devolución de las sumas entregadas por mis poderdantes como encargantes*". Siendo el primer reclamo de esta índole en los términos de las pólizas de La Equidad y La Previsora, por lo cual, la reclamación no fue anterior a la vigencia de los contratos de seguro como erradamente lo sostuvo la Superintendencia Financiera, ya que la misma fue presentada durante la póliza de la vigencia del año 2023.

271. De conformidad con lo expuesto, el *a quo* se equivocó al haber aplicado la exclusión de responsabilidad "*circunstancias o eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia de las pólizas*". Ya que, en los términos de las pólizas, no había un hecho conocido previo a la entrada en vigencia.

272. Así mismo, constituyó un error haber deducido de las quejas, comunicados y correos constituían una situación que tuviera el alcance de comprometer la responsabilidad profesional de Credicorp. En el mismo sentido, hay desacierto al haber considerado que los hechos 15, 17 y 18 no fueron contestados debidamente y aplicó las consecuencias del artículo 97 del CGP.

P.3 *La Póliza No. 1001231 no contempla una cláusula de exclusión de conocimiento previo de las circunstancias*

273. Nótese que la Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por La Previsora tiene una vigencia entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023. (La póliza que cubre la reclamación objeto del presente proceso) no incluye la exclusión como lo pretende aducir la Superintendencia Financiera de Colombia.

274. Al respecto, el *a quo* equipara la cláusula de descubrimiento a una exclusión de eventos conocidos. Sin embargo, es necesario resaltar que la exclusión de eventos conocidos no se encuentra contemplada en la póliza, ya que las únicas exclusiones están previstas en el numeral 4 y en el listado no se contempló una estipulación de esta índole.

275. Por otra parte, la cláusula de descubrimiento es notoriamente ambigua y no puede llegar a ser considerada una exclusión, la cláusula dispone, lo siguiente:

> TODAS LAS SECCIONES – CLAUSULA DESCUBRIMIENTO
> No habrá ninguna responsabilidad con respecto a cualquier pérdida / reclamo –
> (a) que surja de o en conexión con cualquier circunstancias o sucesos que hayan sido notificadas a la Entidad Aseguradora
> de cualquier otra póliza de seguro efectuado antes del inicio de esta Política;
> (b) que surja de o en conexión con cualquier circunstancia o por otros acontecimientos conocidos por el Asegurado con
> anterioridad a la creación del mismo.

276. De la lectura de la estipulación se evidencia que es notoriamente genérica y ambigua al referirse a *"cualquier circunstancia".*

277. De lo anterior, se concluye que (i) no existe una exclusión bajo la Póliza que ampara la vigencia del año 2023, (ii) la Fiduciaria no debe asumir obligaciones imposibles de informar cualquier circunstancia, (iii) los hechos que se presentaron con anterioridad no tenían como fundamento cuestionar la responsabilidad profesional de la Fiduciaria o solicitar una compensación y (iv) tan solo es hasta el 18 de abril de 2023 que la Fiduciaria tuvo conocimiento de estos cuestionamientos.

Q IMPROCEDENCIA DE APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE "CIRCUNSTANCIAS O EVENTOS CONOCIDOS POR EL ASEGURADO CON ANTERIORIDAD AL INICIO DE VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS", PACTADAS EN LAS PÓLIZAS EMITIDAS POR LA EQUIDAD Y LA PREVISORA, DEBIDO A SU INEFICACIA

278. Se pone de presente que la exclusión "*de circunstancias o eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia de las pólizas",* no se encuentra en caracteres destacados o resaltados en forma continua e ininterrumpida después de los amparos, tal y como lo establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 la Superintendencia Financiera.

279. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC2879-2022 (decisión reiterada en sentencia SC098-2023) dispuso que "*en las pólizas de seguro los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, a partir de la primera página de la póliza, en forma continua e ininterrumpida.*" Entendiéndose como la primera página de la póliza el "*folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado*", puesto que a partir de este debe quedar debidamente plasmada la delimitación del riesgo, con las coberturas y exclusiones correspondientes.

280. En este asunto, las pólizas de La Equidad y las de La Previsora, no contienen esa exclusión después de los amparos básicos. La primera, a pesar de que tiene

caracteres destacados, la exclusión se encuentra después de cláusulas como legislación aplicable y jurisdicción, cláusula de control de reclamos, bonificación por no siniestralidad, cláusula de arbitraje y cláusula compromisoria. Esta falencia de gran envergadura provoca que esas exclusiones sean ineficaces y no puedan ser aplicadas al presente caso.

