

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación:2021133955-086-000



Fecha: 2023-10-03 06:48 Sec.día33

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc::249-249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Remitente: 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 : 2021133955-086-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 249 249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Expediente : 2021-2614
Demandante : CARMEN CRISTINA ESPITIA ROSSO
Demandados : ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. SIGLA ACCIÓN
FIDUCIARIA
Anexos :

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

SENTENCIA

La señora Carmen Cristina Espitia Roza, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la sociedad fiduciaria Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en busca de que se declare “...*ACCION FIDUCIARIA incumplió sus deberes profesionales de diligencia, lealtad y buena fe y las obligaciones legales y contractuales que adquirió para con mi representada en virtud del contrato de vinculación que figura en el anexo número 2 y del encargo fiduciario No. 1700012863.*”.

Consecuencia de esta declaración, se decrete el “...*incumplimiento y al tenor del artículo 1546 del Código Civil, se declaren resueltos dichos contratos.*”, por ende, sea condenada “...*a devolver a mi representada la suma de \$192.622.826,00 debidamente actualizada, suma que corresponde a los pagos hechos por concepto de aportes (\$188.119.288) y gastos de escrituración, beneficencia y registro (\$4.503.538), relacionados con el apartamento 503 de la unidad residencial EVA PUNTA ARENA ETAPA 1.*”, “...*a indemnizar a mi representada por los perjuicios que le ha ocasionado, tasados con base en el interés moratorio establecido por la Superintendencia Financiera para el día 22 de octubre de 2018, fecha en que se frustró la transferencia de la propiedad y se materializó el incumplimiento de la obligación contractual y legal a cargo de esa fiduciaria.*”, “...*a restituir a mi representada los excedentes invertidos en el encargo*”.

1700012863 cuyo valor asciende a \$50.000.000 del año 2020, capital que deberá actualizarse así: a) con base en la inflación desde el día de la inversión y hasta el 18 de mayo de 2021; b) con base en el interés moratorio máximo permitido por la ley desde el 19 de mayo de 2021 (fecha en que se solicitó la devolución) hasta que la misma se haga efectiva.”, “...al pago de las costas del proceso.” y a “...[l]as demás declaraciones y condenas que en uso de las facultades extra y ultra petita se resuelvan en el proceso con el fin de hacer valer los derechos que mi representada tiene en su condición de consumidora financiera y de acuerdo a lo consagrado en el numeral 9 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011.”, (derivado 000 y derivado 014 reforma de la demanda).

En síntesis, señala en el libelo como fundamento, que por medio de escritura pública 4554 del 18 de diciembre de 2012 se trasladó el lote de terreno a la sociedad fiduciaria constituyéndose el FIDEICOMISO PARQUEO EVA GIRARDOT.

Que el 3 de abril de 2014 las sociedades ACCIÓN FIDUCIARIA y CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S. celebraron un contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos para el desarrollo del proyecto denominado EVA – Girardot- Etapa 1 y para el efecto se constituyó otro patrimonio autónomo o FIDEICOMISO DENOMINADO RECURSOS PROYECTO EVA PUNTA ARENA TORRE 1, negocio al cual se vinculó como beneficiaria de área el 28 de diciembre de 2016 junto con el señor Juan Sebastián Díaz Espitia , con el objeto de adquirir la posesión y la propiedad del apartamento 503 y el uso exclusivo de los garajes 15 y 16 de dicho proyecto.

Que el 19 de septiembre de 2016 por escritura pública número 1860 de la Notaria 42 de Bogotá, ACCIÓN FIDUCIARIA en su condición de vocera y administradora del FIDEICOMISO PARQUEO constituyó hipoteca abierta sin límite de cuantía a favor del Banco Colpatria S.A. para garantizar un crédito destinado al desarrollo del proyecto inmobiliario EVA PUNTA ARENA TORRE 1.

Que se pagó en su totalidad el valor pactado en el contrato de beneficio de área, es decir, la suma de \$188.119.288,00 así como que el señor Juan Sebastián Díaz Espitia transfirió en favor de su madre, Carmen Cristina Espitia Rosso, el derecho que tenía en el encargo fiduciario 1700012863 mediante documento privado del 3 de febrero de 2017, cesión acetada por la fiduciaria.

Que el 9 de agosto de 2018 la constructora CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S. entregó formalmente el beneficio de área, es decir, realizó la entrega material a la actora del apartamento 503 y el uso de los garajes 15 y 16, tal como estaba previsto en el contrato de vinculación suscrito entre las partes.

Que para efectos de trasladarle el dominio fue convocada y citada para que compareciera a la Notaria 70 de Bogotá el día 22 de octubre de 2018 momento en el cual pagó los derechos notariales por valor de \$4.503.538,00 pesos M/cte., y se suscribió la correspondiente escritura de acuerdo a la minuta elaborada por ACCIÓN FIDUCIARIA cuyo número correspondió a la escritura pública 1576, la cual también suscribieron los representantes legales de ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. y CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.

Que pasados cinco meses de lo anterior mi representada constató que el Banco Colpatria nunca compareció a la Notaria 70 de Bogotá para suscribir la Escritura y a la fecha no ha sido posible realizar la transferencia formal del dominio de los bienes adquiridos por vía de este negocio y su registro, como quiera que se evidencia en la matrícula inmobiliaria número 307-101617 de la oficina de Registro de Girardot, que existe hipoteca abierta sin límite de cuantía a favor del Banco Colpatria S.A., por el crédito constructor.

Que con ocasión a las diversas comunicaciones con la sociedad fiduciaria para que se le escriturara así como con la fideicomitente, solicitó certificación donde se le indicara la totalidad de los recursos

depositados en el encargo 1700012863, solicitud que ACCION FIDUCIARIA respondió con la certificación el 20 de abril de 2021 donde hace constar que los valores invertidos en dicho encargo ascienden a la suma de \$238.119.288,00 (anexo 14), es decir con exceso de los \$188.119.288,00 establecidos como precio del inmueble.

En razón a lo anterior y visto este exceso en el pago, solicitó la devolución inmediata de los excedentes invertidos en el Fondo Acción Uno sin haber obtenido respuesta.

Y que las situaciones enrostradas tratan de “...*Incumplimiento de la obligación de transferir la propiedad del bien fideicomitado...*”, “...*Incumplimiento de la obligación de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia...*”, “...*Incumplimiento de la obligación de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente...*” e “*Incumplimiento de la obligación de rendir cuentas ya que en ningún momento mi representada ha recibido de ACCIÓN FIDUCIARIA informes con los requisitos establecidos en la circular 007 de 2017...*”, (ibídem)

Por auto admisorio del 21 de junio de 2021, (derivado 002) de dispuso vincular al señor JUAN SEBASTIAN DÍAZ ESPITIA, en su condición de beneficiario, dado que si bien se aludió a una cesión no se allegó el documento de este aceptado por la pasiva en su dejación de la posición contractual e igualmente se vinculó al Fideicomiso Recursos Proyecto Eva Punta Arena Torre 1 quien actúa bajo la administración y vocería de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Mediante proveído del 3 de agosto de 2021 se admitió la reforma de la demanda, se tuvo como vinculado al FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA 1 por medio de quien lo administra y cuenta con su vocería, esto es, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y se excluyó al señor JUAN SEBASTIAN DÍAZ ESPITIA como quiera que se habían aportado los documentos que daban cuenta de la cesión de sus derechos a la aquí actora y la aceptación en este contexto de la sociedad fiduciaria como fiduciario y vocero del PA, (derivado 015)

Y por decisión de 7 de febrero de 2023, se vinculó al banco Scotiabank Colpatria S.A., como acreedor hipotecario y sobre quien recae a su favor la garantía con ocasión al crédito constructor otorgado al patrimonio autónomo, (derivado 057).

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 Recursos Proyecto Eva Punta Arena Torre 1, por medio del cual pidió fueran declaradas probadas las excepciones; “*FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - EL DEMANDANTE NO TIENE RELACIÓN CONTRACTUAL CON ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. A TITULO INSTITUCIONAL SINO CON EL FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA 1*” y “*NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS*”, “*FALTA DE OCMPETENCIA*”, (derivados 017 y 018).

A su turno la vinculada, Banco Colpatria Scotiabank Colpatria S.A., contestó la demanda y presentó como medios exceptivos los que llamó; “*Falta de los elementos de la responsabilidad en cabeza de Scotiabank Colpatria S.A. por cumplimiento contractual del Banco*”, “*cumplimiento legal y contractual*”, “*inexistencia de responsabilidad por parte del banco*”, “*Falta de derecho del demandante en contra de Scotiabank Colpatria S.A.*”, “*Inexistencia de obligación de indemnizar a la parte demandante*”, “*Falta de derecho en contra del vinculado (Scotiabank Colpatria S.A.)*”, “*Falta de legitimación en la causa por pasiva (Scotiabank Colpatria S.A.)*”, “*Scotiabank Colpatria S.A. ha actuado conforme a la Ley y los términos y condiciones del crédito No. 204101060101*”, “*Buena Fe*”, “*Hecho Superado*”, “*Ausencia de Culpa*”, “*Ausencia de*

Causalidad”, “Ausencia de Perjuicio”, “Falta de nexo Causal”, “Hecho de un tercero”, “Las condiciones derivadas de la autorización para la liberación y en consecuencia la escrituración para la transferencia del apartamento 503 (objeto de controversia), por parte de Scotiabank Colpatria S.A. se encuentran superadas”, “No hay lugar a realizar afectación y/o lesión alguna a Scotiabank Colpatria S.A. por cuenta de los hechos y pretensiones objeto de controversia.” y “Compensación de Culpas”, (derivados 066 al 069).

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.

NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS y FALTA DE COMPETENCIA.

El primero como quiera que debe vincular al fideicomitente desarrollador del proyecto y el segundo que radicaría en cuanto a que al no ser vigilado este sujeto carecería competencia esta sede al tenor del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011.

Acerca de los medios exceptivos ha de decirse no tiene asidero, y es que no son pocas las decisiones que sobre esta materia ya han decantado la no existencia de un litisconsorcio necesario en este tipo de contratos pues coligación no es sinónimo de litispendencia.

Al punto, sobre estas temáticas y en este proceso por auto de 29 de noviembre de 2021 (derivado 022), fue resuelta esta circunstancia por vía de excepción de previa, razón por la cual no se ahondará en más y en desgate sobre dicho aspecto, pero por si fuera poco en controversias de igual similitud en las cuales ha sido parte la aquí pasiva e incluso en sede de casación, el máximo ente en materia civil le ha indicado en no pocas ocasiones, Sentencias SC2879 de 2022, SC3978 de 2022, SC-098 de 2023, SC107 de 2023 y SC328 de 2023, que no le asiste razón a su defensa en este contexto, pues en síntesis señalan sin variación de esta tesis que: **“...lo cierto es que lo que determina la existencia del litisconsorcio necesario no es una posible coligación contractual -que no fue discutida por las partes-, sino la naturaleza de las relaciones jurídicas sustanciales que fundamentan las pretensiones debatidas en el proceso.**

Así, en el caso concreto es posible deslindar las cargas prestacionales de las partes, puesto que lo que se reprocha es el incumplimiento de las obligaciones de diligencia y correcta administración a cargo de la fiduciaria, las cuales se encuentran determinadas por los contratos de encargo fiduciario individual y los mandatos legales que rigen la figura, y que en modo alguno se pueden endilgar a la promotora del proyecto, al no ser ella la entidad autorizada por el Estado para captar y administrar dineros del público.

