

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación:2022038249-111-000



Fecha: 2023-12-06 09:40 Sec.día1794

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc::576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
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 : 2022038249-111-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2022-0785
Demandante : GRACIELA RINCON MARTINEZ

Demandados : ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

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

Mediante escrito, la señora Graciela Rincón Martínez, por medio de abogado, demandó a la sociedad Fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A. y al Fideicomiso CARTAGENA OCEAN TOWER, bajo vocería y administración de ALLIANZA FIDUCIARIA S.A., con la finalidad se le declare “...responsable del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que le asisten como sociedad fiduciaria...”, y en consecuencia, se ordene “...el reintegro del valor pagado por la señora GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ, como beneficiaria de área del apartamento No. 2208 del proyecto inmobiliario denominado APARTAMENTOS CARTAGENA OCEAN TOWER, esto es, la suma de CUATRO CIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$499.128.783.00), junto a la indexación por la pérdida del valor adquisitivo.”, así como una “...indemnización de perjuicios [donde] se condene a la sociedad Fiduciaria ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y/o al PATRIMONIO AUTÓNOMO “FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER, cuya vocera y administradora es la sociedad fiduciaria ALIANZA FIDUCIARIA S.A., al pago de la suma de QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$568.450.828.00),(...) correspondientes al interés bancario corriente calculado desde la fecha prevista para la terminación de la fase de construcción del proyecto inmobiliario denominado APARTAMENTOS CARTAGENA OCEAN TOWER y, consecuentemente, la fecha prevista para la entrega y transferencia del derecho de dominio del apartamento No. 2208 del precitado proyecto, esto es, desde el 7 de mayo de 2016.”.

Subsidiariamente pidió “...el reintegro del valor pagado por la señora GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ, sin sujeción al esquema fiduciario, en cuantía de \$304.422.183 (TRESCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDÓS MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS MONEDA CTE), más el interés bancario corriente y que fueron abonados por mi poderdante con base en el compromiso de la sociedad fiduciaria de hacer entrega de la unidad inmobiliaria en el primer semestre de 2016.”.

Lo anterior tiene como fundamento, en síntesis, que el 21 de noviembre de 2013 la demandante suscribió contrato de vinculación como beneficiaria de área en el fideicomiso Cartagena Ocean Tower, respecto del beneficio de área del apartamento No. 2208 del proyecto inmobiliario denominado Apartamentos Cartagena Ocean Tower, para con ello constituirse como partícipe del contrato de fiducia mercantil celebrado el 23 de febrero de 2009 entre “...Grupo Ocean S.A. en calidad de Fideicomitente Desarrollador, Inversiones las Palmeras S.A. en calidad de Fideicomitente Inmobiliario y Alianza Fiduciaria S.A, el cual tenía como objeto el desarrollo de un proyecto inmobiliario en la ciudad de Cartagena (en adelante el proyecto) compuesto por un Hotel y unas Apartasuites, los cuales serían construidos en los bienes inmuebles aportados por el fideicomitente inmobiliario.”.

Que este contrato de fiducia sufrió diversas reformas, pues el 26 de diciembre de 2012 se realizó una modificación integral al contrato de fiducia mercantil Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, a través de la cual se estableció que se mantendría independiente la parte habitacional de la hotelera y se cambió el esquema de apartasuites por el de derechos fiduciarios de participación en el fideicomiso e igualmente, se modificó lo relacionado con las condiciones de giro para la Torre de Apartamentos en disminución del porcentaje de los contratos de encargo de inversión y contratos de vinculación al 54.60% de un 60%.

El 19 de diciembre de 2013 se suscribió el Otrosí No. 1 con una nueva modificación integral al Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, en donde se separó del fideicomiso el desarrollo constructivo y la operación del componente Hotel para que quedara regulándose únicamente el desarrollo de los apartamentos ya que lo que correspondía al desarrollo del Hotel se daría por medio de otro patrimonio autónomo.

El 11 de agosto de 2014 se realizó una nueva modificación al contrato de fiducia mercantil, en este se señala que se encuentran cumplidas las condiciones de giro y que en la medida en que el Hotel se desarrollará en los inmuebles que forman parte del fideicomiso, este se tendría para efectos del contrato como una unidad inmobiliaria y con ello se le vincula como beneficiario de área al patrimonio autónomo que tiene por objeto llevar a cabo la operación del hotel y de nuevo se modificaron nuevamente las condiciones de giro en lo que respecta a los apartamentos y se incluyen condiciones de giro en lo que respecta al Hotel.

Y el 30 de marzo de 2017 se suscribió Otrosí No. 3 con el objeto de modificar la cláusula séptima del contrato en lo relacionado con la fase de construcción para señalar una vigencia hasta el 31 de mayo de 2018 prorrogables automáticamente por seis (6) meses más.

Que, al momento de su vinculación, 21 de noviembre de 2013, regían las condiciones contractuales establecidas por las partes del contrato de fiducia en la modificación integral de fecha 26 de diciembre de 2012.

Que conforme el contrato por medio del cual se le vinculó, se estipuló que el fideicomiso tenía 2 fases, previa y de Construcción, la primera con la finalidad de obtener las condiciones de giro (punto de equilibrio) con una duración de 6 meses desde el 15 de diciembre de 2012 más una prórroga por una sola vez por el mismo tiempo por acuerdo escrito entre el Fideicomitente Desarrollador y la Fiduciaria, acuerdo que debía ser suscrito antes del vencimiento inicial, sin que exista documentación que dé cuenta de la prórroga de la fase previa en los términos pactados en el contrato de vinculación, esto es, por acuerdo escrito entre

el Fideicomitente y la Fiduciaria, empero la fase previa se extendió hasta el 7 de noviembre de 2013 fecha en la cual la Fiduciaria certifica que se cumplieron las condiciones de giro.

Que mediante *“Informe periódico con corte al 31/08/2018”*, se señaló *“textualmente”* de cara a las condiciones de giro, *“...La existencia y entrega de contratos de encargo de inversión y sus correspondientes cartas de instrucciones y contratos de vinculación debidamente firmados por las partes y con todos los documentos soporte de la información que contienen, equivalentes al cuarenta y ocho punto cero dos por ciento (48.02%) del valor del proyectado de venta del PROYECTO referido a la torre de Apartamentos.”*, sin embargo, el contrato de fiducia vigente en dicha fecha, así como el contrato de vinculación suscrito por mi poderdante exigían un porcentaje del 54.60%, para proceder con el primer giro de los recursos al fideicomitente el 8 de noviembre de 2013, esto es, sin que se hubiesen cumplido las condiciones de giro establecidas en los contratos en comento.

Que el contrato de vinculación suscrito por la demandante, en ningún momento fue objeto de modificación y tampoco se aceptó expresamente en dicho contrato su consentimiento en las modificaciones al contrato de fiducia llevadas a cabo por la Fiduciaria y el Fideicomitente desarrollador el 30 de marzo de 2017.

Que se dio curso a la etapa de desarrollo, la cual debía demorarse o estaba planeada por un tiempo de aproximadamente 24 meses prorrogables automáticamente por 6 meses más, es decir, la fase de construcción del proyecto culminaría el 7 de mayo de 2016, no obstante, lo anterior no se cumplió y por el contrato, desde el mes de noviembre de 2016 se comenzó a evidenciar una parálisis del proyecto.

Que la Fiduciaria no ha desplegado la debida diligencia que le asiste, ni identificó, ni monitoreó debidamente los riesgos asociados al proyecto y se ha eximido de responsabilidad por el incumplimiento en la transferencia del derecho de dominio y la entrega de la unidad inmobiliaria No. 2208.

Que la Fiduciaria desconoció su deber de debida diligencia pues no realizó la verificación del destino de los recursos que giraba al fideicomitente, lo que derivó en que los recursos aportados por los beneficiarios de área para la construcción de la torre de apartamentos fueran utilizados para el desarrollo del hotel, lo cual se puede evidenciar con la diligencia de inspección judicial como prueba extraprocesal con radicado 13001-40-03-004-2019-00031-00 presentada en audiencia del 8 de julio de 2019 en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena de Indias en la que se presenta el informe contable pericial de la empresa Ocean Tower S.A. y que indica *“...que los giros efectuados por la Fiduciaria no contaban con soportes para su solicitud y que ‘del valor total girado del fondo constituido para apartamentos, se dispuso el 12% para cubrir compromisos del hotel’ y que ‘al evidenciarse giros realizados de un fondo específico como es el caso de la fiducia de la torre de apartamentos al proyecto de la torre de hotel y viceversa, se concluye que no hubo control en el manejo de las fiducias torre apartamento (100-40000-504) y torre hotel (100-40000-6033) por parte del Grupo Ocean Tower.’...”*.

Que *“...la Fiduciaria incumplió lo establecido en la Circular Externa 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia (norma vigente para el momento de los hechos), según la cual una sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe evaluar, valorar y verificar aspectos, tales como: (...) 3. Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto.*

4. Que se encuentren dadas las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.

(...)

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

7. Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

(...)”.

Pues, “...no llevó a cabo un estudio mínimo respecto del punto de equilibrio del proyecto...”, al contrario, “...el numeral 6.1.1. del contrato de fiducia (...) indica en forma expresa que el porcentaje de los contratos de encargo de inversión y contratos de vinculación establecido para acreditar las condiciones de giro, fue determinado de forma exclusiva por ‘el FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR, quien declara que el mismo no compromete la viabilidad del PROYECTO’, sin que se evidencie algún tipo de gestión por parte de la fiduciaria para verificar dicha afirmación y permitiendo que dicho porcentaje fuera modificado tantas veces como fuera conveniente para el fideicomitente, sin hacer un análisis de la viabilidad financiera o del punto de equilibrio del proyecto.”.

Tampoco, “...verificó que estuvieran dadas las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegara a término, antes de permitir que los constructores dispusieron de los recursos de los futuros compradores e incumplió lo establecido al respecto en el contrato de fiducia vigente para la fecha y en el contrato de vinculación, pues en estos se establecía que para efectos de que pudieran ser entregados los recursos al Fideicomitente Desarrollador se debía acreditar la existencia de contratos de vinculación por un porcentaje equivalente al 54.60% del valor proyectado de ventas del proyecto, sin embargo, la Fiduciaria acreditó el cumplimiento de las condiciones de giro y transfirió los recursos al fideicomitente desarrollador, con apenas el 48,02% de los contratos de vinculación.”, lo cual estaba en contravía del contrato suscrito por la demandante quien no fue consultada a este respecto de modificación de participaciones y menos lo autorizó.

Igualmente “...no verificó que el constructor o promotor del proyecto cumpliera con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto, pues no existe prueba alguna que dé cuenta de la capacidad técnica para el desarrollo del proyecto...”, pues “...El Grupo Ocean S.A. se constituyó mediante escritura pública número 3473 del 27 de diciembre de 2007 otorgada en la Notaría Primera de Cartagena, inscrita en la cámara de comercio el 15 de febrero de 2008, por tanto, para la fecha de firma del contrato de fiducia (23 de febrero de 2009), dicha sociedad no tenía experiencia en el desarrollo de este tipo de proyectos ni estaba acreditado en manera alguna que tuviera la experiencia y la capacidad técnica y financiera suficiente para ser Fideicomitente Desarrollado”.

Además, “...no llevó a cabo una evaluación de los niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto lo cual implica el incumplimiento de sus obligaciones, tal como lo ha señalado la jurisprudencia...”, así como “...entregó recursos al Fideicomitente Desarrollador a pesar de que conocía acerca de los retrasos en el proyecto, puesto que los informes de avance de obra daban cuenta de dichos retrasos e indicaban que estos se solventaban con contratación de personal para el desarrollo del Hotel y no para los Apartamentos.” y permitió que los dineros destinados para la construcción de los apartamentos fueran “...desviados para la construcción del Hotel...”.

Es con ocasión a lo anterior, que por medio de “...comunicación radicada ante la Superintendencia Financiera de Colombia el 4 de noviembre de 2021, [se] formuló queja contra Alianza Fiduciaria S.A., con miras a obtener la devolución de las sumas entregadas (...) como beneficiaria de área...”, (derivado 000).

Notificada la pasiva, Alianza Fiduciaria S.A., en nombre propio presentó escrito de contestación y llamamiento en garantía con la finalidad de que sean citadas las sociedades aseguradoras Previsora S.A. compañía de seguros, y Zurich Colombia Seguros S.A., propuso como medios de defensa los que llamó: “INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD EN CONTRA DE ALIANZA”, “LA FIDUCIARIA, UNA ENTIDAD FINANCIERA DE OBJETO SOCIAL REGLADO Y LIMITADO, Y LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL”, “EL MARCO CONTRACTUAL ES EL QUE FIJA LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA Y DE LAS DEMÁS PARTES CONTRACTUALES”, “LAS CARGAS Y DEBERES DE LOS FIDEICOMITENTES Y DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS”, “LA DEMANDANTE, COMO BENEFICIARIA DE ÁREA, CONOCIÓ Y

ACEPTÓ EL CONTRATO DE FIDUCIA Y EL ROL DETERMINADO Y ESPECÍFICO DE ALIANZA FIDUCIARIA.”, “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ALIANZA”, “LAS CONDICIONES DE GIRO FUERON DECLARADAS EN ATENCIÓN A LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL FIDEICOMITENTE Y LA VERIFICACIÓN DE LAS MISMAS. ACREDITACIÓN QUE FUE EFECTUADA DENTRO DEL PLAZO CORRESPONDIENTE.”, “LAS CONDICIONES DE GIRO SE DECLARAN DE ACUERDO CON LA INFORMACIÓN REMITIDA Y NO PUEDEN SER NUEVAMENTE VALORADAS POR CAMBIOS POSTERIORES OBSERVADOS EN LA ETAPA OPERATIVA”, “EL CRÉDITO DE BANCO DE BOGOTÁ Y BANCO DE OCCIDENTE, PRUEBA FEHACIENTE DE LA SERIEDAD Y VIABILIDAD FINANCIERA DEL PROYECTO PARA LA FECHA EN QUE SE CUMPLIERON LAS CONDICIONES DE GIRO”, “LA VIABILIDAD FINANCIERA DEL PROYECTO SE ACREDITA EN ATENCIÓN AL FLUJO DE CAJA FUTURO DEL PROYECTO Y SUS FUENTES DE FINANCIACIÓN Y NO CON OCASIÓN A LA EXISTENCIA EFECTIVA DE LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS”, “LOS GIROS EFECTUADOS CON OCASIÓN DEL FIDEICOMISO SE HAN REALIZADO DE ACUERDO CON LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA Y CON LA PREVIA APROBACIÓN DEL INTERVENTOR”, “LOS INFORMES DE INTERVENTORÍA RECIBIDOS CON OCASIÓN DEL FIDEICOMISO Y LAS GESTIONES DE ALIANZA FIDUCIARIA EN RELACIÓN CON LA INTERVENTORÍA”, “CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE ALIANZA FIDUCIARIA, LAS DETALLADAS RENDICIONES DE CUENTAS, Y LAS COMPLETAS Y CLARAS RESPUESTAS A LOS DERECHOS DE PETICIÓN.”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA FRENTE A ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO SOCIEDAD PROPIAMENTE DICHA”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. ES EL FIDEICOMISO OCEAN TOWER QUIEN DEBE EFECTUAR LA RESTITUCIÓN DE APORTES EN CASO DE CONDENA”, “LA CONDUCTA DE ALIANZA FUE DILIGENTE Y DE BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD”, “AUSENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE FIDUCIA Y, POR ENDE, DE LAS DEMANDADAS.”, “AUSENCIA DE NEXO CAUSAL. EL CONTRATO DE FIDUCIA NO ES UN CONTRATO DE ASEGURAMIENTO, GARANTÍA, AVAL O DE CODEUDOR DE OBLIGACIONES DE TERCEROS, LA FIDUCIARIA NO GARANTIZA EL ÉXITO”, “AUSENCIA DE NEXO CAUSAL Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA. LO QUE SE PRETENDE ES LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES Y RIESGO POR PARTE DE ALIANZA QUE NO REFLEJAN LA REMUNERACIÓN ESTABLECIDA Y QUE IMPLICARÍAN QUE LA FIDUCIARIA ASUMIERA TODOS LOS RIESGOS Y OBLIGACIONES DEL CONSTRUCTOR, DEL INTERVENTOR, DEL FINANCIERO, Y LOS RIESGOS DEL CAMBIO DE MERCADO”, “LA IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS REMUNERATORIO A LA LUZ DEL MARCO CONTRACTUAL”, “PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”, (derivados 015 y 016).

