

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2021165947-086-000

Fecha: 2023-05-30 12:47 Sec.día 739

Anexos: No

Trámite: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc: 576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE

Remite: 80030-80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES

TRES

Destinatario: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

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 : 2021165947-086-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2021-3183
Demandante : WILLIAM EDUARDO PULIDO TALERO

Demandados : ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. SIGLA ACCIÓN
FIDUCIARIA

Vinculados: “FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2” quien actúa bajo la administración y vocería de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y la señora ADRIANA MARÍA CHAPARRO AFRICANO como beneficiaria de derechos en el mismo contrato.

En atención a lo expuesto en audiencia anterior, y de cara a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 373 del CGP, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profiere la siguiente sentencia escrita.

SENTENCIA

El señor William Eduardo Pulido Talero demandó a la sociedad fiduciaria **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, en busca de que se le “...obligue (...) al reintegro, devolución (\$58.800.000) PESOS M/CTE. Más los intereses, por no haber protegido de manera eficiente, y así cumplir su misión a los fideicomitentes.”.

En síntesis, señala en el libelo, que adquirió el 15 de diciembre del año 2015, derechos fiduciarios en el fideicomiso BD Bacatá, respecto de los cuáles sufragó hasta el 23 de agosto del 2016 la suma de \$58.800.000,00, y que con ocasión al aplazamiento de la entrega del hotel BD Bacatá por parte de acción fiduciaria, del saldo del pago acordado, es decir, el valor de \$25.800.000,00, pidió cancelarlos al finalizar el proyecto, precisamente por ver que no avanzaba, para lo cual se han suscritos otro sí.

Igualmente indicó, que en febrero de 2021 y por los medios de comunicación, se enteró de la entrada a liquidación de BD Promotores Colombia, lo cual no fue informado por Acción Sociedad Fiduciaria y que la

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



obra lleva más de 7 años de retraso sin que, pese a haber hecho la reclamación a Acción Sociedad Fiduciaria haya podido recuperar sus recursos entregados, ya que lo informado como respuesta es que pagara el tanto que faltaba y que acudiera al dr. Revollo quien era el encargado de los fideicomitentes en el proceso de la liquidación de la empresa, sin embargo, esta persona le recomendó buscar un abogado y todo lo contrario de lo que le informó acción fiduciaria, (derivado 000).

Por auto admisorio del 18 de agosto de 2021, (derivado 018) se dispuso vincular al Fideicomiso Bacatá Hotel Fase 2 quien actúa bajo la administración y vocería de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y en audiencia del 26 de enero de 2023, se vinculó a la señora ADRIANA MARÍA CHAPARRO AFRICANO como beneficiaria de derechos en el mismo contrato, (derivado 080).

Notificada la pasiva y las vinculadas procedieron así:

Se presentó escrito conjunto de contestación por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, en nombre propio y en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2, por medio del cual pidió fueran declaradas probadas las excepciones *"FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA - LA DEMANDANTE NO TIENE RELACIÓN CONTRACTUAL CON ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. A TÍTULO INSTITUCIONAL SINO CON EL FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2."*, *"DEBIDO CUMPLIMIENTO A LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN POR ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2."*, *"LA PARTE INCUMPLIDA NO PUEDE SOLICITAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS DEMAS CONTRATANTES."*, *"LA SOLICITUD DE TÉRMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2, Y SOLICITUD DE REINTEGRO DE APORTES, SE ENCUENTRA A CARGO DEL FIDEICOMITENTE Y NO DE ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. EN NOMBRE PROPIO Y COMO VOCERA DEL ALUDIDO FIDEICOMISO."*, *"ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., NI A TÍTULO PERSONAL, NI COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA PATRIMONIO AUTÓNOMO, GARANTIZA O GARANTIZÓ LA RECUPERABILIDAD DE LOS RECURSOS APORTADOS POR LA ACCIONANTE."*, *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR PARTE DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. A NOMBRE PROPIO Y EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2"*, *"NI EL FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2, NI ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., TIENE(N) LA CALIDAD DE PRODUCTOR, PROVEEDOR O EXPENDEDOR – AUSENCIA DE CALIDAD DE CONSUMIDOR DEL DEMANDANTE"* y *"CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR"*, (derivados 025 y 026, se pone de presente que los anexos tenían link temporal que impedía su ingreso, situación saneada el día de la audiencia del 19 de mayo de 2023 conforme obra en grabación a derivado 084 y cuyos elementos de pruebas se volvieron a adjuntar a derivado 085).

A su turno la vinculada, señora ADRIANA MARÍA CHAPARRO AFRICANO, en audiencia del 26 de enero de 2023 se tuvo por notificada del proceso, concedió poder a la misma abogada del demandante, coadyuvo la demanda y renunció a términos, (derivado 080).

CONSIDERACIONES

Verificada la existencia de los presupuestos procesales, y siendo competente conforme los artículos 57 y 58 de la Ley 1480 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, a resolver en derecho la controversia aquí suscitada.

AUSENCIA DE LA RELACIÓN DE CONSUMO. - NI EL FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2, NI ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., TIENE(N) LA CALIDAD DE PRODUCTOR, PROVEEDOR O EXPENDEDOR – AUSENCIA DE CALIDAD DE CONSUMIDOR DEL DEMANDANTE.

Sostiene la pasiva que no tienen la calidad de productor, proveedor y/o expendedor, pues no es de “...su cargo las actividades propias del desarrollo del proyecto...”, luego “...carecen de legitimación en la causa por pasiva en el presente proceso, puesto que las acciones de protección al consumidor están reservadas para ser aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor, parámetros que no se acreditan en la presente acción con respecto a mi representada.”.

Igualmente indica, que “...de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, es consumidor financiero 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 usuario.** (Subrayado y negrilla fuera del texto).” y trae a colación los conceptos que en este sentido han sido emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Entonces de lo referido es palpable que se trae a colación, por un lado, las definiciones de proveedor y/o productor y por el otro, la teoría de consumidor final, ambos en sustento de la Ley 1480, y como quiera que en su sentir no se cumple con dichos criterios en este tipo de mercado y al no tener tales condiciones, ello deslegitima el presente proceso.

Pues ha de señalarse de entrada que tales hipótesis que no tienen asidero en este asunto de raigambre especial, concreta y específica dado el escenario financiero que está regido en primer término por las normas especiales, y en lo allí no regulado, en las generales conforme su especificidad, especialidad y jerarquía.


En efecto, lo primero a referir es que las nociones a que hace mención la pasiva, deben ser analizadas en el contexto debido y de cara al tipo de negocio llevado a cabo, esto es, que las aplicables a este litigio como las de **productos y servicios, contratos de adhesión, queja o reclamo y entidades vigiladas**, así como la condición de **consumidor financiero**, que no tratan de la regla general de consumidor, son las previstas en la norma aplicable a este tipo de escenario y que se traen en la Ley 1328 de 2009, regulación que prevé son: “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.**” y “h) **Entidades vigiladas: Son las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.**”, (negrillas ajenas al texto).


Y por otro lado, de cara a la noción de consumidor, señala el precepto normativo que incluso, no en todo consumidor cuenta con una relación contractual general, pues trae clasificaciones que dan paso a entender como consumidor dada su calidad de usuario en la prestación del servicio sin existir contrato, al

 @SFCsupervisor

 Superintendencia Financiera de Colombia



 Superintendencia Financiera de Colombia

 superfinanciera

punto y en lo que corresponde a este escenario financiero dice la norma, “d) **Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.**”.

Posteriormente se dice, “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.; y 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.”, (art 2º Ley 1328 de 2009).

Y en su objeto se señala “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.**”, (art. 1º ib., resaltado ajeno al texto).

Consecuencia de lo anterior, es evidente que la parte actora y la pasiva, de cara al negocio materia de discusión, contrato de fiducia que es de raigambre financiero y materia de estudio, sí tienen la condición de un lado de consumidor y del otro de vigiladas y prestadoras de un servicio financiero que es en últimas de donde debe verificarse brota o no la responsabilidad que aquí se endilga, y en dicho contexto cuentan con capacidad de ser parte procesal (art. 53 del CGP.) en este litigio, los primeros en aras de defender su patrimonio como consumidores financieros lo cual por Ley les asiste ese derecho, y lo segundos, al ser entes vigilados y regulados por la Superintendencia Financiera de Colombia de cara al objeto social que se les permite realizar por el Estado dada la autorización que fuere emitida en este sentido.

Para hondar en razones, han decantado la doctrina y jurisprudencia, sobre el Patrimonio Autónomo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de agosto de 2005, Exp. N. 1909): “...el PA no es un atributo de la personalidad sino un conjunto de bienes destinados a satisfacer las necesidades de su titular. En consecuencia, además de un patrimonio general existen patrimonios especiales constituidos por bienes afectados a un fin determinado. Y esos patrimonios especiales han recibido diferentes denominaciones: patrimonios autónomos (Rodríguez Azuero), patrimonios de destino, (Domínguez Martínez), patrimonios separados (Pigliatti), patrimonios de afectación (Lepaulle). Pese a las nomenclaturas y las distinciones doctrinales que se hacen de cada una de las categorías conceptuales mencionadas y que aquí se tratan indistintamente, lo cierto es que esos patrimonios especiales, afectados o separados se caracterizan porque necesitan una norma jurídica que los cree en la medida que representan una excepción al principio general de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores; son independientes del patrimonio general y, como última característica, sólo responden por las obligaciones contraídas con ocasión de la finalidad perseguida”.

Es así que la figura del patrimonio autónomo la vemos consagrada de manera expresa en el Código de Comercio, cuando se regula el contrato de fiducia mercantil y exigida en el EOSF, en condiciones generales para que en desarrollo del contrato de fiducia el fideicomitente entregue uno o más bienes a una sociedad fiduciaria llamada fiduciario, esta su vez los administre y enajene a favor de un beneficiario de acuerdo con la finalidad dispuesta por el fideicomitente (artículo 1226), bienes entregados que deben mantenerse separados del resto de su activo y que forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo (artículo 1233).

En consecuencia, este PA en el marco del derecho mercantil y durante un período limitado de tiempo, esto es, hasta que se realicen plenamente los fines respectivos, se cumpla el plazo o la condición correspondientes o no se verifique la ocurrencia de alguna de las causas de extinción, está ligado y atado a las actividades dispuestas para cumplir su fin y que son dirigidas por un fiduciario que se traduce en la misma sociedad fiduciaria, lo quiere significar que su prestación y existencia surge para la prestación de

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



un servicio específico, el cual como lo estipulan el art. 57 de la Ley 1480 y el art. 24 del CGP es conexo a la actividad, evento que habilita la competencia de esta Delegatura.

Por demás, como fuera previamente esbozado, la Ley 1328 de 2009 en su artículo 2º literal señala que presta un producto y servicio considerado financiero y por ende de vigilancia de esta SFC., ya que reza “...*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.*”, actividad de fiducia regulada por la normatividad financiera.

Igualmente, su artículo 35 ib., que modificó el artículo 3º del EOSF., dispuso: “*Sociedades de Servicios Financieros. 1. Clases. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, (...) las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad.*

2. Naturaleza. Las sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras.”.





Y el artículo 11 del EOSF dispuso: “*Para los anteriores efectos, se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, independientemente de la forma de organización que se adopte, de la calidad o no de comerciante de quien la desarrolle o de que los actos que se realicen sean o no catalogados como mercantiles. En tal sentido la empresa puede ser desarrollada mediante diversas figuras jurídicas, tales como fiducia mercantil, consorcios, uniones temporales, ‘joint venture’ y empresas unipersonales.*”.

Por tanto, de la prestación del servicio que se efectúa por medio del fideicomiso y que además está regulado como de naturaleza mercantil, no puede existir duda alguna que el patrimonio autónomo y la misma Sociedad Fiduciaria realizan sus actividades autorizadas dentro de un marco legal permitido por el Estado y cuya autonomía no es absoluta dada la actividad de interés público que ejercen, por ende, el contrato al estar considerado como financiero como ocurre con el de fiducia mercantil, es sujeto a las reglas de competencia del artículo 57 de que trata la Ley 1480 de 2011 para que esta Delegatura conozca del litigio.

Incluso sobre el punto, tanto las Cortes Constitucional como Suprema de Justicia en materia Civil e incluso el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil ilustraron:

*“..En esta medida, la Ley 1328 de 2009, ‘Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones’, al consagrar la definición de consumidor financiero, **no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución, pero con las connotaciones ya esbozadas en acápite anteriores.***

*Sin embargo, los componentes de desigualdad y asimetría, advertidos por esta corporación en punto a los extremos de negocios, con fundamento en los postulados del artículo 78 superior, **no suponen una aplicación diferenciada frente al consumidor nato o al calificado, como para entender excluidos de la noción de consumidor, a actores de una u otra condición o característica, por eventuales supuestos de igualdad y/o correspondencia en la relación de consumo, dado que lo importa y trasciende***

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario.”, (Sent. C-909 de 2012, resaltados ajenos).

Y concluye “...Reitera la Corte que, así como la libertad económica plantea alcances, limitaciones, obligaciones y controles de parte del Estado, en función del interés general, también en esta esfera de intervención se ubica el consumidor de bienes y servicios por sus vínculos cotidianos con las diversas actividades del mercado, requiriendo para ello protección constitucional y legal, ante las desigualdades surgidas de la relación en que participa.”.