Consecuentemente, mientras que la existencia del litisconsorcio necesario impone que la decisión judicial deba ser idéntica para todos los litisconsortes, en este asunto las distintas facetas del proyecto podían ser analizadas y resueltas de manera disímil en caso de controversia, debido a la independencia de las obligaciones que vinculaban a las partes, en virtud de lo cual se concluye que no existe en este caso obligación legal o contractual que exigiera la comparecencia de la constructora a la acción de protección del consumidor financiero y por ende, no se está frente a un litisconsorcio necesario que impusiera la anulación de la sentencia por falta de integración del contradictorio.”, (Sent.

SC2879-2022 del 27 de septiembre de 2022 Sala de Cas. Civil de la C. Sup. de J., negrillas ajenas al texto).

Por contera, al no tener que vincularse a ninguna no vigilada, la presunta ausencia de competencia, que por demás a esta etapa no es de aquellas que impida la resolución del caso, en nada tendría que repararse.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

Se plantea por la pasiva, en síntesis, que no se cumple este presupuesto en su condición propia, es decir, a modo institucional en tanto la relación contractual que se realizó con la aquí demandante se hizo con ocasión al contrato de vinculación y por vía de su calidad de fiduciario, es decir, como administrador y vocero del fideicomiso, consecuencia de lo anterior no es la Sociedad Fiduciaria en nombre propio la llamada a responder ante una eventual responsabilidad.

A su turno, la entidad bancaria vinculada, indicó grosso modo, que dentro del contrato materia de discusión no hace parte ni sostiene relación jurídica alguna que conduzca a que debe verse compelida a responder por dichos actos y sobre las pretensiones elevadas, como consecuencia no puede ser declarada *“...responsable por los supuestos daños y perjuicios reclamados, los cuales carecen fundamento factico, jurídico y de prueba en contra del Banco”*.

Pues bien, ha de señalarse de entrada que esta excepción no está llamada a prosperar. Frente a lo primero, vuelve a señalarse la tesis que se ha sostenido por esta sede, misma predicada por el Superior y sostenida incluso por la Corporación encargada de sentar precedente, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC2879 de 2022, pues en casos que guardan similitudes, ya es criterio pacífico que dado que los deberes de conducta del fiduciario en la ejecución, desarrollo e incluso liquidación del contrato de fiducia como contrato coligado con el de vinculación puede irrogarle responsabilidad bajo el criterio de culpa leve, (art. 1243 del C. de Co.)

Nótese que en estos litigios ha de verificarse las conductas 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 7º 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.”*

Y es que, a fuerza de ser repetitivos, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha decantado de antaño y recientemente es criterio pacífico, 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 deberes¹, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[er] 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).

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).

Por ende, como 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, de suyo da por contera tiene un interés legítimo, jurídico y actual de ser llamado al resarcimiento de los posibles perjuicios que aquí se invocan, la no escrituración del beneficio de área que la demandante honró con su pago y demás situaciones endilgadas con su actuar, sin que pueda aludirse estaríamos en el interregno de una responsabilidad extracontractual en tanto la jurisprudencia atrás citada entre otras señalan al unísono, que esta responsabilidad del fiduciario emana de la misma Ley, art. 1243 C. de Co., y por lo mismo proviene del mismo actuar contractual en tanto su actividad permitida por Estado se funda precisamente en estas reglas que debe observar, respetar y cumplir en el camino del contrato de fiducia celebrado y sus coligados en los cuáles se hace partícipe, (Sent. SC780-2020).

Frente al banco, basta para desechar su defensa, el recordarle que en los términos del auto que dispuso su citación, de forma clara, sustentada y citada por vía jurisprudencial, se le indicó que su vinculación no es de aquéllas que conduzca a entender existe un litisconsorcio necesario o soportar la pretensión de reintegro de sumas de dinero, como al parecer lo entiende al cuestionar que no es parte contractual y no hay nexo de causalidad con el Banco, de lo cual le asiste razón, sin embargo, su citación se produce en razón a los efectos que podría irradiarle una sentencia en los términos de resolver *infra, extra y ultra petita*, como a modo de ejemplo ordenar la liberación del bien contenido del beneficio de área con el pago a prorrata de dicho crédito que impondría el afectar la garantía en su disminución así como correlativamente conllevaría a un pago parcial del crédito evento que por demás irradiaría frente a los derechos como acreedor que tiene el banco y le implicaría obligaciones como aceptar el pago a prorrata y presentarse a suscribir dicha escritura.

Al respecto, en auto del 7 de febrero de 2023 (derivado 057), se citó la condición de concurrencia al proceso, y allí se señaló en voces de la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que “...*esa forma de concurrencia procesal hay una especie de litisconsorcio que no es estrictamente necesario, pero tampoco facultativo, pues se funda en una relación sustancial en que la sentencia le produce efectos...*”.

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.*»”.

Bajo tal tamiz y derrotero, “...Esta intervención litisconsorcial (...) se presenta cuando el interviniente sostiene con una de las partes una determinada relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia, en cuanto sobre ella se irradian los efectos de cosa juzgada, radicando en esto el núcleo esencial del interés del tercero, al cual la ley le da la mayor relevancia, al instituir al tercero que así interviene como parte autónoma, otorgándole la condición de litisconsorte y reconociéndole todas las garantías y facultades de parte.”.

Y además se le expuso, que esta citación “...surge de la voluntad o iniciativa del tercero, quien decide concurrir al proceso para hacerse ‘litisconsorte de una parte’, la demandante o la demandada ‘y con las mismas facultades de ésta’, para asociarse a la pretensión o a la oposición de la parte a la cual se vincula, pero de manera autónoma, **pues su concurrencia se justifica por ser titular ‘de una determinada relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, (...)’** (SC194, 24 oct. 2000).”, (Cfr. Sent. SC4654-2019, subraya ajena al texto).

En otras palabras, aquí no se le citó por ser parte, lo que de suyo descarta su excepción, sino como posible tercero sobre el cual podría afectarse su derecho, en este caso de crédito y garantía, pues como se dijera, al ser el acreedor garante que impide el traspaso de la propiedad aquí demandante.

Bajo este contexto, recuérdese, y sucintamente se dice en tanto más adelante se abordarán estos planteamientos, que no todo incumplimiento conduce *per se* a la resolución del contrato y que no toda conducta de responsabilidad lleva consigo la reparación en dinero del daño, pues existen escenarios en los cuáles el criterio de reparación integral sobrepasa el efecto indirecto y por demás supletivo del verdadero objeto de la reparación del lesionado que no es nada distinto que restituirle “...en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior...”, así como disponer “...la forma adecuada de resarcir el perjuicio (...) 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), criterio de reparación integral que nos trae el artículo 16 de la Ley 446 y el artículo 283 del CGP., amén de que por esta vía es posible dada la facultad que trae consigo el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de resolver el litigio “...de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir...”.

En otras palabras, de encontrarse la responsabilidad aquí cuestionada, así como que no es posible la declaratoria de la resolución pedida, esto dado que el evento en que se sustenta puede ser superable, -levantar la hipoteca-, bajo los postulados señalados podría darse como factible el emitir la orden de levantamiento y escrituración a prorrata del inmueble, lo que implica que la decisión tendría efectos en contra del acreedor que podría ver desmejorada su garantía y como consecuencia compelido a levantar la hipoteca en el tanto que corresponda.

Consecuencia de lo señalado es que no es posible acoger la excepción propuesta.

Del CONTRATO EN DISCUSIÓN.

La controversia tiene por fuente la vinculación de la actora como participe 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, el cual 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”*.

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, 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.

A su turno tanto la doctrina, como la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia (Circular Externa 007 de 1996 que de forma posterior fuere modificada por las C. E. 046 de 7 de septiembre de 2008; la 024 de 27 de julio de 2016 y 007 de marzo de 2017), preceptos que se tendrán en cuenta en cuanto sean aplicables para la fecha de inicio del negocio fiduciario aquí analizado, 18/12/2012, 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.

A su vez, de cara al análisis que se efectuara de este tipo contractual, importa señalar que esta Delegatura ha entendido que la estructura debe verse como una sola, 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 entre otros), ha de entenderse que nos encontramos en un contrato coligado del encargo fiduciario como el contrato de fiducia mercantil y de vinculación de terceros a futuro beneficiarios, no solamente porque permiten ello un análisis integral de la relación entre el adquirente de una unidad inmobiliaria con la fiduciaria, sino que son actos jurídicos estrechamente relacionados entre sí desde aquél que inicia el proyecto, el que lo estructura y el que permite su gestión como su desarrollo o ejecución. Lo anterior si cuenta se tiene que cualquier determinación que se adopte entre unos y otros ha de repercutir 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: *“(...) actualmente en virtud de la diversificación de los negocios, muchos de ellos requieren para su materialización la celebración de dos o más contratos, en razón a que sólo con la realización de*

cada uno y de todos en conjunto se puede lograr el objetivo perseguido, de ahí que se haya dicho ya por la doctrina que «[e]l individualismo contractual viene dejando paso a la contratación grupal. Y ello no resulta caprichoso, puesto que lo perseguido es ahora un resultado negocial, una operación económica global, buscada a través de un ‘programa’ que una o varias empresas proponen. (...). Se trata ahora de contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una ‘misma prestación esencial’, un ‘todo’ contractual para un mismo y único negocio. (...)»³.

Por ello frente a la fiducia decantó la existencia de coligación pues “(...) 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 y que se reitera en sentencia SC2879 de 2022).

Bajo este escenario, no sobra memorar que 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.** (...)” (resaltados y subrayas ajenas 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...”.

³ Moseet Iturraspe, Jorge. “Contratos Conexos. Grupos y redes de contratos”. Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 9.

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

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 en su todo su adelantamiento, 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 no autorizado con anuencias a 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: “...*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 fideicomitidos, 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 fideicomitidos.** El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos 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 fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual».

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).

Y más recientemente de cara a estos deberes de conducta se adujo con la Sentencia SC107-2023:

“...como regla de principio, las cargas nucleares de las fiduciarias no pueden consistir en alcanzar un resultado determinado, pues sólo puede obligarse a realizar su mejor esfuerzo para lograr la finalidad señalada en el acto constitutivo, obviamente, de acuerdo con el profesionalismo exigido a una experta del mercado.

(...) [A] efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño, en otras palabras, la especialidad 1 del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él...

Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma con especial esmero el primer deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a ‘realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia’ (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014- 01068-01).

Sin embargo, la anterior directriz no se aplica para aquellos deberes que, por autorización legal, son de resultado, o tratándose de obligaciones instrumentales, complementarias o accesorias.

Expresado de otra forma, **las fiduciarias pueden asumir -y asumen- deberes de resultado tratándose de cargas diferentes al objeto principal del contrato, o cuando esto devenga necesario según la tipología del negocio fiduciario.**

Así se infiere de la redacción del transcrito artículo 1234 del Código de Comercio, el cual consagra claras cargas de resultado, tales como mantener la separación patrimonial, llevar la personería jurídica del fideicomiso, transferir los bienes fideicomitidos al beneficiario a la finalización del encargo o rendir informes con cierta periodicidad, los cuales suponen un deber concreto que no puede soslayarse.”, (resaltados ajenos al texto).

⁷ 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».

Y concluyó, “...De allí que esta Sala haya reconocido expresamente que «tales obligaciones», refiriéndose a los «deberes contractuales o legales asumidos por el experto [fiduciario]», puedan ser «de medios o de resultado» (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014- 01068-01).”.

Por otro y no menos importante es el artículo 3º de la Ley 1328 de 2009 el cual prevé que “...Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que **imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros...**”.

Y el literal u) del artículo 7º de la misma norma indica como una obligación especial de estas vigiladas, el observar de cara a las estipulaciones contractuales, “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.”.

Mismo desarrollo en este régimen de protección a los consumidores financieros que trae su artículo 3º *ibídem* en tanto expone algunos principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, entre otros, importa para este litigio el de la **debida diligencia**.

Al respecto dicho artículo 3º señaló: “**a) Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.”.

Igualmente, la Ley 1480 de 2011 también se ocupa de estas obligaciones y derechos de todo consumidor, entre ellos el de “...obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.”.

Y en lo que toca con las relaciones de consumo y como derecho de los consumidores señala que debe recibir servicios y productos con estándares de calidad e idoneidad, lo cual traduce que el producto debe cumplir con las características inherentes y atribuidas de cara a la información que se suministre sobre este; y en cuanto a la idoneidad o eficiencia, trata de la aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado, (nums. 1º y 6º art. 5º L 1480).

Todo este conjunto de derechos que integra el contenido obligacional de la relación contractual y el cual se entiende vigentes: “*durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada*”, como se desprende del artículo 5º de la Ley 1328 y es posible extraer del artículo 4º de la Ley 1480.

Estas cargas o deberes de conducta que se ciñen entonces a examinar si la Sociedad Fiduciaria en su condición de administrador sucedáneo de dineros que no son suyos sino captados del público dada la autorización que la normatividad le otorga como conocedor experto de este tipo de negocios, acató todas y cada una de las obligaciones contractuales, legales y de obrar como buen hombre de negocios con estándares de diligencia, previsión, análisis de riesgo, profesionalidad, buena fe contractual entre otros,

que demanda este ejercicio a la luz de los contratos de Fiducia, Administración y Pagos con la correspondiente vinculación de la aquí beneficiaria de parea llevados a cabo.

O dicho de otra manera, lo que se pretende ventilar es si la pasiva actuó con diligencia, prudencia, debido cuidado, buena fe y como lo ha enseñado la jurisprudencia en este tipo de contratos de mandato, como un buen padre de familia (art. 63 C.C.) y hombre de negocios, ejerciendo todos los controles y acciones que aquél y/o la Ley le exigen y facultan, en aras de que el proyecto denominado **EVA GIRARDOT 1**, llegara a buen término o si por el contrario se acredita su incumplimiento contractual o legal como fuentes de derecho que pudieran enrostrarse y por ende, salir a resarcir algún perjuicio, en el marco de actividades de especial riesgo como lo es la financiera de mercado interés público según lo establece el artículo 335 de la Constitución.

No de otro modo puede entenderse cuando incluso desde la misma C.E. 046 de septiembre de 2008 emitida por la SFC, se le dice en el instructivo entre otras cosas que: *“Corresponde a los administradores de las entidades vigiladas o sometidas al control exclusivo de esta Superintendencia, **realizar su gestión con la diligencia propia de un buen hombre de negocios**. Por ello, compete a las juntas o consejos directivos o al órgano que haga sus veces, en calidad de administradores, definir las políticas y diseñar los procedimientos de control interno que deban implementarse, así como ordenar y vigilar que los mismos se ajusten a las necesidades de la entidad, permitiéndole desarrollar adecuadamente su objeto social y alcanzar sus objetivos, en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia”*.

Y si bien es cierto, existe una indeterminación legal y consecuente flexibilización del objeto en el marco del contrato de fiducia como vehículo de inversión, también lo es que no solamente se espera en su confección, nacimiento, desarrollo y liquidación que se cumpla con rectitud y sin dobleces, sino que dada la calidad del fiduciario, resulta ser una cuestión *“...que interesa al legislador, no solo por las labores de intermediación financiera que el encargo usualmente supone a cargo suyo, sino también por la asimetría de poderes que la dinámica del negocio genera en su favor, al conferirle de antemano la administración y titularidad de un activo que, en realidad, no le pertenece, a cambio de la sola promesa de buen gobierno y oportuna restitución”*⁸, (ib.).

Si en cuenta se tiene que *“...su alcance (...) va más allá de la esfera netamente contractual, puesto que el buen suceso de la gestión encomendada interesa no solo a las partes sino al ordenamiento jurídico en general, entre otras cosas, por estar en juego la credibilidad y estabilidad del sistema financiero.”*, (ejusdem).

DEL CASO EN CONCRETO.

Aclarado el escenario jurídico en el cual se va a dirimir este proceso, ha de decirse que nada se ahondará en cuanto a la etapa de pre ventas y su ejecución, pues si bien se discutieron algunos eventos dados al conocimiento del fideicomitente, su solvencia financiera, sus conocimientos técnicos y específicos que no comprometieran el proyecto, lo cierto es, que de las pruebas allegadas como la demanda, su contestación, peticiones, quejas y reclamos, así como el mismo interrogatorio llevado a cabo en audiencia anterior quedó más que demostrado que el proyecto por lo menos en lo que toca en su estructura física fue realizado, es

⁸ Sobre el particular, anota la doctrina que del *«negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del presupuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible»*. Friedrich Regelsberger, en «Obligatorische Verpflichtung», editorial «Pandekten, Duncker & Humblot», traducido por Federico de Castro y Bravo, El Negocio Jurídico, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1985, págs. 405 ss.

decir, la construcción se hizo e incluso hubo entrega material de los bienes ofrecidos, todo lo cual da cuenta que entrar a verificar estos aspectos poco o nada aportan de cara a la situación enrostrada.

Nótese que por misma confesión contenida en el escrito de demanda se señaló en el hecho 9° que “...El día 9 de agosto de 2018 la constructora CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S. entregó formalmente a mi representada el apartamento 503 y el uso de los garajes 15 y 16, tal como estaba previsto en el contrato de vinculación suscrito entre las partes.”, para lo cual quedó pendiente únicamente la transferencia del dominio de los bienes que no se ha cumplido en razón a la existencia de una hipoteca de mayor extensión la cual se constituyó con el banco constructor y que ha impedido el levantamiento parcial que permita esta.

Aspecto que nuevamente se trae a colación en el hecho 14 de la demanda, pues allí se indicó que la demandante elevó varias “...solicitudes concretas (...) a ACCIÓN FIDUCIARIA [y] fueron las siguientes:

a. *Proceder a la cancelación inmediata de la hipoteca que actualmente pesa sobre el apartamento y los garajes que ofreció transferir.*

b. *Cumplir con la obligación que legalmente no puede delegar en ningún otro sujeto contractual y que consiste en transferir a mi representada la propiedad del apartamento 503 y el uso exclusivo de los garajes 15 y 16 del proyecto varias veces mencionado, transferencia que debe hacerse libre de hipotecas y gravámenes, excepto el relacionado con la propiedad horizontal.”.*

Es así como se tiene que el inconformismo no trata en estricto sentido de un mal manejo de los recursos, una desviación de estos, la no construcción de los bienes y/o su no entrega, sino del último paso, al transferencia del dominio, y es que ahonda en esta hermenéutica el señalar que la misma demanda reza “...el daño consistió, tanto en la no transferencia del dominio de la unidad residencial que pretendía adquirir mi representada, como en la retención indebida de los excedentes que aportó al encargo fiduciario 1700012863 cuyo monto fue certificado por la propia fiduciaria.”.

Aspectos que permiten entonces tener como superadas las etapas anteriores del proyecto inmobiliario sustentado en este contrato de fiducia e incluso las condiciones de los tres incumplimientos subsiguientes de información, diligencia y administración en el contrato de la etapa de administración de recursos, ejecución y destinación para la construcción del proyecto, así como la de información que por demás no tendría causalidad del perjuicio que se demanda, para entonces entrar a determinar si este incumplimiento, la no escrituración, daría lugar al resarcimiento en las condiciones pretendidas.

Previo a estudiar esta temática por vía de la responsabilidad civil en materia contractual, impone por efectos prácticos el referirse a la resolución del contrato plantada en la pretensión del numeral segundo de la demanda, ya que señala que dada esta situación se proceda en los términos del artículo 1546 del CC., con la consecuente devolución de los dineros y reconocimiento de perjuicios.

Sobre el punto, ha de decirse que so capa de encontrar tal incumplimiento, no es posible emitir tal orden por lo menos en este tipo de trámite dada la especial connotación y limitación del ejercicio jurisdiccional de la acción de protección al consumidor.

Al respecto, conviene recordar que este proceso no es de aquéllos panorámicos como sucede ante cualquier juez de la república de la jurisdicción ordinaria y especialidad civil, en tanto el artículo 116 de la Carta Política es claro en indicar que “...Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional **en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.**”, esto es, que corresponde a la Ley y no al interprete consagrar que autoridades ejercen dicha función y limitar sus materias.

Al punto, el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 prevé de forma clara que es de competencia de esta sede el dirimir las controversias que surjan entre consumidores financieros y entidades vigiladas que tengan relación exclusiva “...con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales...” que sean asumidas frente a la actividad regulada que ejercen, esto significa que la acción de protección trata de responsabilidad contractuales con resorte a indemnización por perjuicios ocasionados por la indebida ejecución o incumplimiento contractual sea por regulaciones del contrato o de cara a la actividad conexas como servicio del vehículo financiero utilizado para este tipo de negocios jurídicos.

O en otras palabras es deber **analizar la conducta de la entidad vigilada** de cara a la “...ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales...”, (ART. 57 Ley 1480 de 2011), cariz de estípe legal y que asumió la pasiva con los aquí consumidores financieros a propósito de la actividad financiera que realiza y de inminente interés público, (art. 335 de la C. Pol.).