281. Como se indicó anteriormente, en la Póliza No. 1001231no está pactada la exclusión "*de circunstancias o eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia de las pólizas".* En consecuencia, la misma no es aplicable al presente caso.

R LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA OMITIÓ CONSIDERAR EL PERIODO DE RETROACTIVIDAD ILIMITADO O, EN SU DEFECTO, HASTA EL 4 DE JUNIO DE 2012 PACTADO EN LAS PÓLIZAS EMITIDAS POR LA EQUIDAD Y LA PREVISORA

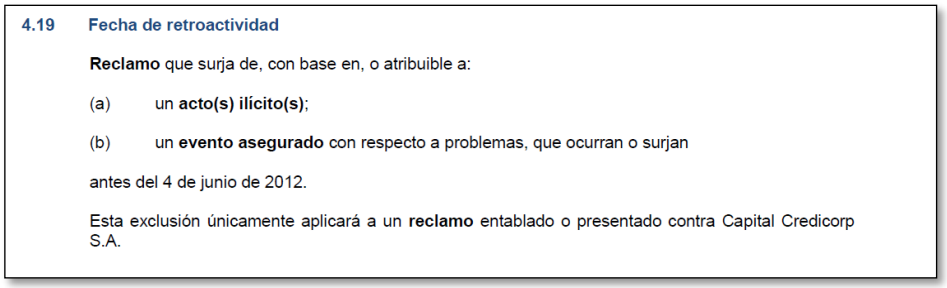
282. El profesor Nicolás Uribe explica con suficiencia el pacto o no de la retroactividad en los seguros que nos ocupan:

> *"los seguros de responsabilidad bajo el sistema por reclamación o "claims made" se pueden otorgar con periodo de retroactividad o sin él. Bajo el sistema por reclamación sin periodo de retroactividad es necesario que tanto el hecho dañoso o acto incorrecto, como la reclamación dirigida con el asegurado o directamente contra el asegurador se verifiquen en vigencia de la póliza, con lo cual es más estricta la delimitación temporal del amparo otorgado. Cuando se concede con periodo de retroactividad será necesario que la reclamación se produzca durante la vigencia del seguro o de la póliza, pero no el hecho dañoso (acto incorrecto) que dé pie o lugar a la reclamación se verifique durante la misma, pues bastará que el mismo haya ocurrido con posterioridad a la fecha máxima de retroactividad pactada. Bajo ese entendimiento se podrán amparar reclamos realizados en vigencia de la póliza, así los hechos que del lugar a los mismos se hubieren producido con anterioridad al inicio del seguro.*
>
> *Es importante destacar que cuando se ofrece cobertura bajo el sistema de delimitación temporal por reclamación con periodo de retroactividad, se incorpora el seguro de responsabilidad una forma de aseguramiento similar al riesgo putativo, pues se terminan cubriendo hechos pasados, pero bajo la condición de que los mismos o por lo menos sus efectos y consecuencias sean desconocidos por el asegurado y no haya debido conocerlos."*[32]

283. En el asunto que nos ocupa, ninguna de las pólizas de La Equidad y La Previsora establecen una fecha de retroactividad especifica, la única referencia de retroactividad es en la póliza de la Equidad en el siguiente sentido:

---

32 TEORÍA GENERAL DEL SEGURO. Los Seguros en Particular. Nicolas Uribe Lozada María A. Brijaldo Acosta. Editorial Temis S.A. 2023. El Seguro de D&O, Nociones Básicas y Problemáticas Vigentes. Pág. 138.



4.19 Fecha de retroactividad

Reclamo que surja de, con base en, o atribuible a:

(a) un **acto(s) ilícito(s)**;

(b) un **evento asegurado** con respecto a problemas, que ocurran o surjan

antes del 4 de junio de 2012.

Esta exclusión únicamente aplicará a un **reclamo** entablado o presentado contra Capital Credicorp S.A.

284. La disposición normativa no es clara, por una parte, podría plantearse que no hay una fecha específica de retroactividad porque no se dice de manera expresa, lo que conllevaría aplicar el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, para concluir que hay amparo "*así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación".* En otras palabras, al no haber una fecha de estructuración, se entiende que se otorgó la protección de manera ilimitada porque así lo dispone la ley.