Por su lado en Sentencia SC-2879 de 2022 se dijo, “En sentencia C-909 de 2012 la Corte Constitucional dilucidó el concepto de consumidor para efectos de su protección constitucional y legal, entendiéndolo como «(i) el 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». Esta concepción fue adoptada por el Estatuto del Consumidor, que reconoce además la existencia de una pluralidad de actores en los distintos sectores de la economía, **que al vincularse en la búsqueda del producto o servicio específico serán «un consumidor determinado y calificado», como sería el consumidor financiero.**

(...) En la misma sentencia C-909 de 2012, señaló la Corte Constitucional que la Ley 1328 de 2009, al consagrar la definición de ese 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», consumidor financiero que puede ser nato o calificado, pues «lo que importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario.”, (resaltado ajeno al texto).

Por su lado, pero no menos importante, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial expuso:

Entre las varias reglas del contrato de fiducia mercantil (arts. 1227 y 1238 C.Co), cumple subrayar ahora que el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, pero sí tiene una especie de “capacidad” para que en su representación se puedan adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, para realizar actos o negocios de manera similar a los sujetos de derecho, para ser demandante o demandado, con la representación del fiduciario, quien debe llevar su vocería judicial y extrajudicial (arts. 1234-4 del C.Co., 53-2 y 54 del CGP).

Y añadió:

El estatuto mercantil previó que solamente “*los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios*” (art. 1226, inciso final), origen legal de una especial clase de entidad financiera, en su modalidad de servicios financieros y distinta de la banca tradicional: la sociedad fiduciaria, que puede ubicarse en el sistema de banca especializada, donde las instituciones de ese linaje tienen actividades distintas y especializadas, al contrario del sistema de multibanca, en que una sola entidad ejecuta diversas actividades.

En ese contexto, los contratos de encargo fiduciario y de fiducia mercantil, como variantes de los negocios fiduciarios, son mercantiles, pero también de linaje financiero, pues explica el profesor Rodríguez Azuero, si bien no pareciera llenar los requisitos de una operación pasiva bancaria típica, ni de una labor de intermediación crediticia, porque hay ciertas limitaciones en cuanto al manejo o administración de los bienes, de acuerdo con el contrato y la ley, como la actividad del fiduciario “*se circunscribe al cumplimiento de ciertas instrucciones de su cliente, es que resulta necesario estudiar este contrato como uno de los que anteceden la realización de operaciones neutras o complementarias, típicos servicios financieros de gestión*”⁸.

Para determinar que “...ninguna duda hay en cuanto a que la demandada es vigilada por la Superfinanciera, precisamente porque realiza actividades financieras o presta servicios financieros, tópico este que no tiene discusión alguna.

En conclusión, el contrato fiduciario (...) tiene carácter financiero, y quienes hacen parte del negocio, como los beneficiarios de área, entre otros, tienen la calidad de consumidores financieros frente a la fiduciaria, a términos del antedicho art. 2 de la Ley 1328 de 2009, entendido como ‘todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas’...”, (Proveído del 11 de septiembre de 2019, Rad. 11001 22 03 000 2019 1261 – 00 Exp. 4795, negrillas ajenas al texto).

Entonces, no hay y puede existir algún manto de duda respecto de la competencia de esta Autoridad para dirimir el litigio, ya sea en atención a la calidad de las partes, de cara al producto y/o servicio ofrecido por la entidad vigilada, por la actividad que es considerada financiera, ora por la calidad de la sociedad fiduciaria de vigilada y la cual no puede ser desligada del Fideicomiso, más aún cuando son personas con capacidad legal distinguida, sino también que por vía de interpretación legal y contractual, conforme

incluso su estudio ya se dio por los órganos de cierre en materia Constitucional, Civil y cuya tesis acogió el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil.

Súmase que “*El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad **que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año.***”, (Sent. C-005 de 1996, resaltado ajeno al texto).

Por ende, tendríamos que la Ley 1328 de 2009 “*...Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.*”, la cual en su artículo 1º de objeto y ámbito de aplicación, señala “*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.***”, (resaltados ajenos); confrontándose con la Ley 1480 de 2011 “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.*”, es decir, una habla de regulación financiera así como de los principios y derechos del consumidor financiero, y la otra sobre las reglas del consumidor en general, y al ser este el escenario específico en materia financiera es deber aplicar conforme lo dice la normativa la regla especialísima en este caso, la cual en su definición es más amplia de cara a la definición de consumidor.

Y es que tiene su razón de ser si en cuenta se tiene que aquí no hablamos de productos, servicios y/o bienes no perecederos o perecederos con o sin garantías, sino de aquéllos intangibles como lo son los contratos en materia financiera respecto de los cuales por su propia esencia buscan un beneficio patrimonial en no muchos de los casos sino en todos a favor del cliente, tal y como sería a modo de ejemplo los mercados de valores, de inversión como es este caso, de obtener réditos como sucede con los productos de depósito (cuentas de ahorro, CDT, etc.), entre muchos más, y tratan de un mercado de naturaleza especial por ser considerado de intereses público (arts. 78 y 335 del C. Pol.), dada la captación masiva de recursos del público, lo que supone una regulación especial como en efecto se tiene, (Ley 45 de 1990 y DECRETO LEY 663 de 1993 Estatuto del Consumidor Financiero, Decreto 2555 de 2010, Ley 1328, entre otras disposiciones).

Además, ha de recordarse de cara a esta concepción clásica de consumidor final, que del “*...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.).*”, (resaltados ajenos al texto, Sent. C-909 de 2012.).

Pero por si fuera poco pasa por alto el efecto que tendría la tesis sostenida como excepción, ya que de acogerse no permitiría ninguna utilización del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 frente a productos

financieros en el contexto anterior, ya que no habría y no podría existir por la misma esencia del mercado financiero un acople con la definición de consumidor final de que trata la Ley 1480 de 2011.

Ahora de dar gracia a cualquier discusión, habría de aplicarse la interpretación más favorable al consumidor, principio *pro consumitore*, luego al tener dos disposiciones con definición de consumidor y resultar una restrictiva y la otra más benéfica, la segunda debe prevalecer, y en todo caso, no sobra recordar que “...si una norma admite diversas interpretaciones, **es deber del intérprete preferir aquella que más garantice el ejercicio efectivo de los derechos; en aras de preservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador.** (...) Pero, en caso contrario, es decir, cuando la interpretación dada por el juez ordinario se aparta de los citados principios y derechos constitucionales, tal decisión se introduce en el terreno de la irrazonabilidad tornando procedente el amparo tutelar...”, (Cfr. Trib. Sup. de Bogotá, Sala Civil, proveído del 20 de agosto de 2015, Exp. No. 11001 31 03-013-2012-00466-01, MP. Julia María Botero Larrarte, que a su vez cita a la Corte Constitucional, Sentencia SU-1185 de 2001, referida en la Sent. T449 de 2004. MP. Rodrigo Escobar.), máxime si hablamos de un derecho de rango constitucional e incluso fundamental que no es de poca monta, como resulta de acceder a la administración de justicia, (art. 229 C. Pol.) y obtener por medio de aquél el derecho y acción especial prevista en la Ley, una la tutela jurídica efectiva, (art. 2 del CGP.).


Y valga aclarar que por hacer uso de las normas de la Ley 1480 se esté diciendo o si quiera insinuando que esta norma tienen un efecto respecto de las disposiciones contenidas en la Ley 1328, nada más alejado de la realidad que este supuesto, pues cuestión diferente resulta que en aplicación de las reglas especiales del contrato y normas del consumidor en materia financiera y en lo allí no previsto o para mejor proveer, se acuda a la reglas del consumidor generales, Ley 1480 entre otras, lo cual no es nada novedoso, pues mismo escenario ocurre cuando se acude en los contratos a las Leyes especiales, si son mercantiles al Código de Comercio sea en su parte especial ora en su parte general, y si allí no se advierte la regulación aplicable o se requiere más fundamentación se acude a la norma civil, (art. 822 del C. de Co.).

En otras palabras, verificada la Ley 1328 de 2009 por vía de regulación del consumidor financiero es posible acudir sea por vacíos ora para mejor proveer a la Ley 1480 de 2011, aspecto que para nada es contrario a derecho, pero ello en modo alguno implica acompasar ambas normas como si fueran una sola, que no lo son como quedara expuesto, menos entender alguna vía de derogatoria tácita por ser la Ley 1480 posterior y de paso sea señalarlo no cumplir con las reglas que este concepto exige, para entrar a interpretaciones por demás restrictivas a propósito de las cuales debe prevalecer la norma especial, en su defecto la más razonable y benéfica al **consumidor financiero** y al final de cuentas aquella que le permita y facilite el acceso a la administración de justicia y no la que le restrinja.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - LA DEMANDANTE NO TIENE RELACIÓN CONTRACTUAL CON ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. A TÍTULO INSTITUCIONAL SINO CON EL FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2.

Se duele la demandada en nombre propio, toda vez que “...*brilla por su ausencia en el presente asunto...*” la relación contractual que se tenga con esa sociedad fiduciaria como institución, toda vez que “...*el aquí demandante WILLIAM EDUARDO PULIDO TALERO suscribió el contrato de vinculación con el FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2, cuya vocera y administradora es ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., pero nunca con ésta última como sociedad a título institucional.*”.

Y es que sustenta la defensa en que “...*ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. no hizo parte ni se obligó con la parte demandante en el contrato de vinculación, pues como se indicó en los párrafos precedentes su participación en el mismo obedece a su calidad de FIDUCIARIO vocero y administrador del patrimonio*

 @SFCsupervisor



Superintendencia Financiera de Colombia



Superintendencia Financiera de Colombia



superfinanciera



autónomo denominado FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2, encontrándose categóricamente probada la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y PASIVA frente a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”.

Para desechar esta defensa por la vía de legitimación por activa, basta con recordar que el aquí demandante y la vinculada tienen la calidad de beneficiarios, al ser esto pacífico, tal condición da como resulta que tienen un interés directo, legítimo y actual de cara a la condición en comento que se traduce en una estipulación para otro, artículo 1506 del Código Civil, la cual les faculta el demandar lo estipulado a su favor y los derechos que le surgen al aceptar esta estipulación conforme lo previsto en el numeral 1° del artículo 1235 del Código de Comercio, tesis que se ha adoptado por esta Delegatura no en pocas ocasiones y que por demás se encuentra fundada para este tipo de contratos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha sido reiterada por esa misma colegiatura en decisiones recientes, para ello se puede acudir a las Sentencias Civil del 1° de julio de 2009, Rad. 11001-3103-039-2000-00310-01, SC5175-2020 y SC530 de 2021 entre otras.

Al pasar a la presunta ausencia de legitimación por pasiva, basta para desechar esta excepción el reiterar como ha sido expuesto en el desarrollo del proceso, que es la conducta de la sociedad fiduciaria de cara a su prestación del servicio y como administradora y vocera del fideicomiso BD Bacatá Hotel Fase 2 la que aquí ha de verificarse, esto es, las establecidas contractualmente (art. 1602 C.C.), las exigidas legalmente de cara al contrato y su servicio dada su actividad de profesional, experto y la captación de dineros considerada de notorio interés público, -arts. 1234 del C. de Co. y siguientes, las predicables por el ejercicio de la administración de dineros ajenos, art. 63 CC y concordantes, las de la prestación de sus servicio a los consumidores financieros, Ley 1328 y Ley 1480 en lo pertinente, las demás que debió observar “...previstas en esta ley [1328], las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.”, según lo indica el literal u) del artículo 7° de la Ley 1328-; y las de reglas de conducta esperadas no de un buen padre de familia sino un buen hombre de negocios que implican la previsibilidad en toda su gestión y exigen racero de diligencia mayúsculo (Sent. SC 2879 de 2022 entre otras), máxime si conforme lo señala el artículo 1243 del C. de Co., “...El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”, aspecto que adelante se ahondará.

Y es que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil lo ha decantado de antaño y recientemente es criterio pacífico, pues indicó que dada la naturaleza del contrato “...El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, **la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes**¹, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[e] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...”, (Sent. SC2879 de 2022), ya que esta “...Obligación que se ha entendido en cabeza de la fiduciaria, en causa propia, tal como lo indicó esta Corporación recientemente en sentencia CSJ SC5430-2021²” (Sent. SC3772 de 2022).

¹ CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

²“«...es claro que la fiduciaria no era una convidada de piedra en punto a la verificación de que el patrimonio autónomo estuviese integrado en su totalidad antes de que se iniciara la fase operativa del proyecto, pues con independencia de que en las cláusulas contractuales no se haya impuesto de manera específica esa obligación, es evidente que en su calidad de administradora profesional en este tipo de negocios, estaba compelida a realizar con diligencia todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, que, naturalmente, incluían la completa composición del patrimonio autónomo, como garantía de seriedad frente a todos los vinculados al proyecto inmobiliario».”.

Además, recuérdese, en palabras de la Honorable Corte Constitucional, que “...*en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad*”, (Sentencia C-123/06).