A su turno, los llamados en garantía se pronunciaron así: Zurich Colombia Seguros S.A. respecto del escrito de demanda propuso como excepciones “COADYUVANCIA DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR ALIANZA EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN”, “ALIANZA NO HA INCURRIDO EN RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL NI PROFESIONAL”, “PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO”, y en lo que toca con el llamamiento en garantía alegó “INOPONIBILIDAD: ZURICH NO ES COASEGURADORA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO MATERIALIZADOS EN LAS PÓLIZAS NO. 1001052 Y NO. 1001140: AUSENCIA DE COASEGURO EN LAS PÓLIZAS NO. 1001052 Y NO. 1001140”, “LA RESPONSABILIDAD DE ZURICH SE ENCUENTRA DELIMITADA: ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA PÓLIZA NO. 100107”, “...LA PÓLIZA NO. 1001079 NO ES LA LLAMADA A SER AFECTADA: LA RECLAMACIÓN SE PRESENTÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA NO. 001079”, “...AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL: LOS HECHOS QUE ORIGINAN LA RECLAMACIÓN DE LA PARTE ACCIONANTE FRENTE A ALIANZA OCURRIERON POR FUERA DE SU VIGENCIA”, “ZURICH NO CUBRE EVENTOS QUE HUBIEREN PODIDO DAR LUGAR A UNA CONTROVERSIA CONOCIDOS POR ALIANZA ANTES DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2018”, “PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES Y DERECHOS EMANADOS DEL CONTRATO DE SEGURO”, “DEBE RESPETARSE LA SUMA MÁXIMA ASEGURADA FRENTE AL AMPARO DE ‘INDEMNIZACIÓN PROFESIONAL’”,

“DEDUCIBLE”, “LA PÓLIZA NO. 1001079 NO CUBRE CUALQUIER POSIBLE RESPONSABILIDAD DE ALIANZA DERIVADA DE ERRORES, DESCONOCIMIENTO O VIOLACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA CONTABILIDAD”, “LA PÓLIZA NO. 1001079 NO CUBRE LOS INTERESES DE MORA QUE SEAN IMPUTADOS A ALIANZA”, “LA PÓLIZA NO CUBRE EL VALOR DE LAS COSTAS PROCESALES A LAS QUE PUDIERE LLEGAR A SER CONDENADA ALIANZA”, “COASEGURO”, (derivados 030 y 031).

A su turno, La Previsora S.A. compañía de seguros, señaló como medios defensivos *“PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULO 58 DE LA LEY 1480 DE 2011” e “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE ALIANZA FIDUCIARIA”, en cuanto al llamamiento en garantía expuso como excepciones “DIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN POR EXISTENCIA DE COASEGURO – PÓLIZA”, “AUSENCIA DE COBERTURA DE LAS PÓLIZAS NO. 1001052, 1001079, Y 1001140”, “AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA POR HECHOS RECLAMADOS CON POSTERIORIDAD A SU VIGENCIA”, “AUSENCIA ABSOLUTA DE SINIESTRO - PÓLIZA NO. 1001052, 1001079 y 1001140”, “LÍMITE DEL VALOR A INDEMNIZAR POR EXISTENCIA DE UN DEDUCIBLE PÓLIZA NO. 1001052, 1001079, 1001140”, “PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO- Pólizas No. 1001052, 1001079, 1001140”, (derivado 038).*

Finalmente, es de señalar que el Fideicomiso CARTAGENA OCEAN TOWER, bajo vocería y administración de ALLIANZA FIDUCIARIA, no contestó la demanda.

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.

DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Preliminarmente, debe anotarse que en cumplimiento del mandato constitucional derivado del artículo 78 de la Carta Política, expidió el legislador las disposiciones reguladoras con las que se pretende proteger a los consumidores, a fin de dar seguridad en la adquisición de bienes y servicios a través de las garantías mínimas de idoneidad y eficacia de dichas prestaciones, a cargo de los productores y/o proveedores; en razón al desequilibrio que surge de las relaciones de consumo entre tales personas, incrementadas con el auge y desarrollo industrial que *per se*, ha conllevado la proliferación del fenómeno, en una sociedad de consumo, en la que se persigue cada vez más la satisfacción de necesidades.

De lo anterior emerge que la naturaleza de la acción concebida en el Estatuto del Consumidor Financiero contiene una flexibilización al principio de congruencia consagrado en el art. 281 del CGP, en la medida en que se faculta a la autoridad jurisdiccional en el marco de la presente acción a adoptar decisiones *infra, extra y ultra petita* fundada en los hechos probados dentro del trámite, como así lo concibe el numeral 9º del art. 58 de la Ley 1480 de 2011, aspecto este puesto de presente a las partes al momento de fijar el problema jurídico.

Y es que en la fijación del litigio durante el desarrollo de la audiencia inicial se indicó que dentro del problema jurídico a resolver de cara a su objeto recae en establecer *“...si se predica un incumplimiento contractual de la sociedad fiduciaria directamente y como vocera del fideicomiso balsillas de tolú circunscrita a la totalidad del desarrollo fiduciario balsillas de tolú en lo que respecta a los aquí demandantes atendiendo las vinculaciones que existen de cara a las pretensiones de la demanda. En caso positivo, si esta llamada la fiduciaria directa o como vocera del fideicomiso a resarcir algún perjuicio*

a los demandantes, en qué condiciones, es decir con cargo al patrimonio como administradora o con sus propios recursos de encontrarse cumplida la condición de culpa leve a que hace alusión el Código de Comercio concretamente el [artículo] 1234, **sin perjuicio de las facultades otorgadas en estos procesos conforme la Ley 1480 de 2011 concretamente el numeral 9 del artículo 58...**", (resaltado ajeno al texto).

Es así como la simetría entre lo decidido y lo planteado por las partes opera sin perjuicio, claro está, de sus facultades oficiosas, sea por exceso al conceder más de lo pedido (*ultra petita partium*) o pronunciarse sobre peticiones no incoadas (*extra petita partium*), ya por no resolver las pretensiones o excepciones formuladas o aquellas que debe declarar *ex officio* (*citra o minima petita partium*). (Cas.civ. sentencia de 12 de diciembre de 2007, expediente No. C-0800131030081982-24646-01).

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en sentencia del 30 de julio de 2008, Magistrado Ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS, expediente No. 11001-3103-036-1999-01458-01 ha manifestado: "El juzgador por mandato legal está sujeto al principio de congruencia plasmado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil [hoy art. 281 del CGP.] y su decisión sometida a la regla relacional de la litis no procediendo de oficio (ne procedat iudex ex officio) **excepto si lo autoriza el ordenamiento jurídico...**". (negrita fuera del texto original).

Facultad frente a la cual incluso el Tribunal Superior de Bogotá D.C., no ha sido ajeno, pues sobre tal temática en una de sus Salas de Decisión indicó: "...El problema jurídico a resolver consiste en determinar si en los procesos de protección al consumidor el juzgador puede fallar *infra, ultra extra y extra petita*, y en qué consiste en particular esta última.", para concluir que "...La respuesta al problema jurídico consiste en que el juzgador en procesos de protección al consumidor, sí puede fallar de forma *infra, ultra y extra petita*, entendida esta última como la facultad de sustituir las pretensiones por otras, conceder algo adicional, otorgar un derecho o algo diferente al pedido, declarar una relación jurídica diferente, y otorgar lo pedido, y por hechos distintos a los invocados en la demanda.", pues conforme reza el artículo 281 del Código General del Proceso, "[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.", (Sent. 18 de diciembre de 2020, Rad. 11 001 31 99 003 2018 01685 01, MP. Iván Darío Zuluaga Cardona).

Ahora bien, es importante recordar en el presente apartado, que el artículo 78 de la Carta Política de 1991, antes citado, alude a dos esferas de protección, que si bien son dispares, no puede perderse de vista que se complementan, y es que el inciso primero prescribe que la ley "regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización", esto es, que debe existir un control de calidad en los servicios y productos ofrecidos y un deber de informar de manera debida al consumidor respecto del mercado de estos bienes y productos ofrecidos

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que las sociedades fiduciarias desarrollan la actividad profesional que les ha sido previamente autorizada por esta Superintendencia, dentro de un contexto de expresa protección constitucional, basado tanto en el derecho del consumidor previsto por el artículo 78 citado, como en el ejercicio de la actividad financiera de evidente interés público como lo establece el artículo 335 *ibidem* y así por demás ha sido decantado por diversa jurisprudencia por vía de decisiones de la Corte Constitucional y en materia Civil por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Bajo dicho marco, las entidades vigiladas por esta Superintendencia están llamadas a atender un estándar de diligencia propio en la ejecución de las actividades autorizadas, enmarcado en específicos deberes de información, atención y debida diligencia a que se refieren los artículos 97 numeral 1º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 3º de la Ley 1328 de 2009.

En la misma línea, el artículo 5° preceptúa como derechos de los consumidores al de “b) *Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados.*”.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA FRENTE A ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO SOCIEDAD PROPIAMENTE DICHA y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - ES EL FIDEICOMISO OCEAN TOWER QUIEN DEBE EFECTUAR LA RESTITUCIÓN DE APORTES EN CASO DE CONDENA.

Se expone por la demandada, Alianza Fiduciaria S.A., que “...*la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Fiducia, pero, además, se pretende la restitución de los aportes de la demandante con ocasión del contrato de vinculación.*”, al ser ello así, “...*claramente no le corresponde a Alianza Fiduciaria, y menos cuando del análisis de los verdaderos reproches se evidencia que los mismos realmente se dirigen contra las obligaciones a cargo del Fideicomitente Gerente o de la propia interventoría, por un lado, y, reitero, las pretensiones de condena se dirigen, realmente, contra el patrimonio autónomo*”.

Igualmente, que “*Alianza Fiduciaria como Fiduciario no debe realizar emolumento alguno de su patrimonio con ocasión de la restitución de aportes, sino, a lo sumo y dependiendo de la determinación que adopte el Juez, debe proceder a efectuar las restituciones que este ordene con cargo única y exclusivamente al Fideicomiso Ocean Tower que fue quien recibió los aportes de los beneficiarios de área.*”, pues “...*una cosa es el patrimonio de la Entidad Fiduciaria en sí misma considerada y otra cosa muy distinta es el patrimonio de cada uno de los patrimonios autónomos que la Entidad Fiduciaria administre, y es sólo por la falta de personería jurídica de los Patrimonios Autónomos que la Entidad Fiduciaria celebra sus actos jurídicos sin que comprometa por ello su responsabilidad patrimonial personal.*”.

Basta para desechar esta excepción el reiterar como ha sido tesis sentada por esta Delegatura con eco en las instancias superiores como el Tribunal de Bogotá en su Sala Civil y en sede de casación de la Corte Suprema de Justicia, **que es la conducta de la sociedad fiduciaria de cara a su prestación del servicio y como administradora y vocera del fideicomiso** la que aquí ha de verificarse.

En otras palabras, ha de valorarse las reglas contractuales (art. 1602 C.C.), las exigidas legalmente de cara al contrato y su servicio dada su actividad de profesional, experto en el mercado y autorizado por el Estado para ello, esto toda vez que capta de dineros el público y por ello ha sido considerada como una entidad que presta o realiza un ejercicio de notorio interés público, las que debe observar para este tipo de negocios -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 como norma especial y Ley 1480 en lo pertinente, las demás que debió observar “...*previstas en esta ley [1328], las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.*”, según lo indica el literal u) del artículo 7° de la Ley 1328-; y las de reglas de conducta esperadas no de un buen padre de familia sino un buen hombre de negocios que implican la previsibilidad en toda su gestión y exigen racero de diligencia mayúsculo (Sent. SC 2879 de 2022 entre otras), pues no se puede pasar por alto que 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 la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil lo ha decantado de antaño y recientemente es criterio pacífico, pues indicó que dada la naturaleza del contrato “...*El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes*¹, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «*el fiduciario compromet[er] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...*”, (Sent. SC2879 de 2022, negrillas ajenas al texto), 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 SC5430-2021*”² (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).

Es así como es posible concluir que, la responsabilidad ha de surgirle como sociedad fiduciaria y en nombre propio de encontrarse comprobado extralimitó sus funciones ora omitió sus deberes legales e indelegables, lineamientos de conductas basados en sus deberes exigidos como administrador de dineros ajenos así como entre otros, el de obrar con diligencia y buena fe contractual, situaciones que podrían irradiarle esta responsabilidad por vía directa de probarse la omisión o la extralimitación en dicho ejercicio, por demás, regulado, y aun so capa de atender instrucciones de los fideicomitentes e incluso beneficiarios como quiera que la ley le faculta a abstenerse de acatarlos si contradicen el mismo objeto del contrato pues no en vano el mismo artículo 1234 del C. de Co., le exige unas conductas y deberes indelegables, entre ellos, llevar la personería del fideicomiso representado en un patrimonio autónomo aun en contra de los mandatos del beneficiario y del mismo constituyente, por supuesto de resultar contrarios al objeto y finalidad contractual o ir en detrimento de estos.

En consecuencia, es evidente que tiene la Sociedad Fiduciaria un interés legítimo, directo y actual en el cual ha de responder de cara a su conducta en desarrollo y ejecución del camino contractual de encontrarse los elementos concurrentes para esta declaración, lo que conduce como se dijo al inicio, en desechar esta defensa.

Por otro lado, en los alegatos de conclusión se cuestionó por el apoderado en sustitución de la llamada en garantía, La Previsora S.A., una presunta falta de legitimación en la causa por activa, ello *grosso modo*, en atención a que la aquí demandante es beneficiaria y no es parte contractual, y por ende, no está legitimada para acudir por esta vía al no ser parte del contrato, en consecuencia, la vía de la responsabilidad no es contractual sino extracontractual, máxime si llegase a aplicarse alguna condena a la Sociedad Fiduciaria como institución quien tampoco es parte del contrato y como la responsabilidad refulge al provenir de la misma Ley ha de entenderse en todo caso extracontractual.

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.».

Al respecto, importa recordar que el beneficiario: “...adquiere un derecho propio, personal, exigible por él y derivado directamente de la estipulación, en virtud y por efecto de ésta, susceptible de revocación o modificación hasta cuando se produzca su aceptación expresa o ‘tácita’, siendo revocable o modificable antes de ésta y en forma unilateral por el estipulante, **pero aceptada se torna irrevocable e inmodificable, atribuyéndole la legitimación exclusiva para exigirla y ejercer las acciones correspondientes a su derecho.** (...)”, (resaltados ajenos al texto).

Y es así que se estructura una “...hipótesis típica de ‘estipulación para otro’ o ‘estipulación en favor de otro’, regulada en el artículo 1506 del Código Civil, a cuyo tenor ‘cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”, (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 1° de julio de 2009, Magistrado Ponente William Namén Vargas, Ref. 11001-3103-039-2000-00310-01, resaltados ajenos).

En tal sentido, como se ha explicado de forma precedente, el demandante cuenta con un derecho contractual restringido a la prestación específica prometida, máxime si existiendo bajo la condición de beneficiario de una estipulación para otro, se aceptó con el contrato de vinculación suscrito y los pagos que ha efectuado de cara a dicho negocio, frente al cual existen obligaciones de la fiducia que resultan objeto de controversia, lo que se traduce sin más, en que la demandante sí está legitimada por activa para accionar en caso de que considere que en desarrollo del negocio fiduciario se hayan materializado **un incumplimiento o indebida ejecución de sus obligaciones** el cual afecte sus derechos como beneficiaria, lo anterior en armonía con lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley 1480 de 2011 y el artículo 24 del Código General del Proceso.

En consecuencia, puede exigir esta declaración junto con las indemnizaciones probadas y surgidas a propósito de este actuar de parte del fiduciario o del fideicomiso bajo vocería de éste en ejercicio de la presente acción de protección al consumidor, de encontrarse no se ha cumplido con la condición a su favor por conductas sean estas en extralimitación u omisión exclusivas, propias e indelegables por la normatividad de cara al ejercicio de la sociedad fiduciaria, más aun cuando ciertamente, la condición reconocida de la beneficiaria se traslapa a entenderla como consumidor financiero a la luz de lo dispuesto en las definiciones del artículo 2° de la Ley 1328 de 2009, resultándole atribuibles los derechos inherentes a esa calidad desde que se produce la aceptación expresa o tácita o por conducta concluyente hasta el momento en el cual se culmina el objeto del contrato, (art. 5° Ley 13285, pues los derechos de los consumidores financieros tendrán vigencia “...durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada...” y literal u) del artículo 7° *ibídem*, ya que es deber de las vigiladas el observar, de cara a su desarrollo contractual, “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.”.)

Ahora, en cuanto a la responsabilidad y por vía contractual, como quedara señalado, es el actuar de la sociedad fiduciaria en torno a sus obligaciones de obrar como buen hombre de negocios, experto, con buena fe contractual, diligencia y previsibilidad entre otras en desarrollo del negocio jurídico lo que acusa se vea o no compelido a resarcir el perjuicio incluso con su propio patrimonio, la cual deviene de honrar el débito exigido en el contrato y su servicio conexo.

Al punto se ha ilustrado, “...que el incumplimiento de cualquiera de los débitos que asume la sociedad fiduciaria sea detonante del deber de responder ante un reproche por parte de cualquiera de los afectados que logre demostrar los axiomas que determinan el éxito de su reclamo, esto es, el daño, la culpa y el

nexo causal, sobre todo porque el artículo 1243 del Código de Comercio establece que «el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión», es decir, por «la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

(...) En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad de la fiduciaria en el plano contractual, es basilar tener en cuenta la relación material en virtud de la cual hayan asumido compromisos legales y contractuales, así como el rol profesional propio de su actividad, que es calificado y se mide según la actuación que de ordinario se predica de un experto en esa actividad de construcción, de ahí que el estándar de conducta que se le exige sea igual al de un profesional de ese mercado, esto es, el de un artífice versado en la gestión y promoción de negocios ajenos, por contraposición al que se esperaría de un hombre común en la debida gestión de sus propios negocios.

(...) en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, ese elemento lo constituye la relación que hay entre la conducta de quien deshonró el acuerdo y el daño causado al reclamante, tanto así que en CSJ SC5142-2020 la Sala reiteró que: ‘(...) es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una ‘causalidad’ desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de éstos, es decir que no generan relaciones de causalidad natural. Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades, salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio.’ (CSJ SC13925-2016).