285. No obstante, si se trata de dar algún sentido a la referencia un evento asegurado con respecto a problemas que ocurran o surjan antes del 4 de junio de 2012, se debería concluir que esa es la fecha de retroactividad, todo lo anterior a esa fecha no tiene amparo.

286. Cualquiera que sea la posición que se adopte lleva a la conclusión que, en el presente asunto, aunque los hechos hayan sido anteriores al inicio de la vigencia de los contratos de seguro emitidos por La Equidad y La Previsora, la retroactividad ilimitada o limitada el 4 de junio de 2012 significa que el evento gozaba de amparo.

287. El anterior análisis no fue realizado por el *a quo*, pues de haber lo hecho hubiera concluido que existía cobertura de las pólizas en virtud de las cuales Credicorp realizó el llamamiento en garantía.

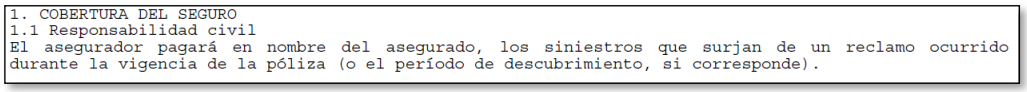
S LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA NO TUVO EN CUENTA QUE EN ESTE ASUNTO EL PRIMER RECLAMO FUE EL EFECTUADO EL 18 DE ABRIL DE 2023.

288. De conformidad con el hecho 33 de la demanda, 18 de abril de 2023, Credicorp recibió una comunicación de los acá Demandantes en la que solicitaban "*la devolución de las sumas entregadas por mis poderdantes como encargantes";* siendo este el reclamo amparado en los términos de la Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por La Previsora, puesto que se dio en su vigencia pactada entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023.

289. Recuérdese que dentro de la definición de reclamo se encuentra el "aviso formal

de una orden judicial, citación, **solicitud** u otro procedimiento legal, civil, administrativo o regulador que se origine o arbitraje, conciliación, o procedimiento de mediación o proceso alternativo de resolución de conflictos **que busque compensación,** u otra compensación legal o recurso especial".

290. En este asunto, la solicitud elevada por los demandantes, a través de su apoderado, constituye un reclamo amparado bajo la cobertura de responsabilidad profesional que está pactada en la modalidad de reclamación o "*claims made*", por lo que, el detonante de responsabilidad es el requerimiento al asegurado. En los siguientes términos se encuentra estipulado el alcance de la cobertura en el mencionado contrato de seguro:


1. COBERTURA DEL SEGURO
1.1 Responsabilidad civil
El asegurador pagará en nombre del asegurado, los siniestros que surjan de un reclamo ocurrido durante la vigencia de la póliza (o el período de descubrimiento, si corresponde).

291. Por lo anterior, como el reclamo ocurrió en vigencia de la Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, la aseguradora inicialmente llamada a responder por los llamamientos en garantía efectuados por Credicorp es La Previsora.

292. De conformidad con lo explicado, se reprocha que la primera instancia no haya analizado la cobertura en los términos esbozados, para así concluir que debía declarar procedentes las pretensiones del llamamiento en garantía contra La Previsora, toda vez que el reclamo se presentó durante la vigencia y no existe ninguna causal de exclusión que opere en el presente caso.

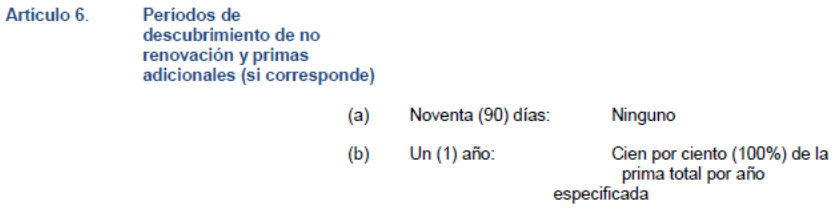
T LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA OMITIÓ CONSIDERAR QUE, ANTE LA AUSENCIA DE COBERTURA DE LAS PÓLIZAS DE LA PREVISORA, DEBÍA ACCEDER AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO A LA EQUIDAD.