Es aquí como para concluir ha de decirse que, la responsabilidad ha de surgirle como sociedad fiduciaria y en nombre propio de encontrarse comprobado extralimitó sus funciones ora omitió sus deberes legales e indelegables, lo que de suyo da por contera si tiene un interés legítimo, jurídico y actual de ser llamado al resarcimiento de los posibles perjuicios que aquí se invocan, la pérdida patrimonial del actor y la vinculada de cara al contrato de fiducia inmobiliaria en sus etapa de constitución, desarrollo o ejecución y liquidación, sin que pueda aludirse estaríamos en el interregno de una responsabilidad extracontractual en tanto la jurisprudencia atrás citada entre otra ha señalado que esta responsabilidad del fiduciario emana de la misma Ley, art. 1243 C. de Co., y por lo mismo proviene del mismo actuar contractual, luego, “...[e]n las obligaciones contractuales, se da por supuesto que los daños previsibles o pactados tuvieron su origen en el incumplimiento del contrato o en su cumplimiento defectuoso o retardado (artículo 1616 del Código Civil), por lo que no hay que probar la relación de imputación pues ésta se entiende incorporada de antemano en el contrato”, (Sent. SC780-2020).

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Se cuestiona por la demandada “...*que conforme las pretensiones de la demanda, el accionante pretende la protección de los derechos del consumidor que tiene como motivo de inconformidad la no entrega del proyecto, que conforme el relato realizado por el demandante, tiene conocimiento y relata situaciones que tiene como origen mucho más del tiempo estipulado para la prosperidad de la presente excepción y, en consecuencia, el termino para presentar demanda de Acción de Protección al Consumidor se encuentra fenecido desde mucho tiempo antes de que se radicara la presente acción*”, lo anterior en tanto el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 señala que “...*Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato, **En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.***”.

Pues bien, tampoco encuentra asidero esta defensa, como quiera que ya ha sido pacífica la postura de esta delegatura al señalar los escenarios que plantea la norma de **prescripción** de la acción de protección al consumidor que tratan el artículo 58 en el numeral 3°.

Nótese que la norma no enseña que debe presentarse la demanda antes que curse el año **a)** a la expiración de la garantía, en asuntos de garantías; **b)** para las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato y **c)** en los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.

Se alude en el escrito una presunta caducidad de la acción, sin detenerse a examinar que el legislador calificó la consecuencia jurídica como de prescripción, pues el inciso 2° del numeral 6° del artículo 58 *ibidem* señala: “...*Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, **antes de que opere la prescripción de la***

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

acción, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor.”, (negrilla ajena al texto).

Al respecto se ha dicho: “La cláusula general de competencia de la que goza constitucionalmente el legislador, lo habilita con amplio margen de configuración, **para regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos y demás aspectos de las instituciones procesales en general, y tal prerrogativa le permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso y del acceso efectivo a la administración de justicia**. Además, son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho. En efecto, tal y como lo ha afirmado esta Corporación, el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura como un instrumento para la realización de la justicia y con la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica de los asociados.

De allí que las normas procesales, propendan por asegurar la celeridad, oportunidad y eficacia de las respuestas jurisdiccionales, y por la protección de los derechos e intereses de las partes, intervinientes y demás sujetos vinculados al proceso. En estos términos, mientras el legislador, no ignore, obstruya o contrarie las garantías básicas previstas por la Constitución, **goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como ‘el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas’**. Por ende, es extensa la doctrina constitucional que ha reiterado que acorde a lo establecido en los artículos 29, 150 y 228 de la Constitución, son amplias las facultades del legislador precisamente, para fijar tales formalidades procesales. (...)

Tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador...³ (Resaltados de la misma la Sala, Sentencia de 2 de diciembre de 2015, Rad. 11001 31 99 001 **2013 00711** 03 y Sent. del 30 de mayo de dos 2018 Rad. 11001 31 99 003 **2017 00823** 01, Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá).

Igualmente, el tema ha sido abordado por la Sala de Cas. Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2850-2022 en donde señaló “...Se impuso de esta forma un término para la proposición de la reclamación jurisdiccional, so pena de que se extinga la posibilidad de acudir al aparato judicial para lograr la satisfacción de la garantía legal. **Plazo que fue estimado por el legislador como de prescripción**, según el inciso segundo del numeral 6° del artículo 58 de la ley 1480 de 2011.”, (negrilla ajena al texto).

A lo anterior no sobra memorar la interpretación gramatical ya que “...cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”, (art. 27 CC.), luego, no podría tener cabida otro supuesto como una caducidad y menos contabilizar el lapso desde la ocurrencia de la situación lesiva o de su conocimiento en tanto la hipótesis a analizar es la terminación de la relación contractual.

En efecto, trae el numeral 3° del precepto ya citado tres (3) hipótesis para incoar el presente proceso en el año siguiente a, i) la expiración de la garantía para demandar su efectividad, ii) a la terminación del contrato en controversias netamente contractuales y iii) en los demás casos, cuando el consumidor tenga conocimiento.

En este litigio, no hablamos de una garantía, entiéndase que esta supone cumplir las hipótesis de los artículos 7 y 17 de la Ley 1480 que ni por asomo se acompañan con este tipo de producto o servicio de

³ Cfr. C. Const. Sent. C 227 de 2009.

naturaleza financiera con normatividad especial y específica, menos hablamos de los demás casos, pues este artículo tiene prevista 2 hipótesis anteriores, y los demás casos supone del mismo significado de la palabra que sea de aquéllos que no se encasillen en estas situaciones, es así como nos enseña la regla especial y que aplica al objeto en cuestión, que **las controversias netamente contractuales** cuentan con un (1) año contado desde la terminación, (artículo 58 numeral 3º y lo cual nuevamente lo señala el mismo artículo 57 ambos de la Ley 1480, el segundo que otorga esta competencia limitada a esta Superintendencia por vía de la presente delegatura.).

Así las cosas, como la regla especial y segunda hipótesis trata que el año comienza a contabilizarse a partir de la fecha de terminación del contrato y este sigue vigente entre el demandante y la vinculada que coadyuvó la demanda en su calidad de consumidores financieros y la pasiva como vigilada y prestadora del producto y servicio financiero, no se puede colegir nada diferente a que ni siquiera es posible comenzar su contabilización, por demás no está recordar que tiene razón de ser esto según lo regulado en el artículo 5º de la Ley 1328, pues los derechos de los consumidores financieros estarán vigentes “...*durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada...*”, razón obvia por la cual la prescripción de la acción de protección en este tipo de relación negocial, controversia contractual, empieza desde cuando ocurra la terminación de la relación jurídica.

DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA

La controversia tiene por fuente la vinculación de los actores como partícipes a un **contrato de fiducia**, esto es, de un “*acto de confianza*” en virtud del cual “...*una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero*”. (Artículo 1226 del Código de Comercio y Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, compendiada en la Circular Externa 029 de 2014 – Parte II, Título II, Capítulo Primero).

A su turno, el literal b) numeral 1º del artículo 29 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero reconoce como una de las actividades autorizadas a las sociedades fiduciarias, el “*Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece*”.

Así mismo, la Superintendencia Financiera en la Circular Básica Jurídica, específicamente en la Parte II Título II Capítulo I Numeral 1.1., ha adoptado un concepto de negocio fiduciario que involucra la integralidad de una serie de actos que desarrolla la sociedad fiduciaria como profesional que presta servicios financieros, principio sobre el cual se profundizará más adelante al estudiar las figuras contractuales que envuelven a este litigio.

Dicho concepto que involucra tanto la fiducia mercantil como el encargo fiduciario tiene unos elementos que por pertinentes vale la pena resaltar, siendo estos: (i) la existencia de uno o varios actos de confianza, (ii) la entrega de uno o más bienes determinados, con la transferencia o no de la propiedad y, (iii) la realización de una finalidad específica, en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la fiducia inmobiliaria, la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia, define esta modalidad como “...*el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato*”.

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



Tanto la doctrina, como la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia (Circular Externa 007 de 1996), aplicable para la fecha de inicio del negocio fiduciario aquí analizado, pues lo fue el 24 de diciembre de 2010 conforme da cuenta el mismo contrato allegado a derivado 085, han establecido distintas etapas dentro del esquema descrito, dentro del cual han de distinguirse (i) la etapa preliminar o de “preventas”, (ii) la etapa de desarrollo y (iii) la etapa de liquidación.

En la etapa de “preventas”, tal y como lo señalaba dicha Circular, la fiduciaria tiene la obligación de “(...) *efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de los interesados en adquirir inmuebles dentro del proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario*”.

A su turno y respecto de estas condiciones para el traslado de los recursos al proyecto, se requiere entre otras que se tengan “(...) *las condiciones para garantizar que existen un número mínimo de compradores que aseguren la recuperación de los costos totales del proyecto, dejando solo en riesgo el número de unidades cuya venta aportará el equivalente a las unidades esperadas*”.

En esta etapa, y de cara al análisis de la responsabilidad del fiduciario, señalaba la Circular Básica, que “(...) *la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como: **Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto (...)**, **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**” y **Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto***, (resaltado ajeno al texto).

Igualmente imponía el deber de “...prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio” y “realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto”, (numerales 2.2.1. y 5.2., Capítulo Primero del Título V, de la Circular Básica Jurídica 07 de 1996, modificado por la Circular Externa 046 de 2008), situaciones que incluso son connaturales al mismo giro de este tipo de contratos y aplicables a este contrato.

En cuanto a la etapa de desarrollo, definida por la Circular Básica, al identificarla bajo la modalidad de administración y pagos como “(...) *el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato*”.

En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario”.

Frente a ésta, el instructivo contenido en la Circular Externa 007 de 1996 indicaba que la sociedad fiduciaria previo a comprometer su responsabilidad y dentro del análisis de control interno dispuesto por la Entidad debía establecer, entre otras obligaciones “*Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones*” (...) y “*Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto*”.

A su vez, y ya en vigencia de la CE 046 de 2008, se estableció conforme el numeral “...2.2.1 Normas y principios a considerar...” entre los cuales se encuentra que **“a. En la celebración de cualquier negocio fiduciario, además de las normas propias contenidas en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 146 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deberán atenderse las demás disposiciones imperativas aplicables a cada negocio en particular; así como, las propias de la naturaleza del contrato según la ley, la costumbre y la equidad natural al tenor de lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio.”** (resaltado ajeno al texto).

Y en su literal b señaló: *“En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el Decreto 1049 de 2006, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes:*

- i) Deber de información. (...)*
- ii) Deber de asesoría. (...)*
- iii) Deber de protección de los bienes fideicomitidos. (...)*
- iv) Deber de lealtad y buena fe. (...)*
- v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. (...)*
- vi) Deber de previsión. (...)*” (resaltado ajeno al texto)”.

En cuanto al negocio fiduciario en materia inmobiliaria en el artículo 5.2 del mismo instructivo desarrolló algunos de los deberes legales que recaen en las sociedades fiduciarias antes de comprometerse y vincularse en este tipo de contrataciones, sobre el punto se expresó por esta norma que *“...Corresponde a las sociedades fiduciarias divulgar de manera adecuada y oportuna a sus posibles clientes y usuarios el alcance que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades, pues su participación involucra la confianza de las personas que hacen parte de los mismos, llámense compradores, propietarios de los terrenos, constructores, proveedores, establecimientos de crédito, etc., para quienes, por regla general, la presencia de la sociedad fiduciaria dentro del proyecto es determinante para su participación o contratación.*

*Así, las referidas sociedades fiduciarias deberán i) **realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto**, ii) contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y iii) efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.*

*En este sentido, **la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como:***

- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.*
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.*
- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.*
- **Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.***

- **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.**

- **Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes.**

- **Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.**

- **Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.**” (resaltado ajeno al texto).

A su paso, no sobra memorar que el artículo 871 del Código de Comercio establece de manera general que *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*, guardando consonancia con lo normado en el artículo 7º, literal u) de la Ley 1328 de 2009, según el cual, son obligaciones especiales de las entidades vigiladas el observar, *“Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarios, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros...”*.

Ahora, como ya decantado lo tiene este Delegatura, el Negocio Jurídico materia de discusión tendrá un análisis que se efectuará, y así se ha entendido en su estructura, como uno solo, ya que si bien en su desarrollo se pactan diversos contratos, así como se crean diferentes estadios de negociación entre quienes hacen parte, lo cual genera diversos derechos y obligaciones a quienes intervienen en el proyecto (Promotor, Fideicomitente, Inversionista, Beneficiario), presupone entonces, que tanto el encargo fiduciario como el contrato de fiducia mercantil son coligados para los efectos de un análisis integral de la relación entre el adquirente de una unidad inmobiliaria con la fiduciaria por medio del contrato de su vinculación.

Nótese que son actos jurídicos estrechamente relacionados entre sí desde el contrato que inicia el proyecto (Encargo), el que lo estructura y permite su gestión (Administración) y el que conduce a su desarrollo (Ejecución), en tanto cualquier determinación que se adopte entre unos y otros repercute inescindiblemente en los demás.

Sobre tal temática, el punto ya fue dilucidado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia quien enseñó: *“(…) los efectos jurídicos que de dicho instituto se desprenden, especialmente, en lo que tiene que ver con la incidencia que uno o unos de los contratos celebrados ejerce o ejercen sobre el otro o los otros, fundamentalmente, respecto de su validez, de su cumplimiento o incumplimiento y de las acciones que pueden adelantarse. (STC18476-2017, 15 de Nov. 2017, Rad. 68001-31-03-001-1998-00181-02). (...) pues en conjunto todos ellos hacían posible la construcción de la obra para la que se constituyó el Patrimonio Autónomo, y la validez, cumplimiento o incumplimiento de alguno de ellos afecta de manera directa a todos, tanto así que no sería posible su ejecución. (...)”*⁴, (resaltados ajenos al texto, posición ya anunciada en Sentencia SC18476-2017 del 15 de noviembre de 2017 y reiterada Sentencia del 19 de diciembre de 2018, expediente SC5690-2018).