Por ello, entran en estudio para este tipo de escenarios, las responsabilidades y obligaciones contractuales, legales y/o de prestación del servicio conexas al contrato, cargas sobre las cuáles se comprometió cumplir una vez pidió y fue autorizada la fiduciaria para ejercerlas, escenarios particularmente regulados **cuya autonomía de la voluntad no es absoluta pues debe circunscribirse al objeto social que presta** y que sea decirlo excluye de su ejercicio a otras sociedades no autorizadas para ello, pues de lo contrario hablaríamos de un ejercicio por fuera de la legalidad.

Normas que por demás regulan las reglas de diligencia, así como los deberes de conducta, profesionalismo, información, buena fe entre otros que son exigidos en el desarrollo de la relación contractual y mientras perdure, conforme se extrae del artículo 78 de la Carta Política, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1480 de 2011 y demás normas reglamentarias y complementarias que nutran la relación contractual y la actividad que por disposición legal se le permite desarrollar a las vigiladas.

Y es por consecuencia, que no es posible acoger la súplica como quiera que no se evidencia que el incumplimiento sea de tal envergadura que impida que el objeto contractual se cumpla incluso en la hora actual.

De ir más allá, ha de recordarse que la regla de conducta y legalmente prevista en la normativa es que los contratos nacen para cumplirse, y sobre dicho contexto la jurisprudencia ha enseñado que su resolución es un remedio extremo y procede solamente en casos cuando resulta insalvable su ejecución o cuando el evento es insuperable.

Además, no lleva consigo la resolución cuando las conductas de las partes dan cuenta de que pese al incumplimiento el contrato ha seguido su curso y se ha cumplido su objeto, escenario en los cuales lo procedente es acudir a las acciones judiciales de ejecución para que se efectúe el cumplimiento por supuesto con las indemnizaciones que esta omisión o actuar causaren, vía legal que radica en obligar por decisión judicial sea directamente al contratante incumplido a superar la situación ora por el Juez en caso de no acatamiento.

Respecto de lo anterior, prolija jurisprudencia ha ilustrado que “...el simple incumplimiento no traduce, sin más, intención de disolver el pacto (SC de 7 dic. 1982), pues habrá [sic] casos en que dicha infracción obedecerá a circunstancias especiales, muchas de las veces consentidas o auspiciadas por los mismos contratantes. Sin embargo, en cada caso la prueba de los hechos que rodearon la contravención será la determinante a fin de establecer si el incumplimiento estuvo acompañado de la voluntad de desistir del negocio o no.”⁹.

⁹ Cfr. C. Sup de J. Sala de Cas. Civil, Sent. SC2307-2018, jun.25/2018.

Y recientemente se ha dicho: “(...) *no todo incumplimiento por parte de uno de los contratantes conduce a la resolución o a la terminación del convenio. Pensar lo contrario, sería tanto como desconocer el principio de mantenimiento de los contratos, cuyo significado no es otro que tratar de prolongar la vigencia del pacto, por supuesto si es válido, en orden a su ejecución, con preferencia a la alternativa de finalizarlo. (...) [cuya] inobservancia por parte del otro contratante sea de aquellas que reducen o eliminan la utilidad de la convención, o se concentran en el objeto principal del contrato, o se trata de un compromiso que actualmente no se puede satisfacer, puesto que, si no hay incumplimiento del objeto primario y esencial del convenio, o no se da al traste con el fin práctico de la convención, no es viable su resolución ni su terminación.*”, (Sent. SC1690 de 2022 que a su vez cita entre otras las sentencias SC4902-2019, SC5569-2019 y SC5312-2021 entre otras que van en la misma línea.).

Y se concluye para decir la Corte Sup. de J. Sala de Cas. Civil que: “(...) *en desarrollo del principio de estabilidad de los contratos, es preciso reconocer que no todo incumplimiento puede dar al traste con el acuerdo de voluntades, pues permitiría que infracciones menores, que fácilmente podrían remediarse mediante el simple despliegue de la buena fe que los artículos 1603 civil y 871 mercantil reclaman de las partes en la ejecución de los contratos, terminaran erigiéndose en factores dirimientes, con grave desprecio de un cúmulo abrumadoramente mayor de prestaciones satisfechas.*

Semejante proceder sería manifiestamente injusto al prohijar la utilización torticera de pequeñas faltas como pretexto para el logro de fines ajenos al ordenamiento, pues permitiría que antojadizamente una parte que está arrepentida por otros motivos se prevaliera de ellas para instar el aniquilamiento.

Se trata de nimiedades cuya objetividad no puede determinarse a priori, mediante la fijación de un porcentaje del valor del contrato o de una prestación, amén de que su análisis también involucra la importancia que los extremos de la relación jurídica le han conferido, por lo que, en principio, su establecimiento incumbe a la soberana apreciación del fallador de instancia atendiendo las circunstancias de cada evento concreto. (...)”.

Derroteros que cobran relevancia si en cuenta se tiene que: **(i)** la demandante recibió los bienes, apartamento y 2 garajes, de manera material y formal en el mes de agosto del año 2018; **(ii)** ingresó a vivir y usufructuarlos como quedó expuesto en interrogatorio; **(iii)** tenía los servicios esenciales de agua, luz y gas aun cuando era sin contador; y **(iv)** residió y utilizó los bienes por varios años.

Todos estos elementos probados conducen, bajo una sana lógica y regla de la experiencia, al indicio no probado el cual sería que los bienes dados contenían las condiciones de su objeto que no es otro distinto que cumplir la finalidad para el cual fueron creados y destinados, vivienda y garajes.

Ahora, es cierto que no tenía contadores, conforme quedare visto en interrogatorios, sin embargo, de cara a este litigio dicho evento no da cuenta una imposibilidad de vivir en aquél inmueble o impedimento en el uso de estos servicios, o por lo menos de ello no existe prueba alguna, contrario *sensu*, en interrogatorio refirió la demandante al indagarle como obtenían los servicios, que sí estaban y frente al agua que iba un carrotanque a proveer el líquido, por demás, conforme incluso las condiciones del acuerdo pago exigían para liberar la hipoteca de estos bienes el contar con el contador de agua lo cual se cumplió y dio curso en enero de esta anualidad que dio curso a la instrucción del levantamiento de hipoteca, punto que más adelante se expondrá, quedando únicamente pendiente el contador de Luz pero con servicio, el cual está próximo a otorgarse según testimonio del mismo desarrollador del proyecto.

Lo cual, en todo caso, no le es posible servirse de este proceso ya que no está confeccionado por el legislador, para analizar, verificar y resolver sobre posibles saneamientos de vicios redhibitorios, pues se *itera*, esta acción es de responsabilidad civil contractual únicamente del ejercicio o actividad financiera

permitido ejercer por la vigilada respecto de consumidores financieros, empero no para auscultar otros escenarios como atrás quedara visto.

Luego si lo que pretende es la declaración de este aspecto cuenta con la vía ordinaria ante el juez competente que no es otro que el civil que por cuantía y territorio le corresponda, a lo que suma aquí tampoco es posible traer a cualquier persona sea natural o jurídica so capa de un presunto litisconsorcio o llamado en garantía, toda vez que aquí lo que se analiza es el desarrollo de la actividad regulada de la vigilada y a quien de forma exclusiva le compete desarrollarla, es así como constructores, fideicomitentes u otros sujetos amparados en otros contratos y so capa de la coligación contractual puedan ser citados en tanto la situación problemática a estudiar atañe solamente a las conductas contractuales y legales que como buen padre de familia y buen hombre de negocios al administrar dineros ajenos debió o debe ejercer la sociedad fiduciaria.

Al respecto, la jurisprudencia en un caso con algunas similitudes señaló: “...*En tal virtud, encuentra la Sala que las relaciones que subyacen a los contratos que estructuraron el proyecto (...), si bien apuntan al propósito común de posibilitar su desarrollo, permiten identificar unos contenidos obligacionales delimitados e independientes, con diferentes responsables y con distintas etapas y condiciones de cumplimiento. Así, en el caso concreto es posible deslindar las cargas prestacionales de las partes, puesto que lo que se reprocha es el incumplimiento de las obligaciones de diligencia y correcta administración a cargo de la fiduciaria, las cuales se encuentran determinadas por los contratos de encargo fiduciario individual y los mandatos legales que rigen la figura, y que en modo alguno se pueden endilgar a la promotora del proyecto, al no ser ella la entidad autorizada por el Estado para captar y administrar dineros del público.*”.

Luego, si como vemos, la situación es superable y no se advierte o cuenta con prueba alguna que dé cuenta la imposibilidad de vivir en el apartamento y de uso de los 2 garajes. Contrario a ello, han venido cumplido su finalidad para la cual fueron creados que como quedara visto, no es posible extinguir la relación contractual, por cuanto; **a)** no es esta la vía judicial para entablar la resolución del contrato al tenor del artículo 1546 del CC.; **b)** de analizarse el incumplimiento no se evidencia de aquéllos esenciales; y **c)** no es posible disponer u ordenar al promotor, constructor y/o fideicomitente del proyecto poner los contadores por escapar de esta órbita judicial dada su competencia limitada conforme se explicara al inicio, pues para esto último ha de acudir a los ejercicios procesales correspondientes como quiera que la acción de protección al consumidor no es panorámica tal y como a hoy está confeccionada al tenor del artículo 57 de la Ley 1480 y en atención a lo preceptuado en el artículo 116 de la Carta Política.

Ahora bien, lo que sí asiste razón a la demandante son sus reclamos en cuanto a que la tradición del bien no puede serle trasladada a terceros y **que la sociedad fiduciaria se abstenga de cumplir con esta carga por demás indelegable y de resultado**, so capa de una presunta autonomía contractual al tenor del artículo 1602 del Código Civil y según las reglas consignadas en el clausulado 10 del contrato de vinculación.

Al respecto, importa traer a colación los deberes que tiene esta sociedad fiduciaria, ya que no de poca monta resulta el que está regulado en el artículo 1226 del C. de Co., y ss., normativa de orden público y por ende de obligatoria observancia, que indica sin mayor discusión que “...*Son **deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:** 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. [y] (...) 7) **Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.***”.

Es decir, que atañe únicamente a la sociedad fiduciaria, incluso como lo expone la norma, en “...4) *llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del*

beneficiario y aún del mismo constituyente...”, actuar que debe estar dirigido a esta finalidad u objeto del fideicomiso, obligación que se traduce para este caso a la de transmitir los bienes inmuebles por vía de la tradición lo cual por demás corresponde exclusivamente al propietario al tenor del art. 740 del CC siguientes y concordantes, en este contexto, el fideicomiso Proyecto Eva Girardot representado y administrado por la Soc. Fiduciaria por medio de su PA.

Y si bien se acude al clausulado 10 como defensa en tanto se alude debe existir una instrucción del fideicomitente para proceder con esta, así como que está pendiente el pago del crédito constructor el cual debe sufragarse por el fideicomitente ya que recae sobre el predio una hipoteca de mayor extensión, en todo caso, ninguna de estas dos excusas puede conducir como consecuencia el no haber efectuado la escrituración y registro de los bienes de la aquí actora, pues no eximen u obstan para que esta carga por demás legal sea acatada frente a quien por Ley debe realizarlo, incluso en contra del mismo fideicomitente si es necesario para cumplir con la consecución de la finalidad del contrato.