293. Debido a que el reclamo se formuló el 18 de abril de 2023, en principio la póliza que se debía afectar era la Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por La Previsora, con una su vigencia pactada entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023.

294. Sin embargo, en el hipotético caso que el reclamo se considere presentado en una fecha anterior, por ejemplo, las quejas presentadas por los encargantes del año 2022, la póliza que debería afectarse es la Póliza de Seguro Manejo Entidades Financieras No. AA054425, emitida por La Equidad, con una vigencia entre el 29 de septiembre de 2021 y 31 de diciembre de 2022 sería la que se tendría cobertura.

295. Al respecto, es pertinente memorar que, si la Delegatura fija el reclamo por las quejas presentadas por los encargantes en la vigencia del contrato de seguro, esta será la aseguradora que deba responder. Sin olvidar que el periodo de descubrimiento o reporte adicional otorga 90 días adicionales sin lugar al pago de prima. Veamos:

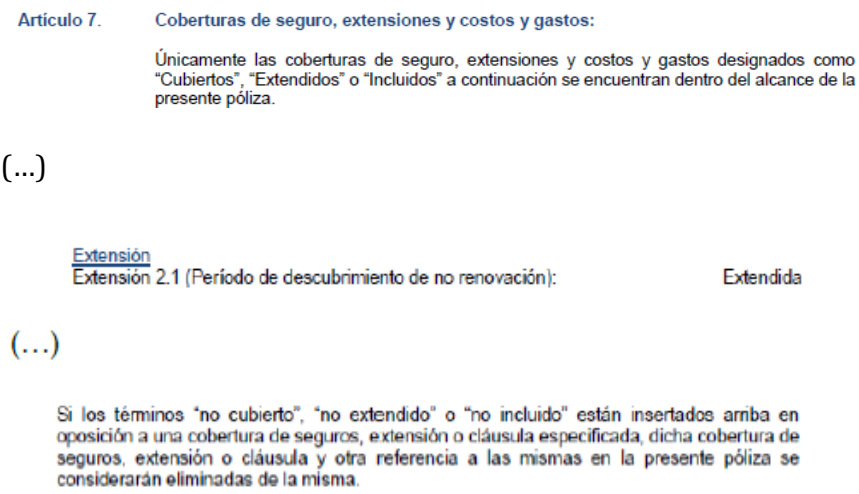
295.1. En el artículo 6 del condicionado se indica lo siguiente:



Artículo 6. Períodos de descubrimiento de no renovación y primas adicionales (si corresponde)

(a)	Noventa (90) días:	Ninguno
(b)	Un (1) año:	Cien por ciento (100%) de la prima total por año especificada

295.2. De igual manera, en el artículo 7 del condicionado de la póliza de La Equidad se señala que el periodo de descubrimiento está "extendido," lo que significa que está cubierto según lo dispuesto en el texto del mencionado artículo al referir:



Artículo 7. Coberturas de seguro, extensiones y costos y gastos:

Únicamente las coberturas de seguro, extensiones y costos y gastos designados como "Cubiertos", "Extendidos" o "Incluidos" a continuación se encuentran dentro del alcance de la presente póliza.

(...)

Extensión

Extensión 2.1 (Período de descubrimiento de no renovación): Extendida

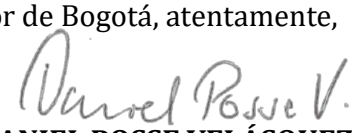
(...)

Si los términos "no cubierto", "no extendido" o "no incluido" están insertados arriba en oposición a una cobertura de seguros, extensión o cláusula especificada, dicha cobertura de seguros, extensión o cláusula y otra referencia a las mismas en la presente póliza se considerarán eliminadas de la misma.

296. Teniendo en cuenta lo anterior, como la vigencia de la Póliza se extendía hasta el 31 de diciembre de 2022, los 90 días del periodo de descubrimiento o notificación adicional por parte del asegurado sin pago de prima, se extienden hasta el 1 de abril de 2023.

297. Por consiguiente, ante un análisis de cobertura implique concluir que hubo un reclamo o aviso de circunstancia antes del 1 de abril de 2023, deberá despacharse favorablemente la pretensión del llamamiento en garantía formulado contra La Equidad.

Del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, atentamente,



DANIEL POSSE VELÁSQUEZ
C.C. n.° 79.155.991 de Bogotá
T.P. n.° 42.259 del C. S. de la J.