Coligación en el análisis del litigio que contrario a lo que estima la apoderada de la pasiva en modo alguno implica litis consorcio necesario para llamar a este proceso a la constructora como en varios momentos de sus alegaciones lo expuso, pues el primero no es sinónimo del segundo, máxime si como se ha venido señalando, este ejercicio procesal de raigambre especial conduce a examinar las responsabilidades contractuales propias del giro del negocio llevadas a cabo por la entidad fiduciaria, que por demás son

⁴ Cfr. Sentencia del 18 de mayo de 2018, Ref. STC6539-2018, Radicación No. 05001-22-03-000-2018-00075-01.

indelegables y excluyentes de otras actuaciones de quienes hicieron parte del negocio como la constructora.

O en otras palabras, aquí recae examinar únicamente el actuar que llevó a cabo la sociedad fiduciaria como buen hombre de negocios y padre de familia en el momento de la constitución y adelantamiento del contrato de fiducia y sus coligados, lo que implica verificar si acató o no sus deberes legales y contractuales en todo el camino de este negocio fiduciario, condiciones, calidades y obligaciones que por demás son indelegables, pues admitir lo contrario conduciría a permitir un ejercicio regulado a personas ajenas respecto de los cuales la Ley no autoriza y que además implicaría estar incluso en el escenario de un ejercicio ilegal con anuencia de la misma fiduciaria, (arts. 78 de la Carta Política, la Ley 1328 de 2009, art. 57 Ley 1480 de 2011, art. 1234 y ss. C. de Co., art. 63 CC. y demás normas que regulan este tipo de escenarios de administración y mandato).

En cuanto a esta temática, ciertamente la jurisprudencia con decisión reciente de la Sala de Casación Civil de la C. Sup. de Justicia ha ilustrado: “...Al fiduciario, tanto como al fideicomitente, interesa -o debe interesar- que la finalidad económica subyacente al negocio jurídico salga adelante, puesto que de ello no solo pende su buen nombre, sino la solvencia de las obligaciones contractuales a su cargo.

Del fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el iter contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional buen padre de familia (artículo 63 del Código de Comercio). En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que estricto sensu, debe ser la de un buen hombre de negocios (SC 5430-2021, 7 oct.), bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad, su profesionalismo, su especial habilitación para captar esos recursos y la vigilancia especial a la que se encuentra sometida.

En tal virtud, del artículo 1234 del estatuto mercantil y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera⁵ se desprenden las que, sin lugar a duda, son obligaciones exigibles a las sociedades fiduciarias en el desarrollo de su actividad: lealtad y buena fe, información, protección y defensa de los bienes fideicomitados, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión y asesoría⁶.

⁵ CE.029/14: PARTE II, Título II, Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios.

⁶ CE.029/14: «2.2.1.2. En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el art. 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes: 2.2.1.2.1. **Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. (...) 2.2.1.2.3. **Deber de protección de los bienes fideicomitados.** El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes sean sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del art. 1234 del C. Co. 2.2.1.2.4. **Deber de lealtad y buena fe.** La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés. 2.2.1.2.5. **Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad.** En su actuar, las sociedades fiduciarias deben 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, deben 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

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

Ahora bien, sin desconocer que, en línea de principio, las prestaciones a cargo del fiduciario son de medio y no de resultado⁷, su crédito contractual (conformado por las previsiones legales, estipulaciones negociales y deberes secundarios de conducta), debe ser atendido de manera tal que satisfaga el alto estándar de diligencia y previsión que le es propio.

Ese calificado baremo se especifica, entre otras obligaciones, en «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», «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 su desarrollo», «precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo» y «prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual» (CE 029/14, v) y vi), b, 2.2.1.), (Sentencia SC2879 de 2022).

DEL CASO EN CONCRETO.

Lo primero a señalar es que no asiste discusión a la existencia del contrato de fiducia y menos el de vinculación al encargo de administración y pagos suscrito por los aquí demandantes, pues ello no solamente no se discutió y/o desconoció, sino que por el contrario fue aceptado en la fijación.





Ahora en punto a analizar y resolver sobre las situaciones problemáticas conforme el litigio, tratan de la información brindada a los aquí demandantes al momento de su vinculación, 19 de enero de 2016, así como verificar si se acató, por la pasiva la obligación contractual y legal de cara al ejercicio y desarrollo de su actividad como sociedad fiduciaria a propósito de las etapas de constitución y ejecución de este contrato de fiducia inmobiliaria así como entrara a dirimir, de encontrarse probada la responsabilidad, el perjuicio acontecido, el modo de ser resarcido y sobre quien recae dicha responsabilidad, esto es, si sobre el fideicomiso representado por su patrimonio autónomo o por la sociedad fiduciaria con su propio patrimonio.

Pues bien, previo a adentrarnos a estos tres aspectos fijados en el litigio, se cuestionó por la pasiva como excepción que la parte incumplida no puede solicitar el cumplimiento de las obligaciones de los demás contratantes, en tanto, indicó que los aquí actora con ocasión al contrato de vinculación materia de reclamo son incumplidos al no terminar de pagar en el plazo convenido el saldo que se adeuda del contrato.

Al respecto, se tiene que los demandantes se vincularon al encargo en el mes de enero de 2016, que se estipuló que el valor total de los derechos fiduciarios a adquirir por vía de la estipulación a su favor ascendería a la suma de \$84.000.000,00, así mismo se previó en el contrato un plan de pagos así: (cfr. Derivado 000 anexos a la demanda y derivado 085 pruebas contestación y de oficio pedidas).

su desarrollo. 2.2.1.2.6. **Deber de previsión.** La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.

⁷ Conforme al numeral 3° del artículo 29 del EOSF (Decreto 663 de 1993), «Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley».

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



SE VINCULACIÓN PROYECTO BACATÁ HOTEL FASE 2
BACATÁ HOTEL FASE 2 - FIDEICOMISO LOTE COMPLEJO BACATÁ.
ENCARGO FIDUCIARIO No. 1200016486

ACCION FIDUCIARIA

Por Total De (los) Derecho			\$84,000,000.00		
Cronograma de entrega de recursos					
Cuota	Valor	Fecha	Cuota	Valor	Fecha
SEPARACION	\$ 8,400,000.00	15/12/2015			
1	\$ 6,300,000.00	20/01/2016			
2	\$ 6,300,000.00	20/02/2016			
3	\$ 6,300,000.00	20/03/2016			
4	\$ 6,300,000.00	20/04/2016			
5	\$ 6,300,000.00	20/05/2016			
6	\$ 6,300,000.00	20/06/2016			
7	\$ 6,300,000.00	20/07/2016			
8	\$ 6,300,000.00	20/08/2016			
9	\$25,200,000.00	20/09/2016			

EL FIDEICOMITENTE

BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S.

LA FIDUCIARIA

Maria Del Pilar Pastura Mora
CC. 52.803.133 DE BOGOTÁ
APODERADA ACCIÓN FIDUCIARIA

ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.
Nombre:

Igualmente se tiene, conforme certificación allegada por la pasiva y que puede ser vista a los mismos derivados, que los actores sufragaron las sumas de la siguiente manera:

ESTADO DE CUENTA

Proyecto: FA-988 FIDEICOMISO BACATÁ HOTEL FASE 2
Inmueble: Unidad N. 1 / DERECHO FIDUCIARIO

Nombre: ADRIANA MARIA CHAPARRO AFRICANO/WILLIAM EDUARDO PULIDO TALERO
Identificación: CC 46374718
Dirección: CL 94 72A 96 APTO 104 TORRE3 BOGOTÁ
Encargo: 0001200016486
Valor Inmueble: \$ 84.000.000,00

Nit. 805.012.921-0

VALOR COMPROMISO	\$ 84.000.000,00
VALOR CONSIGNADO	\$ 58.800.000,00
VALOR PENDIENTE	\$ 25.200.000,00

Administrado: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA SA Tel. 6915090
Construtor: BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S. Nit. 900236747

Fecha de corte: 20/12/2021 Pag 1 de 1

PLAN DE PAGOS				
Cuota	Concepto	Fecha Compromiso	Valor Compromiso	Valor Pagado
1	CUOTA INICIAL	22/08/2016	58.800.000,00	58.800.000,00
2	CUOTA INICIAL	30/06/2020	25.200.000,00	0,00
TOTAL COMPROMISO			\$ 84.000.000,00	\$ 58.800.000,00

DETALLE DE APORTES			
Fecha Consignación	Fecha Aplicación	Valor Consignado	Observación
15/12/2015	29/12/2015	8.400.000,00	MANUAL: ADM.
20/01/2016	20/01/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
22/02/2016	22/02/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
22/03/2016	22/03/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
22/04/2016	22/04/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
23/05/2016	23/05/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
21/06/2016	21/06/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
25/07/2016	25/07/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
23/08/2016	23/08/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
TOTAL CONSIGNADO		\$ 58.800.000,00	

Así mismo se tiene que la cuota final a pagar, y única pendiente por \$25.200.000,00, si bien se estableció en el contrato primigenio sería sufragada el día 20 de septiembre de 2016, con ocasión a suscripciones de otro sí de fechas 21 de octubre de 2016, 23 de marzo de 2017, 29 de enero de 2018 y 20 de junio de 2019 se fueron modificando las fechas de pago extendiendo este último pago hasta el día 30 de junio de 2020 conforme según se expone de la misma documental aportada por la pasiva en la certificación de pagos atrás expuesta, (cfr. Derivado 085).

A su turno se tiene que conforme las rendiciones de cuentas aportadas al plenario, expedidas por Acción Sociedad Fiduciaria, se señaló que "...mediante Auto No. 400-005180 de fecha 16 de abril de 2018, proferido por la Superintendencia de Sociedades, BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S., fue admitida a

un Proceso de Reorganización Empresarial, contemplado en la Ley 1116 de 2006, y sus normas aclaratorias y modificatorias.”.

Y de cara a los interrogatorios llevados a cabo en audiencia de 26 de enero de 2023, derivado 080, se pudo establecer que desde finales del año 2017 en adelante, comenzaron las demoras en el desarrollo constructivo del proyecto inmobiliario BD Bacatá, pues sobre dicho punto los demandantes señalaron que los otros sí suscritos se produjeron en tanto la obra estaba paralizada, igualmente el representante legal de la demanda, señaló que los problemas financieros comenzaron desde el año 2017 y se agravaron con ocasión a la situación financiera de la promotora dada su insolvencia, lo que incluso condujo a que para la fase 2 el proyecto quedara desfinanciado y no pudiera accederse incluso a crédito bancario pues en este sentido se requirió por comunicación escrita a este fideicomitente para aportar los recursos necesarios que condujeran a la terminación del proyecto, trámite que no se pudo realizar pues el proyecto en su fase 1 ya contaba con este tipo de obligación crediticia y el banco no quiso hacer otro desembolso.

Es decir, que si se presentaban ya situaciones de ausencia de solvencia, de parálisis del proyecto, de requerimientos al desarrollador del proyecto para inyectar dineros que dieran curso a su terminación, no es posible exigir a los aquí demandantes su cumplimiento, cuando por un lado, estaría fundado su actuar de no pago del tanto restante incluso en principio de su deber de autoprotección patrimonial y que el daño no se expandiera, y por el otro, porque este saldo era ínfimo conforme lo pactado como da cuenta la imagen que sigue, suma que incluso fue por consenso avalada a realizarse su pago de forma posterior para cuando se estimaba el proyecto ya tuviera su avance definitivo lo que no sucedió pues lo cierto es, que de las pruebas aportadas e interrogatorios dan cuenta sigue paralizado, máxime si ya había un incumplimiento mayor causado por la aquí pasiva y que fueron anteriores, los cuales tratan de incumplimientos legales en el conocimiento del cliente para cuando se constituyó el negocio y no realizar, o por lo menos no lo probó, los análisis que exigía la verificación del punto de equilibrio en aras de determinar que no comprometiera la finalidad contentiva en el objeto del contrato.

\$ 25.200.000,00	30%
\$ 58.800.000,00	70%
\$ 84.000.000,00	100%

Recuérdese que “...no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, **porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir**, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.”, (Cfr. Set. SC-3666 de 2021 que a su vez cita las Sents. SC4801 de 2020 y SC1662 de 2019).

Además, que “En punto al débito indemnizatorio, se ha considerado que **la víctima actúa acorde con la buena fe cuando evita una posición pasiva de cara al daño sufrido y, en su lugar, adopta todas las medidas tendientes a evitar su consumación o agravación (...)** En el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca **la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo**.

El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan - sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia.

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.”, (Sentencia SC282 de 2021 que a su vez reitera las sentencias SC, 16 dic. 2010, rad. n.º 1989-00042-01 y SC512, 5 mar. 2018, rad. n.º 2005- 00156-01, negrilla ajena al texto).

Así las cosas, por donde se mire el incumplimiento del tanto a pagar estaría justificado incluso como presupuesto de buena fe, ya que en primer término el saldo a pagar es ínfimo de cara al valor total, el no pago se produjo cuando ya existían incumplimientos contractuales como la ausencia de diligencia de la aquí demandada que condujo de forma posterior a la parálisis del proyecto por falta de flujo de liquidez y la evitación de expansión del perjuicio patrimonial que podría causarse a los aquí demandantes.