A propósito del primer aspecto, esto es, cumplir con su deber en contra incluso de la instrucción del mismo fideicomitente constituyente, es una carga que la Ley le abroga y ampara precisamente para que acate sus deberes legales y de profesional que están inmersos en esta actividad regulada de interés público y de raigambre constitucional como diversa jurisprudencia así lo ha sostenido, y que por tanto, por donde se le mire limita la autonomía contractual si aquella rompe o contradice los principios de buena fe contractual de sus partícipes, circunstancia entonces que permite evidenciar no era óbice para que la entidad vigilada como garante de la buena fe impuesta en ellos por la actora en el curso del negocio y una vez se cumplieran las condiciones procediera con la escrituración incluso sin instrucción del fideicomitente.

Nótese que no solamente la normativa exige a la aquí demandada dado su oficio acatar esta disposición de transferencia, la cual, según la jurisprudencia puesta de presente, es de resultado (cfr. Sentencia C-107 de 2023), sino que también es su carga obrar de buena fe en el desarrollo del contrato y con la debida diligencia de buen hombre de negocios y al tenor de las reglas que la jurisprudencia ya citada ha señalado.

Pero además al pasar al supuesto contenido de la forma de levantar la hipoteca, es decir, de dónde se obtendrían recursos en los eventos que el patrimonio autónomo no tuviese flujo efectivo de caja, ha de recordarse que probados incumplimientos de carácter indelegable en desarrollo de la actividad que se le permite ejercer habitualmente como experto y profesional, dicho 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, conduce a colegir que estamos en el escenario que nos trae el artículo 1243 del C. de Co., precepto que nos dice: *“El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”*

Y como sucede en el caso, dadas las omisiones de diligencia, prevención y análisis de riesgo cuya conducta y actuar le era exigido por la misma normatividad, en tanto era previsible.

Por un lado, el estudiar como incluso lo exige la misma Circular 024 de julio 27 de 2016, el servicio que se iba a prestar a la deuda, pues exige que *“...En los negocios cuyo objeto sea la promoción y consecución de interesados en adquirir participaciones fiduciarias, resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria, así como de aspectos como: (...) 3.4.7.3.4. Si se prevé la adquisición de crédito para la financiación del proyecto, los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones.”*

Análisis, estudio y mecanismo de pago que aquí brillan por su ausencia, pues no de otra forma se entiende que, según certificación expedida por el Banco Scotiabank Colpatria S.A., y con ocasión a las pruebas de oficio que le fueren pedidas, (derivados 063 y 064) en sus anexos certificara que con corte a 1 de marzo

de 2023 se deben por el crédito constructor y con cargo a dicho patrimonio la no despreciable suma de \$3.955.049.621.⁰⁴ pesos M/cte., con 1273 días de mora y en estado de cartera castigada.



Bogotá, 01 de marzo 2023

SCOTIABANK COLPATRIA
NIT 860.034.594-1

INFORMA QUE:

Nuestro cliente FIDEICOMISO RE GIRARDOT E - PATRIMONIOS AUTONOMOS ACCION FIDUCIARIA - CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA SAS - LUIS ALEJANDRO GONZALEZ PIÑEROS - CHRISTIAN JENDRACH - EDUARDO GALINDO DIAZ, Identificado con Nit. 805.012.921-0 / Nit. 900.144.205-8 / C.C 794038811 / C.E 195372 / C.C 19399629, mantiene vínculo comercial con nuestra entidad a través de la siguiente obligación.

OBLIGACION Nro. 204101060101

	Valores en Pesos	Valores en UVR
Saldo a capital	\$ 2.391.522.534.62	7.194.407.62
Interés corriente al 28/02/2023	\$ 318.504.611.51	958.156.14
Interés de mora al 28/02/2023	\$ 1.245.022.474.90	3.745.396.10
Saldo Total	\$ 3.955.049.621.04	11.897.959.87
Fecha de desembolso:	04 de octubre de 2016	
Fecha de vencimiento:	31 de agosto de 2019	
Días de mora al 28/02/2023	1273	
Producto:	CASTIGADA COMERCIAL UVR	

Cordialmente,

Igualmente, de la deuda dan cuenta del mandamiento de pago proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Girardot Cundinamarca proferido el 20 de enero de 2021 dentro del radicado 25307 31 03 002 2020 00129 00 en cuantía de \$1.946.409.717,⁶⁹ pesos M/cte., por concepto de capital insoluto, equivalentes a 7.194.408.16 UVR., contenido en el pagare No. 204101060101 aportado como base de recaudo, a la fecha de vencimiento 13 de diciembre de 2019 y \$259.224.181,²⁵ pesos M/cte., equivalentes a 958.156.21 UVR a la fecha de vencimiento del pagare 13 de diciembre de 2019, por concepto de intereses corrientes causados desde el 2 de septiembre hasta el 13 de diciembre de 2019, sobre el saldo del crédito junto con la mora causada desde dicho momento a la fecha y por supuesto la fluctuación que u crédito de esta naturaleza produce.

LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO por la vía del proceso Ejecutivo Hipotecario de Mayor Cuantía, en favor de la entidad **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**, y en contra de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, (en calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO DE PARQUEO EVA GIRARDOT); **CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.**; **EDUARDO GALINDO DIAZ**; **LUIS ALEJANDRO GONZALEZ PIÑEROS** y **CHRISTIAN JENDRACH GORTZ**, siendo la primera de las sociedades - Acción Sociedad Fiduciaria S.A. la actual propietaria de los inmuebles que fueran hipotecados para garantizar el crédito cobrado en el actual proceso, y se sirvan pagarlo en el término de cinco días, como se indica en seguida, de acuerdo con el título valor pagaré base de la ejecución y suscrito por quien constituyera la hipoteca a favor del demandante.

1.- Por la suma de **MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS M/CTE. (\$1.946.409.717.69)**, por concepto de capital insoluto, equivalentes a 7.194.408.16 UVR., contenido en el pagare No. 204101060101 aportado como base de recaudo, a la fecha de vencimiento 13 de diciembre de 2019.

2.- Por la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y UN PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS, (\$259.224.181.25 equivalentes a 958.156.21 UVR** a la fecha de vencimiento del pagare 13 de diciembre de 2019.), por concepto de intereses corrientes causados desde el 2 de septiembre hasta el 13 de diciembre de 2019, sobre el saldo del crédito.

Y por demás, de ello da cuenta también el acuerdo de pago de fecha 7 de febrero de 2022 y suscrito por la aquí demandada en el mes de marzo de esa anualidad, en el cual se pactaron diversas obligaciones y un pago por cuantía de \$2.092.723.675,00 pesos M/cte.

CLÁUSULAS

PRIMERA. ACUERDO DE PAGO: Mediante el presente Acuerdo de Pago, el DEUDOR se obliga a cumplir las siguientes obligaciones de dar y hacer con el propósito de cancelar el saldo insoluto del crédito constructor identificado con número de obligación 204101060101, el cual a la fecha de la firma del presente acuerdo asciende a la suma total de DOS MIL NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$2,092,723,675 M/CTE). de la siguiente manera:

Es decir, de haber sido diligente la sociedad fiduciaria, previsiva y haber dado estricto acatamiento a las circulares aquí señaladas, así como el adoptar conducta ingentes, conducentes, prudentes, es evidente pudo evitar el suceso causado materia de discusión, situación a través de la cual incluso, podría verse compelido dado este actuar a resarcir el daño con su propio patrimonio.

Y es que dada la naturaleza del contrato “...*aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes*¹⁰, 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).

En tanto, dada la comprobación de ausencia de diligencia que conduce a tener como demostrado el elemento culpa, la cual “...*se define como el hecho atribuible al agresor que contraviene el estándar de conducta que le era exigible, resultante de la decisión consciente de desconocerlo o de la negligencia, imprudencia o impericia*”, (SC4455 del 26 oct. 2021, rad. N°. 2010-00299-01), negligencia que resulta del actuar “...*Descuidado, omiso. Despreocupado. Quien no presta la atención debida. Desidioso, abandonado, flojo, indolente. Imprudente; que no toma las precauciones del caso...*”, (Sent. SC107 de 2023 que cita a Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, 1993, p. 211).

Recuérdese para ahondar en razones, que según lo reza la Circular ya citada en esta decisión, así como la jurisprudencia que la predica, las sociedades fiduciarias de cara a esta situaciones tiene la carga de analizar situaciones al amparo del “...*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.*”, (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.).

En efecto, nótese que la Sociedad Fiduciaria no puede ampararse bajo su condición de fiduciario para señalar que quien debe pagar la prorrata de la obligación hipotecaria es el Fideicomitente, pues ciertamente de los interrogatorios llevados a cabo al representante legal del Banco Colpatria S.A., quien otorgó el crédito para la construcción, señaló sin ambages que el **obligado principal** y quien solicitó el crédito fue el fideicomiso, quien se comprometió a honrar los empréstitos con los recursos del Patrimonio Autónomo y por demás hipotecó en garantía el inmueble donde se iba a realizar el proyecto inmobiliario, (cfr. Interrogatorio efectuado en audiencia del 19 de septiembre de 2023 derivado 084).

Igualmente, los documentos que allegó el banco como prueba y anexos a su escrito de contestación dan cuenta de ello, (adjuntos a derivados 063, 064, 066 al 069), pues la carta de aprobación aportada en PDF así lo evidencia, ya que indica que el deudor es el “**FIDEICOMISO PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA**

¹⁰ CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

1 TORRE 1 – FIDUCIARIA ACCION”, (imagen 1), igualmente de ello da cuenta la Escritura Pública 1860 del 13 de septiembre de 2016.

Adjunta en imagen formado .tif, ya que allí señala que se hipoteca el terreno donde se iba a desarrollar el proyecto como garantía de cumplimiento del crédito otorgado “...a favor del HIPOTECANTE Y/O ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA 1...”, (imagen 2), mismo señalamiento brota del mandamiento de pago proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Girardot Cundinamarca proferido el 20 de enero de 2021 dentro del radicado 25307 31 03 002 2020 00129 00 y en donde se dispuso “...LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO por la vía del proceso Ejecutivo Hipotecario de Mayor Cuantía, en favor de la entidad SCOTIABANK COLPATRIA S.A., y en contra de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., (en calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO DE PARQUEO EVA GIRARDOT); CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.; EDUARDO GALINDO DIAZ; LUIS ALEJANDRO GONZALEZ PIÑEROS y CHRISTIAN JENDRACH GORTZ. siendo la primera de las sociedades - Acción Sociedad Fiduciaria S.A. la actual propietaria de los inmuebles que fueron hipotecados para garantizar el crédito cobrado en el actual proceso...” (imagen 3), y por demás, del acuerdo de pago llevado a cabo de forma posterior en aras de adelantar entre otras, el levantamiento del gravamen sobre el beneficio de área aquí discutido y con ello cumplir, aun cuando tardíamente, con la obligación de entrega formal de estos bienes, (imagen 4).

Imagen 1

COLPATRIA MULTIBANCA
del grupo Scotiabank

Bogotá, Junio 14 de 2016

Ref. Proyecto EVA Punta Arena Etapa I Torre 1

Señores:
FIDEICOMISO PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA I TORRE 1 - FIDUCIARIA ACCION
Atn. Eduardo Galindo Diaz

Para el Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A, es un gusto comunicarle que nuestro comité de crédito constructor aprobó la financiación del proyecto de la referencia, bajo los siguientes términos y condiciones:

FECHA DE APROBACION:	Julio 07 de 2016
DEUDOR:	FIDEICOMISO PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA I TORRE 1 - FIDUCIARIA ACCION
VIGENCIA:	12 meses a partir de la fecha de aprobación.
TIPO DE CREDITO:	Constructor
MONEDA:	Peso Colombiano.
MODALIDAD:	Unidades de Valor Real -UVR- o en moneda legal.
DESTINO:	Financiar el desarrollo del proyecto de vivienda Eva Punta Arena Etapa I Torre 1
UNIDADES A DESARROLLAR:	35 apartamentos y 70 parqueaderos.
MONTO A FINANCIAR:	4.619.000.000,00.
MONTO A FINANCIAR LETRAS:	CUATRO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE MILLONES
PLAZO:	El plazo total será de 20 meses, de los cuales 14 meses son para la construcción del proyecto contados a partir del primer desembolso y 6 meses para amortizar el crédito constructor.

Imagen 2

República de Colombia

instrumento público garantiza el cumplimiento del crédito para compra y/o adquisición y/o construcción de vivienda y/o cualquier otra destinación permitida por la ley, otorgado o que se llegare a otorgar a favor del HIPOTECANTE Y/O DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA I, NIT P.A. 805.012.921-0 y/o de EDUARDO GALINDO DÍAZ, cédula de ciudadanía número 19.399.629 y/o de la sociedad CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S., con NIT 900.144.205-6 y/o de LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ PINEROS, con cédula de ciudadanía número 79.403.881 y/o de CHRISTIAN JENDRACH GORTZ, con la cédula de extranjería número 195.372, quienes aceptan y conocen los términos y obligaciones derivados del contrato de hipoteca y que en adelante se denominarán indistintamente EL DEUDOR así como cualquier otra obligación pasada, presente o futura a cargo de EL DEUDOR derivada de cualquier operación activa de crédito, independientemente de su naturaleza o

República de Colombia

Imagen 3

155

Ref: PROCESO EJECUTIVO MIXTO
De: BANCO SCOTIABANK COLPATRIA S.A.
Contra: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y otros:
Rad.25307 31 03 002 2020 00129 00

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Girardot - Cund., Veinte (20) de enero de dos mil Veintiuno (2021)

Problema Jurídico

Determinar si se reúnen los requisitos y exigencias formales, los presupuestos procesales, y si se acompañan los anexos obligatorios con la presente demanda, encaminados a lograr se libre mandamiento de pago y el desarrollo del trámite legal.

Resolución del Problema Jurídico

Por encontrarse reunidos los requisitos exigidos por los Arts. 82, 83, y s. s., 422 del C. de G. P., 2432 a 2435 del C.C., Art. 80 del D. 960 de 1970, Arts. 621 y 709 del C. de Co., el Juzgado **RESUELVE:**

LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO por la vía del proceso Ejecutivo Hipotecario de Mayor Cuantía, en favor de la entidad **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**, y en contra de **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, (en calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO DE PARQUEO EVA GIRARDOT); **CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.**; **EDUARDO GALINDO DIAZ**; **LUIS ALEJANDRO GONZALEZ PIÑEROS** y **CHRISTIAN JENDRACH GORTZ**, siendo la primera de las sociedades - Acción Sociedad Fiduciaria S.A. la actual propietaria de los inmuebles que fueran hipotecados para garantizar el crédito cobrado en el actual proceso, y se sirvan pagarlo en el término de cinco días, como se indica en seguida, de acuerdo con el título valor pagaré base de la ejecución y suscrito por quien constituyera la hipoteca a favor del demandante.

Imagen 4

ACUERDO DE PAGO

Entre los suscritos, a saber, por una parte, **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**, establecimiento de crédito identificado con NIT **860.034.594-1**, legalmente constituido y existente según las leyes de la República de Colombia, con domicilio principal en Bogotá D.C., representado en este acto por **CAMILO VELEZ CALDERON**, mayor de edad y domiciliado en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía 79.958.401 expedida en Bogotá, actuando como representante legal, según consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, quien para los efectos del presente acuerdo se denominará "**EL ACREEDOR**", y por la otra:

HERNANDO RICO MARTÍNEZ, mayor de edad, domiciliado(a) en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía número 80.889.872 de Bogotá, quien actúa en condición de representante legal de la sociedad **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, entidad de servicios financieros, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., legalmente constituida mediante Escritura Pública No. 1376 del 19 de febrero de 1992 de la Notaría 10 de Cali, inscrita el 30 de junio de 2009 bajo el No. 01308760 del Libro IX de la Cámara de Comercio de Bogotá, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, sociedad que comparece en calidad de vocera del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO PARQUEO EVA GIRARDOT**, identificado con NIT. 805.012.921-0 y del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO EVA GIRARDOT ETAPA I**, identificado con NIT. 805.012.921-0.

Entonces si se tiene que; **(i)** la sociedad fiduciaria conoció la existencia del crédito constructor para el apalancamiento del proyecto, ya que suscribió documentos en este sentido como deudora principal y garante bajo la administración y vocería del patrimonio que administra y objeto de análisis; **(ii)** no hizo el examen de riesgo que conducía esta situación por un eventual impago como tampoco estableció el servicio de la deuda de este crédito o constituyó una garantía suficiente que evitara ese suceso, o por lo menos aquí no lo probó; **(iii)** se convino a este suceso incierto, es decir, no previó lo previsible, que con esta constitución de garantía hipotecaria sumada a un posible y futuro no pago del crédito, podría causarse frente a quienes honrarían sus obligaciones completamente una afectación al no poder detentar el bien con titularidad completa a propósito de los beneficios de área (inmuebles) a los cuales se vincularon; y **(iv)** desconoció con su actuar la obligación indelegable y de resultado contenida en el numeral 7 del artículo 1234 del C. de Co., esto conlleva a que no es posible colegir nada diferente a que fue su propia conducta la causal de la situación, y por consecuencia, sin más elucubraciones a la realidad que condujo a este proceso siendo incluso compelida a resarcir tal evento con cargo de su propio patrimonio, (art. 1243 del C. de Co. en cc. Sent. SC2879 de 2022).

Al punto la jurisprudencia ha dicho que puede verse comprometida a responder con su propio patrimonio frente a estos negocios cuando “...*en ejercicio de su objeto social (...) como consecuencia de sus propias obligaciones, (...) desborda los contratos celebrados y genera daños a los constituyentes, debiendo responder por ese derecho de crédito que nace en favor de los perjudicados; igualmente, cuando dilapida o deja deteriorar o perder los bienes recibidos.*” o cuando actúa con dolo y/o culpa, (C. Sup. de J., Sala de Cas Civil, Sent. SC5438 del 24 de febrero de 2014 que a su vez cita las sentencias Cas. Civ. 4 de diciembre de 2009, Exp. 1995-02415-01 y Cas. Civ. 3 de agosto de 2005, Exp. No. 1909).

No obstante, dilucidado todo lo anterior, lo cierto es que a la fecha la circunstancia vejatoria de la cual se duele la aquí demandante como consumidora financiera, la señora Carmen Cristina Espitia Rosso, ya no es de imposible cumplimiento, es decir, ya se ordenó el levantamiento del gravamen hipotecario del predio de mayor extensión frente a la prorrata de su inmueble en tanto se han venido acatando las obligaciones contentivas del acuerdo de pago celebrado con el Banco Scotiabank Colpatria S.A., pues así lo confesó el representante el mismo banco y de las pruebas aportadas de oficio es posible tener como cierta esta situación, máxime si el mismo representante del banco señaló en interrogatorio que esa orden e instrucción de levantamiento de hipoteca dada a la Notaria no es revocable pues la parte que pendía del acuerdo para proceder con ello ya se acató por la obligada y sus codeudores.

Esta misma temática fue planteada en la contestación del banco al presentar como medios defensa las excepciones que denominó “*hecho superado*” y “*las condiciones derivadas de la autorización para la liberación y en consecuencia la escrituración para la transferencia del apartamento 503 (objeto de controversia), por parte de Scotiabank Colpatria S.A. se encuentran superadas*”, en donde además se indica que han citado a la aquí actora para la firma de la Escritura Pública y proceder en el mismo acto, entre otras cosas, para ahorrar costos, a levantar la hipoteca de mayor extensión y proceder a escriturar a favor de la aquí actora el apartamento y 2 garajes que adquirió y pagó con ocasión a su vinculación por medio del encargo el cual hace parte como coligado del contrato de fiducia, sin que aquella se presentara, evento incluso confesado en interrogatorio adelantado por el banco a la actora en la misma audiencia ya referida, audiencia del 19 de septiembre de 2023 (derivado 084), ya que adujo la demandante no se presentó porque ya no le interesa suscribir las Escrituras después de tanto tiempo y que lo que buscaba era la devolución del dinero que entregó junto con sus intereses.

Por demás de los documentos allegados como pruebas de oficio pedidos al banco como a la demandada, y no desconocidos ante quien se oponen, dan cuenta de estas citaciones a suscribir la Escritura de los bienes adquiridos por vía del negocio aquí objeto de análisis, (ver imágenes que siguen).



Bogotá, enero 31 de 2023

Señores
NOTARÍA SETENTA - BOGOTÁ
Señor Notario
Bogotá.

REF: AUTORIZACIÓN ESCRITURACIÓN CONJUNTO RESIDENCIAL EVA PUNTA ARENA ETAPA I

Apreciado Señor:

Scotiabank Colpatría autoriza la firma de la escritura de compraventa y liberación de los inmuebles relacionados a continuación:

Descripción	Inmueble	Matrícula Inmobiliaria
Apartamento	302	307 101609
Apartamento	403	307 101617
Apartamento	404	307 101618
Apartamento	503	307 101624
Apartamento	603	307 101631
Apartamento	605	307 101633

Estos inmuebles hacen parte del proyecto CONJUNTO RESIDENCIAL EVA PUNTA ARENA ETAPA I, ubicado en la ciudad de Girardot, Cundinamarca, identificados con folio de matrícula relacionados, de la oficina de instrumentos públicos de Bogotá.

La presente se emite a solicitud de la Constructora CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.

Cordialmente,


HERNÁN DARÍO RODRÍGUEZ ROJAS
Gerente de Cuentas Especiales
Gerencia SAM – Vicepresidencia Senior de Riesgos

SCOTIABANK COLPATRIA S.A.
Carrera 7 No. 24-89
Bogotá D.C.

CALLE 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C., Colombia



Bogotá, D.C., 11 de enero de 2023

Señora
CARMEN CRISTINA ESPITIA ROSSO
CALLE 19 # 24C 145
Apto 503 EVA PUNTA ARENA
Ciudad.

REF. - APTO 503, PARQUEADEROS 15 Y 16 EVA PUNTA ARENA ETAPA 1 EDIFICIO 1 P.H.

Respetada Señora:

Teniendo en cuenta que el pasado 25 de abril de 2022 la citamos para que firmara la escritura pública por medio de la cual transferimos el apartamento junto con los garajes que le corresponden citados en la referencia para el día 17 de junio de 2022 citación a la cual Usted no asistió, por lo cual no fue posible adelantar el proceso de escrituración a su favor.

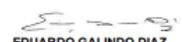
El pasado 13 de septiembre de 2022 la citamos nuevamente para que firmara la escritura pública de transferencia del apartamento junto con los garajes que le corresponden citados en la referencia para el día 14 de octubre de 2022 citación a la cual Usted no asistió, por lo cual no fue posible adelantar el proceso de escrituración a su favor.

De los anteriores hechos se cuenta con las respectivas actas de comparecencia por parte de mi representada.

Como el inmueble se encuentra libre de gravámenes y nuestra intención es la de otorgar la escritura, atentamente le comunicamos que la escritura pública por medio de la cual se transfiere la unidad Inmobiliaria citada en la referencia a su favor, será otorgada el día 2 de febrero de 2023 a las 2:00 pm en la Notaría 70 del Circulo Notarial de Bogotá.

Es de recordar que usted viene usufructuando el bien sin ninguna perturbación.

Quedamos atentos a cualquier inquietud. Atentamente,


EDUARDO GALINDO DIAZ
Representante Legal

Copia ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como Vocera Patrimonio Autónomo EVA PUNTA ARENA ETAPA 1.



Bogotá D.C., 25 de enero de 2.023

Señora:
Carmen Cristina Espitia Rosso
Calle 19 #24c -145

Referencia: Cita Escrituración Apartamento 503, Parquederos 15 y 16. Eva Punta Arena Etapa I.

Respetada señora,

Por medio de la presente nos permitimos informar que a nuestras oficinas llegó la comunicación del Fideicomitente, EVA CONSTRUCCIONES, citando a la señora Carmen Cristina Espitia el **día dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023) a las 2:00 PM en la notaría 70 del Circulo Notarial de Bogotá**, para el otorgamiento de la escritura por medio de la cual se hará la transferencia de la unidad inmobiliaria citada en la referencia a su favor.

Dado lo anterior, de manera muy atenta le reiteramos la importancia de que acuda a la citación para poder finalizar el trámite de escrituración de manera satisfactoria. En caso de que se le presente algún tipo de dificultad con la fecha y hora propuesta por el Constructor, por favor informarnos inmediatamente para hacer las gestiones necesarias que estén dentro de nuestro alcance para acordar una fecha y hora diferente o solucionar la contingencia correspondiente.

Por último, solicitamos amablemente que nos confirmen si acudirá a la cita de escrituración propuesta por el Constructor.

Quedamos muy atentos a cualquier inquietud que pueda surgir en el trámite,



Hernando Rico Martinez
Representante Legal
Accion Sociedad Fiduciaria S.A.

En síntesis, no es del caso disponer la Escrituración con cargo incluso a los recursos de la misma sociedad fiduciaria al desatender sus deberes como fiduciario, en tanto, la circunstancia que impedía el traspaso de titularidad del inmueble ya está superada, para quedar únicamente que la actora se presente a suscribir los documentos y sufragar los gastos de registro, máxime si como se viera la entrega material se produjo y la detentación como usufructo de los terrenos han sido permitidos.

Con todo, lo que sí debe señalarse es que los gastos sufragados por la demandante por concepto de Escrituración deben ser tenidos en cuenta para la nueva escrituración, es decir, no se deberán cobrar ante un nuevo valor por esta tarea en la cuantía que la aquí demandante pagó, \$4.503.538,00 pesos M/cte., conforme da cuenta el anexo 11 del escrito de demanda primigenio derivado 000, y frente a este último aspecto, como atrás se expusiera y dada la conducta de la fiduciaria la cual ya se identificó, de encontrarse mayores valores a los sufragados por la actora sobre dicho monto se vería compelida a asumir este dinero adicional que se causare de cara al nuevo trámite de escrituración con su propio patrimonio, orden que se emite conforme las facultades que consagra el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480, y el principio de reparación integral que trae el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 283 del Código General del Proceso.

Al pasar **al reintegro de los dineros excedentes**, en lo que toca con la condena de 50 millones con sus intereses respecto a estos pagos en exceso que dice la demandante realizó en el encargo 1700012863 conforme le fuere certificado, no tendrá eco.

En primer lugar, no demostró como era su deber al tenor del artículo 167 del CGP., que hizo estos pagos por lo menos al encargo, y en segunda medida, porque existen elementos de prueba que dan cuenta que este dinero si bien fue certificado en su encargo se trató de un error pues esta suma correspondía a otro contrato de vinculación, elemento no desconocido y tachado ante quien se oponía.

Nótese que por sentado se tiene que el pago es el acto jurídico por el cual se cumple la prestación debida, cualquiera que sea su objeto (dar, hacer o no hacer) y cuyo efecto es extinguir la obligación (Lombana,

Tamayo. Manual de obligaciones. las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones. Editorial Temis, Bogotá. P. 93).

Así mismo, que el pago en exceso, es decir, los dineros entregados demás permiten la acción de repetición para ser recuperados, por supuesto que regla de conducta que para que el pago sea entendido como válido, **ha de darse o hacerse en las condiciones y tiempos pactados, así como al acreedor de la obligación**, (arts. 1634 y 1645 a 1647 del CC.), pues de proceder con un pago indebido, es decir, por fuera de estas condiciones el acreedor no estaría obligado a reintegrar esas sumas entre otros eventos cuando no las recibió de forma efectiva o mediando su autorización para que el pago se hiciera a terceros, (arts. 1634. 1635, 1637 y 1643 CC.).

A su vez es claro que a quién compete demostrar el pago es al deudor, no de otra forma se entiende que sea el interesado directo en la extinción del crédito y en todo caso es el sentido natural del artículo 1630 del CC, pues quien puede pagar es el deudor o cualquiera persona a nombre de él aún sin su conocimiento o contra su voluntad.

Y para este caso de prestaciones mutuas a la aquí demandante competía entonces acreditar este pago total y en exceso, si lo que pretende demostrar es precisamente que hubo la extinción de la obligación y pide su devolución en la cuantía adicional de 50 millones.

A su turno, el artículo 167 del CGP., nos enseña que “...*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*”, para el caso, la devolución del dinero y en los términos planteados que en efecto consignó de más esta suma que pide le sea reconocida y reintegrada.

Al punto, el contrato de vinculación suscrito y báculo de este proceso señala en su cláusula 2ª:

adeudadas. Los recursos deberán ser entregados por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA a LA FIDUCIARIA directamente, o en las oficinas de EL FIDEICOMITENTE, mediante cheque con sello de cruce restrictivo girado a favor de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera del FIDEICOMISO RECURSOS, o mediante consignación en la cuenta bancaria del FIDEICOMISO RECURSOS que indique LA FIDUCIARIA. Si alguno de los recursos se entregan en cheque por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA y este fuera devuelto por la entidad financiera por cualquier causa, LA FIDUCIARIA por instrucción expresa y escrita de EL FIDEICOMITENTE, cobrará a EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, de acuerdo con la información que al efecto recibirá de EL FIDEICOMITENTE a cuyo cargo se encuentra el control y causación de tales intereses.

Y en cuanto a los pagos realizados conforme los anexos aportados que dan cuenta de ellos, se tienen 8 anexos que se discriminan primero los reconocidos y luego los no reconocidos así:

Un pago por \$81.293.965,00 que no está en discusión y que se hicieron el 29 de diciembre de 2016 por medio de 2 cheques por \$40.449.008,00 y \$40.794.957,00 respectivamente, (anexos 1 y 2 derivado 000 documentos en formato zip anexos adjuntos al escrito de demanda), documento igualmente consonante con la certificación allegada por la Sociedad Fiduciaria como prueba de oficio la cual se identifica con “*doc16798720220525150028.pdf*”.

Un segundo pago por vía de cheque por \$28.825.323,00 del 12 de enero de 2017 según el anexo 2 y que también está reflejado en la certificación aun cuando lo fuere por la suma de \$28.825.353,00 y con fecha del 23 de enero de 2017.

Un tercer pago en cheque del 9 de mayo de 2017 por \$13.000.000,00 de fecha de importe del 9 de mayo de 2017 según los anexos 6 y 7; y el cual está registrado en la certificación en comento por dicho monto con fecha 10 de mayo de 2017.

Y un pago por \$65.000.000,00 que según anexos 4, 5 y 8 del mismo derivado tratan de un cheque de \$58.000.000,00 y dinero en efectivo entregado en las instalaciones del constructor por \$7.000.000,00, sumas depositadas para el cheque el 1º de febrero de 2017 conforme anexo 4, pero certificada por la constructora con fecha 1 de marzo y el efectivo el día 15 de junio de 2017 conforme certifica la constructora pues no se allegó consignación, y justificadas en la certificación de la sociedad fiduciaria con fecha de 27 de noviembre de 2018.

Sumas que en total ascienden a la cuantía de \$188.119.318,00, el valor total de los beneficios de área contratados por medio del contrato de encargo, sin que se *itera*, se demostrará ingresaron dineros adicionales de su parte.

Ahora, de cara a las instrucciones pactadas en la forma de cómo debía hacerse el pago, es evidente que no se autorizó recibo de dinero en efectivo por parte de la sociedad fiduciaria a la constructora, conforme el clausulado leído en momento anterior, amén de que no se demostró que de forma tácita o expresa así se asintiera por esa entidad el recibir estos dineros, esto es, que con su anuencia o conocimiento de estos eventos la sociedad fiduciaria no adoptara acciones en pro de que estas conductas cesaran, para en esa hipótesis ser posible trasladarle tal actuar, pues ningún elemento se trajo o si quiera se adelantó a demostrar este supuesto, carga que le competía a la actora al tenor del artículo 167 del CGP.

A su turno, del interrogatorio llevado a cabo la misma demandante señaló que se le dio una tarjeta de recaudo y que conocía debía hacer el pago con cheque cruzado a favor de la sociedad fiduciaria o por vía de consignación en el banco de occidente, así como que comenzó a entregar estos dineros por cuanto una asesora de la Constructora les decía que tranquila que ella les consignaba esos valores, porque se dejó convencer y envolver del poder de convencimiento de esta asesora en su labia e incluso que lo hizo por tonta.

Además no es posible prohiar lo que señaló en interrogatorio que la letra era menuda y que por eso no leyó el contrato, no solamente porque no se evidencia tal situación pues a simple vista es posible leer este clausulado, el cual de forma clara señala que “...**Los recursos deberán ser entregados por EL [LOS] BENEFICIARIO[S] DE ÁREA a la FIDUCIARIA directamente, o a las oficinas del FIDEICOMITENTE, mediante cheque con sello de cruce restrictivo girado a favor de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera del FIDIECOMISO RECURSOS, o mediante consignación a la cuenta bancaria del FIDEICOMISO RECURSOS que indique la FIDUCIARIA**”, (resaltado ajeno), es decir lo que las palabras aquí descritas en su sentido natural y obvio indican, que solamente por esas vías se podían ingresar dineros al patrimonio autónomo, cuya consecuencia de no proceder así consagra la misma Ley, un pago invalido ante quien se pretende oponer.

Pero tampoco es posible aceptar que esta carga dejar de tener fuerza entre las partes, al amparo del postulado que no leyó el clausulado 2º, ya que concomitantemente sí enrostra como incumplimiento las situaciones de tradición de los bienes consignadas en el clausulado 10, conducta ambivalente si en cuenta se tiene que ambas estipulaciones tienen la misma tipología de letra y tamaño.

Por si fuera poco, tampoco este modo de entrega de dinero como pago al Encargo Fiduciario era desconocida para la demandante, esto como quiera que al derivado 040 en los anexos 1 al 8 obran recibos de pago de estas sumas una en cheque de gerencia en las condiciones estipuladas a favor de la Sociedad Fiduciaria como Vocera del fideicomiso y otros con pago directo a la cuenta creada para tal efecto.

Luego de la regla de la experiencia, conforme lo probado y por vía de indicio, solamente hacen posible afirmar que no leyó o fue selectiva en su lectura de cara a estos clausulados, ambos eventos que no le exoneran en su deber de conducta de cara al cumplimiento contractual en la forma que debía hacerse el pago, y lo cual de paso sea decirlo en desconocer su propia conducta de autoprotección de leer los documentos que suscribe incluso como el mismo artículo 6° de la Ley 1328 de 2009 lo expone, amén de resultar una simple carga de deber de conducta en tipología de obligaciones contractuales, máxime si ya conocía el trámite que debía llevarse a cabo para realizar los pagos con ocasión al contrato que ahora cuestiona.

Y es que recuérdese que es aforismo conocido en el argot del derecho e incluso popular, que el paga mal paga dos veces, tal y como aquí acontece, súmase que la misma demandante en interrogatorio expuso que ni el mismo promotor del proyecto, el señor Galindo, tenía idea que la persona que tenía en su representación recibía esos dineros en tanto así se lo manifestó a la demandante al momento de reclamarle por la sumas de dinero, como le expuso en interrogatorio.

A su turno se tiene que el único elemento de prueba que allegó para demostrar un pago de más fue una certificación expedida por Acción Sociedad Fiduciaria en la cual se indica un excedente de 50 millones, documento que data del 20 de abril de 2021 y aportado en con la demanda en el anexo 14 págs. 138 y 139 derivado 000, sin embargo, ello no da cuenta que en efectos estos 5 pagos de más cada uno por 10 millones fueran efectuados por la aquí demandante, pues no trajo el elemento fundante que diera cuenta de ello pese a contar con un amplio abanico probatorio para la consecución de tal finalidad.

Contrario a esto, se aportó con ocasión a la prueba de oficio que fuere pedida una certificación que señala que, si bien estos 50 millones entraron al encargo de la aquí demandante, lo cierto es que fueron consignados por una persona por error en este encargo y que hace parte de otro, al efecto se dijo en la instrumental:

Nota aclaratoria: En el encargo Nro. 1700012863 se recibió la suma de \$50.000.000, en cinco giros de \$10.000.000, los cuales fueron consignados por Edgar Eduardo Galindo Calderón quien tenía un encargo diferente No. 1700013683.

Documento que no fuere desconocido o tachado en la oportunidad debida para ello, esto es, en su traslado, luego si existen elementos de prueba que dan cuenta que la señora; **(i)** sí hacía pagos en efectivo pero que solamente fueron 2 en el año 2017 por sumas totalmente superiores de 32 y 65 millones; **(ii)** que no se allegaron por la actora soportes de estos pagos ni se probaron por ningún otro medio; y **(iii)** que existe una certificación que da cuenta de la persona que consignó estas sumas y que las mismas provenían o tenían como fin otro encargo, es que no se puede colegir nada diferente a que no se demostró fueron los cuestionados por la demandante.

Pero para ahondar en razones llama poderosamente la atención que si pago en su sentir y en efectivo 97 millones de pesos como se viera, solamente pretenda reclamar 50 millones; y así mismo, que el bien le fuese entregado en agosto de 2018 como lo señaló en interrogatorio, y procediere a pagar dineros siendo el primero en octubre de 2019, es decir 1 año y 2 meses después y los otros de forma posterior a dicho período, aun cuando el contrato decía de forma expresa que no habría entrega sin con pago de la totalidad del bien salvo suscripción de garantía de la cual no se tuvo noticia, (parágrafo 3° de la cláusula 2ª y clausula 11 inciso 2°).

Estos eventos no dejan más que señalar que la actora, atendiendo el error de las consignaciones de estas sumas, pretendió obtenerlas de cara a su inobservancia en las condiciones en que debió realizar los pagos, actuar que no puede aceptarse pues es principio de la responsabilidad que nadie puede alegar a su favor su propia torpeza, es decir, que nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

Sin embargo, frente a los pagos no reconocidos, que serían 2 realizados en efectivo y en las instalaciones de la constructora según la misma actora lo señala y conforme los anexos 3 y 5 del derivado 040 dan cuenta, ya que dan cuenta de pagos en efectivo por \$65.000.000,00 y \$32.000.000,00 de pesos para un total de \$97.000.000,00 de pesos M/cte., dineros que no se tiene noticia dónde fueron a parar, captados por una vía no autorizada por la normatividad.

Y existen además otro pago en efectivo (anexos 8 del mismo derivado 040) por \$7.000.000,00 de pesos M/cte., razón por la cual se dispondrá remitir por vía de compulsas copias de todo el expediente a la Fiscalía General de la Nación delitos contra la fe y patrimonio público, para que dentro de sus competencias adelante las investigaciones e imponga las conductas estipuladas en el ámbito penal sobre la recepción de los recursos en las condiciones descritas en este proceso o la que considere aplicaría en dicho contexto.

eva construcciones		Calle 118 No 16-61 Of. 604 Tel. 2144570 - 2145017 www.evaconstrucciones.com	
VALOR \$ 28.825.323			
PROYECTO EVA PUNTA ARENA	Ciudad: BOGOTA	Día: 12	Mes: ENERO Año: 2.017
APARTAMENTO No 503 TORRE I	Recibi de: CARMEN CRISTINA ESPITIA ROZO C.C. 51.591.718		
Concepto: RECIBIMOS CHEQUE PARA SER CONSIGNADO EN ACCION FIDUCIARIA FIDEICOMISO No.17-12863			
Consignación No	de Fecha	Efectivo 65.000.000 ✓	
Cheque No 84392-6	Banco DAVIVIENDA	Valor \$ 28.825.323 ✓	
* Todo cheque recibido se consignará al día siguiente hábil en la cuenta corriente y se anexa al presente comprobante *			
Nombre <i>Jhanneth...</i>			

eva construcciones		Calle 118 No 16-61 Of. 604 Tel. 2144570 - 2145017 www.evaconstrucciones.com	
VALOR \$ 58.000.000			
PROYECTO EVA PUNTA ARENA	Ciudad: BOGOTA	Día: 1	Mes: MARZO Año: 2.017
APARTAMENTO No 503 TORRE 1	Recibi de: CARMEN CRISTINA ESPITIA ROZO C.C. 51.591.718		
Concepto: RECIBIMOS CHEQUE PARA SEER CONSIGNADO EN ACCION FIDUCIARIA FIDEICOMISO No. 17-12863			
Consignación No	de Fecha	Efectivo 32.000.000 ✓	
Cheque No 89601-6	Banco DAVIVIENDA	Valor \$ 58.000.000 ✓	
* Todo cheque recibido se consignará al día siguiente hábil en la cuenta corriente y se anexa al presente comprobante *			
Nombre _____			

eva construcciones		Calle 118 No 16-61 Of. 604 Tel. 2144570 - 2145017 www.evaconstrucciones.com	
VALOR \$ 7.000.000			
PROYECTO <u>EVA PUNTA ARENA</u>	Ciudad: <u>BOGOTA</u>	Día: <u>15</u>	Mes: <u>JUNIO</u>
APARTAMENTO No <u>503 TORRE I</u>	Año: <u>2.017</u>		
Recibi de: <u>CARMEN CRISTINA ESPITIA ROZO</u>	C.C. <u>51.591.718</u>		
Concepto: <u>ABONO</u>			
Consignación No _____ de Fecha _____	Efectivo <u>7.000.000</u> ✓		
Cheque No _____ Banco _____	Valor \$ _____		
* Todo cheque recibido se consignará al día siguiente hábil en la cuenta corriente de este comprobante *			
Nombre <u>eva s.a.s</u>		NIT. <u>90007492056</u>	

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

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 NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS, FALTA DE COMPETENCIA y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA propuestas por la parte pasiva y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA propuesta por el banco vinculado.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas HECHO SUPERADO y LAS CONDICIONES DERIVADAS DE LA AUTORIZACIÓN PARA LA LIBERACIÓN Y EN CONSECUENCIA LA ESCRITURACIÓN PARA LA TRANSFERENCIA DEL APARTAMENTO 503 (OBJETO DE CONTROVERSI), POR PARTE DE SCOTIABANK COLPATRIA S.A. SE ENCUENTRAN SUPERADAS, propuestas por el banco vinculado que se hacen extensivas de **oficio** a la parte demandada, (art. 282 del CGP.).

TERCERO DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DISPONER que en caso de que los gastos por Escrituración sean mayores a los pagados en su momento por la demandante, \$4.503.538,00 M/cte., estos deberán ser asumidos por la Sociedad Fiduciaria con su propio patrimonio por las razones indicadas en la motiva de la presente sentencia.

QUINTO: COMPULSAR copias a la Fiscalía General de la Nación delitos contra la fe y patrimonio público, para que dentro de sus competencias adelante las investigaciones e imponga las conductas estipuladas en el ámbito penal sobre la recepción de los recursos en las condiciones descritas en este proceso o la que considere aplicaría conforme se señaló en la parte final de la motiva.

SEXTO: SIN CONDENA en costas.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría archívese el expediente.

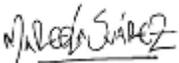
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS
PROFESIONAL ESPECIALIZADO
80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES TRES

Copia a:

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

<p>Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>4 de octubre de 2023</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p>