(...) [pues] el incumplimiento de los deberes legales y contractuales asumidos por la fiduciaria y también el nexo causal que los vincula, sin que en casación esos elementos hayan sido desvirtuados.”, (Sent. SC276 de 2023, resaltados ajenos).

Es así como se tiene como superado este contexto de legitimación para continuar con el desarrollo del caso.

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO y PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULO 58 DE LA LEY 1480 DE 2011.

Se alude por Alianza Fiduciaria S.A. que existe “...una prescripción o caducidad del año siguiente en que ocurrieron los hechos de la reclamación judicial, pues las mismas, en últimas, se enmarcarían en la garantía de un servicio prestado con ocasión de una relación contractual.”.

En cuanto a la aseguradora Zurich Colombia S.A., dice que “...las demandas de protección al consumidor deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato o a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor financiero tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.

En el presente asunto, la demanda se presentó luego de que había transcurrido más de un (1) año después de que la parte accionante tuvo conocimiento de los hechos que motivan la presente reclamación judicial presentada ante esta Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.”.

Frente a la Previsora S.A., misma tesis se trae ya que indica, “...es claro que la acción de protección al consumidor que pretenda iniciarse deberá ser promovida dentro del año siguiente a la ocurrencia “de los hechos que motivaron la reclamación.

En el caso que nos ocupa, la parte demandante pretende ventilar ante la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, una controversia con ocasión del supuesto incumplimiento del Contrato de Fiducia. Sin embargo, la demandante pierde de vista el hecho de que el ordenamiento jurídico somete el ejercicio de la acción de protección al consumidor a un término de prescripción y/o caducidad.

Es manifiesto que pasaron por lo menos 6 años desde el momento que la demandante tuvo conocimiento de los hechos que dieron origen al presunto incumplimiento del demandado, y la interposición de la presente acción de protección al consumidor. Por consiguiente, es evidente que la demanda se interpuso luego de la oportunidad que el ordenamiento establece para el efecto.”.

Pues bien, tampoco encuentra asidero esta defensa, como quiera que ya ha sido pacífica la postura de esta delegatura al señalar que los escenarios que plantea la norma son de **prescripción** de la acción de protección al consumidor (artículo 58 numerales 3º y 6º Ley 1480).

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

Y si bien se alude en el escrito una presunta caducidad de la acción, no se detuvo a examinar que el legislador calificó la consecuencia jurídica como de prescripción, pues el inciso 2º del numeral 6º del artículo 58 *ibidem* señala: “...*Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, antes de que opere la prescripción de la acción, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor.*”, (negrilla ajena al texto).

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

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

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

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

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

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

En este litigio, no hablamos de una garantía, entiéndase que esta supone cumplir las hipótesis de los artículos 7 y 17 de la Ley 1480 que ni por asomo se acompañan con este tipo de producto o servicio de naturaleza financiera con normatividad especial y específica, menos hablamos de los demás casos, pues este aplica precisamente para lo que no quedó esté regulado en la norma quien en dicho artículo tiene prevista 2 hipótesis, garantías y relaciones contractuales, y es que los demás casos supone del mismo significado de la palabra que sea de aquéllos que no se encasillen en estas situaciones descritas, es así como nos enseña la regla especial y que aplica al objeto en cuestión, que **las controversias netamente contractuales** cuentan con un (1) año contado desde la terminación, artículo 58 numeral 3° y lo cual nuevamente lo señala el mismo artículo 57 ambos de la Ley 1480, el segundo que otorga esta competencia limitada a la Superintendencia por vía de la presente delegatura.

Así las cosas, como la regla especial y segunda hipótesis tratan que el año comienza a contabilizarse a partir de la fecha de terminación del contrato y este sigue vigente, o por lo menos no existe prueba en contrario, máxime si en la fijación del litigio así quedó aceptado, la existencia de la relación contractual, no se puede colegir nada diferente a que ni siquiera es posible comenzar esta contabilización. Por demás, no está recordar que tiene razón de ser este tipo de regla, pues según lo regulado en el artículo 5° de la Ley 1328 los derechos de los consumidores financieros estarán vigentes “...*durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada...*”, razón obvia por la cual la prescripción de la acción de protección en este tipo de relación negocial, controversia contractual, empieza a causarse desde cuando ocurra la terminación de la relación jurídica por cualquier vía legalmente prevista.

DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA

La controversia tiene por fuente la vinculación de los actores como partícipes a un **contrato de fiducia**, esto es, de un “*acto de confianza*” en virtud del cual “...*una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero*”. (Artículo 1226 del

³ Cfr. C. Const. Sent. C 227 de 2009.

Código de Comercio y Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, compendiada en la Circular Externa 029 de 2014 – Parte II, Título II, Capítulo Primero).

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

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

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

Ahora bien y como se señalara en audiencia al momento de indicar el sentido del fallo, en la hora actual existe una línea jurisprudencial fuerte, clara y consistente cuyo desarrollo ha decantado los deberes que tiene toda sociedad fiduciaria de cara al servicio que presta como profesional en este tipo de mercado constituido sea en vía de un contrato de fideicomiso ora en contratos de encargos e incluso por vía de coligamiento de estos negocios.

Al respecto no son pocas las providencias que se han emitido cuya jurisprudencia y precedente es de obligatoria observancia y aplicación por las autoridades que, en su ejercicio como operadores jurídicos, sea por vía judicial o por facultades jurisdiccionales, adoptan decisiones.

Es por ello se tendrá como derroteros para el caso la diversa jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia a través de las sentencias SC5175 de 2020, SC5430 de 2021, SC3971 -2022, SC2879 de 2022, SC3772 de 2022, SC3978 de 2022, SC 098 de 2023, SC 107 de 2023, SC276 de 2023, SC328 de 2023 y SC433 de 2023, entre otras.

Y es que, *“...Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.*

(...) Por otra parte, la Corporación ha sido muy clara en recalcar la importancia del principio de igualdad como fundamento de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, pues el trato diferenciado por parte de los jueces a ciudadanos cuyos casos se fundamentan en iguales cuestiones fácticas, no sería otra cosa

que una vulneración al principio de igualdad que es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un eje definitorio de la Constitución Nacional.

Al respecto, la sentencia C-816 de 2011 estableció que: ‘En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es a su vez expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad. El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas.’

Precisamente, tanto (i) la extensión administrativa de las sentencias de unificación -ordenada en la norma legal demandada- como (ii) la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas.

(...) Queda entonces claro que para la Corte el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido.

Como lo sostuvo en la sentencia SU-053 de 2015 ‘los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico.’...”, (Sent. C-621 de 2015).

Súmase que el artículo 4º del CGP., Ley 1564, de forma clara indica que “...**Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.**”, (resaltados ajenos al texto), imperativo que implica la obligación de observancia en casos análogos estudiados por los órganos de cierre y el aplicarle estos derroteros al puesto a su resorte, incluso lo que los doctrinarios han predicado sobre la materia.

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

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

Sobre tal temática, el punto ya fue dilucidado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia quien enseñó: “(...) los efectos jurídicos que de dicho instituto se desprenden, especialmente, en lo que tiene que ver con la incidencia que uno o unos de los contratos celebrados ejerce o ejercen sobre el otro o los otros, fundamentalmente, respecto de su validez, de su cumplimiento o incumplimiento y de las acciones que pueden adelantarse. (STC18476-2017, 15 de Nov. 2017, Rad. 68001-31-03-001-1998-

00181-02). (...) **pues en conjunto todos ellos hacían posible la construcción de la obra para la que se constituyó el Patrimonio Autónomo, y la validez, cumplimiento o incumplimiento de alguno de ellos afecta de manera directa a todos, tanto así que no sería posible su ejecución.** (...)”⁴, (resaltados ajenos al texto, posición ya anunciada en Sentencia SC18476-2017 del 15 de noviembre de 2017 y reiterada Sentencia del 19 de diciembre de 2018, expediente SC5690-2018, así como las demás sentencias citadas con antelación.).

En lo que corresponde al tema se ha dicho: “...Al fiduciario, tanto como al fideicomitente, interesa -o debe interesar- que la finalidad económica subyacente al negocio jurídico salga avante, puesto que de ello no solo pende su buen nombre, sino la solvencia de las obligaciones contractuales a su cargo.

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

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

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

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

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

⁶ CE.029/14: «2.2.1.2. En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el art. 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes: 2.2.1.2.1. **Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. (...) 2.2.1.2.3. **Deber de protección de los bienes fideicomitados.** El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes sean sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del art. 1234 del C. Cio. 2.2.1.2.4. **Deber de lealtad y buena fe.** La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés. 2.2.1.2.5. **Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad.** En su actuar, las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido, deben abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo. 2.2.1.2.6. **Deber de previsión.** La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitados y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual».

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».

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).

Recientemente se dijo: “...La figura legis envuelve un negocio indirecto y supone la intervención de un profesional calificado que asume la obligación de cumplir las obligaciones propias o inherentes a esa relación jurídica, en la que al mismo tiempo surge un patrimonio autónomo compuesto por los haberes que el constituyente se obliga a transferir con miras al cumplimiento de un objetivo previamente determinado, según las necesidades y el anhelo de las partes.

En todo caso, el elemento basilar de esa relación jurídica es la confianza, habida cuenta que el fideicomitente, que puede ser una persona natural o jurídica, de derecho privado o público, contrata a la fiduciaria, quien en cambio ha de ser un ente jurídico calificado y con especial conocimiento, experiencia técnica, capacidad operativa y financiera en el mercado en que actúa, para que gestione la finalidad determinada en el negocio fiduciario, así como para que cumpla adecuada y debidamente el encargo que se le encomienda en beneficio del fideicomisario que, como ya se vio, puede ser el propio constituyente o un tercero.

En ese sentido, la fiduciaria debe estar habilitada por el Estado para operar comoquiera que cumple labores de intermediación financiera en un negocio jurídico en el que hay cierta asimetría de poderes entre las partes y por virtud del cual pasa a ser ministerio legis la administradora y titular de un activo que, aunque no es suyo, es puesto a su disposición, toda vez que se le transfiere la propiedad, bajo la promesa de buen gobierno y oportuna restitución al beneficiario.

El éxito de la gestión encomendada importa a las partes, pero también al orden jurídico al estar involucradas la estabilidad y la credibilidad del sistema financiero que es un baluarte de las sociedades capitalistas en el mundo contemporáneo. Por ello, el artículo 1234 del Código de Comercio y la Circular Básica Jurídica 029/2014 de la Superintendencia Financiera agrupan diversas obligaciones de las fiduciarias que apuntan a que estas obren bajo ciertos estándares de buena fe, diligencia, información, protección, profesionalidad, especialidad, prudencia, previsión, pericia, asesoría y defensa de los bienes fideicomitidos (art. 2.2.1.2.1).

Al fin de cuentas, está de por medio el interés público (art. 335 C.P.N.) y la confianza del particular que le entrega a la fiduciaria parte de su capital gracias a la habilitación estatal de que esta goza para captar recursos y prestar servicios financieros, así como al respaldo y la credibilidad con que se presenta ante el público en general, sobre todo porque su forma de actuar no es clandestina, sino abierta al mercado y, además, está sometida a inspección y vigilancia del Estado.

Frente a ello, aunque en principio las obligaciones a cargo de la fiduciaria son de medio y no de resultado, esos débitos contractuales, que están compuestos por las normas imperativas que regulan su actividad, las cláusulas contractuales y los deberes secundarios de conducta, le imponen la necesidad de obrar bajo altos estándares de diligencia y previsión que le son propios a su actividad, es decir, debe comportarse

frente al contrato como un profesional o artífice en pro de lograr la realización de lo proyectado.”, (Sent. SC276 de 2023).

Y es que, bajo este escenario, “...es patente que, en toda relación jurídica de esa naturaleza, la fiduciaria debe obrar con sujeción a las cláusulas contractuales al ser ley para las partes y que, en principio, no pueden ser derogadas, salvo por mutuo acuerdo, ora por causas legales.

Frente a ello se reitera que el artículo 1234 del Código de Comercio le impone un catálogo de deberes que, aunque son enunciativos, están referidos a unos débitos indelegables que asume por el carácter profesional que identifica su actividad y que debe cumplir bajo altos estándares de lealtad, diligencia, transparencia y profesionalismo, es decir, como lo haría un buen hombre de negocios, según se precisó en CSJ SC5430-2021, sin dejar de lado las imposiciones de la Circular Básica Jurídica (C.E. N. 029 de 2014) de la Superintendencia Financiera y el principio de la buena fe que guía el curso de su labor en el mercado en que actúa.

Con otras palabras, el grado de diligencia predicable de la fiduciaria es cualificado comoquiera que supone actuar como un verdadero profesional en el ramo en el que ejerce su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad civil si procede con negligencia y con su conducta -activa o pasiva- genera perjuicios a la otra parte de la relación negocial.

En suma, al margen de que las partes ajusten la relación jurídica a partir de una fiducia mercantil o de un encargo fiduciario, lo cierto es que tal acuerdo tiene como función económica otorgar plena confianza a quienes en él participan, (los promotores, constructores, desarrolladores y también a los inversionistas), respecto del profesionalismo, la pericia y la reputación negocial de la fiduciaria vinculada al respectivo proyecto, sin dejar de lado, por fuerza de la regulación legal de esa labor empresarial, que las actividades que hacen parte de su objeto social interesan al orden público económico (art. 335 C.P.N.) pues tienen como fundamento basilar la aludida confianza y la credibilidad que esas entidades proyectan frente al mercado por su experiencia, rectitud y su conocimiento profesional.

De acuerdo con lo anterior, los negocios fiduciarios, con independencia de la modalidad de que se trate, tienen como pieza esencial una relación de confianza personalísima sustentada en el carácter de profesional de la fiduciaria, quien ha de estar constituida como sociedad, requiere autorización de la Superintendencia Financiera que la vigila e inspecciona, y ha de reunir las condiciones de eficiencia y solidez financiera necesarias para cumplir su labor.”, (ibídem, resaltados ajenos).

Es por ello que estos precedentes señalan que corresponde al fiduciario, previo a comprometer su responsabilidad con el negocio en el cual se hace partícipe, el deber de observar ciertas cargas, unas contractuales, otras legales sea por la esencia mismo del negocio ora por los deberes de conducta de cara al servicio de índole pública por aquél prestado, es así como incluso no en pocos casos deben observar las obligaciones legales de información, diligencia, profesionalismo entre otras, las dispuestas por vía de las Circulares emitidas por la Superintendencia, las enunciativas en los contratos y las que le son exigibles como experto en estos mercados de cara a la cualificación de profesionalismo que implica obrar como buen hombre de negocios y con la previsibilidad esperada de una persona con estas altas calidades y estándares dada la exposición al público este que decide entregar sus bienes para que les sean administrados por medio de esa tipología de negocio de *fides* (confianza).

Es así como dice la Corte, que “...al margen de cuál sea el rol de esa entidad, su intervención en un proyecto inmobiliario produce plena confianza en el consumidor de que este será muy bien administrado por un profesional especializado en ese mercado, de ahí que tal elemento subjetivo pasa a ser un factor decisivo al determinar la vinculación del inversionista.

Bajo ese marco, cumple decirlo, las fiduciarias asumen el compromiso proveniente de la ley de «realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación» (art. 5.2, Capítulo I CBJ).».

Además, «...Todo ello, sin perjuicio de evaluar, valorar y verificar diversos aspectos atinentes a la adquisición del terreno donde se habrá de desarrollar el proyecto y que su tradición no ofrezca problemas de orden legal (art. 5.2.1.1 y 5.2.1.2), a la obtención del punto de equilibrio establecido (art. 5.2.1.3), a que las condiciones técnicas, financieras y jurídicas que hagan posible el proyecto estén dadas antes de que el constructor disponga de los recursos de los inversores (art. 5.2.1.4), a que se consigan los permisos y licencias para ejecutar la obra (art. 5.2.1.5), que haya solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera del constructor o promotor, según la magnitud de la labor (art. 5.2.1.6), así como la suficiencia de las fuentes de financiación para cumplir el proyecto (art. 5.2.1.7) y las pólizas de daños a la obra, la construcción, la maquinaria, a terceros y de responsabilidad civil (art. 5.2.1.8 Cap. I. CBJ).

Igualmente, si el encargo fiduciario atañe a la fase de preventas, es preciso que en el contrato o acuerdo de vinculación de inversores se indique que el proyecto «cuenta con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo del proyecto y que los mismos deben estar vigentes al momento de alcanzar el punto de equilibrio y/o las condiciones de desembolso de recursos», así como «la indicación de la destinación que se le dará a los recursos una vez se den las condiciones necesarias para el desembolso de los mismos», «la indicación de las causales y los plazos en los cuales procede la devolución de los recursos entregados a la fiduciaria» (numeral 5.2.2. ibidem), etc.

Ahora bien, si la fiducia se refiere al desarrollo o ejecución de proyectos inmobiliarios, el contrato que la contenga deberá imponerle a la fiduciaria los deberes de verificar el punto de equilibrio, las condiciones acordadas para la transferencia de recursos por parte de los inversionistas, la duración del proyecto y sus subetapas, así como la prohibición de pagos anticipados al promotor y la certificación semestral del constructor sobre la correcta inversión de recursos, etc. (numeral 5.2.3 T. I CBJ).

Tal panorama sirve para relieves las cargas o compromisos legales y contractuales que asume la fiduciaria en virtud de la confianza que su intervención en un proyecto inmobiliario genera para los inversores que se vinculan a él con la esperanza de que se cristalice y, de ese modo, les pueda ser transferida la propiedad de las unidades que pretenden adquirir, lo cual constituye, precisamente, la razón que los mueve a intervenir en esa clase de operaciones mercantiles.» (Sent. SC276 de 2023 y Sent. SC5430 de 2021).

Obligaciones que de no acatarlas se vea compelido a salir al resarcimiento aun con su propio patrimonio como ya fuere explicado paginados antes, ya que «...el incumplimiento de cualquiera de los débitos que asume la sociedad fiduciaria sea detonante del deber de responder ante un reproche por parte de cualquiera de los afectados que logre demostrar los axiomas que determinan el éxito de su reclamo...»,

Igualmente, se ha enseñado que «...Por la naturaleza de los negocios fiduciarios, resultan especialmente relevantes los deberes accesorios de información, consejo y previsión.

*El **deber de información** se exige en mayor grado al contratante que por sus calidades tiene el conocimiento de las circunstancias relevantes del acto jurídico, relacionadas con el alcance de las obligaciones, efectos y riesgos asumidos, información de la que la otra parte carece; por lo mismo, el primero, se constituye en el «deudor informado» y tiene el deber de transmitírsela al otro, que, a su vez, como profano, se torna «acrededor» de recibirla de forma completa, veraz y oportuna. De ahí que el obligado a la información, «debe suministrarla objetivamente» y solo el «anoticiamiento completo,*

adecuado y veraz, constituye el contenido de la obligación al que aspira ver cumplido el acreedor y que debe ser proporcionado desde el periodo precontractual hasta la etapa de ejecución».

En la fase contractual, el deber de información se mantiene en firme y su finalidad es garantizar al acreedor, la ejecución satisfactoria del pacto, pues, Superada provechosamente la etapa formativa sin vicisitudes que graviten sobre el consentimiento y aun cuando la materia sobre la que se contrate satisfaga las expectativas del crédito de las partes, subsiste el deber informativo sustentado en la cooperación debida en miras a una correcta ejecución. Ejemplos de lo expuesto constituyen la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones (...), o la carga de denuncia de la agravación del riesgo con que se halla gravado el asegurado.

*El **deber de consejo**, en palabras del autor citado, «deriva de la obligación de información, de donde aconsejar presupone hallarse informado», y comporta un plus frente a aquella, «adicionándole una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva (...) en atención a las eventuales consecuencias que debería afrontar el cliente (...) y, por lo demás, porta la incertidumbre propia de todo consejo».*

Sin embargo, es claro que este deber se agota en su exposición razonada por parte del contratante informado y en modo alguno supedita la voluntad del aconsejado, quien como titular de un derecho subjetivo es el único que puede tomar determinaciones sobre él, siendo una característica esencial, la «independencia y libertad de que goza el informado-aconsejado quien, al cabo, se reserva, como pertenencia personal, la decisión final».

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

Ahora bien, dentro de los deberes de las sociedades fiduciarias, la Circular Básica Jurídica en su correspondiente acápite, refiere los de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos; lealtad y buena fe; diligencia, profesionalidad y especialidad, así como el de previsión. Estos deberes ya habían sido consignados en la Circular Externa 46 del 3 de septiembre de 2008 -en vigor para la época de ejecución de los contratos aquí referidos-, por la cual, entre otras cosas, se subrogó el «Capítulo Primero del Título V de la Circular Básica Jurídica contentivo de las disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios» (...)

Las anteriores cavilaciones permiten establecer que, en acatamiento de las directrices emanadas del principio de la buena fe, la fiduciaria en cada una de las fases del pacto debe obrar con rectitud, lealtad y sin intención de causar daño a los demás vinculados de una u otra forma al fideicomiso, tanto en cumplimiento de las obligaciones convenidas expresamente, como de todo aquello que por su naturaleza le corresponda al negocio fiduciario y, muy especialmente, observar los deberes accesorios de conducta que cobran especial relevancia en un negocio basado en la confianza.

(...) En cuanto a su naturaleza, las obligaciones que contrae el fiduciario mercantil no son de resultado sino de medios, salvo disposición legal en contrario, pues a manera de prohibición general, el artículo 29.3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993- dispone que «[!]os 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.» (Sent. SC5430 de 2021)

Y señala el precedente una regla general, “...Que tales obligaciones sean de medios significa, en principio, que la fiduciaria solo se compromete a proporcionar aquellos adecuados para la consecución del fin del

contrato, en esas condiciones, en cualquier controversia derivada de no haberse obtenido el resultado deseado y que ese fracaso se atribuya a su incumplimiento total, parcial o defectuoso, ésta podrá exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado.”, diligencia que no es cualquiera o la esperada de un buen padre de familia al tenor del artículo 63 del CC., sino “...de un grado máximo, que no es el que se espera de un hombre común, sino de un experto en negocios fiduciarios que como actividad de interés público está vigilada y controlada por el Estado, al punto que solo pueden ejercerla los profesionales acreditados y autorizados por la Superintendencia Financiera.”, (ejusdem).

Por ello, “...con independencia de que tales obligaciones se cataloguen como de medios o de resultado, por cuanto en esas circunstancias es dable aplicar un patrón de reproche más estricto, de modo que al 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 del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él.”, no solamente dado que ejerce habitualmente un servicio considerado de interés público, ejercicio financiero de captación de dineros (art. 335 C. Política), sino por cuanto “...la responsabilidad de la fiduciaria está ligada a su calidad de especialista en la gestión de negocios de esa naturaleza y como sus obligaciones emanan tanto de los dictados legales y contractuales pactados como de la buena fe en su función integradora del contrato, el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de su labor es el de un profesional y puesto que su gestión involucra la obligación de administrar, el de un «buen hombre de negocios».”, (ib., resaltos ajenos).

Todo este parangón, que muestra con suficiencia las reglas de conducta y exigencia que deben observar, y por demás el deber de aplicarse por las sociedades fiduciarias en el ejercicio que les es permitido adelantar por autorización del Estado, eventos que para el caso lucen predicables en aras de establecer si fueron acatadas o no estas obligaciones ampliamente señaladas de cara a este negocio, y con ello, el poder concluir si asiste o no la responsabilidad que se endilga en el *iter* de este contrato materia de discusión, por supuesto, como se viera, con verificación coligada de los demás contratos financieros que sirvieron al de vinculación de la aquí consumidora financiera pues todos se complementan para obtener un fin común, el proyecto inmobiliario, como objeto del contrato principal en esta tipología de negocio; y así como establecer si la conducta resulta reprochable en nombre propio por extralimitación u omisión en sus deberes de administrador ora con cargo al fideicomiso constituido por vía del vehículo de un patrimonio autónomo.

DEL CASO EN ESTUDIO.

De las condiciones de solvencia, capacidad jurídica y técnica del fideicomitente constituyente, desarrollador, gerente y constructor, Grupo Ocean S.A.

Se cuestiona como primer cimiento de la pretensión, y en vía de un desarrollo cronológico, el indebido trámite en el conocimiento del cliente, pues alude la parte demandante que la fiduciaria no verificó que el constructor o promotor del proyecto cumpliera con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto, ya que no obra prueba alguna que dé cuenta del estudio en este contexto, y por el contrario, el Grupo Ocean S.A. se constituyó mediante escritura pública número 3473 del 27 de diciembre de 2007 otorgada en la Notaría Primera de Cartagena, inscrita en la cámara de comercio el 15 de febrero de 2008 y para la fecha de firma del contrato de fiducia (23 de febrero de 2009) dicha sociedad no tenía experiencia en el desarrollo de este tipo de proyectos ni estaba acreditado en manera alguna que tuviera la experiencia y la capacidad técnica y financiera suficiente para ser Fideicomitente Desarrollador.

Pues bien, lo primero a referir es que, los documentos aportados para demostrar la viabilidad financiera del proyecto tienen como fechas 15 al 16 de abril de 2013, cuando ciertamente el contrato de fideicomiso

fuere constituido el 23 de febrero de 2009, tal y como lo señala el documento de vinculación aportado con la demanda suscrito entre los fideicomitentes, la aquí demandante como beneficiaria y la sociedad fiduciaria como vocera y administradora del fideicomiso, además que así dan cuenta los documentos allegados con la contestación de la demanda y pedidas de oficio denominados “CONTRATO INICIAL 2009”, “MODIFICACIÓN INTEGRAL 2012”, “MODIFICACIÓN INTEGRAL 2013”, “MODIFICACIÓN 2014 OTRO SI 1”, “OTRO SI 2” y “OTRO SI 3”, en todos señala:

CONSIDERACIONES

PRIMERA: Que mediante documento privado de fecha 23 de Febrero de 2009, suscrito entre GRUPO OCEAN S.A., en su calidad de FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR, INVERSIONES PALMERAS S.A., en su calidad de FIDEICOMITENTE INMOBILIARIO y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como FIDUCIARIO, se constituyó el Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER.

Es decir, se aportaron documentos que no tienen coincidencia de fechas para cuando se constituyó el negocio fiduciario, pues ha de recordarse que la viabilidad se verifica con antelación al momento mismo de la constitución del negocio, conducta que se valora en contra de la pasiva, para tener como no cumplida la carga de demostrar el deber de diligencia que le competía probar, esto es, la experiencia y la capacidad técnica y financiera suficiente para ser el Grupo Ocean S.A., Fideicomitente Desarrollador.

Súmase que, en dos ocasiones, por auto de 16 de septiembre de 2022 (derivado 033) y proveído en audiencia del 15 de mayo de 2023 (derivado 076), se pidiera “*El documento que soporte la evaluación de riesgos y de contraparte se llevaron a cabo en ese momento de constitución del fideicomiso.*”, sin aportarse y sin justificación de tal conducta omisiva.

Y si bien pudiera decirse que como hubo modificaciones integrales, que con aquellas el proyecto paso a dividir las condiciones de equilibrio del Hotel y Apartamentos, así como desligar lo primero de lo segundo, en datas posteriores, en todo caso, ha de tenerse en cuenta que tal situación posterior en modo alguno releva la obligación primigenia.

Con todo, pasando por alto que tampoco aportó los análisis a la modificación integral ocurrida allá en diciembre 26 de 2012 menos de los otros sí los cuales incluso modificaron las condiciones de giro de dineros (punto de equilibrio) aspecto que más adelante se analizará, en todo caso, los documentos aportados tratan de proyecciones sobre la viabilidad del proyecto Ocean Tower suscritos por la gerente de este, la señora Vicky Collins Díaz y el interventor Edgardo Martínez Pareja, empero brilla por su ausencia lo pedido como pruebas de oficio, -la evaluación de riesgos adelantada por Alianza Fiduciaria para cuando se constituyó el proyecto-, e incluso, lo que debió efectuar allá en 2009, 2012 y en 2013, cuando se constituyó y se modificó integralmente el contrato de fideicomiso e incluso con los otro sí posteriores.

Contrario a lo que señalaron los apoderados de la pasiva en alegatos, así como lo que dijo la representante legal en interrogatorio exhaustivo e incluso en la respuesta dada a la prueba de oficio (ver imagen), sí es un deber el efectuar el análisis de riesgos dada su condición de experto tal y como la jurisprudencia por demás abundante citada en esta decisión sobre la temática lo ha señalado e incluso la CE lo tiene previsto.

3. Documentos que acrediten la evaluación de los niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto, del fideicomitente desarrollador.

Respuesta: De acuerdo con lo previsto en el contrato el encargado de realizar la viabilidad técnica, administrativa y financiera del proyecto es el Fideicomitente Desarrollador quien al momento de la acreditación de las condiciones certificó a la Fiduciaria a través de su Gerente y el Interventor designado para el proyecto, que contaban con la viabilidad técnica, administrativa y financiera para el desarrollo del proyecto, se adjunta comunicación recibida bajo el radicado interno Q38107.

A su turno, de cara al fideicomitente constituyente, se tiene que con ocasión a la prueba de oficio decretada en donde se solicitó información a este respecto, Alianza no aportó instrumento alguno que diera cuenta de las condiciones de capacidad técnica, jurídica y solvencia por parte del Grupo Ocean S.A., y si bien aludió que algunos de sus socios habían realizado diversas construcciones e incluso trajo relación de algunos de los proyectos realizados, olvidó aportar lo pedido, el análisis que se hizo allá en los años 2009 en la constitución, 2012 y 2013 al momento de la modificación integral y posteriores otro si donde se advirtiera esas construcciones fueron analizados sobre el presupuesto de conocimientos técnicos.

Contrario a ello, lo que se evidencia es que tal derrotero queda en una manifestación carente de conexidad con lo exigido de su resorte, es decir, probar que en desarrollo de sus buenos oficios como fiduciario y en estos hitos acató la carga legal y jurisprudencial respecto de este análisis, de ir más allá, no puede pasarse por alto que las personas jurídicas son individuales de las otras personas sean estas naturales o jurídicas que las componen como sus socios, pues en últimas sobre quien recae el deber de demostrar las condiciones de experto, la capacidad jurídica, técnica y financiera que demandaba el proyecto no es a sus socios, sino a la persona que por Ley se ve compelida y obligada a acatar esta carga como fideicomitente, la cual no es otra para el caso que al Grupo Ocean S.A., ente moral con capacidad plena y no dependiente de uno o algunos de sus socios.

Recuérdese que se ha decantado en esta tipología “...La existencia de una clara división patrimonial permite explicar la teoría de limitación de riesgo, la cual se estructura bajo las siguientes premisas generales, a saber: (i) Los bienes de la sociedad no pertenecen en común a los asociados, pues estos carecen de derecho alguno sobre el patrimonio que integra el ente moral, correspondiéndoles exclusivamente un derecho sobre el capital social (C.Co. arts. 143, 144, 145 y 46). (ii) Los acreedores de los socios carecen de cualquier acción sobre los bienes de la sociedad, pues tan sólo tienen derecho a perseguir las participaciones del asociado en el capital social (C.Co. art. 142), mutatis mutandi, los acreedores de la sociedad tampoco pueden hacer efectivas sus acreencias con los bienes de los asociados, **pues el socio como sujeto individualmente considerado carece de un poder de dirección sobre el ente social y, por lo mismo, la manifestación de voluntad de la persona jurídica, corresponde a una decisión autónoma de un sujeto capaz, cuya finalidad es hacer efectivo el interés plurilateral de las personas que acceden a su creación.**”, (Sent. C-090 de 2014, resaltados ajenos).

Y es que, so capa del afán de defensa, no puede entremezclarse e incluso especular sobre la nítida diferenciación de responsabilidades que surgen entre socios como personas naturales aportantes de capital social y la propia sociedad como ente jurídico dotado de capacidad, al punto se dijo: “...**La constitución de una sociedad -por regla general- implica el nacimiento de una persona distinta de los socios, dotada de atributos propios de la personalidad jurídica -nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio- para el desarrollo del objeto de su creación. Por ello, la legislación universal**

ha dispuesto que el ente social -ser diferente de las personas naturales que lo constituyeron- responde por las actuaciones y obligaciones que contrae con terceros e incluso frente a los accionistas. Dijo, al respecto, la Corte en sentencia C-865 de 2004-: ‘La finalidad de este derecho constitucional [a la personalidad jurídica] se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico.’ (Ibídem, resaltados ajenos).

Ahora, por la misma vía, prueba de oficio, se ofició al Grupo Ocean S.A. para que brindara informe sobre la sociedad de cara a su fecha de constitución, objeto social y capital de constitución y declarado para cuando se constituyó el fideicomiso, cuya respuesta obra al derivado 095 así:

Cordial saludo: Por medio del presente damos respuesta a sus requerimientos.

(i). Fecha de constitución de esa sociedad

Grupo Ocean S.A. se constituyó según Escritura Pública No. 3,473 el 27 de diciembre de 2007, otorgada en la Notaría 1a. de Cartagena, inscrita el 15 de febrero de 2008 bajo el número 56,020 del Libro IX del Registro Mercantil.

(ii) Objeto social

El principal objeto social de la sociedad Grupo Ocean S.A. es 1) contratación y realización de estudios, proyectos y obras comprendidos dentro del ámbito de la ingeniería, en cualquiera de sus modalidades. 2) Participar en licitaciones o concursos públicos de cualquier naturaleza, dentro y fuera del territorio colombiano, en forma individual, consorcio, unión temporal o cualquier otra forma de asociación y ejecutar contratos de cualquier naturaleza incluyendo concesiones; relacionados con el diseño, construcción, rehabilitación, mantenimiento, financiamiento, administración, operación, gestión comercial y/o explotación comercial, expansión, para proyectos de infraestructuras aeroportuaria vial, de servicios públicos y en general para proyectos de ingeniería y/o arquitectura.

(iii) capital de constitución y capital declarado para cuándo se constituyó el fideicomiso proyecto FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER.

El capital de constitución de Grupo Ocean S.A. fue de \$60.000.000 (sesenta millones de pesos M/legal) y al momento de constitución del Fideicomiso CARTAGENA OCEAN TOWER seguía siendo el mismo. 

Igualmente, pese al deber que asiste a la sociedad fiduciaria en demostrar los estados financieros que tuvo a su resorte o debió verificar para tener como solvente a esta sociedad de cara a la factibilidad financiera requerida para este proyecto, tampoco trajo elemento alguno en este sentido, es decir, no probó que se le presentaran y menos analizaran estados financieros de este fideicomitente para cuando se constituyó el contrato de fideicomiso en el año 2009, menos los que tratan de los años 2012 y 2013 cuando se modificó íntegramente el contrato y de cara a los otros si posteriores.

A su turno, llama la atención como un proyecto que según los documentos aportados tratan de proyecciones sobre la viabilidad del fideicomiso proyecto Ocean Tower suscritos por la gerente de esta señora Vicky Collins Díaz y el interventor Edgardo Martínez Pareja en cuantía de costo total de \$43.827.565.582,00 (ver imagen), que contaba con 2 créditos para su desarrollo por cuantías de \$25.800.000.000,00 M/cte., para la construcción Hotelera, \$23,750,000,000,00 M/cte., para la construcción de los apartamentos y \$9.200.000.000,00 M/cte. sin distinción sobre cuál objeto recaían pues fueron dirigidos de manera general al Fideicomiso Cartagena Ocean Tower por esa misma vía de préstamo, y que bajo tal tamiz, pueda solventarse en situaciones de impagos por desistimientos, retiros, moras e incluso sobrecostos y los mismos servicios que demandaba la deuda de crédito con un capital del fideicomitente gestor y constructor de apenas 60 millones de pesos, que es lo probado en el plenario,

esto es, un porcentaje menor del 1.4% del 100% que representa el costo del proyecto, pues se *itera*, nada se sabe de sus estados financieros para siquiera verificar su nivel de solvencia para las épocas de constitución y modificaciones del fideicomiso, carga desatendida por la pasiva cuya consecuencia radica en tener como no probado hizo este estudio.

| | | | | | | | | |
|---|----------|----------------------|--|---|----|----------------|----|-------------------|
| 1 | Capítulo | 30IMPUESTO Y POLIZAS | | 1 | \$ | 100.000.000,00 | \$ | 100.000.000,00 |
| 1 | Capítulo | 30IMPUESTO Y POLIZAS | | 1 | \$ | 300.000.000,00 | \$ | 300.000.000,00 |
| 1 | | | | | | | | |
| 1 | | COSTO DIRECTO | | | | | \$ | 39.484.293.316,68 |
| 1 | | COSTO DIRECTO | | | | | | 39.484.293.317 |
| | | COSTO INDIRECTO | | | | | | 4.343.272.265 |
| | | COSTO TOTAL | | | | | | 43.827.565.582 |

Y no es que se diga o se quiera señalar que se exija el absurdo de que el fideicomitente tenga un 100% del valor del costo, pero sí por lo menos el poder establecer y entender razonablemente podría cubrir imprevistos de ausencia de caja futuros y del mismo servicio de la deuda de los créditos otorgados para el desarrollo del proyecto, si es que estaba previsto su pago con las inversiones de los beneficiarios de área y recursos propios de este fideicomitente según expusiera en interrogatorio la representante legal de la pasiva.

Al respecto, conforme lo señala la Circular 024 de julio 27 de 2016, por medio de la cual se emiten “...Instrucciones en materia de negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria y rendición de cuentas.”, 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.**”, estudios que aquí también brilla por su ausencia.

Sobre este punto, en decisión de 9 de diciembre de 2020 adoptada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del litigio radicado con número 11001-31-03-003-2018-02591-01, se ilustró que “...no era de poca monta examinar la experiencia y competencia administrativa de la constructora -sin que pudiera considerarse como de única importancia el aspecto financiero referido a la capacidad de satisfacer débitos bancarios-, comoquiera que conocer su idoneidad en ‘el proceso, de planeación, organización, dirección y control del uso de recursos para lograr las metas de desempeño’ en el proyecto inmobiliario era, sin duda, una variable a tenerse en cuenta para anticiparse a la materialización de riesgos que podrían incidir en la operación de construcción propiamente dicha y en el emprendimiento del negocio fiduciario, puesto que una buena gestión ‘consiste en ejecutar los procesos (...) de planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar’ los distintos componentes de una organización, entre ellos, el financiero y el talento humano, sin perder de vista ‘la posibilidad de que ocurra un acontecimiento que tenga un impacto en el alcance de los objetivos’, contingencia cuya integral evaluación en todas sus dimensiones no se acreditó, en el caso sublite, por parte de la llamada a la actuación; resultando inadmisibles que su representante legal para efectos judiciales y extrajudiciales, al absolver su interrogatorio, a la pregunta de ‘qué respondía la constructora a los requerimientos de la fiduciaria’, contestara que ‘(...) Nos decían que no tenían los recursos para canalizar la terminación de la obra (...)’; y que al interrogante de ‘cuáles son las razones que dice la constructora por qué no ha terminado’, respondiera: ‘Hay una contraposición entre ellos. Arrazola dice que no va a poner más recursos. ACSA dice que no tiene recursos y que no va a asumir esa carga, y Fontalvo ha tenido como una actitud muy pasiva. Incluso Jonny Fontalvo es quien ha procurado los últimos acercamientos (...)’ Declaraciones que permiten inferir que Fiduciaria Bancolombia no conocía, suficientemente, las condiciones empresariales de sus fideicomitentes, como los son su experiencia y capacidad gerencial en el sector de la construcción...”, derrotero que *mutatis mutandis* aplica

a este litigio, pues ciertamente ante la inejecución de la obra sucedió el mismo evento, ausencia de solvencia del fideicomitente, a quien la sociedad fiduciaria en palabras de la representante legal requería para aportar los dineros o adoptar acciones que impidieran la parálisis del proyecto, sin respuesta positiva.

Del punto de equilibrio.

Sabido es que es deber de la sociedad fiduciaria aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto.

De cara a esta conducta, al igual que en punto anterior, no se trajo elemento alguno que diera cuenta la evaluación, valoración y verificación que hiciera la Sociedad Fiduciaria en pro de establecer que el punto de equilibrio dispuesto a este fideicomiso pudiera llegara a comprometer a la viabilidad, pues lo aportado son los balances del fideicomiso, la proyección de inversión y costos del proyecto referida en punto anterior, así como los costos estimados para el proyecto y una verificación de check list para cuando se tuvo por superadas las condiciones de giro de recursos por medio del documento llamado “Q62224 *Formato cumpl de giro*”, elementos que no corresponden a la evaluación y valoración pedida como prueba de oficio, carga desacatada cuya consecuencia radica en no tenerse como demostrada esta obligación.

Ahora, sobre este aspecto, se ha indicado por la Sala de Cas. Civil de la Corte Suprema de Justicia que **“...también resultaba razonable entender que el ‘punto de equilibrio de ventas’ solo podía alcanzarse con operaciones que generaran un flujo de caja positivo para el proyecto. Finalmente, la vinculación -como beneficiarios de área- de los propietarios de los predios donde se levantaría el complejo (...) no se reflejarían en un aumento del activo corriente del negocio, y por lo mismo, esos negocios carecerían de incidencia para viabilizar económicamente la ejecución de las obras constructivas.”**, (Sent. SC 5175 de 2020, negrilla ajena al texto).

Y recientemente se dijo: **“...en materia de fiducia para el desarrollo o ejecución de proyectos inmobiliarios, el contrato debe imponer a la fiduciaria el deber de verificación del punto de equilibrio, las condiciones para la transferencia de recursos por parte de los inversionistas, la duración del proyecto inmobiliario y sus etapas, la prohibición de pagos anticipados al promotor, y la certificación semestral del constructor sobre la correcta inversión de recursos (numeral 5.2.3. ibidem)”**, (Sent. SC-107 de 2023, negrilla ajena).

Y es que señala la Corte, **“...Es bien sabido, en ortodoxia financiera, que el punto de equilibrio es la sumatoria de recursos requerido para asegurar el inicio y avance del proyecto, en cuanto los ingresos que se proyecta recibir son superiores a los gastos estimados para cada período.**

En consecuencia, la labor de la fiduciaria no se limitaba a la simple recepción y archivo de unos documentos, como si de una amanuense se tratara; en verdad, su rol era asegurarse de que existían las pruebas que permitieran tener por demostradas las condiciones para alcanzar el punto de equilibrio para la construcción de Marcas Mall Cali, de suerte que los recursos de los adquirentes realmente se destinaran a este objetivo, sin desviarse por el camino.

Reitérese, a riesgo de hastiar, la fiduciaria no sólo se obligó a recibir una documentación y, ciegamente, tener por cumplidos los requisitos para la transferencia de los recursos captados. Por el contrario, amén de su profesionalismo y en garantía de la confianza del público, se esperaba que corroborara la veracidad de la información recibida, de suerte que alcanzara una seguridad razonable sobre el cumplimiento de las condiciones para la viabilidad financiera del proyecto.”, (ejusdem, resaltados ajenos).

De la destinación de los recursos.

Aquí también se advierte una condición establecida en el contrato de adhesión que contraría la naturaleza y cumplimiento del contrato de fiducia, pues es deber que el fideicomitente aporte **de forma definitiva** el terreno en el cual se va a construir el proyecto, con independencia del negocio de compraventa que celebre con la persona propietaria de este, carga que no se evidencia acatada, pues si bien el predio conforme lo señala el Certificado de Tradición quedó en cabeza del fideicomiso por virtud del patrimonio autónomo, en todo caso, de su mismo contenido contractual se evidencia que fueron los beneficiarios de área quienes a la postre terminarían pagando este terreno, desfase del proyecto de viabilidad, en la no despreciable suma de 37 mil millones de pesos.

Y es que con contrato de vinculación señala:

Con posterioridad a que el PROYECTO logre las CONDICIONES DE GIRO arriba establecidas, la FIDUCIARIA con los recursos existentes en el PATRIMONIO AUTONOMO y hasta concurrencia de los mismos, deberá restituir en dinero AL FIDEICOMITENTE INMOBILIARIO el valor de los predios. Dicha restitución fue acordada entre el FIDEICOMITENTE INMOBILIARIO y el FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR en la suma de TREINTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS (\$37.000.000.000), MONEDA CORRIENTE sin injerencia ni responsabilidad ni obligación alguna por parte de ALIANZA, ni del PATRIMONIO AUTONOMO y estará supeditada a la disponibilidad del flujo de caja, aporte de la caja necesaria para cubrir todos los costos directos e indirectos del PROYECTO y la dotación del hotel. En razón a lo anterior, el FIDEICOMITENTE INMOBILIARIO y el FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR eximen a ALIANZA y al PATRIMONIO AUTONOMO de cualquier responsabilidad u obligación que se derive en el evento de que los recursos del Fideicomiso no sean suficientes para atender el pago de la suma aquí estipulada.

Es así como se advierte trasladada a la parte más débil de la relación contractual, el beneficiario como consumidor financiero, una carga que competía al fideicomitente, validada por la misma sociedad fiduciaria con el presente instrumento y por demás no consolidada ni en el documento de viabilidad financiera y menos el de punto de equilibrio, en tanto allí nada se dice que con los recursos de los beneficiarios de área se terminaría pagando el terreno a desarrollar el proyecto, además de contener una tipificación exonerativa de la sociedad fiduciaria que en términos del artículo 11 de la Ley 1328 y artículo 43 de la Ley 1480 es ineficaz de pleno derecho.

Suma el hecho de que se allegaron por la actora elementos que dan cuenta que con los ingresos y pagos de los beneficiarios de área se presentaron situaciones de pagos de acreedores siendo estos socios del Grupo Ocean S.A. con destino a sufragar los valores aportados al fideicomiso como restitución por la compra de terrenos así como destinación indebida de traslado de sumas que debieron dirigirse al desarrollo del proyecto inmobiliario de apartamentos y terminaron en desarrollo del complejo hotelero pese a que la misma Sociedad Fiduciaria como vocera y el Fideicomitente dieron paso a una división patrimonial de estas construcciones

Preliminarmente, llama la atención el hecho que el apoderado judicial de Alianza Fiduciaria S.A., indicara en sus alegatos que esta prueba que daba cuenta de la revisión de los estados financieros de la contabilidad del fideicomitente como sociedad propiamente dicha, esto es, Grupo Ocean S.A., no se le ha efectuado una adecuada contradicción, pues ciertamente en audiencia anterior del 5 de septiembre de 2023 obrante a derivado 087, fueron tenidos en cuenta e incorporados al proceso como prueba documental, momento en el cual y contra dicha decisión nada dijo para que vencida esa oportunidad, de forma novedosa y ambivalente, al parecer, cuestiona la forma en que se tuvo por incorporada.

Y es que, por el contrario, lo que hizo en dicho momento fue pedir su traslado por tres (3) para poder ejercer su defensa, solicitud que tuvo eco para el suscrito y demás partes según da cuenta la grabación y la misma acta, tan es así que en efecto allegó memorial a derivado 089 de oposición.

En cuanto a dicho escrito, señaló el abogado, “...se trata de una serie de documentos producidos dentro de una solicitud de prueba anticipada de la que trata el artículo 189 del CGP completamente ajena al extremo demandante y a las demás partes del presente proceso.”, por lo anterior pide “...en concordancia con el artículo 168 del CGP se rechace de plano el documento por ser una prueba notoriamente impertinente, inconducente e inútil en el marco del proceso de la referencia.”, dado que no “...versa sobre la conducta, la contabilidad o los libros de Alianza Fiduciaria, del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower, ni de ninguna de las partes del proceso de la referencia. Por el contrario, dicho documento alude a un tercero ajeno al proceso.”, es una prueba que no es legalmente practicada “...debido a que Alianza Fiduciaria y el Patrimonio Autónomo no intervinieron en el trámite de la inspección judicial...” y “...existe imposibilidad de contradicción de la contraparte...”.

Al respecto, lo primero a referir e insistir, es que por decisión (auto) emitido en audiencia de 5 de septiembre de 2023 se introdujo esta prueba como documental para su valoración por dicha vía, sin que ninguna de las partes discutiera esta decisión por vía de los recursos que prevé la normativa procesal, por ese motivo, en la hora actual no es posible pretender a retrotraer oportunidades que las partes dejaron fenecer.

Lo segundo es que no asiste razón a la tesis que no le es posible contradecir la prueba, tan es así, que quedó en traslado para sus manifestaciones como en efecto lo hizo.

Además, en ese lapso tuvo la oportunidad de contradecir la prueba con otros elementos allegados al plenario y no meramente con manifestaciones carentes de acervo e incluso, anunciar si lo que quería realizar era un dictamen conforme se lo facultada el artículo 227 del CGP., pues no en vano el artículo 174 *ibídem* expone que “...Las pruebas practicadas válidamente en un proceso **podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades**, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.”, (resaltados ajenos), contradicción que tuvo a su resorte conforme el abanico de libertad probatoria que trae consigo el artículo 165 *ejusdem*, otra cuestión es que, por un lado, no recurriera la decisión adoptada en audiencia anterior, oportunidad que en la actualidad no puede revivir; y de otro, que desaprovechara la oportunidad de traslado para desvirtuar esta documental, no con dichos, con pruebas.

En cuanto a la no posibilidad de valoración, tampoco tiene eco, ya que el artículo 175 *in fine*, señala que “La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.”, para el caso en este litigio, a quien como vía documental le compete verificar si contiene o no cariz de ilícita, impertinente, inconducente, superflua o inútil.

Bajo tal criterio, no se evidencia la ilegalidad o ilicitud en la prueba aportada, pues no ha sido obtenida, aportada, valorada y objeto de contradicción en contrariedad al derecho de defensa ante quien se opone, pues se itera a fuerza de insistencia, tuvo la oportunidad de contradicción, además de la presunción de autenticidad del cual se reviste al tenor del artículo 244 del CGP., ya que “...Los documentos públicos (...) emanados (...) de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.”.

Tampoco es posible predicar que por no ser o basarse el análisis en la contabilidad, balances o libros del comercio del patrimonio autónomo o provenir de un tercero considerado como parte pueden tener el cariz de impertinente, improcedente, superflua o inútil al debate probatorio, nada más alejado de la realidad probatoria ya que lo que resta por ver es si tienen alguna incidencia a las partes de este proceso, máxime que si bien la persona jurídica no es parte procesal, Grupo Ocean S.A., no puede desligarse, desconocer

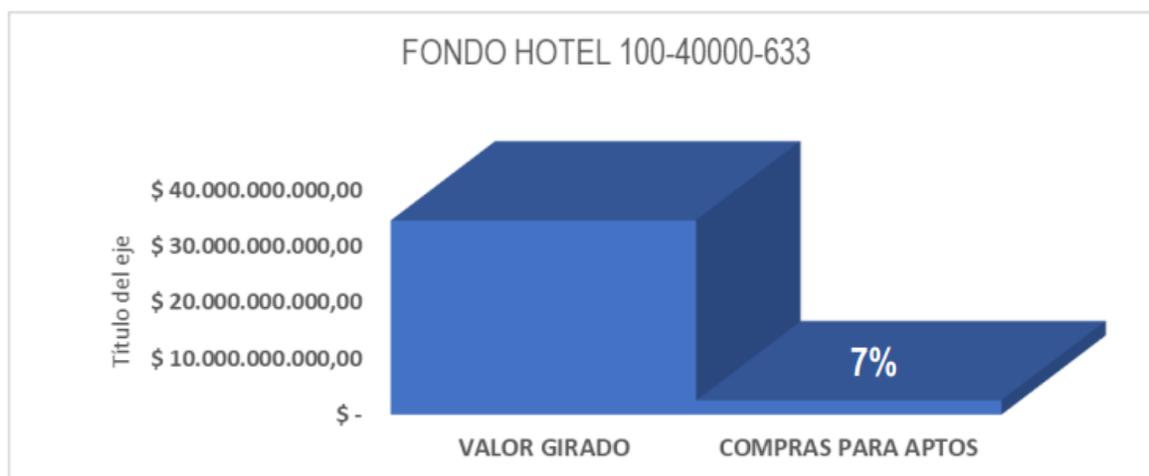
o pasar por alto que es el fideicomitente y receptor de los recursos que salieron del fideicomiso para el desarrollo del proyecto, lo cual permite señalar si asiste un interés, pertinencia y utilidad para poder establecer si el objeto de los recursos fue a parar al destino u objeto para el cual eran girados.

Es así como se puede sustraer de dicho documental, nada más y nada menos llevada a cabo con intervención de un Juez de la República en uso de facultades legales al tenor de numeral 7° del artículo 18 del CGP. y el artículo 183 y ss. del mismo canon, que los dineros que ingresaron del patrimonio autónomo a las arcas del fideicomitente fueron usados para otras finalidades, al respecto se puede establecer como traslapaban los dineros entre costos para los apartamentos y para el hotel pese a la separación que se hiciera con los otro si integrales de los años 2012 y 2013 e incluso se señala un desfinanciamiento sin justificación aparente.

Al punto señala la documental “...el informe de la Gerencia del Proyecto resalta que durante el año 2017 no se dio ningún avance en obra por la falta de liquidez. Se trata el tema de las consecuencias en el incumplimiento de la entrega de los apartamentos, a la fecha se han presentado citaciones y querellas por parte de beneficiarios de áreas. **Por lo que se espera recibir durante el año 2018 un primer anticipo de la negociación que se está haciendo sobre la venta de la torre Hotel para reactivar así la torre de apartamentos.**”, es decir, con dineros que se planeaba obtener del hotel iban para el desarrollo de los apartamentos.

Igualmente, en la página 13 señala que:

Del valor total girado del fondo constituido para apartamentos, se dispuso el 12%, para cubrir compromisos del hotel.



CONCLUSION: Al evidenciarse giros realizados de un fondo específico como es el caso de la fiducia de la torre de apartamento al proyecto de la torre de hotel y viceversa, se concluye que no hubo control en el manejo de las fiducias torre apartamento (100-40000-504) y torre hotel (100-40000-633) por parte del Grupo Ocean S.A.

A su turno, estas situaciones de no control de caja de cara con el adelantamiento del proyecto, se señaló en la página 7:

En el punto numero 6 la Gerencia Técnica presenta informe de avance de obra en el que se trata lo siguiente:

Con respecto a la programación inicial, se registra un **ATRASO PONDERADO ACUMULADO de -11.88 semanas, correspondiente a -65.34 días hábiles**. La gerencia Técnica manifiesta que, con base en el último compromiso que se estableció con los bancos para el próximo desembolso, bajo la premisa de recuperar los tiempos de atraso, entre los meses de abril de 2015 y agosto de 2015, se requieren rendimientos superiores al 9.5% mensual, condición que es evidentemente incumplible. **Por lo anterior, considera que es el momento de acogerse a la reprogramación de obra, presentada a la junta de socios, en enero de 2015, que proyecta la entrega de apartamentos, hasta mayo 04 de 2016 y la entrega final del hotel para septiembre de 2016.** Cabe anotar que, la gerencia envió un plan de contingencia, que busca recuperar dos (02) meses y medio, con un **SOBRECOSTO proyectado de 2.384.400.801** correspondiente a la implementación de equipos de transporte vertical adicionales, la reorganización del organigrama del proyecto, horas extras y el reconocimiento de los **SOBRECOSTOS administrativos de las contrataciones que se verían afectadas por el incremento sustancial de persona de campo, equipo y la implementación de dobles jornadas, cuando sea necesario.**

Los Accionistas Carlos Collins y Sergio Torres no justifican el incremento de los costos administrativos de subcontratistas y solicitan revisar a detalle, los costos de la implementación de un ascensor de carga adicional (de los adquiridos por Construcciones e Inversiones Beta – Accionista del Proyecto) y una torre grúa

Bajo el mismo derrotero, la pagina 9 señala:

“El informe registra que no hubo pago de intereses y comisiones, así como tampoco abonos a capital a los préstamos de Banco de Bogotá y Occidente. El ultimo desembolso por parte de los Banco de Bogotá y Occidente fue en el año 2016.

El informe registra que la situación jurídica durante el año 2017, debido a la falta de pagos, se han presentados citaciones a conciliaciones, querellas, demandas por parte de los propietarios de los apartamentos, contratistas, proveedores y empleados. Se menciona en este informe que la empresa ha asistido, acatado y conciliado de acuerdo a cada circunstancia. El informe de gestión menciona los Beneficiarios de Área (Torre Apartamentos). Debido a la falta de flujo de efectivos en el año 2017 hubo cese total de actividades. No se ha definido de una fecha exacta de reiniciación de obra y de entrega de las unidades inmobiliarias.”

En la página 10 continua:

- c. Se evidencia retiros en los extractos de la fiducia en enero del 2014 por concepto de devolución préstamo socios a Consorcio Promotora Montecarlo Vías S.A. (16 de enero por **\$1.907.600.000**, y 23 de enero por **\$465.100.000**) y Construcciones e Inversiones Beta S.A.S. (23 de enero **\$1.186.350.000**).

CONCLUSION: Esto, dada las imprecisiones en el presupuesto, expuestas por el interventor Edgardo Martínez, según Punto #2, ACTA No 3, del 10 de agosto de 2012, afecta la liquidez del proyecto.

E igualmente, con ocasión a la prueba de oficio decretada al Banco de Bogotá S.A., quien otorgó dos de los tres préstamos dirigidos al proyecto, en respuesta obrante a derivado 095 indicó:

“...Respecto del Contrato de Leasing Financiero, **se suspendió el giro de anticipos, por las siguientes razones:** Como el objetivo de la financiación era la construcción de la torre del Hotel, el Banco de Bogotá S.A. se vinculó al proyecto inmobiliario como beneficiario de área, pactando que el pago estaría supeditado a los avances de obra vs. Flujo de caja certificado por el interventor, y cumplimiento de los requisitos internos del Banco. Al hacer seguimiento a la ejecución de la obra e inversión de los recursos, se encontraron las siguientes circunstancias que impidieron continuar con el giro de anticipos: (...)

- Desajustes en los presupuestos de obra presentados y aprobados en agosto de 2013 frente a la realidad. Al revisar el desglose entre lo contratado, invertido y ejecutado y por ejecutar en la obra para mayo de 2016 faltaban por invertir en la obra \$48.707mm.
- El informe técnico y el financiero presentaban diferencias en las proyecciones de rendimiento mensual estipulados. En el informe técnico los rendimientos mensuales de avance eran del 4% en tanto que el informe financiero arrojaba avances del 2%
- Los aportes de los socios no estaban alineados a lo presupuestado
- Los desembolsos se iniciaron sobre presupuestos de costos que con el tiempo fueron cambiando
- Dados los sobrecostos, la financiación aprobada no aseguraba cierre financiero
- Unidad de caja entre la torre de apartamentos y la torre hotelera que impidieron el seguimiento y realización adecuada de los avances de obra
- Avances de obra menores a los proyectados vs los recursos aportados
- Situación financiera tanto del cliente como de sus accionistas
- Gestión de la banca de inversión, baja capacidad de planeación y ejecución de la obra

Se suma una regla de inferencia, y es que no se ha explicado con suficiencia la razón por la cual el proyecto apenas tenga un adelanto de un 71.74% y no del 100%, de haberse dado conforme las reglas contractuales y legales en valoración de riesgos del contrato de fiducia, y no se entiende porque ciertamente como se viera no hubo análisis, verificación y estudio de los sistemas de financiación, fuentes de liquidez, servicio de la deuda de las obligaciones crediticias que apalancaran el proyecto y del destino de los dineros obtenidos por los beneficiarios.

Y es que de la simple operación de suma advierte superaron y con creces el valor que requería el proyecto en su proyección, pues nótese que se requerían conforme le documento denominado “Q38107 viabilidad financiera.pdf”, un monto por concepto de “inversión necesaria” de \$48.157.616.633,00 tomado como valor más alto encontrado de las pruebas arrimadas (ver imagen).

Y esto confrontado con las respuestas de los bancos que otorgaron los crédito con ocasión a los interrogantes que se les realizaran por prueba de oficio, crédito además otorgado por una vía que tampoco se entiende en su razón de su utilización, leasing sindicado cuando ciertamente la propiedad del bien estaba en cabeza del patrimonio autónomo quien además se lo hipotecó como deudor principal, más los ingresos por cuota inicial señalados en la tabla Excel llamada “Detalle Saldo y Mora_ Cuotas Iniciales” allegada con las pruebas de oficio, dan cuenta de un ingreso de alrededor de \$32.499.302.702,00 sumada la columna “n” llamada “Valor Abonado”.

| Apartamentos | |
|--|-----------------------|
| Ventas Apartamentos | 79.032.894.000 |
| Costos Directos | 39.484.293.317 |
| Costos Indirectos | 4.343.272.265 |
| Financieros | 4.330.051.052 |
| Total Inversiones | 48.157.616.633 |
| M2 de ventas | 13.675,52 |
| No de apartamentos | 152 |
| | |
| Punto de equilibrio inicial | 60,93% |
| | |
| Inversiones realizadas a la fecha en torre de apartamentos | 8.990.325.289 |
| | |
| Inversiones pendientes | 39.167.291.344 |
| Punto de equilibrio pendiente | 49,56% |
| | |
| p.e en unidades | 75 |
| p.e en M2 | 6.777,34 |

| VIABILIDAD ECONOMICA | |
|---------------------------------|----------------|
| Inversion necesaria | 48.157.616.633 |
| | |
| Ventas p.e | 39.167.291.344 |
| Credito | 30.000.000.000 |
| Inversiones realizadas (equity) | 8.990.325.289 |
| | |
| Inversiones | 78.157.616.633 |
| | |
| I - E | 30.000.000.000 |


ING. EDGARDO MARTÍNEZ PAREJA
INTERVENTOR DEL PROYECTO


VICKY COLLINS DÍAZ
GERENTE DEL PROYECTO

El Banco de Bogotá S.A., informa los giros por los siguientes valores y fechas, (der. 095)

- b. Montos girados y fecha: En el Contrato de Leasing Financiero sindicado el Banco de Bogotá S.A. realizó ocho (8) giros para un total de DIEZ Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS DIEZ PESOS M/CTE (\$18,527,772,710) a título de anticipos así:

| FECHA DESEMBOLSO | VALOR ANTICIPO |
|------------------|----------------|
| sep-14 | 5,623,485,512 |
| ene-15 | 2,384,325,008 |
| abr-15 | 2,650,921,309 |
| jul-15 | 2,335,207,338 |
| ago-15 | 1,591,205,000 |

Es decir, no se tienen razón entonces del porque estos giros causados desde diciembre de 2013 hasta abril de 2016 para los bancos y los dineros entregados por los beneficiarios de área con más que suficiencia cubrían el 100% de lo proyectado, incluso por encima de lo esperado, no alcanzaran estas fuentes de financiación a cubrir la construcción de los apartamentos, sin que pueda confundirse con los giros del Hotel que eran aparte, por lo menos conforme se evidencia de la respuesta del Banco de Bogotá.

Todas estas situaciones, al rompe demuestran lo poca o nula gestión de verificación del riesgo por parte de Alianza, del destino de los dineros y de la real viabilidad del proyecto, habida cuenta que desde el año 2016 se evidenciaron los atrasos y modificaciones, lo cual incluso se pudo de presente por vía de informe que data del 24 de abril de 2018 emitido por la misma Sociedad Fiduciaria, en tanto señaló:



Alianza
Fiduciaria

Fecha 07/05/2018 02:54:22 p.m. (S) Q236316
Destinatario F. CARTAGENA OCEAN TOWER
Remitente DIONY SOLANO MOSCOTE



(57) 385 2525

Care 77B No 57 103 Local 2
Edificio Green Towers
Barranquilla, Colombia

Barranquilla, 24 de abril de 2018

COMUNICADO
BENEFICIARIOS DE AREA FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER

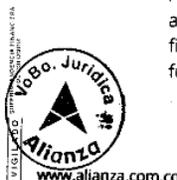
Apreciados beneficiarios de área,

El presente comunicado tiene como finalidad informarles, que Alianza Fiduciaria S.A. se encuentra al tanto de los inconvenientes presentados en el desarrollo del proyecto Cartagena Ocean Tower, los cuales podrían estar afectando su ejecución.

Aunque Alianza Fiduciaria S.A. no es originadora, promotora o responsable constructora del proyecto Cartagena Ocean Tower, tiene la condición de fiduciaria del fideicomiso propietario de los inmuebles en los cuales se desarrolla el proyecto inmobiliario por parte del Fideicomitente Desarrollador. Por lo tanto es interés de Alianza Fiduciaria S.A que se superen los inconvenientes presentados y tomar las acciones a las que como Fiduciaria esté facultada o tenga el deber de llevar a cabo, para cumplir con la finalidad del Fideicomiso y proteger los intereses de los Beneficiarios de Área vinculados al mismo, todo dentro del marco legal y del contrato que regula dicho fideicomiso.

En consecuencia a lo anterior es preciso informarles el estado actual del proyecto inmobiliario denominado propietario de los inmuebles en los cuales se desarrolla el proyecto inmobiliario Cartagena Ocean Tower:

- El proyecto inmobiliario Cartagena Ocean Tower se encuentra detenido a la fecha del presente comunicado, lo anterior y teniendo en cuenta lo informado por Grupo Ocean S.A. las situaciones presentadas con las fuentes de financiación del proyecto, provenientes de las entidades bancarias, han afectado la estabilidad del proyecto.
- Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso Cartagena Ocean Tower ha adelantado reuniones con los Fideicomitentes y las entidades bancarias que financian el proyecto, con el objetivo que se estudien todas las posibles fuentes de financiación para que el constructor pueda finalizar la obra.





- Durante los últimos meses el Grupo Ocean S.A. ha concentrado todos sus esfuerzos en la negociación que se encuentran realizando con una empresa extranjera, cuyo objetivo es la venta de la unidad Hotelera, que hace parte del Proyecto Cartagena Ocean Tower. Con dicha venta el Fideicomitente Desarrollador espera obtener recursos líquidos que le permitan continuar con la construcción de la Torre de Apartamentos. A la fecha de la presente comunicación nos encontramos a la espera de la finalización de las mencionadas negociaciones, las cuales han contado con el apoyo de Alianza Fiduciaria S.A. y las entidades bancarias que financian el proyecto.

Quedamos atentos a cualquier inquietud en relación con el particular

Peggy Alvarín Ladrón de Guevara
Gerente Regional Caribe
Alianza Fiduciaria S.A.

Y es que ha de preguntarse, si había suficiente fuente de ingreso, más de la proyectada, según mismas informaciones de la Sociedad Fiduciaria, y no se alcanzó el cometido en el objeto contractual, retrasos además conocidos por la fiduciaria que se venían ocasionado desde el año 2016 y estancamiento total ya para el año 2018, ¿puede ser otra la razón a la ausencia de análisis de este proyectado y en todo caso de la verificación que, con los dineros girados por estas fuentes estipuladas en el contrato al ser suficientes, podría habilitarse la conducta de desviación de recursos?.

Pues ambas situaciones encontradas de las cuáles no se advierte prueba en contrario, por un lado, del análisis y actividades que compelman a la aquí demandada en pro de los dineros que les fueron entregados para su protección por parte de los beneficiarios de área; y de otro, que los eventos que causaron esta situación de siniestralidad condujeron a factores exógenos y que nada irradian el contrato de fiducia, es decir, que pese a cumplir con sus obligaciones, lo cual no se hizo o por lo menos no probó, los eventos de estancamiento y falta de solvencia surgieron por hechos no predicables a la fiduciaria y situaciones ajenas a sus obligaciones, carga que le compellía al tenor del artículo 167 del CGP.

Por demás, tampoco se evidencia acciones ingentes desde el año 2018 tendientes a superar esta situación, esto dada la obligación de realizar todos los actos tendientes a la protección de los bienes fideicomitidos, dentro de los cuales también se encuentran y están las sumas aquí entregadas por la actora con una finalidad específica, (art. 1234 del C. de Co.).

Pues consabido es que “...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), cagas ciertamente desatendidas pues no trajo elementos que den cuenta de lo contrario.

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

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

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

Luego como probados los supuestos que le fueron enrostrados como profesional, en atención a que estos incumplimientos son de carácter indelegable en desarrollo de su actividad de cara a este contrato y actividad que se le permite ejercer, visto su actuar confrontado a las reglas mínimas exigidas como buen hombre de negocios, así como su actuar contractual de buena fe que no es simple sino probada dada su condición de experto, no es posible colegir nada distinto a 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 para el caso vistas sus omisiones cuya conducta y actuar le era exigido.

Pues de haber cumplido a cabalidad pudo conducir a que el negocio tuviese los estudios y análisis que demandaba el proyecto e incluso el abstenerse de celebrarlo de encontrar su inviabilidad al no cumplirse con los estándares exigidos para su desarrollo entre ellos la solvencia, capacidad técnica y jurídica de quienes quisieron constituirlo y desarrollarlo, eventos que pudieron evitar el suceso causado materia de discusión, razón suficiente que da paso ha de señalar que la sociedad fiduciaria responderá con su propio patrimonio dada esa conducta por fuera de los lindes de su propia diligencia exigida en el giro propio de sus negocios.

En cuanto a un actuar de la sociedad fiduciaria de buena fe, olvida la pasiva que dadas sus condiciones y calidad de profesional el rasero no es de simple conducta, sino que brota de la cualificada en tanto busca con ello una exoneración de su responsabilidad.

Al respecto, la jurisprudencia ha sido clara, coincidente y consonante en señalar que esta buena fe no trata de la subjetiva y simple, sino que es de aquéllas que debe ser probada para entenderse exenta de culpa, o en otras palabras, no trata del elemento constitucional subjetivo de creer obrar conforme a

⁸ CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

derecho, sino que exige averiguaciones objetivas, carácter demostrativo que pesa conforme la carga de la prueba en la pasiva, que a decir verdad y según lo visto en esta decisión, su actuar da cuenta de lo contrario dada la calificación de su conducta, esto es, que actuó contra las exigencias legales que su condición de profesional y experto exigidas por la Ley y la misma jurisprudencia para con la administrador de dineros ajenos.

Por ello se ha dicho “...[d]esde el punto de vista de sus efectos, la buena fe, siguiendo el criterio uniforme y consolidado de esta Corte⁹, se desdobra en dos: (i) la buena fe simple; y (ii) la buena fe cualificada (o creadora de derechos; o especial; o buena fe exenta de culpa).”, para concluir que “...la primera es la comúnmente exigida en las diversas actuaciones de la vida. Sus consecuencias, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala¹⁰, se contraen a cierta protección que el ordenamiento otorga a quien de esta manera obra. La calificada o creadora de derechos, por otra parte, genera consecuencias más contundentes, y superiores –en todo caso- a las producidas por la buena fe simple. Tiene la virtud, por su propia naturaleza, de crear una realidad o situación jurídica, esto es, dar por existente ante el orden jurídico, un derecho que realmente no existe o que es discutido. (...) [[es decir] ‘La buena fe creadora de derechos o buena fe exenta e culpa (...) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averiguaciones (...)’]. La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, conciencia y certeza¹¹.”, (Sent. STC1881 del 20 de febrero de 2019, radicación N. 11001-02-03-000-2019-00208-00).

Queda por establecer el valor a resarcir, se tiene el aceptado en la fijación del litigio, y por demás, que estaría probado con el documento llamado “Prueba 02. Estado Individual de Cartera de Graciela Rincón Martínez.pdf”:

| PAGOS Y AJUSTES REALIZADOS | | | | | | |
|----------------------------|----------------|----------|------------------|---------------|---------------|----------------|
| Fecha Pago | Concepto Cuota | Dias Mra | Abonos a Capital | Abonos a Mora | Valor Total | Saldo Diario |
| 26-11-2013 | Pago | 0 | 32,451,000.00 | 0.00 | 32,451,000.00 | 616,571,000.00 |
| 13-12-2013 | Pago | 0 | 14,000,000.00 | 0.00 | 14,000,000.00 | 602,571,000.00 |
| 18-12-2013 | Pago | 0 | 20,000,000.00 | 0.00 | 20,000,000.00 | 582,571,000.00 |
| 24-02-2014 | Pago | 0 | 10,000,000.00 | 0.00 | 10,000,000.00 | 572,571,000.00 |
| 22-04-2014 | Pago | 0 | 10,000,000.00 | 0.00 | 10,000,000.00 | 562,571,000.00 |
| 04-06-2014 | Pago | 0 | 15,000,000.00 | 0.00 | 15,000,000.00 | 547,571,000.00 |
| 12-06-2014 | Pago | 0 | 32,700,000.00 | 0.00 | 32,700,000.00 | 514,871,000.00 |
| 31-07-2014 | Pago | 0 | 10,000,000.00 | 0.00 | 10,000,000.00 | 495,871,000.00 |
| 31-07-2014 | Pago | 0 | 9,000,000.00 | 0.00 | 9,000,000.00 | 495,871,000.00 |
| 28-08-2014 | Pago | 0 | 8,300,000.00 | 0.00 | 8,300,000.00 | 487,571,000.00 |
| 05-09-2014 | Pago | 0 | 3,000,000.00 | 0.00 | 3,000,000.00 | 484,571,000.00 |
| 24-09-2014 | Pago | 0 | 5,400,000.00 | 0.00 | 5,400,000.00 | 474,171,000.00 |
| 24-09-2014 | Pago | 0 | 5,000,000.00 | 0.00 | 5,000,000.00 | 474,171,000.00 |
| 04-02-2015 | Pago | 0 | 10,000,000.00 | 0.00 | 10,000,000.00 | 464,171,000.00 |
| 26-02-2015 | Pago | 0 | 9,970,000.00 | 0.00 | 9,970,000.00 | 444,226,000.00 |
| 26-02-2015 | Pago | 0 | 9,975,000.00 | 0.00 | 9,975,000.00 | 444,226,000.00 |
| 29-09-2015 | Pago | 0 | 30,000,000.00 | 0.00 | 30,000,000.00 | 414,226,000.00 |
| 16-10-2015 | Pago | 0 | 36,366,631.00 | 0.00 | 36,366,631.00 | 377,859,369.00 |

⁹ Cfr. CSJ SSC del 20 de mayo de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel); 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea); 25 de agosto de 1959 (M.P. José Hernández Arbeláez); 5 de mayo de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez); 17 de junio de 1964 (M.P. Arturo Posada); 3 de agosto de 1983 (M.P. Jorge Salcedo Segura); y 19 de dic. de 2006 (M.P. Carlos I. Jaramillo). Entre otras.

¹⁰ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

¹¹ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

| ESTADO INDIVIDUAL DE CARTERA | | | | | | |
|------------------------------|-----------------------|---|-----------------------|--------------------|-----------------------|-----------------------------|
| Adquiriente | 28421679 | Graciela Rincon Martinez | | | | |
| Proyecto | 1623 | FIDEICOMISO CARTAGENA OCEAN TOWER | | | | |
| Encargo | 10043127621 | 1623-Fideicomiso Cartagena Ocean Tower Rincon Martinez Graciela | | | | |
| Fecha Corte | 31-03-2022 | Tasa Mora | 27.71% | Vinculación | 212478 | Página 2 de 2 |
| UNIDADES | | | | | | |
| Unidad | 328971 APTO-2208 GJ-1 | | | | | Vr Unidades |
| | | | | | | 649,022,000.00 |
| Fecha Pago | Concepto Cuota | Dias Mora | Abonos a Capital | Abonos a Mora | Valor Total | Saldo Diario |
| 27-10-2015 | Pago | 0 | 6,000,000.00 | 0.00 | 6,000,000.00 | 371,859,369.00 |
| 06-11-2015 | Pago | 0 | 7,000,000.00 | 0.00 | 7,000,000.00 | 364,859,369.00 |
| 17-11-2015 | Pago | 0 | 7,500,000.00 | 0.00 | 7,500,000.00 | 357,359,369.00 |
| 01-12-2015 | Reversion Pago Error | 0 | -2,500,000.00 | 0.00 | -2,500,000.00 | 354,859,369.00 |
| 01-12-2015 | Pago | 0 | 2,500,000.00 | 0.00 | 2,500,000.00 | 354,859,369.00 |
| 01-12-2015 | Pago | 0 | 2,500,000.00 | 0.00 | 2,500,000.00 | 354,859,369.00 |
| 13-01-2016 | Pago | 0 | 184,966,152.25 | 0.00 | 184,966,152.25 | 169,893,216.75 |
| 28-01-2016 | Pago | 0 | 20,000,000.00 | 0.00 | 20,000,000.00 | 149,893,216.75 |
| Total | | | 499,128,783.25 | 0.00 | 499,128,783.25 | |

Sin embargo, valga aclarar que, efectuada la suma de estos montos, dan un total a reintegrar en valor histórico de \$501.628.883,²⁵ y no como fuere certificado en monto menor, \$499.128.783,²⁵, operación que se pondrá de presente en tabla siguiente de indexación.

Pues sobre estos dineros habrá de reconocerse la actualización por vía de indexación conforme el consolidado emitido por el DANE del IPC desde la fecha de cada aporte a la de la presente sentencia según la serie de empalme que obra en la página web de dicha entidad, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>, esto visto como se estableciera que la demandantes ingresara de forma posterior a tener por cumplidas las condiciones del punto de equilibrio, caso contrario hablaríamos de reconocimiento de los montos bajo el supuesto de los réditos que pudo obtener por vía del vehículo de inversión hasta tanto se dieran las condiciones de giro.

En cuanto a la fórmula ya reconocida trata de Valor Real (vr) es igual (=) a Valor Histórico (Vh) multiplicado por el resultado que da de dividir (/) el IPC Actual (IPC Act.) último frente al IPC inicial (IPC. Inic.).

Esto es, en otras palabras, $Vr. = Vh. X (ipc. act/ipc. inic.)$.

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

Además que es deber la reparación integral que trae el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 283 del Código General del Proceso, sobre los cuales la jurisprudencia ha indicado que “...al afectado por daños en su persona o en sus bienes, **se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior...**, y por eso, acreditada la responsabilidad civil, **el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio’**» (negrilla fuera de texto, SC5340, 7 dic.

2018, rad. n.º 2003-00833-01, reitera el precedente SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).”, (Sent. SC2847-2019 del 26 de julio de 2019, Radicación N.º. 41001-31-03-002-2008-00136-01).

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

En consecuencia, y en orden cronológico se tienen los siguientes rubros que pasan a ser condenas según los aportes probados en las condiciones atrás descritas:

| Fechas Aporte | IPC inicial | Valor Histórico | IPC actual - Oct/23 | Vr. Real |
|---------------|-------------|--------------------------|---------------------|--------------------------|
| 26/11/2013 | 79,35 | \$ 32.451.100,00 | 136,45 | \$ 55.802.805,23 |
| 13/12/2013 | 79,56 | \$ 14.000.000,00 | 136,45 | \$ 24.010.809,45 |
| 18/12/2013 | 79,56 | \$ 20.000.000,00 | 136,45 | \$ 34.301.156,36 |
| 24/02/2014 | 80,45 | \$ 10.000.000,00 | 136,45 | \$ 16.960.845,25 |
| 22/04/2014 | 81,14 | \$ 10.000.000,00 | 136,45 | \$ 16.816.613,26 |
| 4/06/2014 | 81,61 | \$ 15.000.000,00 | 136,45 | \$ 25.079.647,10 |
| 12/06/2014 | 81,61 | \$ 32.700.000,00 | 136,45 | \$ 54.673.630,68 |
| 31/07/2014 | 81,73 | \$ 10.000.000,00 | 136,45 | \$ 16.695.215,95 |
| 31/07/2014 | 81,73 | \$ 9.000.000,00 | 136,45 | \$ 15.025.694,36 |
| 28/08/2014 | 81,90 | \$ 8.300.000,00 | 136,45 | \$ 13.828.266,18 |
| 5/09/2014 | 82,01 | \$ 3.000.000,00 | 136,45 | \$ 4.991.464,46 |
| 24/09/2014 | 82,01 | \$ 5.400.000,00 | 136,45 | \$ 8.984.636,02 |
| 24/09/2014 | 82,01 | \$ 5.000.000,00 | 136,45 | \$ 8.319.107,43 |
| 4/02/2015 | 83,96 | \$ 10.000.000,00 | 136,45 | \$ 16.251.786,57 |
| 26/02/2015 | 83,96 | \$ 9.970.000,00 | 136,45 | \$ 16.203.031,21 |
| 26/02/2015 | 83,96 | \$ 9.975.000,00 | 136,45 | \$ 16.211.157,10 |
| 29/09/2015 | 86,39 | \$ 30.000.000,00 | 136,45 | \$ 47.383.956,48 |
| 16/10/2015 | 86,98 | \$ 36.366.631,00 | 136,45 | \$ 57.050.204,64 |
| 27/10/2015 | 86,98 | \$ 6.000.000,00 | 136,45 | \$ 9.412.508,62 |
| 6/11/2015 | 87,51 | \$ 7.000.000,00 | 136,45 | \$ 10.914.752,60 |
| 17/11/2015 | 87,51 | \$ 7.500.000,00 | 136,45 | \$ 11.694.377,79 |
| 1/12/2015 | 88,05 | \$ 2.500.000,00 | 136,45 | \$ 3.874.219,19 |
| 1/12/2015 | 88,05 | \$ 2.500.000,00 | 136,45 | \$ 3.874.219,19 |
| 13/01/2016 | 89,19 | \$ 184.966.152,25 | 136,45 | \$ 282.976.022,81 |
| 28/01/2016 | 89,19 | \$ 20.000.000,00 | 136,45 | \$ 30.597.600,63 |
| | | \$ 501.628.883,25 | | \$ 801.933.728,55 |

Respecto de los pagos que dejó de realizar la demandante, a detenerse en cuenta que justifica su conducta lo siguiente. Lo primero, la cuota inicial era con sus propios recursos lo cual cumplió y superó con creces ya que el 30% pactado de la totalidad del contrato, \$649.022.000,00, ascendía a \$194.706.600,00 y fue entregando \$501.628.883,25.

Lo segundo, por cuanto no es posible obligar a lo imposible a la demandante, es decir, obtener el financiamiento comprometido en el contrato sobre un inmueble no construido y respecto del cual la lógica material indica nadie aceptara como garantía un bien sobre planos por demás respecto de un proyecto estancado, aspecto último entre otros eventos que por demás produjo que el Banco de Bogotá S.A. se abstuviera de continuar con el giro de recursos según lo refirió en prueba de oficio ya citada.

Y lo tercero, precisamente porque los pagos cesaron cuando advirtió la actora los problemas en el desarrollo inmobiliario, conducta de autoprotección de su patrimonio acorde con lo que se ha venido decantando, con causalidad permitida por la Ley ante incumplimientos anteriores que como se viera se suscitaron por el mismo actuar de la sociedad fiduciaria.

Recuérdese que incumplir no implica despojar del derecho a acudir a esta vía, pues 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.*”¹².

Tampoco es de recibo valorar alguna conducta de la demandante para reprocharle por el hecho de ser abogada, en tanto las cargas de las que se vienen hablando y se han tenido como incumplidas tratan de los deberes legales, indelegables, exclusivos y excluyentes que radican únicamente en la sociedad fiduciaria, por ende poco aporta al debate este contexto de los riesgos que pudo asumir la ingresar al negocio por conocer de derecho y relaciones contractuales, cuando se *itera*, hablamos no de cualquier conducta sino la de diligencia propia de expertos en esta tipología de negocios.

Menos puede aludir o pretender con causar el perjuicio como a modo de culpas compartidas por el hecho de que la demandante no aceptase propuestas de arreglo de pagos de ofrecimientos que se entablaron por algunos inversionistas posteriores, entre ellos uno con componentes de reconocimiento de intereses anuales del 5% sobre los dineros aportados, no solamente porque los eventos dañinos aquí establecidos son anteriores sino porque era el derecho de la demandante el recibir el inmueble al cual se vinculó el cual ciertamente de haberse conseguido con el plus de su valoración futura, entiende esta sede y como ella lo expresó en interrogatorio, le asentía su poder de disposición de aceptar el negocio planteado o desecharlo en tanto pretendió reconocimientos de intereses bancarios vistas las situaciones a modo de reparación, otra cuestión diferente resulta que en curso de este litigio no fueran objeto de reconocimiento.

Y es que en la actualidad ha de tenerse por superado la regla de que el negocio de fiducia es de medio y no de resultado, pues ciertamente el punto fue abordado por la Sala de Cas. Civil de la Corte Suprema de Justicia y señaló que sí existen algunas obligaciones de resultado como la de entrega del bien, rendir cuentas, adelantar las acciones en defensa de los bienes fideicomitidos, analizar y verificar las condiciones de punto de equilibrio y realizar los análisis de riesgos entre otras que competen a la Sociedad Fiduciaria como experta, al respecto se dilucidó:

“...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 del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él...

¹² Cfr. C. Sup de J. Sala de Cas. Civil, Sent. SC2307-2018, jun.25/2018.

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).

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).”, (Sentencia SC107-2023).

En síntesis, ha de desecharse las excepciones planteadas y se dará paso a reconocer con cargo al patrimonio propio de la Sociedad Fiduciaria la suma de \$801.933.728,⁵⁵ pesos M/cte., que deberá pagarse a la demandante en un lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de sentencia, momento a partir del cual y de no realizarse aquél, sobre dicho valor habrán de causarse intereses de mora a partir del día siguiente al plazo concedido para este fin a la tasa máxima de intereses moratorios consagrados en el artículo 884 del C. de Co., norma aplicable pues el negocio es por su esencia mercantil, (arts. 20 y ss. Ib.).

Visto que se accedió a la pretensión principal nada ha de analizarse sobre la subsidiaria menos en cuanto a una presunta sanción pecuniaria por cláusula penal como se expusiera por la pasiva en alegatos, pues no fue objeto de pretensión y del debate suscitado al momento de fijación del litigio, hecho novedoso que por consecuencia no puede ser materia de estudio.

De los llamados en garantía.

Se cita como llamados en garantía a las aseguradoras La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Zurich Colombia Seguros S.A., con fundamento en la sección C de indemnización profesional respecto de las pólizas de infidelidad riesgos financieros 1001079, 1001052 y 1001140.

Lo primero a señalar es que Zurich Colombia Seguros S.A., acudió en la condición de coasegurador a propósito de la póliza 1001079 con vigencia del 19 de noviembre de 2018 al 19 de noviembre de 2019, en este sentido, como las situaciones de siniestro tratan de reclamos, peticiones y solicitudes de reintegro por vía de derecho de petición que la demandante elevó a la Sociedad Fiduciaria en diversas oportunidades siendo la primera del 11 de febrero de 2020 según derecho de petición allegado al plenario con radicado B2983881, y sin que exista algún elemento de prueba que dé cuenta de un reclamo o conocimiento de reparación por ausencia de diligencia de la sociedad fiduciaria con antelación a este data, es que resulta evidente que la situación causada no se produjo en vigencia de dicho contrato de seguro, y por ende, ha de abrirse paso a la excepción denominada “...LA PÓLIZA NO. 1001079 NO ES LA

LLAMADA A SER AFECTADA: LA RECLAMACIÓN SE PRESENTÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA NO. 1001079” y como consecuencia la denegación del llamamiento de la referida aseguradora.

En lo que toca con la Previsora Seguros S.A., ha de tenerse que el contrato predicable para su citación como llamada es el identificado con número 1001140 con vigencia primera de 19 de diciembre de 2019 y vencimiento 19 de diciembre de 2020, período en el cual como se dijera se comenzaron a presentar petición de la aquí demandante tendientes a pedir información del proyecto y señalar en sus escritos s ele estaba causando perjuicios dado el estancamiento presentado y el incumplimiento del contrato de encargo al cual se vinculó.

Así como que seguidamente elevó otras peticiones bajo este anterior contexto y elevando pretensión de reintegro de sus recursos, escenario frente al cual ha se decirse la póliza en comento ha tenido 8 certificados anexos conforme lo allegado al proceso tanto en la solicitud de llamamiento como con el escrito de contestación a este, documentos que dan cuenta de su prórroga del 19 de diciembre de 2020 al 19 de marzo de 2022 (ver documentos “Prueba Llamamiento No. 08. Póliza 1001140-5.pdf”, “Prueba Llamamiento No. 08. Póliza 1001140-6.pdf”, “Prueba Llamamiento No. 08. Póliza 1001140-7.pdf” y “Prueba Llamamiento No. 08. Póliza 1001140-5.pdf”), razón por la cual d efecto ha de desecharse cualquier análisis con cargo a las pólizas 1001079 y 1001052.

En cuanto a la condición de póliza, es decir sus características lo primero a referir es que no asiste discusión en cuanto no es de aquéllas típicas de simple adhesión como las de seguro de vehículos o vida, pues las tres partes de este contexto (Alianza Fiduciaria S.A. tomador y asegurado, La Previsora Asegurador y Zurich Coasegurador en su momento), por medio de sus representantes legales y en interrogatorios exhaustivos adelantados en el plenario, fueron coincidentes en señalar que su confección trata de criterios internacionales y de diversas reuniones con expertos en diversos ramos quienes confeccionan el documento conforme los requerimientos técnicos que demanda un aseguramiento de esta especial connotación como lo es la cobertura por de infidelidad de riegos financieros por indemnización profesional.

A su turno, se pretendió cuestionar si esta póliza es de aquellas de tipología *claims made*, por descubrimiento y con retroactividad, pues se adujo por las llamadas, especialmente la Previsora Seguros S.A. que no tenía esta connotación y que solamente se tuvo, en gracia de discusión, con ocasión al certificado “Prueba Llamamiento No. 08. Póliza 1001140-3.pdf” de 31 de enero de 2020 donde se dejó esta estipulación ya que con antelación no se había dicho nada de dicha característica; y por demás, en el siguiente certificado, “Prueba Llamamiento No. 08. Póliza 1001140-4.pdf” del 27 de mayo de 2020 no se incluyó esta condición como en los posteriores.

Pues bien, no podría tener eco tal defensa conforme se pasa a exponer:

(i) en alegatos de conclusión, los apoderados en sustitución que acudieron a esta etapa en representación de las dos llamadas en garantías, La Previsora S.A. y Zurich S.A., reconocidos con las mismas facultades que los apoderados que les sustituyeron el mandato, de forma coincidente, clara y sin ambages adujeron que este tipo de clausulados inclusive el de la Sección C por el cual se las citó contentivos de las pólizas ya referidas eran *claims made*, es así como se tiene la confesión por apoderado la cual es validad al tenor del artículo 193 del CGP., presunción que no fue desvirtuada.

(ii) Señalar que la póliza y la sección C no es de aquéllas por descubrimiento, sería desconocer el *iter* negocial y la buena fe contractual que se había desarrollado entre la Sociedad Alianza Fiduciaria .S.A. como tomador y asegurada con las aseguradoras, esto como quiera que desde el inicio de la póliza, allá con el certificado cero del 27 de enero de 2020 y con vigencias del 19 de diciembre de 2019 al 19 de

diciembre de 2020, se señala que la “...Sección C: Indemnización Profesional...” se otorga “...según clausulado NMA 2273...”.

En la página 5 expone “...Aplicables a la Sección C – Indemnización Profesional según clausulado NMA 2273 y endosos detallados a continuación para esta sección únicamente: - Todos los términos y condiciones según el Clausulado Original NMA2273, modificado como sigue - Fecha de litigios previos y pendientes: Agosto 31 de 2010.”.

Posteriormente señala “CONDICIONES ORIGINALES ENDOSOS APLICABLES A LA SECCIÓN C: Compensación / indemnización profesional NMA2273 SERÁN APLICABLES DESDE INICIO DE VIGENCIA...”.

Y luego indica “...CLAUSULA DE RETROACTIVIDAD (...) No obstante, cualquier contenido del acuerdo de seguro y/o del clausulado de la póliza en contrario, es una condición de este seguro que la fecha de retroactividad bajo la presente póliza sea entendida de la siguiente forma:

La presente póliza cuenta con un límite asegurado Sección A, B, C & D COP\$80.000.000.000 por toda y cada pérdida y COP\$ 160.000.000.000 en el agregado anual.

Todas las secciones combinadas para Alianza Fiduciaria S.A. pero, sub limitado a COP\$ 10.000.000.000 por toda y cada pérdida y COP\$20.000.000.000 en el agregado anual para Alianza Valores Comisionista de Bolsa S.A.

Dicho límite cuenta con Cláusula de Limitación de Descubrimiento B.E.J.&H. No.1, con Fecha de retroactividad ilimitada...”, con algunas excepciones por límites en exceso con fechas de retroactividad en estos especiales eventos.

A su turno, el documento allegado con la contestación de Zurich S.A., “...PÓLIZA GLOBAL BANCARIA (DHP84) (...) IRP-004-003 (...) CONDICIONES GENERALES...”, indica

CONDICIONES GENERALES

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, DENOMINADA EN ADELANTE PREVISORA Y EL TOMADOR, HAN CONVENIDO EN CONTRATAR EL PRESENTE SEGURO, CONFORME LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES QUE SE DETALLAN EN EL PRESENTE CLAUSULADO GENERAL Y CON SUJECCIÓN A LAS CONDICIONES PARTICULARES Y ESPECIALES QUE SE CONSIGNEN EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA Y/O SUS ANEXOS Y/O CERTIFICADOS.

LOS AMPARO PREVISTOS OTORGADOS EN ESTA PÓLIZA OPERAN BAJO LA MODALIDAD DE DELIMITACIÓN TEMPORAL DE COBERTURA DENOMINADA **POR DESCUBRIMIENTO** DE ACUERDO CON LOS PREVISTO POR EL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 389 DE 1997.

Y en las exclusiones señala:

CLÁUSULA SEGUNDA - EXCLUSIONES

PREVISORA NO AMPARA PÉRDIDA ALGUNA, QUE SEA CONSECUENCIA DIRECTA O INDIRECTA DE:

- A. CUALQUIER RECLAMACIÓN POR PÉRDIDAS NO DESCUBIERTAS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE SEGURO O POR PÉRDIDAS SUFRIDAS ANTES DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD QUE SE INDICA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA Y/O CONDICIONES PARTICULARES.
- (i) SURGIDA DE CUALQUIER CIRCUNSTANCIA O EVENTO QUE HAYA SIDO NOTIFICADO A PREVISORA BAJO CUALQUIER OTRA PÓLIZA DE SEGUROS EMITIDA O EXPEDIDA ANTES DE LA INICIACIÓN DE ESTE SEGURO.
 - (ii) SURGIDA DE CUALQUIER CIRCUNSTANCIA O EVENTO QUE HAYA SIDO NOTIFICADO A UN ASEGURADOR BAJO CUALQUIER OTRA PÓLIZA DE SEGURO DE IGUAL NATURALEZA A ÉSTA, VIGENTE ANTES DE LA INICIACIÓN DE ESTE SEGURO.
 - (iii) SURGIDA DE CUALQUIER CIRCUNSTANCIA O EVENTO CONOCIDO POR EL **ASEGURADO** CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DEL PRESENTE SEGURO Y NO REVELADO A LA COMPAÑÍA ANTES DEL COMIENZO DEL MISMO.

Y de cara a la limitación de responsabilidad informa:

CLÁUSULA SÉPTIMA - LÍMITES DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad de **PREVISORA** por todos los siniestros que el **Asegurado** descubra que ha sufrido durante la vigencia de la póliza no excederá del límite de valor asegurado establecido en la carátula de la póliza o en sus condiciones particulares.

Cuando en la carátula de la póliza o en anexo a ella se establezca un agregado anual, sublímite o sublímites de valores asegurados por Asegurado, amparo, siniestro, evento o similar, se entenderá que tal sublímite o sublímites serán el límite máximo de responsabilidad de **PREVISORA**, y que a su vez forman parte del valor asegurado total, es decir, que no son en adición a este.

Es así como se tiene que tiene las características de un clausulado por descubrimiento, esto es, a) que debe darse la notificación o aviso del siniestro como reclamación en vigencia; b) que cuenta con retroactividad para el caso ilimitada con algunas excepciones por límites monetarios a responder; c) que cuenta con clausulado específico a aplicar para la Sección C el cual esta confeccionado para este tipo de pólizas claims made como lo es el NMA2273; d) que así lo manifestara y aceptara las aseguradas al indagarle por este apuntalamiento en el interrogatorio exhaustivo, es decir, que el cláusula NMA2273 solamente opera para pólizas claims made; e) que la póliza opera por descubrimiento sin hacer distinción si solamente lo es para uno, algunos o todos los clausulados, amén de que al no existir distinción y señalar que la sección C tienen este tipo de clausulado NMA 2273; y f) que las exclusiones traten de conocimiento de situaciones conocidas y predicables por este tipo de amparo, todos estos elementos de prueba directa no permiten inferir nada distinto a que el evento cercano y próximo a declarar como probado es que la póliza y la sección C desde su primera vigencia y siguiente sí tenían esta tipología.

Recuérdese que *“...En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.*

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.”, (art. 4º Ley 389 de 1997).

Al punto también se puede consultar la Sentencia SC10300-2017, la cual ilustró: *“...las denominadas cláusulas Claims made o Reclamación hecha, a través de las cuales, a bajos costos para los tomadores, es viable amparar la responsabilidad de administradores, incluso por el manejo y riesgos financieros, siempre condicionado a que dentro de la vigencia del contrato o, en su defecto, en un lapso convenido, se haga la reclamación por parte de la víctima.”* y la SC4312 de 2020 en la cual señala de cara a este tipo de pólizas que *“...es lógico que el derecho a la indemnización nazca a partir de que la víctima descubra el acto (...) y no desde la comisión del hecho (...)”*, (resaltado ajeno).

Y visto el contenido de la póliza en sus condiciones prevé: *“7. NOTIFICACION Y DESCUBRIMIENTO DE LA PERDIDA Como una condición precedente a su derecho a ser indemnizado bajo esta Póliza, el Asegurado deberá, tan pronto como le sea posible y en todo caso dentro de los treinta (30) días a partir del descubrimiento por parte del Asegurado de cualquier pérdida aquí contemplada, dar aviso escrito de ello a El Asegurador.*

Para los efectos de esta Póliza, se supone que el descubrimiento ocurre en el momento en que el Asegurado se entera por primera vez de hechos que pudieran hacer que una persona razonable creyera que una pérdida de la clase cubierta por esta Póliza haya ocurrido o va a ocurrir, sin importar cuándo ocurrieron los actos, transacciones o eventos que causaron dicha pérdida o contribuyeron a ella, y sin importar si el conocimiento del asegurado es suficiente o no, en ese momento, para probar que tal pérdida se ajusta a los términos y condiciones de esta Póliza, y aunque la cantidad y los detalles de la pérdida puedan ser desconocidos todavía.

También se considera que ocurre el descubrimiento cuando el Asegurado recibe aviso de un reclamo real o potencial en el cual se pretenda que el Asegurado es responsable ante un tercero bajo circunstancias las cuales, si fueran ciertas, pudieran constituir una pérdida de un tipo de los cubiertos por esta Póliza, aunque la cantidad de detalles de la pérdida puedan no ser conocidos para ese entonces.

Toda pérdida o pérdidas descubiertas por el Asegurado y que sean atribuibles a actos u omisiones de una persona, sea un Empleado o no, o en los cuales tal persona esté vinculada o implicada, se considerarán como una sola pérdida.”, (resaltados ajenos al texto, clausulado certificado 7 “póliza 201001140-7.pdf”).

Superado este aspecto, al pasar al verificar las condiciones de la póliza vigente para cuando se hizo el reclamo, como se dijera la No. 1001140 y con cargo a la Aseguradora la Previsora S.A., se tiene que los amparos entonces a cubrir pueden tenerse desde su descubrimiento y causación, lo anterior, toda vez que dicho clausulado indica que tiene cobertura “...con Fecha de retroactividad ilimitada” y cuyas exclusiones contentivas en dicho acápite en modo alguno pueden aniquilar este derecho de reclamo al contemplar eventos que no se ajustan a las situaciones aquí declaradas, por demás no sobra señalar que el amparo es uno, es decir, por el actuar contrario a los deberes contractuales, legales, profesionales y propio del giro de los negocios de la Sociedad Fiduciaria como experta en el camino contractual y el cual como se dijera, fue causado según las condiciones de vigencia de la póliza, es así como poco importa si las situaciones brotan con antelación y posterioridad a las certificaciones posteriores, pues en todo caso en nada cambia las situaciones de amparo estas modificaciones contractuales.

Con todo, lo que sí debe decirse es que habrá de aplicarse el deducible concebido en esta póliza, es decir, la suma de \$175.000.000.00 respecto de “*toda y cada pérdida/reclamo*”, y según lo reza el mismo instrumento en su numeral 2º, “*DEDUCIBLE (...) Si una serie de reclamos de terceros resultaren de cualquier único acto negligente, error negligente, u omisión negligente (o una serie relacionada de actos negligentes, errores negligentes u omisiones negligentes), entonces, sin importar el número total de reclamos, todos los reclamos de terceros serán considerados como un solo reclamo de un tercero para los fines de aplicación del Deducible.*”, (clausulado póliza 201001140-7.pdf).

Es así como del valor encontrado como perjuicio asciende a la suma de \$801.933.728,⁵⁵ Pesos M/cte., por ende, la demandada, Alianza Fiduciaria S.A., asumirá el valor del deducible en cuantía de \$175.000.000.00 de Pesos M/cte., a favor de la parte actora; y el restante, es decir, \$626.933.728,⁵⁵ Pesos M/cte., serán asumidos por la aseguradora la Previsora S.A.

En síntesis, se desecharán las excepciones propuestas por las demandadas, se acogerán las pretensiones parcialmente y se declararán probadas las excepciones “...**LA PÓLIZA NO. 1001079 NO ES LA LLAMADA A SER AFECTADA: LA RECLAMACIÓN SE PRESENTÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA NO. 1001079**” propuesta por la llamada en garantía Zurich Colombia Seguros S.A. y LÍMITE DEL VALOR A INDEMNIZAR POR EXISTENCIA DE UN DEDUCIBLE entablada por la Previsora S.A. Compañía de Seguros, las demás propuestas por esta última aseguradora no tendrán acogida.

No se condenará en costas al no encontrarlas comprobadas y por ende no causadas, además que las pretensiones salieron avante de forma 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 planteadas por las demandadas.

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

En consecuencia, se le **CONDENA** a pagar a la parte demandante, la señora GRACIELA RINCON MARTINEZ, dentro del lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de la decisión, la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES de Pesos M/cte., (\$175.000.000,00).

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

TERCERO: DECLARAR probada la excepción LA PÓLIZA NO. 1001079 NO ES LA LLAMADA A SER AFECTADA: LA RECLAMACIÓN SE PRESENTÓ POR FUERA DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA NO. 1001079 entablada por ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.

En consecuencia, se **DENIEGA** el llamamiento en garantía a propósito de esta aseguradora.

CUARTO: CONDENAR al llamado en garantía, sociedad LA PREVISORA S.A. compañía de seguros, a la indemnización del perjuicio declarado en el numeral 2º de esta resolutive por el monto de SEISCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS con CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS (\$626.933.728,⁵⁵) M/cte.

Este valor deberá ser pagado a la demandante, señora GRACIELA RINCON MARTINEZ, dentro del lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de la decisión.

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

QUINTO: SIN CONDENA en costas.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS
PROFESIONAL ESPECIALIZADO

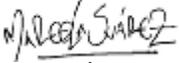
Copia a:

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>7 de diciembre de 2023</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p> |