Superado esto, importa adentrarse en primer término al deber de información, sobre tal apuntalamiento, la C.E. 07 de 1996 incluso con la modificación comprendida en le CE. 046 de 2008 traían consigo este deber en este tipo de negocios, por ende, la vigilada, en cumplimiento del artículo 7º de la Ley 1328 tenía entre otras la obligación de observar, “u) **Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones** y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.”, (resaltado ajeno al texto).

Es así como este aspecto se traducía en esta normativa así: “**i) Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato.

El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.”.

En lo que corresponde a esta carga, se tiene que la información dada a los demandantes fue según lo confesarán en su interrogatorio y para el momento de su vinculación contractual la de informarles brevemente como sería el proyecto estructuralmente en su construcción como hotel, el valor a invertir, que se tendría una rentabilidad una vez comenzara la operación hotelera de un 12% EA, que ya existía avance la obra, que ya se había cumplido la meta establecida en el contrato de fiducia para proceder con el giro de los dineros para la construcción y se le entregó copia del contrato de fideicomiso y el de su encargo.

Igualmente se pudo constatar con el interrogatorio de la vinculada, señora Adriana Maria Chaparro y esposa del demandante, el señor William Eduardo Pulido, que a sus correos electrónicos de Gmail y Hotmail le llegaban cada tres (3) meses aproximadamente informes sobre el avance del proyecto, pues

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

así esta consignado en su declaración por vía de interrogatorio exhaustivo adelantado por el despacho, además que quien le atendió fue una asesora en ventas de la promotora quien le brindó la información de vinculación y le dio copia de los contratos de fiducia y encargo los cuales leyó pero no comprendió en algunos aspectos dado lo largos, aspectos que se compaginan con las pruebas de oficio pedidas a la demandada y allegadas, las cuales dan cuenta de los informes remitidos a los correos denunciados los cuales dan cuenta de ser coincidentes con el dicho de la interrogada.

A su turno se tiene del interrogatorio llevado a cabo del señor William Pulido, quien señaló era profesor con doctorado y manejo de clase en temas financieros, habrá de tenerse sí recibió esta información, no solamente porque su pareja así lo aceptó cuando hacen parte de la misma relación negocial, sino dada su conducta en desarrollo de esta etapa que habrá de valorarse como indicio en su contra, pues dijo desconocer clausulados o no leerlos, pese a tenerlos que conocer si le fueron entregados, a su vez y visto sus estudios llama la atención pretendiera en la hora actual el acudir a una condición de consumidor financiero desprevenido o común, empero para enrostrar responsabilidades a la pasiva contaba con elementos y conocimientos precisos como da cuenta su declaración, lo cual permite concluir que no fue fiel a la espontaneidad, claridad y consecuente de la conducta de esperar de su parte siendo conocedor de negocios de esta naturaleza, máxime que llama la atención que al ponerle de presente clausulados e indagarle sobre ellos, pretendía relevase de las respuestas con interpretaciones totalmente contrarias a lo allí estipulado, por supuesto sin prueba alguna que diera cuenta de sus dichos, en tanto su afirmación es insuficiente ya que ello rompería con el principio de derecho de que nadie puede ser artífice de su propia prueba, (Sent. SC-780 de 2020).

Y si bien ambos fueron concluyentes en señalar que no entendieron mucho del negocio dado que habían muchas cláusulas que no conocían e incluso indicaron pidieron explicaciones verbales y algunas por escrito antes y después de su vinculación, tal actuar no probado, contraría la observancia como consumidores financieros de tener buenas prácticas de protección propia como *“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.”*, (art. 6 Ley 1328).

En cuanto a lo que atañe a la censura de no haber sido informados del proceso de reorganización del promotor del proyecto, sino enterarse por vía de medios de publicidad hasta septiembre de 2020, no asiste razón alguna como quiera que, según los informes de rendición de cuentas emitidos por la pasiva, y a partir del proferido en junio 30 de 2018, ya se le dijo que la sociedad promotora estaba en trámite de reorganización y debía tenerse especial atención y cuidado, al punto se les señaló:

ESTADO DE LA SOCIEDAD PROMOTORA

Como es de conocimiento público, la sociedad BD Promotores Colombia S.A.S., presentó solicitud ante la Superintendencia de Sociedades, para ser admitida en el trámite de reorganización contemplado en la ley 1116 de 2.006, situación que si bien no debe afectar directamente el Fideicomiso (en cuanto la sociedad Promotora es la beneficiaria de los patrimonios autónomos únicamente respecto de los recursos y/o bienes que quedaren después de terminado el Proyecto y entregados los bienes y/o derechos que a cada uno de los partícipes o beneficiarios de área les corresponde por el hecho del aporte de sus recursos a los diferentes fideicomisos), si resulta de especial cuidado, en cuanto los recursos de los fideicomisos deben dirigirse a atender los costos del Proyecto, y no los costos de administración del proceso de reorganización, en cuanto son obligaciones que deben ser atendidas por la Sociedad Promotora con sus propios recursos y no con los recursos de los patrimonios autónomos.

Con todo, lo que si más adelante habrá de abordarse, es que está información en la manera en la cual fue brindada no puede tenerse como de aquéllas que exigen la Leyes 1328 y 1480, es decir, transparente, clara y veraz de cara a los riesgos inherentes que se podrían causar debido a la situación de insolvencia de parte de la sociedad BD Promotores Colombia S.A.S., pues no puede perderse de vista, es el fideicomitente promotor del proyecto inmobiliario por vía del contrato fiduciario **y una de las fuentes de liquidez para su consecución en caso de carencia de recursos** conforme lo prevén las cláusulas 1.3., 6.1. y 8 del contrato de fiducia mercantil, lo cual además tiene plena consonancia con la respuesta que por vía de confesión se tiene del representante legal de la pasiva al señalar en audiencia, que ante alguna ausencia de liquidez para el desarrollo del proyecto quien debe salir a solventar sería el fideicomitente con sus propios recursos, (cfr. Derivado 085 y 080, respectivamente.).

1.3. FIDEICOMITENTE: Es la sociedad BD PROMOTORES COLOMBIA S.A., quien es la encargada de llevar a cabo por su cuenta y riesgo la estructuración jurídica, financiera, comercial y administrativa del PROYECTO, así como el desarrollo total del mismo.

6.1. ETAPA DE DESARROLLO: EL FIDEICOMITENTE, hace manifiesta su intención de desarrollar por su cuenta y riesgo y bajo su exclusiva responsabilidad técnica, financiera y administrativa, el PROYECTO sobre los predios que serán transferidos al FIDEICOMISO LOTE COMPLEJO BACATÁ, de acuerdo con dos (2) ETAPAS: ETAPA PREVIA y ETAPA DE CONSTRUCCIÓN propiamente dicha, las cuales se reglamentan a continuación:

CLAUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE COMO GERENTE DEL PROYECTO: EL FIDEICOMITENTE ejecutará las obligaciones de gerencia y construcción del PROYECTO que en general involucran aspectos de índole administrativa, legal, ética, comercial y económica-financiera y son todas las relacionadas en el numeral noveno del Decreto 2090 de 1.989, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen.

En síntesis, para cuando ingresaron los aquí demandantes como partícipes de un derecho fiduciario obtuvieron información relevante como el contenido contractual del contrato de fiducia y de encargo, los cuales les fueron entregados, se les dijo que las condiciones de punto de equilibrio ya estaban dadas, que su inversión correspondía a derechos fiduciarios que se verían reflejados con rendimientos estimados en un 12% EA una vez comenzara a funcionar el hotel y se le indicaron las condiciones, canales y fechas de pago de su inversión.

Por ende, no se evidencia en este primer escenario, en lo que toca con el momento de vinculación que se haya faltado u omitido brindar una información relevante que condujera a una declaración de responsabilidad en este primer contexto, cosa distinta es que pese a leer los contratos e indagar, siguieran sin entender como se desprende de sus declaraciones y, aun así, decidieron ingresar al negocio fiduciaria a su propio riesgo.

Otro aspecto surge en su ejecución o desarrollo del negocio en punto al proceso de reorganización del fideicomitente, circunstancia que más adelante se abordará al entrar a señalar las situaciones de incumplimientos probados con cargo a la aquí demandada, ausencia de deber de información el cual incluso resulta coincidente con la ausencia de diligencia, cuya conducta pueda darse paso a declaración de responsabilidad que se consigna en el artículo 23 de la Ley 1480.

Al pasar al segundo contexto, deber de diligencia, se tiene conforme la Circular ya referida se define así: *“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*

 @SFCsupervisor



Superintendencia Financiera de Colombia



Superintendencia Financiera de Colombia



superfinanciera



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.”.

En lo que toca con esta temática, la jurisprudencia con decisión reciente de la Sala de Casación Civil de la C. Sup. de Justicia ha ilustrado: “...Al fiduciario, tanto como al fideicomitente, interesa -o debe interesar- que la finalidad económica subyacente al negocio jurídico salga adelante, puesto que de ello no solo pende su buen nombre, sino la solvencia de las obligaciones contractuales a su cargo.

Del fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el iter contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional buen padre de familia (artículo 63 del Código de Comercio). En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que estricto sensu, debe ser la de un buen hombre de negocios (SC 5430-2021, 7 oct.), bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad, su profesionalismo, su especial habilitación para captar esos recursos y la vigilancia especial a la que se encuentra sometida.

En tal virtud, del artículo 1234 del estatuto mercantil y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera⁸ se desprenden las que, sin lugar a duda, son obligaciones exigibles a las sociedades fiduciarias en el desarrollo de su actividad: lealtad y buena fe, información, protección y defensa de los bienes fideicomitados, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión y asesoría⁹.

Ahora bien, sin desconocer que, en línea de principio, las prestaciones a cargo del fiduciario son de medio y no de resultado¹⁰, su crédito contractual (conformado por las previsiones legales, estipulaciones

⁸ CE.029/14: PARTE II, Título II, Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios.

⁹ CE.029/14: «2.2.1.2. En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el art. 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes: 2.2.1.2.1. **Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. (...) 2.2.1.2.3. **Deber de protección de los bienes fideicomitados.** El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes sean sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del art. 1234 del C.Cio. 2.2.1.2.4. **Deber de lealtad y buena fe.** La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés. 2.2.1.2.5. **Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad.** En su actuar, las sociedades fiduciarias deben 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, deben 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 su desarrollo. 2.2.1.2.6. **Deber de previsión.** La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitados y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual».

¹⁰ Conforme al numeral 3º del artículo 29 del EOSF (Decreto 663 de 1993), «Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley».

negociales y deberes secundarios de conducta), debe ser atendido de manera tal que satisfaga el alto estándar de diligencia y previsión que le es propio.

Ese calificado baremo se especifica, entre otras obligaciones, en «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», «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 su desarrollo», «precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo» y «prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual» (CE 029/14, v) y vi), b, 2.2.1.), (Sentencia SC2879 de 2022).

Derroteros que aquí cobran gran relevancia, pues dada la conducta de la demandada al momento de construir el negocio con la sociedad BD Promotores Colombia S.A.S. antes S.A., no cumplió con el deber de verificación de las condiciones del constructor acordes con el proyecto, o por lo menos no lo probó.

Nótese como se dijera renglones antes, que el instructivo de la Superintendencia Financiera es claro al manifestar como una obligación de este tipo de entidades vigiladas que “...la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como:

- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.”.

Y en el presente proceso, lo cierto es, que la demandada no acreditó en el presente proceso que hubiera realizado el estudio suficiente, como lo exigía la Circular Externa 046 de 2008 aplicable al caso, de forma tal que se acreditara, como se exigía en ese instructivo, que la fideicomitente promotora cumpliera con estas calidades para cuando se constituyó el negocio fiduciario, esto es, 24 de diciembre de 2010 conforme reza el mismo contrato.

Al respecto, mediante auto del 17 de febrero de 2022, (derivado 033) se pidió a la pasiva entre otros elementos de prueba y de oficio, allegara “**27) Los documentos soporte que den cuenta el análisis de conocimiento del cliente que se hiciera por parte de la sociedad fiduciaria para determinar que el fideicomitente contaba con conocimientos técnicos, jurídicos y músculo financiero que no comprometiera la viabilidad del proyecto.**”, carga que no acató y cuya consecuencia negativa a su cargo permite señalar que realizó dicho análisis para cuando se lo exigía la normativa, al momento de constitución del negocio.

Al respecto, en las pruebas de oficio allegadas y que pueden ser vistas a derivado 085, se aportó una carpeta con numero 27 denominada conocimiento del cliente, la cual contiene 6 PDF de los cuales llama la atención en su mayoría y transcendentales a este aspecto a auscultar, resultan de fechas posteriores para cuando se constituyó el contrato de fiducia, lo cual permite aseverar aún más la tesis que no se hizo dicho análisis de conocimiento del fideicomitente y de capacidad técnica, jurídica y financiera.

Microsoft 365

Ordenada: De la A a la Z.

PRUEBAS DE O... BAS DE OFICIO SFC-COMPILADO > 27. Documentos de Conocimiento del cliente

Nombre	Modificado	Modificado por	Tamaño de arch...	Compartir	Actividad
Camara de Comercio.pdf	07/03/2022	Jhon Edinson Corrales Wil	7,97 MB	Compartido	
Cedula de venerando.pdf	17/10/2018	Jhon Edinson Corrales Wil	126 KB	Compartido	
EEFF 2012.pdf	07/03/2022	Jhon Edinson Corrales Wil	2,83 MB	Compartido	
Formulario de vinculación BD Promotores...	07/03/2022	Jhon Edinson Corrales Wil	3,72 MB	Compartido	
Informacion empresa.pdf	07/03/2022	Jhon Edinson Corrales Wil	14,9 MB	Compartido	
Poder.pdf	07/03/2022	Jhon Edinson Corrales Wil	1,37 MB	Compartido	

En efecto, el Certificación de Existencia y Representación Legal de BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio data del 28 de enero de 2015, cuando el negocio, se itera, fue llevado a cabo el 24 de diciembre de 2010.

01

Cámara de Comercio de Bogotá

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA

SEDE CENTRO

28 DE ENERO DE 2015 HORA 09:28:28

R044397578 PAGINA: 1 de 3

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL O INSCRIPCION DE DOCUMENTOS

LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL

CERTIFICA:

NOMBRE : BD PROMOTORES COLOMBIA S A S

N.I.T. : 900236747-1 ADMINISTRACION : DIRECCION SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTA, REGIMEN COMUN

DOMICILIO : BOGOTA D.C.

CERTIFICA:

MATRICULA NO: 01830672 DEL 26 DE AGOSTO DE 2008

CERTIFICA:

RENOVACION DE LA MATRICULA :27 DE MARZO DE 2014

ULTIMO AÑO RENOVADO: 2014

El denominado EEFF 2012.PDF, que corresponde al balance general de esta sociedad, trata del mes junio de 2012.



**PROMOTORES
COLOMBIA**

BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S
NIT. 900.236.747-1
BALANCE GENERAL
A JUNIO 30 DE 2012

Avenida Jiménez No 4 - 77 Bogotá D.C - Colombia
Tel: +571 2 83 83 00 Fax +571 2 83 83 00 Ext: 8241
www.bdbacata.com

ACTIVO
ACTIVO CORRIENTE
Disponible
Inversiones
Deudores
Inventarios
Intangibles
Diferidos
TOTAL ACTIVO CORRIENTE

268.527.225
1.053.218
16.647.285.777
8.497.369.040
2.527.374.763
2.353.273.794
30.294.883.817

El formulario de vinculación, si bien no tiene fecha en su contenido, es posible aseverar es de esa misma fecha de junio de 2012, dado que de su contenido y específicamente del acápite de ingresos confrontados con el documento anterior de balance, resultan ser coincidentes con las sumas allí consignadas de activos, pasivos y patrimonio, sin que pudiera entonces entenderse que sería el suscrito allá en diciembre 2010 pues por lo menos resultaría llamativo que tuviese 2 años después la sociedad el mismo flujo de caja, los mismos bienes, mismo valores de deuda y cuentas por cobrar entre otros.

Identificación del bien que se entrega					
Total Activos	Total Pasivos	Ingresos Ordinarios	Otros Ingresos	Total Ingresos	Egresos Mensuales
\$36.898.466.761	\$22.510.503.216	\$6.804.921.836,29	\$65.800.279,80	\$6.870.771.066,09	\$4.676.933.864.
Descripción de los otros Ingresos: Financieros, Recuperaciones, Diferencia en Cambio					
Nombre representante legal		Teléfono		Firma	





**PROMOTORES
COLOMBIA**

Avenida Jiménez No 4 - 77 Bogotá D.C - Colombia
Tel: +571 2 83 83 00 Fax +571 2 83 83 00 Ext: 8241
www.bdbacata.com

BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S
NIT. 900.236.747-1
BALANCE GENERAL
A JUNIO 30 DE 2012

ACTIVO

ACTIVO CORRIENTE

Disponible	268,527,225
Inversiones	1,053,218
Deudores	16,647,285,777
Inventarios	8,497,369,040
Intangibles	2,527,374,763
Diferidos	2,353,273,794
TOTAL ACTIVO CORRIENTE	30,294,883,817

ACTIVO NO CORRIENTE

Propiedades, planta y equipo	6,603,582,944
TOTAL ACTIVO NO CORRIENTE	6,603,582,944

TOTAL ACTIVO

36,898,466,761

PASIVO Y PATRIMONIO

PASIVO CORRIENTE

Obligaciones Financieras	11,372,921,403
Proveedores	3,715,572,398
Cuentas por pagar	930,099,549
Impuestos, gravámenes y tasas	16,085,774
Obligaciones laborales	29,785,141
Provisiones	595,289,001
Anticipo y Avances Recibidos	2,244,928,857

TOTAL DEL PASIVO CORRIENTE 18,904,682,122

PASIVO NO CORRIENTE

Obligaciones Financieras	3,605,821,094
--------------------------	---------------

TOTAL DEL PASIVO NO CORRIENTE 3,605,821,094

TOTAL DEL PASIVO

22,510,503,216

PATRIMONIO

Capital social	8,269,583,189
Prima en colocación de Acciones	2,955,107,436
Resultados del ejercicio	2,193,788,201
Utilidad (perdida) ejercicios ant.	969,484,718

TOTAL DEL PATRIMONIO 14,387,963,545

TOTAL DEL PASIVO Y PATRIMONIO

36,898,466,761



BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S
NIT. 900.236.747-1
ESTADO DE GANANCIAS Y PERDIDAS
A JUNIO 30 DE 2012

CONSOLIDADO	
INGRESOS OPERACIONALES	
Utilidad en Venta de Inversiones	4,704,824,852.29
Hotelería	1,328,906,344.00
Restaurantes	654,706,139.00
Actividades Conexas	<u>116,484,501.00</u>
TOTAL OPERACIONALES	6,804,921,836.29
INGRESOS NO OPERACIONALES	
Financieros	30,000,425.65
Recuperaciones	30,686,000.00
Diversos	<u>5,113,804.15</u>
NO OPERACIONALES	65,800,229.80
TOTAL INGRESOS INGRESOS	6,870,722,066.09

En cuanto a su capacidad técnica de cara al proyecto, se traen pantallazos de internet de lo que es, al parecer, una empresa que tiene relación con la inscrita en este país la cual tiene operación en España, pero sin demostrar su conexidad para el análisis (vgr. con la existencia de unos estados financieros consolidados), y los cuales además tienen fecha de 6 de septiembre de 2018, en momento ya posterior a la estructuración fiduciaria del proyecto.

6/9/2018

Información de Losilla Gestion SI | Guía Empresas

Universia.net

Fundación Universia

Empresas

Actualidad Universitaria

Accede a Universia

ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

ACTUALIDAD

BECAS

EMPLEO

CURSOS

[Guía Empresas](#)
[BARCELONA](#)
[Barcelona](#)
[Losilla Gestion SI](#)

Losilla Gestion SI

f g+ t in

Buscador de Empresas (+)

Empresa

Modificar datos. Dar de baja

Información ofrecida por

Dirección: CALLE PROVENÇA, 231 - PISO 2

Localidad: BARCELONA

Provincia: BARCELONA

CNAE: 4121 - Construcción de edificios residenciales

Objeto Social: LAS OPERACIONES TIPICAS DEL TRAFICO INMOBILIARIO, INCLUIDAS LA PROMOCION, CONSTRUCCION, COMERCIALIZACION Y ARRENDAMIENTO CON EXCLUSION DEL ARRENDAMIE...

Ver objeto social completo

Fecha de creación: 23/01/2008

@SFCsupervisor
 Superintendencia Financiera de Colombia
 Superintendencia Financiera de Colombia
 superfinanciera

Y en lo que toca con la capacidad jurídica, ningún elemento probatorio se aportó.

Sobre este punto, en decisión de 9 de diciembre de 2020 adoptada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá con radicado con número 11001-31-03-003-2018-02591-01, relacionada con una fiducia de proyecto inmobiliario y en análisis de responsabilidad por parte de una sociedad fiduciaria que no acató esta carga, señaló: “...Aunque pudiera darse credibilidad a que la fiduciaria encausada sí verificó la capacidad financiera de la constructora, con los recursos aportados por los optantes compradores, la existencia de los créditos preoperativo y constructor aprobados (...) el flujo de caja de prefactibilidad, estudio de factibilidad, presupuesto, y rendición final de cuentas de 1 de julio a 31 de agosto de 2013, documentos allegados por la demandada -no redargüidos de falsos-, lo cierto es que en la actuación no milita elemento persuasivo que acredite la experiencia y capacidad administrativa de los fideicomitentes (...) para desarrollar y operar proyectos inmobiliarios de la magnitud (...) condiciones cuya demostración plena incumbía a la parte demandada, debido a la carga dinámica de la prueba que le trasladó el sentenciador de conocimiento.

Es más, ni siquiera en las pruebas allegadas por la Fiduciaria se hace mención de tales factores en el análisis de riesgo, como lo imponen los numerales 2.2.1. y 5.2., Capítulo Primero del Título V, de la Circular Básica Jurídica 07 de 1996, modificado por la Circular Externa 046 de 2008, disposiciones a tono con las cuales toda sociedad fiduciaria ‘debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio’ y ‘realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto’; sin que sea de recibo que se cumplió plenamente con dicha obligación, como lo propone la enjuiciada, por haberse adosado al libelo genitor información contable de los constituyentes de la fiducia -o la relacionada con SARLAFT (...)

Habilidades que, se insiste, se exigía averiguarlas a la convocada, máxime si se perciben como aspectos constitutivos de la aptitud de todo constructor cualificado y que ineludiblemente deben ser valoradas en la verificación de su experticia para emprender obras de ingeniería y arquitectura, según lo puntualizó la Sociedad Colombiana de Ingenieros al conceptuar sobre ‘las consideraciones de acuerdo con el desarrollo y evaluación de los proyectos que se desarrollan y ejecutan en el país y se presentan los criterios que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la capacidad de contratación [,] (...) la experiencia es el principal factor para determinar la capacidad de contratación y esta debe evaluarse con base en los años de ejercicio profesional de los proponentes personas naturales o jurídicas desde la expedición de la matrícula profesional para los primeros o fecha de constitución para los segundos’; nociones que, aplicadas al presente asunto, mutatis mutandis, son de gran utilidad para despejar cualquier incertidumbre en torno a la necesidad de considerar, en grado sumo, la práctica prolongada en proyectos constructivos con que contaban los fiduciantes.”.

Y concluyó, “...7.3. Es que no era de poca monta examinar la experiencia y competencia administrativa de la constructora -sin que pudiera considerarse como de única importancia el aspecto financiero referido a la capacidad de satisfacer débitos bancarios, comoquiera que conocer su idoneidad en ‘el proceso, de planeación, organización, dirección y control del uso de recursos para lograr las metas de desempeño’ en el proyecto inmobiliario era, sin duda, una variable a tenerse en cuenta para anticiparse a la materialización de riesgos que podrían incidir en la operación de construcción propiamente dicha y en el emprendimiento del negocio fiduciario, puesto que una buena gestión ‘consiste en ejecutar los procesos (...) de planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar’ los distintos componentes de una organización, entre ellos, el financiero y el talento humano, sin perder de vista ‘la posibilidad de que ocurra un acontecimiento que tenga un impacto en el alcance de los objetivos’, contingencia cuya integral evaluación en todas sus dimensiones no se acreditó.”.

Ahora, frente a las obligaciones contenidas en dicha directriz emitida por la Superfinanciera, es decir, “Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



proyecto.” y “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.”, no se trajo elemento de prueba alguno.

En auto ya referido, 17 de febrero de 2022, (derivado 033), se pidió a la pasiva entre otros elementos de prueba y de oficio, allegara “**19) Copia de los documentos donde consten los procedimientos de control interno desarrollados por la sociedad fiduciaria para determinar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no comprometiera la viabilidad del proyecto y que no se presentara desviación de recursos.**”.

Sin que se aportara elemento alguno a este respecto, pues una cosa resulta de allegar los manuales que en efecto fue lo que se aportó, con lo cual simplemente demuestra existían regulaciones establecidas o determinadas de ciertos procedimientos para; **(i)** controles de riesgos como en tabla Excel adjuntó; **(ii)** dar apertura, cancelar, conciliar los dineros de beneficiarios y los contenidos en cuentas bancarias para que no se confundan con otros encargos; **(iii)** el trámite de conocimiento del cliente (relacionado con riesgo SARLAFT); **(iv)** la forma el cual se debería llevar la contabilidad; **(v)** el proceso para hacer conciliaciones bancarias; **(vi)** el mapeo o cuadro del proyecto inmobiliario completo; y **(vii)** el trámite a llevar a cabo en retiro de encargos; y otra, el allegar estas pruebas pero demostrando se acataron estas instrucciones y reglamentación internar en este negocio, sin que esto segundo se haya aportado al plenario, pues la prueba pidió fue aportar los elementos que dieran cuenta los procedimientos que se llevaron a cabo en vía de determinar las condiciones de viabilidad del punto de equilibrio de este proyecto, para traer se insiste, de forma panorámica el deber ser o lo que debió darse conforme los parámetros regulatorios, empero brilla por su ausencia, su aplicación al negocio en concreto.

De la misma forma, se pidió “**12) Copia de la matriz de riesgos del proyecto FIDEICOMISO BACATA HOTEL FASE 2.**”, y se termina allegando una certificación que señala una información que en nada tienen relación con lo pedido, pues termina acudiendo a criterios generales y efímeros que pueden tener o no aplicación a este negocio fiduciaria sin prueba fehaciente que se hizo dicho control de riesgos por vía de esta matriz, pues es una herramienta de análisis que sirve para evaluar la probabilidad y la gravedad precisamente del riesgo que puede acontecer durante el proceso de planificación del proyecto e incluso ayuda a determinar la necesidad o no de acciones a adoptar u observar en su creación y posterior desarrollo como posibles conductas de alertamiento, carga que también desatendió, o por lo menos no probó.



ACCION FIDUCIARIA S.A.

INFORMA:

Que la evaluación del riesgo operacional de la Fiduciaria, se realiza desde el Sistema de Administración de Riesgo Operativo (SARO), de acuerdo con los lineamientos del Capítulo XXII de la CBFC 100 de la SFC. La metodología implementada por la Fiduciaria para la evaluación del riesgo, contempla la identificación de los riesgos operacionales desde cada uno de los procesos que conforman la cadena de valor de la Fiduciaria, y para su monitoreo y evaluación del perfil de riesgo, los riesgos identificados se recopilan en la denominada Matriz de Riesgo de la Fiduciaria, en la cual se describen los riesgos identificados por proceso, los controles y la correspondiente evaluación de riesgo residual e inherente.

Por lo anterior, la Matriz de Riesgos de la Fiduciaria es una matriz por proceso, y se encuentra alineada con la documentación que existe de cada proceso, en lo que corresponde a los controles que se describen en dichos manuales de proceso.

@SFCsupervisor

Superintendencia Financiera de Colombia

Superintendencia Financiera de Colombia

superfinanciera



Igualmente, es de señalar que frente a la carga de verificar si había lugar a obtener créditos indispensables para la ejecución de la obra, conforme lo exige la mentada Circular, la señalar que debe verificar “*Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.*”, nada se aportó.

Por el contrario, del contrato conforme las condiciones de giro comúnmente llamadas punto de equilibrio se previó como vía de financiamiento única, el obtener conforme el presupuesto del proyecto, contratos suscritos con compromiso de pago de aporte equivalentes a un mínimo de un 70% de los recursos o el haber comprometido derechos fiduciarios correspondientes de 2.100 derechos de un total de 3.000, cuya respuesta adujo por el representante legal en interrogatorio que se le hiciera, en precisión a este aspecto, que el proyecto no dependía de músculo financiero sino de los aportes de participes pues así fue pactado.

Pero también ha de enrostrarse en este contexto, que al preguntarse a este representante legal, que debía proceder en caso de no contarse con recursos, sea por mora en el pago de estos participes al ser únicamente contratos suscritos, ora por encarecimiento de materiales del proyecto, mano de obra o simplemente por inexactitud en la constitución del punto de equilibrio, se limitó a señalar que ese análisis no se realizó y que quien debía salir a pagar o responder para el desarrollo y continuidad del proyecto era el promotor.

Seguidamente se le inquirió para indagar sobre si fue requerido y en razón a qué situaciones, para contestar el representante de la pasiva que; (i) se hicieron varios requerimientos escritos al promotor, Sociedad BD Promotores Colombia S.A.S., sin respuesta efectiva alguna; (ii) que estos requerimientos se dieron precisamente ante la situación de falta de liquidez, así como el contar con cartera vencida de participes para que llevara a cabo gestión de cobro, empero ninguno de estos escritos tuvo eco y (iii) señaló, aun sin prueba de su dicho, que la sociedad promotora intentó obtener un crédito financiero, pero no pudo obtenerlo dada su situación financiera y visto que para la etapa 1 ya contaba con un crédito constructor.

Es así como llama poderosamente la atención, que el negocio se fundara en pagos futuros sin un flujo de recursos de los partícipes efectivamente recaudado y sobre condiciones inciertas, pero además que no se analizó, o se *itera*, no probó, la necesidad de apalancamiento por vía de crédito, por su puesto con el debido estudio de dónde saldrían los recursos al servicio de la deuda, y con ello decidió dejar esta circunstancia de impagos por demás previsible, al azar; e incluso trasladar esta carga al promotor pese a que como se viera no se realizó un análisis de su solvencia financiera cuando comprometió su responsabilidad como sociedad fiduciaria, para encontrar lo que en efecto a la fecha tiene estancando este proyecto, la falta de liquidez e incluso de forma posterior y tardía, es decir, cuando la situación estaba causada, pretender por vía de requerimiento escrito, que la promotora acudiera a un crédito de difícil obtención, entre otras, si se recuerda como quedó renglones atrás indicado, desde el año 2018 ya estaba en proceso de insolvencia.

Y es que sobre este particular se ha dicho por la Sala de Cas. Civil de la Corte Suprema de Justicia 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 beneficiarios de área- de los propietarios de los predios donde se levantaría el complejo (...) 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.***”, (Sent. SC 5175 de 2020).

Tampoco se tiene que haya adoptado una conducta, incluso en contra de las instrucciones del fideicomitente, para proteger los bienes fideicomitidos, como en su momento proceder a realizar reuniones con los beneficiarios explicando las situaciones, o por lo menos eso no está probado, pedirles el pago para culminar el proyecto e incluso acudir a la gestión de cobranza incluso la judicial dado que había encargos vencidos y pendientes por cobrar, con lo cual pudo haberse superado o si quiera mitigado el siniestro del proyecto que hoy campea en este litigio, esto si en cuenta se tiene que los requerimientos más antiguos llevados a cabo por la pasiva y traídos como prueba datan de julio y agosto de 2019.

Y es aquí donde el deber de información con sus clientes, beneficiarios de derechos fiduciarios, fallo o resultó contraria a las reglas que le son exigidas como sociedad fiduciaria, pues no se entiende la razón por la cual, aun so capa de evitar cualquier situación de pánico si es que así quiere hacerse ver, dejó de informar de manera clara, oportuna, veraz y transparente sobre la incidencia de que la sociedad fideicomitente y promotora del proyecto ingresara en proceso de reorganización dada su falta de liquidez.

Pues las manifestaciones en las rendiciones de cuentas en tanto señala que esa situación “...no debe afectar directamente el Fideicomiso...” y que los costos del proceso de reorganización resultan “...obligaciones que deben ser atendidas por la Sociedad Promotora con sus propios recursos y no con los recursos de los patrimonios autónomos” tendiente a lo mejor a disminuir o aminorar el efecto de esta situación, es insuficiente, vaga e imprecisa de cara a las obligaciones contractuales establecidas, pues contrarían la realidad y en verdad afectaban, y así lo hicieron, de forma directa al PA y el desarrollo del objeto contractual.

Nótese que como se expusiera renglones atrás, la insolvencia de parte de la sociedad BD Promotores Colombia S.A.S., era transcendente de cara a una posible ausencia de liquidez para terminar el proyecto constructivo en el contrato de fideicomiso, ya que como quedara expuesto, conforme el contrato resulta esta sociedad como una de las fuentes de liquidez para su consecución en caso de carencia de recursos, (clausulados 1.3., 6.1. y 8 del contrato de fiducia mercantil, derivado 085), situación corroborada por el representante legal en interrogatorio adelantado en audiencia del 26 de enero de 2023, (derivado 080)

Por ende, de haberse avisado a los beneficiarios y haberlos citado incluso a una asamblea conforme sus deberes legales e indelegables de “1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; [y] 4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente...”, se pudo adoptar y en tiempo, acciones por parte de esta sociedad fiduciaria como experta en el negocio tendiente a aminorar dicho impacto, e incluso prever eventuales estancamientos en dicho desarrollo constructivo como en efecto hoy sucede.

Al respecto, señala el mismo contrato de fiducia:

CLÁUSULA DECIMA OCTAVA. OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: Además de las establecidas en el artículo 1234 del Código de Comercio tendrá las siguientes:

- 18.1. Realizar todas las gestiones necesarias para el desarrollo del objeto de este contrato de conformidad con las instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE, por la ASAMBLEA DE BENEFICIARIOS o por el COMITÉ DE BENEFICIARIOS, dentro del marco contractual establecido.
- 18.2. Ejercer las acciones o proponer las excepciones legales, inherentes a su calidad de propietario Fiduciario, en cuanto sea necesario y sea informada por EL FIDEICOMITENTE, LOS BENEFICIARIOS o sus CESIONARIOS, de los hechos que las generen, con cargo a los recursos del fideicomiso y en caso de no existir éstos o ser insuficientes, con cargo a EL FIDEICOMITENTE o BENEFICIARIOS dependiendo de la Etapa en la cual se encuentre el FIDEICOMISO.



@SFCsupervisor



Superintendencia Financiera de Colombia



Superintendencia Financiera de Colombia



superfinanciera



Es decir, bien pudo con información que tenía y la solicitud de insolvencia presentada por el fideicomitente, el citar a los beneficiarios para que en términos de la Ley y del mismo contrato les emitieran instrucciones de cara a evitaciones futuras dada la situación de insolvencia de una de las fuentes de liquidez del contrato, la fideicomitente y promotora del proyecto inmobiliario, y es que el no haber brindado esta información en los términos de Ley y visto que en su momento de haberlo hecho pudieron realizarse acciones ingentes para previsibles escenarios de ausencia de recursos, es un evento de responsabilidad en los términos de que trata el artículo 23 de la Ley 1480, ya que “...serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.”, para el caso, el impedir que en su propia gobernanza, los beneficiarios de área adoptarán medidas tempranas de mitigación del riesgo.

Recuérdese que “...**El deber de información** se exige en mayor grado al contratante que por sus calidades tiene el conocimiento de las circunstancias relevantes del acto jurídico, relacionadas con el alcance de las obligaciones, efectos y riesgos asumidos, información de la que la otra parte carece; por lo mismo, el primero, se constituye en el «deudor informado» y tiene el deber de transmitírsela al otro, que, a su vez, como profano, se torna «acreedor» de recibirla de forma completa, veraz y oportuna. De ahí que el obligado a la información, «debe suministrarla objetivamente» y solo el «anoticiamiento completo, adecuado y veraz, constituye el contenido de la obligación al que aspira ver cumplido el acreedor y que debe ser proporcionado desde el periodo precontractual hasta la etapa de ejecución».

En la fase contractual, el deber de información se mantiene en firme y su finalidad es garantizar al acreedor, la ejecución satisfactoria del pacto, pues, superada provechosamente la etapa formativa sin vicisitudes que graviten sobre el consentimiento y aun cuando la materia sobre la que se contrate satisfaga las expectativas del crédito de las partes, subsiste el deber informativo sustentado en la cooperación debida en miras a una correcta ejecución. Ejemplos de lo expuesto constituyen la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones (...), o la carga de denuncia de la agravación del riesgo con que se halla gravado el asegurado.”, (Cfr. Sent. SC-5430 de 2021 que a su vez cita como fuente de doctrina a STIGLITZ, Rubén S. Contratos Civiles y Comerciales, Parte General, Tomo I. 2° ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 181-182.).

Igualmente, no está por demás señalar en cuanto a este punto que tampoco se cumplió con la carga que jurisprudencialmente se ha impuesto a las sociedades fiduciarias de cara a estas situaciones, como lo son “...**El deber de consejo**, en palabras del autor citado, «deriva de la obligación de información, de donde aconsejar presupone hallarse informado», y comporta un plus frente a aquella, «adicionándole una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva (...) **en atención a las eventuales consecuencias que debería afrontar el cliente** (...) y, por lo demás, porta la incertidumbre propia de todo consejo». Sin embargo, es claro que este deber se agota en su exposición razonada por parte del contratante informado y en modo alguno supedita la voluntad del aconsejado, quien como titular de un derecho subjetivo es el único que puede tomar determinaciones sobre él, siendo una característica esencial, la «independencia y libertad de que goza el informado-aconsejado quien, al cabo, se reserva, como pertenencia personal, la decisión final».”, (ibídem).

Y “...**el deber de previsión**, en términos generales, concierne a que el experto tenga la capacidad de advertir con anticipación los riesgos o inconvenientes a los que pueda quedar expuesto el negocio fiduciario, basado en su profesionalismo y experiencia.”, (ejusdem).

Cargas que aquí no están acreditadas, pues se reitera, no se informó en términos debidos al aquí demandante y la vinculada como beneficiarios de derechos las incidencias y riesgos que podría causar el ingreso a insolvencia de la sociedad promotora del proyecto dada su calidad de fideicomitente y ser fuente liquidez, tampoco se avizoró en ninguno de los informes como deber de consejo el invitarlos a citar a una

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

asamblea de beneficiarios para adoptar medidas propias de esta situación y que no terminaran agravando el desarrollo del proyecto, menos se previó y por ende adoptó por la sociedad fiduciaria, o no se probó, alguna acción encaminada a la evitación, mitigación y/o resolución de esta situación sobreviniente pero perfectamente superable, más bien se vislumbra que lo que hizo la pasiva fue adoptar una actitud pasiva en espera del devenir del curso de las cosas en desarrollo del proyecto, en negación y en busca de disminuir el efecto que podría causarse dada la insolvencia de la sociedad BD Promotores Colombia S.A. hoy S.A.S.

Frente al punto de equilibrio, se tuvo como superado el día 8 de julio de 2011 conforme da cuenta el mismo contrato de vinculación de los aquí demandantes, el interrogatorio llevado a cabo a ambas partes, la fijación del litigio, los informes de cuentas aportados y certificación allegada en este sentido por la pasiva con ocasión a las pruebas de oficio, pues se señala en carpetas con numeración 7 y 8 y certificación en este sentido expedida, (derivado 085) lo siguiente:

- El presupuesto de obra para la Etapa 2 del Proyecto realizado por el Fideicomitente contemplaba un valor de setenta y un mil novecientos cuarenta y siete millones quinientos noventa y tres mil trescientos noventa y cinco pesos (\$71.947.593.395) y para la fecha de decreto del punto de equilibrio había un recaudo por valor total de cincuenta y un mil seiscientos ochenta y seis millones setecientos ochenta y cinco mil seiscientos treinta y ocho pesos (\$51.686.785.638); monto superior al 70% de los recursos requeridos para ejecutar la construcción, de acuerdo a lo definido en el numeral 1.8 del contrato de fiducia mercantil constitutivo del Fideicomiso Bacatá Hotel Fase 2.

De cara a este aspecto, también llama la atención y da cuenta de la poca o nula solvencia del promotor, pues según se expusiera el proyecto alcanzó en su fase 1 el 95% de un 100% y en la fase 2 el 70% del 100%, es decir, que si estos porcentajes representaban la falta de liquidez, era posible su rescate adoptando acciones ingentes, pero además, también pudo la fiduciaria a cobrar la cartera vencida para permitir en la fase 1 su terminación y comienzo de operación lo que conducía a nuevos recursos, y con lo anterior, la terminación de la fase 2 y posible operación, y con ello superar estas situaciones que dada la toma de decisiones tardías ha conllevado a que la parálisis y costos sean aún más elevados.

Es así como se tienen varios eventos a endilgarle a la pasiva que conducen ineludiblemente a declarar su responsabilidad por esta vía y consecuentemente el resarcimiento del perjuicio causado con su propio patrimonio. Lo anterior puesto que estos incumplimientos son de carácter indelegable en desarrollo de la actividad que se le permite ejercer habitualmente como experto y profesional, actuar que una vez visto y confrontado a las reglas mínimas exigidas como buen hombre de negocios y padre de familia así como su desarrollo contractual de buena fe que no es simple sino probada de querer sea exenta de culpa, no es posible colegir nada distinto a que estamos en el escenario que nos trae el artículo 1243 del C. de Co., precepto que no dice, *“El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”*, y para el caso vistas sus omisiones cuya conducta y actuar le era exigido por la misma normatividad y que pudieron evitar el suceso causado materia de discusión, ha de señalarse que responderá con su propio patrimonio.

Y es que dada la naturaleza del contrato *“...El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones*

o una omisión de sus deberes¹¹, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[e] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...», (Sent. SC2879 de 2022).

Recuérdese, en palabras de la Honorable Corte Constitucional, que “...en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad”, (Sentencia C-123/06).

Por último y para ahondar en razones, nada puede señalarse de un obrar de buena fe, ya que si se pretende con esto el estar exento de culpa, no ha de tratarse de la subjetiva y simple que se espera de cualquier ciudadano aun cuando ello no sea así, sino que corresponde a la objetiva que debe ser probada pues exige averiguaciones entre otras cuestiones dado el deber de conducta que se exige de expertos para el caso en el rol de administradores de dineros ajenos.

Por ello que se ha dicho “...[d]esde el punto de vista de sus efectos, la buena fe, siguiendo el criterio uniforme y consolidado de esta Corte¹², se desdobra en dos: (i) la buena fe simple; y (ii) la buena fe cualificada (o creadora de derechos; o especial; o buena fe exenta de culpa).”, para concluir que “...la primera es la comúnmente exigida en las diversas actuaciones de la vida. Sus consecuencias, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala¹³, se contraen a cierta protección que el ordenamiento otorga a quien de esta manera obra. La calificada o creadora de derechos, por otra parte, genera consecuencias más contundentes, y superiores –en todo caso- a las producidas por la buena fe simple. Tiene la virtud, por su propia naturaleza, de crear una realidad o situación jurídica, esto es, dar por existente ante el orden jurídico, un derecho que realmente no existe o que es discutido. (...) [[es decir] ‘La buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (...) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averiguaciones (...)]. La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, conciencia y certeza¹⁴.”, (Sent. STC1881 del 20 de febrero de 2019, radicación N. 11001-02-03-000-2019-00208-00).

Es así como se evidencia **la existencia en la relación contractual, una conducta culposa por parte del fiduciario** que se traduce en la falta de deberes contractuales y legales de la sociedad fiduciaria como quedara expuesto, las que ha de insistirse de haberse realizado en las condiciones exigidas en las normas y reglas jurisprudenciales atrás señaladas, así como en los tiempos debidos, muy seguramente habían impedido que este calamitoso suceso de no realización del proyecto se hubiese conjurado y **un perjuicio patrimonial** que se traduce precisamente en que el demandante y la vinculada a este proceso como parte contractual se vieron en la imposibilidad de obtener su beneficio prometido, lo que conduce a la devolución de los dineros que entregaron con la debida causación de actualización monetaria.

¹¹ CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

¹² Cfr. CSJ SSC del 20 de mayo de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel); 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea); 25 de agosto de 1959 (M.P. José Hernández Arbeláez); 5 de mayo de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez); 17 de junio de 1964 (M.P. Arturo Posada); 3 de agosto de 1983 (M.P. Jorge Salcedo Segura); y 19 de dic. de 2006 (M.P. Carlos I. Jaramillo). Entre otras.

¹³ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

¹⁴ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

De ir más allá, frente al nexo de causalidad, basta con citar lo que en relaciones contractuales ha ilustrado la Sala de Cas. Civil de la C. S. de J., que “...[e]n las obligaciones contractuales, se da por supuesto que los daños previsibles o pactados tuvieron su origen en el incumplimiento del contrato o en su cumplimiento defectuoso o retardado (artículo 1616 del Código Civil), por lo que no hay que probar la relación de imputación pues ésta se entiende incorporada de antemano en el contrato. El contrato es la norma de adjudicación que permite atribuir al deudor los daños derivados de su incumplimiento.”, (Sent. SC780-2020 del 10 de marzo de 2020, Radicación No. 18001-31-03-001-2010-00053-01, resaltado ajeno al texto), como aquí en efecto y en extenso se ha establecido.

Aclarado esto queda por establecer la forma de resarcimiento, y dado que se allegó certificación de aportes emitida por la misma pasiva, documento no desconocido por la parte demandante y su vinculada, es que se tienen como probados los pagos de la siguiente manera:

DETALLE DE APORTES			
Fecha Consignación	Fecha Aplicación	Valor Consignado	Observación
15/12/2015	29/12/2015	8.400.000,00	MANUAL: ADM.
20/01/2016	20/01/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
22/02/2016	22/02/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
22/03/2016	22/03/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
22/04/2016	22/04/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
23/05/2016	23/05/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
21/06/2016	21/06/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
25/07/2016	25/07/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
23/08/2016	23/08/2016	6.300.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
TOTAL CONSIGNADO		\$ 58.800.000,00	

En cuanto a estos dineros entregados, se reconocerá respecto de aquéllos y visto como se dijera que el demandante y vinculada ingresara de forma posterior a tener por cumplidas las condiciones del punto de equilibrio, únicamente la actualización conforme el consolidado emitido por el DANE del IPC desde la fecha de entrega de cada suma hasta la fecha de esta sentencia según la serie de empalme que obra en la página web de dicha entidad, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>, cuya fórmula reconocida trata de Valor Real (vr) es igual (=) a Valor Histórico (Vh) multiplicado por el resultado que da de dividir (/) el IPC Actual (IPC Act.) último frente al IPC inicial (IPC. Inic.) del momento histórico donde se recibió el pago. - Esto es, en otras palabras, $Vr = Vh \times (ipc. act / ipc. inic.)$.

Indexación que responde a criterios de justicia y equidad ante la pérdida adquisitiva de la moneda y procede aun de oficio conforme lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala de Cas. Civil de la C. Sup de la J., (Sent. 12/ag/2005 Exp. 1100131030211995-09714-01, entre otros) y por demás así lo exige el art. 1634 del CC., pues para que el pago sea válido debe serlo de forma completa, esto es, con todos sus componentes.

Además que es deber la reparación integral que trae el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 283 del Código General del Proceso, sobre los cuales la jurisprudencia ha indicado que “...al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas

o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio'» (negrilla fuera de texto, SC5340, 7 dic. 2018, rad. n.º 2003-00833-01, reitera el precedente SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).”, (Sent. SC2847-2019 del 26 de julio de 2019, Radicación N.º 41001-31-03-002-2008-00136-01).

Pues “**Lo anterior significa que el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuéñime de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, (...) La reparación integral de los perjuicios exige, de igual modo, que en cada caso el juez tome en consideración las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso** (...) Estos criterios deben ser tomados en consideración por el sentenciador al momento de tasar la condena en concreto, según su arbitrium iudicis y fundamentando su decisión en las reglas de la sana crítica.”, (Sent. SC9193-2017 del 28 de junio 2017, Radicación N.º 11001-31-03-039-2011-00108-01, resaltados ajenos al texto).

En consecuencia, y en orden cronológico se tienen las siguientes condenas conforme los aportes probados en las condiciones atrás descritas:

Fecha de Pago	Valor Histótico	IPC Inicial	IPC Actual	Vr. Actualizado
15/12/2015	\$ 8.400.000,00	88,05	132,80	\$ 12.669.165,25
20/01/2016	\$ 6.300.000,00	89,19	132,80	\$ 9.380.423,81
22/02/2016	\$ 6.300.000,00	90,33	132,80	\$ 9.262.039,19
22/03/2016	\$ 6.300.000,00	91,18	132,80	\$ 9.175.696,42
22/04/2016	\$ 6.300.000,00	91,63	132,80	\$ 9.130.634,07
23/05/2016	\$ 6.300.000,00	92,10	132,80	\$ 9.084.039,09
21/06/2016	\$ 6.300.000,00	92,54	132,80	\$ 9.040.847,20
25/07/2016	\$ 6.300.000,00	93,02	132,80	\$ 8.994.194,80
23/08/2016	\$ 6.300.000,00	92,73	132,80	\$ 9.022.322,87
	\$ 58.800.000,00			\$ 85.759.362,71

Sobre este valor de no pagarse en la oportunidad debida se causarán intereses de mora a partir del día siguiente al plazo concedido para el pago y a la tasa máxima de intereses moratorios consagrados en el artículo 884 del C. de Co., norma aplicable pues el negocio es por su esencia mercantil, (arts. 20 y ss. Ib.).

No se accederá la pretensión de reconocimiento de interés de mora sobre estas sumas, pues si bien no se desconoce estamos en presencia de un negocio de naturaleza mercantil, también es cierto que los réditos al ser entregados de forma posterior al punto de equilibrio serían girados de manera directa al desarrollo constructivo lo cual de suyo no causaría algún redito en términos de la normativa comercial, situación por la cual lo procedente sería que sobre la suma se diera paso únicamente a la indexación, cuestión diferente resulta ya que obtenida la declaración favorable, la pasiva se abstuviera del pago lo que ya conllevaría a la sanción de mora, amén de que las sentencias no pueden ser fuente de enriquecimiento injustificado.

No se condenará en costas, al no encontrarse causadas ni comprobadas, además que las pretensiones salieron avante de manera parcial, (numerales 5º y 8º del artículo 365 del CGP.).

Por último y frente a lo señalado en alegatos de conclusión de entrar a verificar y calificar algunos clausulados del contrato como abusivos, resulta ser un evento novedoso del cual no fue objeto de análisis del proceso y a propósito del que la pasiva no tuvo derecho de defensa lo cual vulneraría su derecho al debido proceso, por demás, el cobro de intereses de mora o el pacto de clausula penal en este tipo de contratos *per se* no acusa una consecuencia de declaración en el contexto pretendido y referente a las

cláusulas exonerativas, basta para dar la solución el traer a colación el artículo 11 de la Ley 1328 que enseña que es prohibido en contratos de adhesión el señalar entre otras, cláusulas que “d) (...) **limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades**, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.”, (resaltado ajeno al texto) cuya consecuencia prevé la misma norma, deriva en tenerse “...por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.”, (parágrafo *ibidem*).

DECISIÓN

Conforme con lo expuesto, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR civil y contractualmente responsable a la sociedad fiduciaria ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

En consecuencia, se le **CONDENA** a pagar con su propio patrimonio y a favor de la parte demandante, los señores WILLIAM EDUARDO PULIDO TALERO y ADRIANA MARÍA CHAPARRO AFRICANO, dentro del lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de la decisión, la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS M/Cte., (\$85.759.362,⁷¹).

Vencido este período judicial se causarán intereses de mora a la tasa del artículo 884 del C. de Co.

TERCERO: SIN CONDENA en costas.

CUARTO: La sociedad Fiduciaria deberá acreditar **EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA** en un lapso de CINCO (5) días posteriores al término otorgado para sufragar la suma a que fuere condenada, para este fin aporte los documentos idóneos que así lo acrediten, so pena de dar paso por vía incidental al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIDY ARNOLDO SERRANO GARCES
PROFESIONAL ESPECIALIZADO

Copia a:

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: +57 601594 02 00 – 601594 02 01
www.superfinanciera.gov.co



**MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO**

Elaboró:
DIDY ARNOLDO SERRANO GARCES
Revisó y aprobó:
DIDY ARNOLDO SERRANO GARCES

Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>31 de mayo de 2023</u>  MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario

