

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2022195869-049-000



Fecha: 2023-11-20 13:52 Sec.día439

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc::249-249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Remitente: 80030-80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
TRES
Destinatario::80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

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

Número de Radicación : 2022195869-049-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 249 249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Expediente : 2022-5772
Demandante : FABIAN AUGUSTO DE AVILA BARROS
Demandados : ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
Anexos :

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

SENTENCIA

El señor Fabian Augusto de Ávila Barros, por medio de apoderado judicial, demandó a la sociedad fiduciaria Alianza Fiduciaria en su doble condición, en posición propia y como vocera y administradora del fideicomiso Gioco, en busca que se declare “...la responsabilidad civil contractual por parte de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. de los perjuicios generados en virtud del incumplimiento del contrato de vinculación, la carta de instrucciones y el contrato de fiducia que hace parte integral del negocio jurídico, teniendo en cuenta que entregó (sic) los dineros aportados por mi poderdante a AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S. (fideicomitente gerente), sin haberse cumplido las condiciones de giro claramente estipuladas en cada uno de los contratos señalados.”.

Igualmente, “...Se condene solidariamente a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en calidad de administradora del patrimonio autónomo para que devuelva la totalidad de los recursos que entregó al fideicomitente gerente – AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S. sin el cumplimiento de las condiciones de giro de acuerdo con lo señalado en los hechos de la demanda, por valor de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETESIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/L (\$59,253,745.00) y/o lo que resulte probado en el proceso.”.

En consecuencia, *“...Se declare la terminación del contrato de vinculación suscrito el 22 de febrero de 2016 entre el señor FABIAN AUGUSTO DE AVILA BARROS en calidad de beneficiaria de área en el fidecomiso Gioco – Encargo Fiduciario No. 10045003328 - 9, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en calidad de Fiduciaria y AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S en calidad de Fideicomitente Gerente, junto con su carta de instrucciones.”*, y se *“...Se condene a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en calidad de administradora del patrimonio autónomo para que devuelva el rendimiento y/o intereses moratorios de los recursos entregados por mi poderdante en calidad de Beneficiarios, teniendo en cuenta que incumplió las condiciones establecidas en el contrato de fiducia, contrato de vinculación y carta de instrucciones. Ordénese calcular los rendimientos desde el día en que fueron consignados a la cuenta de la fiducia hasta la fecha de la sentencia.”*, además de condenarle *“...a pagar las costas y agencias en derecho por este proceso...”*, *“...los honorarios del 30% sobre el total de las pretensiones, que debe cancelar la demandante a la apoderada encargada de llevar el presente proceso.”* y disponer *“...la terminación del contrato de fiducia teniendo en cuenta que el plazo máximo para el desarrollo del proyecto era de 30 meses contados a partir del inicio de la fase operativa, contrato que debía estar vigente a más tardar 31 de diciembre de 2018.”*

En síntesis, señala en lo extenso de su libelo, la existencia del contrato de fiducia denominado Lote Village suscrito el 23 de agosto de 2013 por medio de Escritura Pública 2469 elevada en la Notaría 5ª del Círculo Notarial de Barranquilla, que posteriormente fue transferida la titularidad de un inmueble (lote de terreno) donde se pretendía desarrollar un proyecto inmobiliario llamado Gioco Kids Club House Propiedad Horizontal cuya tenencia la tenía la sociedad Avi Strategic Investment S.A.S., que el 19 de noviembre de 2014 se modifica el contrato de manera integral para constituir un contrato de administración inmobiliaria, documento suscrito por Grupo Construye S.A.S, AVI Strategic Investment S.A.S. y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., que por ello se crea el patrimonio autónomo llamado Fideicomiso Gioco para cuyas condiciones contractuales señaladas en la demanda es posible acudir a dicho instrumento, razón por la cual no se hace señalamiento mayor en este acápite.

Que el aquí demandante se vincula al proyecto como beneficiario de área el 22 de febrero de 2016, esto con el fin de aportar unas sumas de dinero que permitieran junto con otros vinculados en esta calidad el desarrollo del proyecto y posteriormente sufragar el restante valor pactado para con ello adquirir la titularidad del inmueble identificado como 1616 y un garaje con la consecuente obligación de efectuar los pagos en efectivo allí establecidos.

Alude un deber de falta de lealtad y buena fe contractual, en tanto para cuando se vinculó el señor Fabian se señalaba el cumplimiento de unas condiciones de giro con fecha 30 de diciembre de 2015 sin informarle que está aún no se habían acreditado pese a que su vinculación es en data posterior, es decir, no le habían notificado que aún se encontraba en etapa preoperativa y que la fecha de giro de dineros había sido modificada a una data posterior pese a que supuestamente se había efectuado dicha ampliación por medio de otro sí al contrato de fiducia el 29 de diciembre de 2015, situación que tampoco se puso de presente en la rendición de cuentas del 29 de febrero de 2016.

Indica que solamente hasta el 6 de abril de 2016 el demandante fue notificado de la modificación de los plazos para tener como superada la etapa precontractual (punto de equilibrio), momento en el cual le señalan que el plazo fue ampliado por medio de otro sí del 29 de diciembre de 2015 hasta el día 30 de junio de 2016, escrito que el señor Fabian de buena fe suscribió para dar paso a un otro sí de su vinculación y con ello aceptar que el plazo del giro cambiaba al 30 de junio de 2016.

Aduce que el 10 de junio de 2016 ante Alianza Fiduciaria S.A, la sociedad AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S, su revisor fiscal Jorge Rodríguez y el interventor del proyecto CONSTRUCTORA A&C S.A radican comunicado de referencia viabilidad Financiera proyecto Gioco, documento por medio del cual se indica se *“...requiere un apalancamiento para la etapa No. 1 por valor de \$9.826.529.314 y para la etapa No. 2*

de \$30.380.399.399, para un total de \$40.276.928.713 que requería para llevar a cabo la construcción del proyecto GIOCO.”, además que “...AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S. tiene aprobado un crédito por valor de €53.975.955 euros por el fondo internacional RIBT, de los cuales destinará la suma correspondiente a \$40.500.000.000 los cuales serán consignados en las cuentas del fideicomiso para el desarrollo de la etapa operativa del proyecto.”, suma que “...se obtendría de un fondo de inversiones internacional, del cual tenemos que señalar que no está vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia.”, dinero que nunca fue girado a favor de la cuenta constituida para el patrimonio autónomo.

Refiere a propósito de las condiciones de giro de recursos que “...La quinta condición es la aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia si de acuerdo con la planeación financiera del proyecto dicho crédito se requiere.”, empero “...el crédito viene de un fondo de inversiones internacional, el cual no es vigilado por la Superfinanciera.”, así como que no se verificó por Alianza Fiduciaria lo señalado por el interventor en la carta de viabilidad financiera, en tanto adujo se “...consignaría en las cuentas del fideicomiso Gioco la suma de \$40.500.000.000.00”, situación de no consignación que en modo alguno fue informada al señor Fabian pese a la obligación de información a cargo de la demandada.

Indica que “ALIANZA FIDUCIARIA S.A decretó (sic) el cumplimiento de las condiciones de giro sin confirmar ante la Superintendencia Financiera de Colombia la calidad de RIBERT INVESTMENTS & BUSINESS TRUST (RIBT), como entidad vigilada por dicho órgano de control incumpliendo las instrucciones dadas por el señor FABIAN AUGUSTO DE AVILA BARROS, en la carta de instrucciones del encargo fiduciario, las cuales son las mismas que provienen del contrato de fiducia que regula el proyecto Gioco.”.

Bajo la misma línea, señala que “...el 01 de febrero de 2017, posterior al decreto de las condiciones de giro, ALIANZA FIDUCIARIA S.A, como vocera y administradora del FIDEICOMISO GIOCO suscribió hipoteca abierta sin límite de cuantía a favor de la entidad bancaria BANCOLOMBIA S.A., sobre el bien inmueble No. 040-276378 elevado a escritura pública número 144 otorgada en la Notaria Séptima de Barranquilla.”, lo cual la pasiva “...no debió permitir [al ser] solo por un crédito de \$2.000.000.000, el cual no alcanzaba para la ejecución del proyecto.”, cuando era claro que se requería \$40.500.0000.000,00, así como que tampoco informó por medio de sus informes algún problema de viabilidad financiera y el destino dado a los recursos entregados por los beneficiarios de área, menos que el 15 de agosto de 2018 había recibido orden de embargo proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de oralidad de Barranquilla, cautela que “...recae sobre todos los recursos que se encuentren en el FIDEICOMISO GIOCO, seguido bajo el radicado interno No. 2018-136.” con ocasión al crédito otorgado por Bancolombia S.A., (derivado 000).

Notificada la pasiva presentó escritos de contestación, el primero en condición propia a través del cual pidió en extenso fueran declaradas como probadas las excepciones “INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD EN CONTRA DE ALIANZA FIDUCIARIA”, “LA FIDUCIARIA, UNA ENTIDAD FINANCIERA DE OBJETO SOCIAL REGLADO Y LIMITADO, Y LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL”, “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ALIANZA FIDUCIARIA”, “EL MARCO CONTRACTUAL ES EL QUE FIJA LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA Y DE LAS DEMÁS PARTES CONTRACTUALES”, “LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS DETERMINAN LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ALIANZA FIDUCIARIA Y EL FIDEICOMITENTE: EL APOORTE DEL INMUEBLE FUE EFECTUADO Y EN NINGÚN MOMENTO HA TENIDO SU TENENCIA.”, “LA FIDUCIARIA. LA MODIFICACIÓN AL CONTRATO DE FIDUCIA Y SU ALCANCE OBLIGACIONAL: LOS EVENTOS DESCRITOS EN LA DEMANDA NO SON IMPUTABLES A ALIANZA FIDUCIARIA.”, “LAS OBLIGACIONES A CARGO DE AVI STRATEGIC INVESTMENT: OBLIGACIONES COMO FIDEICOMITENTE APORTANTE, FIDEICOMITENTE GERENTE, FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR Y FIDEICOMITENTE

PROMOTOR.”, “LAS INSTRUCCIONES IMPARTIDAS A LA FIDUCIARIA Y LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR ALIANZA DENTRO DEL NEGOCIO JURÍDICO”, “EL DEMANDANTE, COMO BENEFICIARIO DE ÁREA, CONOCIÓ Y ACEPTÓ LA MODIFICACIÓN AL CONTRATO DE FIDUCIA Y EL ROL DETERMINADO Y ESPECÍFICO DE ALIANZA FIDUCIARIA.”, “EL DEMANDANTE ACEPTÓ EXPRESAMENTE LA AMPLIACIÓN DE LA FECHA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO Y CELEBRÓ MODIFICACIONES A NEGOCIOS JURÍDICOS QUE ASÍ LO ACREDITAN.”, “DESCONOCIMIENTO DEL ACTO PROPIO POR PARTE DE EL DEMANDANTE RESPECTO DE LA AMPLIACIÓN DE LA FECHA PARA LA ACREDITACIÓN DE LAS CONDICIONES DE GIRO.”, “ALIANZA FIDUCIARIA NO ES JUEZ DEL CONTRATO, NO PUEDE DIRIMIR DIFERENCIAS ENTRE LOS FIDEICOMITENTES, LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA Y DEMÁS GRUPOS DE INTERÉS.”, “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 CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO DE ACUERDO CON LA ACREDITACIÓN FINANCIERA EFECTUADA POR EL FIDEICOMITENTE GERENTE Y APROBADA POR EL INTERVENTOR.”, “CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO: EL FIDEICOMISO JOCO TENÍA INTERVENTOR.”, “CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO: EL PROYECTO INMOBILIARIO CUENTA CON LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN EXPEDIDAS CON ANTERIORIDAD AL DECRETO DE LAS CONDICIONES DE GIRO”, “CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO: AL MOMENTO DE LA ACREDITACIÓN DE DICHAS CONDICIONES SE TENÍAN LOS CONTRATOS DE VINCULACIÓN REQUERIDOS CONTRACTUALMENTE”, “CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO: EL FIDEICOMITENTE GERENTE REMITIÓ OPORTUNAMENTE EL ESTUDIO DE TÍTULOS DEL INMUEBLE”, “CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO: EL FIDEICOMITENTE GERENTE ACREDITÓ LA CAPACIDAD FINANCIERA CON RECURSOS PROPIOS OBTENIDOS A TRAVÉS DE UN FINANCIAMIENTO ADQUIRIDO EN NOMBRE PROPIO.”, “EL CRÉDITO CONSTRUCTOR DE BANCOLOMBIA, 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 JOCO SE HAN REALIZADO DE ACUERDO CON LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA Y CON LA PREVIA APROBACIÓN DEL INTERVENTOR.”, “LA DILIGENCIA DE ALIANZA FIDUCIARIA, INCLUSO DESBORDANDO LAS OBLIGACIONES A SU CARGO, ANTE LAS DIFICULTADES DEL FIDEICOMISO JOCO DEBIDO A LA DECISIÓN DE BANCOLOMBIA S.A. DE NO CONTINUAR DESEMBOLSANDO RECURSOS”, “CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE ALIANZA FIDUCIARIA, LAS DETALLADAS RENDICIONES DE CUENTAS, LOS OPORTUNOS Y PORMENORIZADOS COMUNICADOS E INFORMES A LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA 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”, “EN CASO DE CONDENA ES EL FIDEICOMISO JOCO QUIEN DEBE EFECTUAR LA RESTITUCIÓN DE APORTES”, “LA CONDUCTA DE ALIANZA FUE DILIGENTE Y DE BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD”, “AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE 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.”, “LAS POSIBILIDADES CONTRACTUALES DE LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA”, (derivado 009).

A su turno, el Fideicomiso Gioco constituido su patrimonio autónomo con capacidad para ser parte procesal (art. 53 del CGP.) y con vocería de la sociedad fiduciaria Alianza Fiduciaria como fiduciario propuso las defensas “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA FRENTE A ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO GIOCO*”, “*INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DEL FIDEICOMISO GIOCO Y EL DAÑO SUFRIDO POR LA DEMANDANTE*”, “*LEGALIDAD EN LA ACTUACIÓN DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO GIOCO*”, “*FALTA DE PRUEBA EN LA QUE SE ACREDITEN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA*”, “*EL DEMANDANTE, COMO BENEFICIARIO DE ÁREA, CONOCIÓ Y ACEPTO EL CONTRATO DE FIDUCIA Y EL ROL DETERMINADO Y ESPECÍFICO DEL FIDEICOMISO GIOCO*”, “*INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD EN CONTRA DEL FIDEICOMISO GIOCO*”, “*AUSENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS DEMANDADAS*” y “*EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO*”, (derivados 008 y 012).

Realizado el traslado a derivado 010, la parte actora guardó silencio.

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.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

Se plantea por las demandadas una carencia de legitimación por pasiva, en síntesis, señala Alianza Fiduciaria S.A. que la “*...pretensión de restitución de aportes no le corresponde a Alianza Fiduciaria, y menos aún si se tiene en cuenta que los reproches plasmados en la demanda realmente se dirigen contra las obligaciones a cargo del Fideicomitente Gerente o de la propia interventoría. Por último, las pretensiones de condena se dirigen contra el patrimonio autónomo.*”, y en cuanto al Fideicomiso Gioco ya que la “*...declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de vinculación como Beneficiario de Área del Fideicomiso Gioco que claramente no le corresponde ya que no es el llamado al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo, tal y como consta en el Contrato fiduciario que dio lugar a la constitución del Fideicomiso Gioco y en el Contrato de vinculación como Beneficiario de Área al fideicomiso Gioco suscrito por el demandante*”, pues “*...no fue mi representada ... quien comercializó las unidades inmobiliarias del proyecto denominado Gioco Kids Club House, ni quien debía construir o entrega las unidades inmobiliarias resultantes del mismo, por lo que no es el llamado a ser reclamado por este medio para el cumplimiento obligaciones que tal y como era de conocimiento de los demandantes eran responsabilidad de AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S.*”.

Pues bien, ha de señalarse de entrada que esta excepción no está llamada a prosperar, en tanto ha sido criterio pacífico, que en la actualidad es hasta trillado conforme la tesis que se ha sostenido por esta sede misma predicada por el Superior y referida incluso por la Corporación encargada de sentar precedente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, (al punto puede verse entre otras decisiones la Sentencia SC2879 de 2022), que, dado que los deberes de conducta del fiduciario en la ejecución, desarrollo e incluso liquidación del contrato de fiducia como contrato coligado con el de vinculación del aquí demandante como beneficiario de área puede irrogarle responsabilidad bajo el criterio de culpa leve, (art. 1243 del C. de Co.).

Mismo escenario que se predica y con mayor razón del fideicomiso quien como parte contractual y experto en este tipo de negocios y representado por el fiduciario en cabeza de la sociedad fiduciaria debe honrar

el mandato que le es otorgado y permitido ejercer por el Estado dada la actividad de captación considerada de notorio interés público.

Nótese que en estos litigios ha de verificarse las conductas establecidas contractualmente (art. 1602 C.C.), las exigidas legalmente de cara al contrato y su servicio dada su actividad de profesional, experto y la captación de dineros considerada de notorio interés público, -arts. 1234 del C. de Co. y siguientes, las predicables por el ejercicio de la administración de dineros ajenos, art. 63 CC. y normas de administración concordantes, las de la prestación de sus servicio a los consumidores financieros, Ley 1328 y Ley 1480 en lo pertinente, las demás que debió observar “...previstas en esta ley [1328], las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.”, según lo indica el literal u) del artículo 7° de la Ley 1328-; y las de reglas de conducta esperadas no solamente al criterio legal de obrar como buen padre de familia sino como lo ha ilustrado la jurisprudencia, con un racero de mayor margen de maniobrabilidad como portare como un buen hombre de negocios que implica entre otros eventos el de la previsibilidad en toda su gestión y exige un racero de diligencia mayúsculo (Sent. SC 2879 de 2022 entre otras), extensión de responsabilidad predicable al fiduciario conforme lo señala el artículo 1243 del C. de Co., pues “...El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”.

Y es que, a fuerza de ser repetitivos, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha decantado de antaño lo cual ya es criterio pacífico, que dada la naturaleza del contrato “...**El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes**¹, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[e] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...», (Sent. SC2879 de 2022), ya que esta “...Obligación que se ha entendido en cabeza de la fiduciaria, en causa propia, tal como lo indicó esta Corporación recientemente en sentencia CSJ SC5430-2021”² (Sent. SC3772 de 2022, negrillas ajenas).

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

Por ende, como la responsabilidad a endilgarle surge por un lado dada la calidad de fiduciario en vocería del PA y esta es extensible como sociedad fiduciaria en nombre propio de encontrarse comprobado extralimitó sus funciones ora omitió sus deberes legales e indelegables, de suyo da por contera el señalar

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.»”.

que en ambos escenarios cuenta con interés legítimo, jurídico y actual de ser llamado sea por vía del PA ora con sus propios recursos al resarcimiento de los posibles perjuicios que aquí se invocan.

No sobra por demás señalar si quiera por asomo que estaríamos en el interregno de una responsabilidad extracontractual en tanto la jurisprudencia atrás citada entre otras señalan al unísono, que esta responsabilidad del fiduciario emana de la misma Ley, art. 1243 C. de Co., y por lo mismo, proviene del exclusivo y excluyente actuar contractual en tanto la actividad solamente le es permitida por el Estado a estas sociedades y se funda precisamente en estas reglas que debe observar, respetar y cumplir en el camino del contrato de fiducia celebrado y sus coligados en los cuáles se hace participe.

Tampoco es dable predicar, para aquí hacer un paréntesis dada la pretensión contenida en la demanda de solidaridad y su oposición, aspectos traídos de nuevo a colación en los alegatos, que por este evento estemos en presencia de una presunta solidaridad de cara a los deberes y obligaciones de los fideicomitentes en sus diferentes calidades, -gerente, desarrollador, promotor, constructor, aportante o cualquiera establecida en la autonomía contractual-, ya que en este tipo de negocios existen diversos roles en atención a la naturaleza jurídica u objeto social de cada parte que se involucra, lo cual implica verificar las conductas que por demás no son inescindibles sino propias de cada gestión y obligación pactada, pues no es posible so capa de señalar que existen contratos coligados, como al parecer lo entiende la parte demandante, el predicar una solidaridad ya que ciertamente coligación no es sinónimo de solidaridad.

Nótese que dado el objeto exclusivo, por demás reglado por el Estado a las sociedades fiduciarias, no es posible achacarle conductas propias de los fideicomitentes, como a modo de ejemplo errores constructivos o del desarrollo del proyecto que no estaban a su alcance y que por demás por Ley están vedados a ejercer, ya que esto rompería los principios de objeto social para la cual fue constituida, regulada y sobre la cual se le permite su ejercicio ni más ni menos financiero, no en vano el inciso final del artículo 1234 del C. de Co., señala que “...solo (...) las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”, aspectos por ende exclusivos que es sobre el cual debe verificarse su responsabilidad.

Y es que resulta ilógico y por demás exótico, predicarle algún tipo de responsabilidad sobre cuestiones a propósito de las cuales no tiene control y ejercicio legal, como a modo de ejemplo, garantías en la fase constructiva o efectos de vicios constructivos para salir al saneamiento cuando ciertamente la tipología de contrato y su objeto social es fundado únicamente sobre el control, cuidado, custodia y debido manejo de bienes fideicomitados sean estos muebles y/o inmuebles, para pretender extrapolar situaciones que rayan y escapan de este objeto social regulado, máxime si el contrato aquí aportado es claro en señalar las responsabilidades que a cada sujeto vinculado le competen, y por ende, aun so capa de interpretación, en modo alguno podría aludirse a una indivisibilidad de obligaciones.

Es así bajo estos postulados que se desecharán las excepciones 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 FRENTE A ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO GIOCO.

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Señala el apoderado del fideicomiso, que el demandante no cumplió a cabalidad con el plan de pagos y tampoco pagó la totalidad de la suma ahí establecida, por ende, incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de vinculación e “...hizo parte del grupo de beneficiarios de área que sistemáticamente cesaron en los pagos y contribuyó a la desfinanciación del proyecto al no cumplir con la totalidad de aportes a los que se había comprometido.”, tal y como se evidencia confesó en el hecho 28 de la demanda,

consecuencia, “...es un contratante incumplido y no tendría lugar a demandar el incumplimiento de otros sujetos contratantes.”.

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

Y es que es “...indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa (...) El punto es de suma transcendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedará definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desafortunadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones...”

Es por ello que se han efectuado diversas hipótesis, entre ellas a destacar para el caso que “...El deudor demandado no está en mora sí, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor -salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o sí, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.”, (C. Sup. de J., Sala de Cas. Civil, Sent. SC1209 de 2018, negrilla ajena al texto).

Derrotero que, *mutatis mutandis*, aplica al caso en contrato, pues ciertamente el aquí actor, el señor Fabian Augusto, aludió en el interrogatorio al indagarle sobre la situación de no continuar pagando, precisamente el observar el estancamiento del proyecto lo que le generó desconfianza amén de la falta total de información de la fiduciaria para aclararle como cliente lo que estaba sucediendo.

Y es así como se tiene que, el demandante desde la fecha de su vinculación, febrero de 2016, honró conforme lo pactado la cuota a sufragar en efectivo hasta completar la suma de \$59.253.745,00 al mes de noviembre de 2017 de un total de \$74.320.531,00 el cual se comprometió según da cuenta el contrato de vinculación, o en otras palabras sufragó un total de 20 cuotas y quedó un saldo de 5 cuotas cada una por \$3.013.355,00, tal y como da cuenta la certificación de estado de cuenta del actor allegada con ocasión a la prueba de oficio pedida al plenario.

PAGOS Y AJUSTES REALIZADOS						
Fecha Pago	Concepto Cuota	Días Mra	Abonos a Capital	Abonos a Mora	Valor Total	Saldo Diario
15-02-2016	Pago	0	2,000,000.00	0.00	2,000,000.00	242,735,117.00
21-04-2016	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	239,721,762.00
23-05-2016	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	236,708,407.00
27-06-2016	Pago	0	3,100,000.00	0.00	3,100,000.00	233,608,407.00
21-07-2016	Pago	0	2,926,710.00	0.00	2,926,710.00	230,681,697.00
26-08-2016	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	227,668,342.00
26-09-2016	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	224,654,987.00
26-10-2016	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	221,641,632.00
25-11-2016	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	218,628,277.00

ESTADO INDIVIDUAL DE CARTERA							
Adquiriente	72292273	Fabian Augusto De Avila Barros					
Proyecto	2642	FIDEICOMISO GIOCO					
Encargo	10045003328	2642-Fideicomiso Gioco De Avila Barros Fabian Augusto De Avila					
Fecha Corte	30-12-2022	Tasa Mora	41.46%	Vinculación	297551	Página 2 de 2	
UNIDADES							
Unidad	407239 ET-1 APTO-1616 GJ-1 TZ-1					Vr Unidades	244,735,117.00
Fecha Pago	Concepto Cuota	Dias Mora	Abonos a Capital	Abonos a Mora	Valor Total	Saldo Diario	
23-12-2016	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	215,614,922.00	
23-01-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	212,601,567.00	
27-02-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	209,588,212.00	
14-03-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	206,574,857.00	
27-04-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	203,561,502.00	
30-05-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	200,548,147.00	
28-06-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	197,534,792.00	
01-08-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	194,521,437.00	
29-08-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	191,508,082.00	
12-10-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	188,494,727.00	
28-11-2017	Pago	0	3,013,355.00	0.00	3,013,355.00	185,481,372.00	
Total			59,253,745.00	0.00	59,253,745.00		

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que para el momento en el cual el aquí demandante y allá cliente deudor, se abstuvo de continuar con los pagos, trato de una situación para la Delegatura razonable, pues comenzaron los problemas de estancamiento del proyecto sin que para dicha oportunidad, o por lo menos no está probado, la sociedad fiduciaria hubiese citado o comunicado de forma oportuna a los beneficiarios de área para informarles de las situaciones que dieron lugar a la demora en la construcción así como invitarlos a continuar con los pagos, amén de cumplir con la carga de brindar una información, clara, debida, suficiente, entendible y oportuna de lo que estaba sucediendo.

Súmase además, que para cuando el cliente tenía la carga de sufragar el restante del beneficio de área, el 29 de abril de 2018, el valor de \$170.414.586,00, conforme las pruebas allegadas para el caso el interrogatorio a la representante legal de la pasiva y los testimonios de los señores Fredy Urquijo y Andrés Avilés, daban cuenta que las condiciones del proyecto se habían transformado dados los escenarios constructivos que más adelante se exponen y que el Banco había dejado de girar los dineros sin justificación aparente, lo que condujo al estancamiento del proyecto.

Es decir, asistía una situación razonable y aparente que permitía que el actor asumiera condiciones de evitación en la expansión del daño patrimonial que pudiera surgirle si el proyecto, como en efecto sucedió, se siniestrara y se estancara como incluso lo está en la actualidad, lo cual es sabido conforme los informes pedidos de oficio en este sentido y los testimonios recibidos que dieron cuenta de ello, máxime si como se afirmó por el representante de la sociedad fideicomitente, el señor Andrés Avilés, -el desarrollo solamente se dio en apenas un 7% y que terminarlo en las mismas condiciones ofertadas dados los costos de materiales en la actualidad es algo que no podría suceder-.

Súmase que si bien se señaló que se requería el aporte de todos los beneficiarios de área para terminar el proyecto, así como que si todos hubiesen pagado la totalidad de los bienes como ocurrió en otro proyecto constructivo se hubiese podido terminar al momento que el banco dejó de desembolsar los dineros del crédito otorgado, es un escenario especulativo por demás sin sustento, y ello es así como quiera que ni por parte de la sociedad fiduciaria y menos por el fideicomitente se llevaron acciones ingentes al cobro de estar cartera, si es que en verdad se requerían estas sumas de dinero, menos existen elementos que dieran cuenta fueron requeridos para aportar estas sumas y dar paso a la construcción del proyecto.

Menos hay evidencia que se dio lugar a alguna asamblea que diera como solución la entrega de estas sumas, a decir por verdad concebida en el contrato, como acto de buena fe contractual de los beneficiarios sin ninguna garantía más que la palabra, en tanto ha de recordarse que el pago total dependía de estar la edificación, o en otras palabras, por un acuerdo de voluntades en confianza como vía alternativa mas no pactada de poder solucionar la situación presentada en el curso del proyecto, empero no por obligación

contractual como quiera que no se daba la condición de giro de la totalidad de recursos sin previa construcción.

Nótese que al tenor del contrato de vinculación, el restante del dinero que no estaba pactado en efectivo era con “financiación”, o sea, por vía de crédito frente al cual la lógica material enseña; por un lado, no se va a otorgar por ninguna entidad financiera sin garantía constructiva; y por el otro, no todos los beneficiarios de área tendrán solvencia suficiente para asumir el pago de contado o por vía de un crédito de diferente destinación sobre un terreno que a la postre estaba en estado incipiente, y es que tal tesis es absurda al punto que lo sería tanto como exigir al fideicomitente contara con los \$40.500.000.000,00 de pesos que demandada el cierre financiero exigido para la construcción del proyecto.

En consecuencia, esta defensa tampoco puede tener acogida.

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.

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

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 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, esto es, debe pronunciarse en forma simétrica, correspondiente y coherente con el thema decidendum configurado por el petitum, la causa petendi y las excepciones, o sea, ‘en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades’ procesales, ‘con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas’, salvo aquellas respecto de las cuales no exigiendo la ley invocación expresa, tiene el poder-deber de declarar, pronunciándose en forma ‘expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda’ y ‘las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas’ (artículo 304, ejusdem). (negrita fuera del texto original).”.*

Sumado a ello, es de advertir que en la fijación del litigio durante el desarrollo de la audiencia inicial se indicó que el objeto de esta acción recae en establecer si se predica un incumplimiento contractual y por

ende responsabilidad de ALIANZA FIDUCIARIA, circunscrita a la totalidad del desarrollo del negocio fiduciario GIOCCO, de cara a las pretensiones y a lo dispuesto en el artículo 58 numeral 9° de la Ley 1480 de 2011.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia SU-768/14 ha indicado: *“En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como ‘un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial’. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.”*

Facultad frente a la cual incluso el Tribunal Superior de Bogotá D.C., no ha sido ajeno, pues recientemente 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, negrilla ajena al texto).

Con fundamento en las anteriores líneas, la Delegatura procederá a verificar la configuración de los presupuestos axiológicos de la responsabilidad durante la presente actuación jurisdiccional, que se alimenta de los hechos, pretensiones, fijación de hechos y litigio, y las pruebas debidamente recaudadas y controvertidas durante el trámite, que lideran el objeto del litigio respecto del cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y deberes que como profesional se imponen a las entidades vigiladas, en razón a que la participación de este ente, sujeto genera una confianza legítima para la sociedad.

En palabras de CALAMANDREI, al definir el fin del proceso así: *“el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para conseguir que la sentencia sea menos injusta, o que la sentencia injusta sea cada vez más rara”*. (P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, op. Cit. Proceso y justicia, en Estudios sobre el proceso civil, op. cit., pp. 216-217.).

DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA

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

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

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

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

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

Tanto la doctrina, como la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia (Circular Externa 007 de 1996), aplicable para la fecha de inicio del negocio fiduciario aquí analizado, han establecido distintas etapas dentro del esquema descrito, dentro del cual han de distinguirse (i) la etapa preliminar o de *“preventas”*, (ii) la etapa de desarrollo y (iii) la etapa de liquidación.

En la etapa de *“preventas”*, tal y como lo señalaba dicha Circular, la fiduciaria tiene la obligación de *“(…) efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de los interesados en adquirir inmuebles dentro del proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario”*. A su turno, dichas condiciones para el traslado de los recursos al proyecto se encuentran determinadas en el llamado punto de equilibrio, que según palabras del citado doctrinante, reúne entre otras, *“(…) las condiciones para garantizar que existen un número mínimo de compradores que aseguren la recuperación de los costos totales del proyecto, dejando solo en riesgo el número de unidades cuya venta aportará el equivalente a las unidades esperadas”*.

En esta etapa y de cara al análisis de la responsabilidad del fiduciario, señalaba la Circular Básica, que *“(…) la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como: Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto (...)”* y *“Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores”*.

En cuanto a la etapa de desarrollo, definida por la Circular Básica, al identificarla bajo la modalidad de administración y pagos como *“(…) el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble*

a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

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

Frente a ésta, el instructivo de esta Agencia Estatal, Circular Externa 007 de 1996, que indicaba que la sociedad fiduciaria previo a comprometer su responsabilidad y dentro del análisis de control interno dispuesto por la Entidad debía establecer, entre otras obligaciones “Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones” (...) y “Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto”, la cual en efecto era aplicable al caso en atención ya que tenía vigencia para cuando se celebró el contrato de fiducia en el año 2013, como quiera que la Circular Externa 029 entró vigencia a partir del 3 de octubre de 2014.

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

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la fiduciaria desarrolla la actividad profesional que le 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 de la Carta Política, como en el ejercicio de la actividad financiera, de evidente interés público como lo establece el artículo 335 *ibidem*.

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 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009.

En virtud del cual: “Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: a) Debida diligencia. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas (...)

c) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas”, (subraya ajena al texto).

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.*”.

Surge de lo anterior que el deber de información a quienes son considerados como consumidores financieros, la cual según lo expresa la norma debe darse de forma clara, fidedigna, transparente, concreta y en tiempos razonables.

Negocio Jurídico que de cara al análisis que se efectuará ha de entenderse 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), ha de entenderse 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.

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: “(...) *actualmente en virtud de la diversificación de los negocios, muchos de ellos requieren para su materialización la celebración de dos o más contratos, en razón a que sólo con la realización de cada uno y de todos en conjunto se puede lograr el objetivo perseguido, de ahí que se haya dicho ya por la doctrina que «[e]l individualismo contractual viene dejando paso a la contratación grupal. Y ello no resulta caprichoso, puesto que lo perseguido es ahora un resultado negocial, una operación económica global, buscada a través de un ‘programa’ que una o varias empresas proponen. (...) Se trata ahora de contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una ‘misma prestación esencial’, un ‘todo’ contractual para un mismo y único negocio. (...)*”³.

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

Es bajo estos derroteros que habrá de analizarse el caso en concreto de cara a cada una de las pretensiones entabladas con sus consecuenciales, por supuesto, ponderando en dicho escenario concreto las excepciones de mérito propuestas.

DEL CASO EN CONCRETO.

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

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

Es claro que en el contrato no está en discusión que el objeto primigenio de aquél correspondía a la administración de los recursos otorgados por los vinculados como beneficiarios de área e invertirlos hasta tanto se dieran las condiciones para su traslado al Fideicomitente desarrollador del proyecto, (acápites de instrucciones contrato de vinculación), es que en ese sentido, todas aquellas situaciones o vicisitudes que surgen con ocasión al adelantamiento de la construcción física del proyecto no pueden ser objeto de este análisis, entre otras cuestiones, porque resultan del cargo del fideicomitente constructor y promotor conforme lo pactado.

Y si bien se duele la actora de una posible falta de información y lealtad procesal de la sociedad fiduciaria al momento de su vinculación en tanto no se le informó la existencia del otro sí de prórroga del plazo para cumplir las condiciones de giro de dineros, lo cierto es que tal tesis no puede tener acogida dada la conducta desarrollada por el cliente y aquí consumidor financiero, pues en efecto, con el otro si suscrito de su parte valido esta situación, además conoció y permitió con su anuencia que el plazo se modificara al firmar este documento adicional.

Nótese que no hay prueba que dé cuenta que, su voluntad ora su capacidad de obligarse que por demás tiene presunción legal, haya sido viciada, aspecto que ni siquiera por asomó se cuestionó, por el contrario, tanto en la demanda como en el interrogatorio dan cuenta que suscribió el documento sin presión alguna, es más bien pudo retirarse pero su voluntad fue continuar vinculado con el contrato aun so capa de esta modificación, no de otra forma se entiende por demás que solamente hasta diciembre de 2022 acudiera al litigio cuando la suscripción de este otro sí trata del 3 de junio de 2016, esto es, aproximadamente 6 años y 6 meses posteriores a este acto.

Recuérdese que el artículo 1618 del CC., predicable por efectos del artículo 822 del C. de Co., nos enseña que *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*, igualmente, el artículo 1622 ib., señala que *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. (...) O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”*, (resaltado ajeno al texto).

Sobre dicho contexto y de antaño ha sostenido la jurisprudencia que *“...cuando en el contrato bilateral se señala el orden en que deben cumplirse las obligaciones contraídas por las partes, cada una de ellas debe ajustarse, en la ejecución de las mismas, a la forma y al orden convenidos. Y si se controvierten judicialmente por las partes las cláusulas contractuales y la manera como éstas deben cumplirse, entonces le corresponde al juzgador desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad consignadas en la respectiva convención, para lo cual bien puede acudir a las pautas legales consignadas por el legislador...”*, (CSJ, Cas. Civil, Sent., oct.7/76, entre otras).

Y más reciente se ilustró: *“En materia de interpretación de contratos en general, de investigación de su sentido, significado efectivo y genuino, además de la buena fe contractual que debe regir la conducta de las partes, el criterio secular, afianzado y reiterado muchas veces por la jurisprudencia, es el previsto en el artículo 1618 del Código Civil, al tenor del cual, ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’.*

Hay que advertir, con todo, que la aplicación de este canon no queda restringida a cuando el texto que recoge el pacto sea confuso, porque aún con la claridad que pueden ostentar las estipulaciones de las partes, si la intención común de ellas es diferente y se sabe, es la que hay que privilegiar.”, (Sent. SC4527-2020, resaltados ajenos).

Por demás, ha dicho por la jurisprudencia de la Sala de Cas. Civil de la C. Sup. de J., “*Con apoyo en los principios de la buena fe, que en Colombia es hoy en día de rango constitucional (art. 83, C.P.), y de la confianza legítima, la doctrina y la jurisprudencia tanto foráneas como patria, han desarrollado la ‘teoría de los actos propios’, conforme la cual, en líneas generales, no es dable a nadie contradecir, sin justificación atendible, sus propias actuaciones anteriores, cuando ese cambio de conducta afecta las expectativas válidamente adquiridas por otro u otros con base el comportamiento pretérito del que lo realiza.*”

[conducta que] es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.

Empero, cumple resaltar que el objetivo último, no es, en verdad, salvar la contradicción del acto o impedir la incoherencia de un determinado comportamiento; el fin, esencial, por lo demás, es evitar que, con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente.”.

Cuyos elementos son: “...i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio (CSJ, SC del 24 de enero de 2001, Rad. No. 2001-00457-01; se subraya)”. (C. S. de J. Sala de Cas. Civil, Sent 29 de agosto de 2014, MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, Ref. SC11302-2014 - Radicación N° 05266-31-03-001-2002-00067-01 y Sentencia del 24 de enero de 2011, Ref: Exp. 11001 31 03 025 2001 00457 01, entre otras).

En consecuencia, bajo estos postulados y probado como está que las partes, desarrollaron actos tendientes a querer continuar con el contrato y no aniquilarlo, imposible o dable resulta a estas alturas, pretender desconocer estas conductas de coherencia al amparo de la buena fe contractual, para ahora achacar la prórroga del contrato cuando si la conoció y la consintió, razón suficiente para no dar paso a la pretensión de terminación del contrato pedida.

Pero por demás, poco aporta al plenario esta posible falta de información, ya que de la revisión de los acontecimientos que rodearon el proyecto Gioco y las pruebas arrojadas al proceso evidencian que la situación suscitada del daño resultó de un evento ajeno a la conducta y deberes contractuales como legales que debe acatar la sociedad fiduciaria en este tipo de negocios.

Ahora, frente a las condiciones de viabilidad financiera del proyecto, evidencia la Delegatura conforme las pruebas allegadas al plenario, que contó su proyección con un flujo de caja y prefactibilidad del proyecto, pues de ello da cuenta el documento allegado como prueba trasladada y de oficio a derivado 009, Link “Contestación de la demanda”, Carpeta “contestación de la demanda”, subcarpetas “Ivanna Catalina Marcia vs Alianza Fiduciaria”, “Anexos Documento Técnico”, “Anexos Gioco”, “Anexo A”, “Anexo A 2” y PDF “4 Carta AVI Viabilidad del Proyecto”, “Fuentes y Usos”.

Instrumento que se encuentra suscrito por el Rep Legal del Fideicomitente y el revisor fiscal de la compañía donde se explica el flujo de caja del proyecto conforme del mismo se puede visualizar la distribución de las fuentes de ingresos y porcentajes de estos tenidos en cuenta para la viabilidad del proyecto y que no

resultara comprometido el mismo, valores que no se avienen a primera vista contrarios a lo requerido para que saliera adelante.

FUENTES Y USOS				13 DE ABRIL					
	ETAPA 1	%	N. SOBRE	ETAPA 2	%	N. SOBRE	TOTAL	%	N. SOBRE
	30.00%	VENTAS	VENTAS	70.00%	VENTAS	VENTAS	PROYECTO	VENTAS	VENTAS
INGRESOS TOTALES	\$ 26.272.377.369	100,00%		\$ 82.280.827.891	100,00%		\$ 89.051.205.500.60	100,00%	
COSTOS TOTALES	\$ 24.022.523.382	92,14%		\$ 56.052.559.223	89,00%		\$ 80.075.084.607.64	89,81%	
UTILIDAD	\$ 2.047.853.987	7,86%		\$ 6.528.058.308	11,00%		\$ 8.975.920.892.96	10,08%	
FUENTES									
LOTE	\$ 3.899.926.100	14,94%	\$ 9.858.429.100	11,98%	\$ 13.754.355.200	15,45%			
INVERSIÓN INICIAL	\$ 5.579.818.252	21,28%	\$ 2.433.085.260	2,96%	\$ 8.008.903.512	8,99%			
CUOTAS INICIALES	\$ 6.054.142.045	23,22%	\$ 33.948.146.715	41,25%	\$ 20.002.288.760	22,46%			
APALANCAMIENTO AVI	\$ 3.899.529.354	14,84%	\$ 30.380.399.399	36,94%	\$ 40.276.928.713	45,21%			
USOS									
COSTO TOTAL	\$ 24.022.523.382	92,14%	\$ 56.052.559.223	89,00%	\$ 80.075.084.607.64	89,81%			
FUENTES - USOS	\$ 2.047.853.987		\$ 6.528.058.308		\$ 8.975.920.892.96				

Por otro lado, sustenta también estas condiciones el dictamen adelantado en ese juicio, proceso de Ivanna Catalina Marcia vs Alianza Fiduciaria, prueba allegada en traslado con la contestación de la demanda a mismo derivado 009, misma ruta y con carpeta llamada “*Dictamen Pericial 13 de diciembre de 2022*”, el cual da cuenta por dicho experto las situaciones de apropiaciones, órdenes de giro y compromisos adquiridos por los beneficiarios de área, elementos que con cruce permiten verificar que existía *prima facie* una viabilidad financiera en cuanto al flujo de caja y modelo financiero, experto quien incluso señaló que fue un proyectado muy reservado.

Instrumentales que no fueron desconocidas ni tachadas ante quienes les resultaba oponibles, amén de que el experto fue fiable, congruente, dio cuenta de su contenido y conocimientos específicos de la temática de fiducia según se advierte de las grabaciones allegadas de dicho litigio donde se expresa y es cuestionado por las partes en dicho asunto, al efecto se puede acudir a la misma ruta a referida, carpeta de “*Ivanna Catalina Marcia vs Alianza Fiduciaria*” grabaciones de la audiencia llevada a cabo el 9 de noviembre de 2020, (derivado 009).

Elementos que permiten tener ese trabajo como adecuado a lo que le fuere pedido, instrumentalizar de cara a la viabilidad del proyecto.

Por demás, en un proceso de similitudes se dijo en segunda instancia, “...*basta tener en cuenta lo referido por el perito financiero José María del Castillo Hernández durante la contradicción del dictamen, sobre la viabilidad en cuanto al flujo de caja y modelo financiero, dictamen que tiene solidez, claridad, precisión y calidad de sus fundamentos en relación con la verificación de la viabilidad financiera al momento de dar el cumplimiento de las condiciones de giro y la metodología de flujo, lo que llevó al juzgador de primera instancia y ahora a esta Sala, para tener como cierto lo dicho ahí, porque es coherente con las demás pruebas antes citadas. (art. 232 C.G.P.)*”, (Sentencia del 28 de septiembre de 2023, Exp. 11001 31 99 003 2020 01539 01, Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá).

Al pasar a las condiciones de giro, para el caso, la discutida tiene que ver con la ausencia de aprobación de un crédito constructor por parte de una entidad vigilada, en tanto se concedió fue con un presunto crédito de una entidad del exterior, no vigilada por la Superintendencia Financiera y sin giro de dineros.

Sobre este aspecto, debe señalarse que conforme la cláusula 10ª del contrato de fiducia, se necesitaba:

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

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

A su turno, está demostrado que lo obtenido fue un crédito de libre inversión por valor de 53 millones 975 mil 955 EUROS de los cuales destinaria al fideicomiso la suma de \$40.500.000.000,00 M/cte., conforme carta allegada por el fondo internacional Ribert Investments & Business Trust HK – RIBT, que data del 11 de mayo de 2016.

Señala dicha empresa internacional que tenía “...la firme decisión de apoyar ya sea financieramente o de cualquier otra forma que lo considere oportuno...”, documental no desconocida o tachada. (art. 244 CGP), y de la cual también dan cuenta la declaración recibida por la Representante Legal de la pasiva, así como los relatos de los señores Avilés en audiencia del 9 de noviembre de 2020 prueba trasladada de oficio, (derivado 009 carpetas demandas de Giovanna Catalina Toro e Ivanna Catalina Marcia, (derivado 009), quienes aludieron precisamente a lo acá descrito.

Ahora de la lectura llana podría dar lugar a señalar que no se cumplió con la instrucción de traslado de dineros para el momento en que se tuvieron por superados los requisitos, 21 de junio de 2016, al atender la fiduciaria esta documental como suficiente y no que se tuviese un crédito aprobado por una entidad financiera vigilada por esta superintendencia. Sin embargo, el clausulado del contrato de fiducia **exponía la necesidad del crédito de cara o con cargo al fideicomiso**, empero también de sí fuese requerido, evento en cual importa recalcar redundante en que el fideicomitente podría aportar flujo suficiente para evitar el crédito constructor con cargo al PA, lo que en últimas fue lo que sucedió.

Es sobre este parangón que debe hacerse la diferenciación, razón de ser del giro de dineros, así como la justificación contractual que lo permitía, pues el crédito del fondo RIBT no era con cargo al Fideicomiso y lo afectaría, este crédito se otorgaba con cargo directo a AVI STRATEGIC quien con el mismo destinaria en su condición de fideicomitente aportante el valor de los 40 mil millones para suplir el crédito constructor proyectado, referencia de importante relevancia pues si se iba a hacer el aporte directo y tenía la aprobación en principio podría ser razonable el proceder como se hizo, lo que se puede deducir no solamente de la documental ya señalada en cuanto estaba dirigida al representante legal de la sociedad fideicomitente más no a la fiduciaria o al proyecto, y también da razón de ello el testimonio del señor Alberto Avilés y el del señor Andrés Avilés así como el recibido al señor Fredy Alexander Urquijo, que se recalca obran en las pruebas trasladadas obrantes a derivado 009.

A su turno, y de dar gracia a la discusión, los demás elementos de prueba, como más adelante se pasarán a exponer, dan cuenta que esta situación, aun cuando tardía estuvo subsanada con un crédito posterior, y que en todo caso este evento no podría tenerse como una causa efectiva del hecho lesivo aquí cuestionado, que en últimas resultó en no haberse desarrollado el proyecto y cumplir la condición al beneficiario de hacer la entrega del derecho de área adquirido por medio de este acuerdo.

Al respecto, se tiene por un lado que el Fideicomitente contaba con este crédito internacional, Avi Strategic, empero al darse cuenta de los costos indirectos del mismo, como comisiones, conversiones, fluctuación de la moneda prestada Euros y otros, pudo verificar que salía demasiado costoso al proyecto en la forma en que sería castigado, tal y como lo señalaron los hermanos Avilés en sus testimonios, también de ello

se hace estimación del perito e incluso el mismo testigo traído por la pasiva, señor Urquijo en las pruebas trasladadas.

Por otro lado, y partiendo del hecho de que el crédito era necesario para este esquema de financiación según lo expuso el perito, en todo caso conforme documental aportada como prueba trasladada al mismo derivado 009, existen comunicaciones allegadas por Bancolombia con ocasión a la prueba de oficio que dentro de los procesos trasladados se decretó, y en ella se puede determinar que se concedió un crédito constructor para enero de 2017 compuestos por dos aportes, el primero por 2 mil millones para el desarrollo pre operativo suma que fuere girada; y un segundo desembolso de 37 mil millones en la etapa operativa, últimos desembolsados sujetos al desarrollo del proyecto y liquidez. De la simple operación de suma, ello da cuenta de 39 mil millones que cubrían casi todo el crédito internacional de 40 mil millones, es decir, si había correlatividad con el valor exigido para el desarrollo del proyecto contrario a lo que se afirmó en la demanda de un préstamo a penas por 2 mil millones, cuestión diferente es que los demás recursos no fuesen girados por el banco.

Y sin que pueda decirse que el tiempo causó un detrimento mayor a lo realmente requerido y que la suma aprobada por Bancolombia no lograba cubrirlo, pues el crédito internacional se tuvo en cuenta 7 meses antes, mayo de 2016 y el 21 de junio de 2016 se tuvo en cuenta esta condición, situación modificada en enero de 2017 cuando se acudió a este crédito bancario, conforme fuere concedido y se observa en el documento cartas aprobaciones de crédito de Bancolombia.pdf (anexo en el escrito de contestación derivado 009), tiempo que no se evidencia prolongado y el cual demuestra el dicho brindado por la parte demandada y terceros que declararon.

Evento que permite aseverar que la situación relatada incluso ocasionó un menor costo frente al crédito internacional, pues este se produciría en detrimento del fideicomitente y el mismo PA y la posible liquidez del proyecto, ya que el internacional conforme lo reseñado, por las condiciones de cambios de moneda entre otros podría causar un mayor costo que redundaría en contra del mismo Fideicomiso, con todo, tampoco existe una prueba en contrario que dé cuenta de que en ese lapso de tiempo (6 meses) produjo un descalce de dineros o déficit con ocasión a la falta del crédito, es más el perito, en su exposición, ilustró sobre las posibles situaciones hipotéticas en estos casos de fiducia, lo que incluso implica el poder usar el crédito constructor empero no en todo su valor, ya que ello también depende del flujo de caja de las vinculaciones para poder dar un cierre que permita la construcción del proyecto y no resulte más costoso al apropiarse de su totalidad que ocasionaría reconocer más intereses sobre una suma que de pronto no requiere de apropiación para el desarrollo del proyecto, mismo aspecto referido por los testigos en la audiencia aquí llevada a cabo, (derivados 009 y 046).

Por último, poco importa si los dineros fueron o no girados, pues la condición era la concesión, ya el desembolso es otro evento, el cual podía darse en igual o menor monto al proyectado dependiendo de las necesidades del proyecto como ya se dijo y de cara a su ejecución y desarrollo.

Quiere ello señalar que sobre la concesión del crédito no hubo mayor incidencia en el desarrollo del proyecto conforme lo planificado en el modelo financiero, pues estaba acorde a lo requerido y tuvo su aprobación incluso la consecución por el banco Bancolombia S.A.

En todo caso, sobre dicho aspecto se señaló en la sentencia se segunda instancia ya referida, “...para el momento del giro de los recursos, no se necesitaba crédito constructor, pues, de conformidad con las condiciones de cumplimiento, esto era ‘si se requería’. Tan es así que la Delegatura hace pronunciamiento sobre la carta de aprobación emitida por Bancolombia el 11 de enero de 2017, en la que la solicitud de crédito fue aprobada por un valor de \$37.000.000.000 (crédito de libre inversión) para ser aplicada exclusivamente en la construcción del proyecto GIOCO KIDS CLUB HOUSE, con lo que hace alusión a la viabilidad del proyecto, después del análisis integral que efectuó, puesto que desembolsó la suma de

\$2.000.000.000, para cubrir los gastos pre-operativos, y, a los efectos del cambio de la fuente de financiación originalmente establecida.

(...) La razón obedeció a que dicha entidad bancaria ofrecía mejores condiciones que el fondo extranjero lo que iba en beneficio del proyecto (margen de utilidad); dicho en otras palabras, se evaluó con posterioridad al cumplimiento de las condiciones de giro -21 de junio de 2016- y en el desarrollo de la parte operativa, el cambio en la fuente de recursos para la ejecución del proyecto por variación en las condiciones de mercado, conclusión acorde con lo dicho por el perito financiero, porque dijo que ‘... se pasó de una fuente que iba contra el balance de AVI y se pasó a una fuente que iba directo contra el proyecto.’, dicho de otra forma ‘... se sustituyó una fuente de financiación con un fondo extranjero, se sustituyó por una fuente de financiación en pesos, claramente los deudores eran diferentes o los prestamistas eran diferentes. Es muy diferente tener a AVI que tener a el patrimonio autónomo.’...”, (Sentencia del 28 de septiembre de 2023, Exp. 11001 31 99 003 2020 01539 01, Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá), con todo, sobre esta temática también conoció la misma Corporación quien confirmó una decisión negativa a las pretensiones por medio de Sentencia de 30 de marzo de 2022, Exp. Rad. 11001 31 99 003 2019 03261 01 con ponencia del magistrado Jesús Emilio Múnera Villegas).

Tampoco puede aludirse una falta de información al aquí demandante como causal del daño al no informársele sobre su no traslado de dineros, o sobre atender las condiciones de giro con el fondo internacional, y es que aun cuando no está probada por la pasiva conforme le competía la diligencia en este aspecto incluso como se dijera páginas antes, lo cierto es que tal circunstancia aun de tenerse como cierta poco aporta, no solamente porque el actuar del demandante con la firma del otro sí y su conducta posterior, sino dado que, vuelve a reiterarse, tal posible eventualidad fue subsanada con el crédito de Bancolombia.

Y en ese sentido, de hacer un símil, que en todo caso no aplicaría, pues sus dineros que tenía perfectamente pudieron ser trasladados ya cuando se contaba con crédito de una vigilada, a ello se suma, que las reclamaciones surgieron de forma posterior al año 2018, eventos entonces que poco aportan al debate en este contexto y de cara al perjuicio reclamado.

También se verificó por la Delegatura y se indagó sobre el clausulado de contratos de vinculación suscritos en porcentaje 64.9% que correspondían a 198 unidades inmobiliarias, al tener solamente por efecto que estén suscritos y más no recibido alguna suma de dinero lo cual podría comprometer el feliz término del proyecto, punto en el cual el experto (perito) ilustró que incluso si se tuvieran pagas todas las cuotas iniciales ello no permitía la construcción, de allí la necesidad del crédito para el cierre financiero, y que en todo caso, tal evento lo único que daba lugar era a pedir un crédito o usarlo en menor valor. Además, señaló en su exposición trasladada como prueba, que era usual un pacto en estas condiciones y que ello no causaba la liquidez del proyecto de cara a las otras fuentes de financiación, por ende, tampoco es posible endilgar algún cuestionamiento en esta línea.

De lo relatado, y si las cosas se advierten cumplidas y probadas al tenor del procedimiento procesal, las condiciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria, cabe entonces preguntarse la razón o las razones por cuáles el proyecto a hoy no se ha finiquitado, pues bien, del mismo acervo e incluso los testigos señores Avilés, ambos trasladados y en todo caso uno también recibido acá en el plenario, el dictamen, documentales y lo dicho por la pasiva en interrogatorios, se puede colegir que el resquebrajamiento se suscitó por diversas circunstancias propias del adelantamiento constructivo.

En este sentido es que el despacho y sin hacer mayor valoración de las situaciones que se van a señalar, entre otras cosas que no es de esta competencia adentrarse al estudio de estos aspectos ante su competencia reducida o limitada (art. 57 L 1480), procede a señalar lo eventos que se encontraron

demostrados que se dieron y tuvieron incidencia en generar mayores costos que los proyectados para dar buen término al proyecto Giocco.

Del interrogatorio del aquí demandante, se señaló que el objeto del otro sí suscrito resultó de aumentar el tiempo para cumplir con las condiciones de giro en un lapso de 6 meses, lo cual por demás da cuenta la documental allegada al plenario.

A su turno, los testigos y representantes de Avi Strategic, tanto en la prueba trasladada como el recibido en este litigio, quienes son fideicomitentes desarrolladores, indicaron que pese a realizar el proyecto arquitectónico, salir a ventas y elaborar las proyecciones técnicas así como las financieras, encontraron una vez iniciadas las obras que hubo problemas de terrenos, pues por un lado se presentaron muchas lluvias que impidieron un desarrollo normal de la construcción y de otro, al excavar hallaron una roca maciza que incluso rompió brocas de las máquinas, la cual no fue posible romperla y menos explotarla con dinamita pues podría ocasionar daños a complejos constructivos aledaños, situación que los llevó a modificar el proyecto en su estructura y con ello el tener que pedir nuevas licencias de construcción y adquirir pólizas, a lo que sumó que el banco Bancolombia S.A. no siguió con los desembolsos al ver la parálisis del proyecto pese a conocer de lo sucedido, y después de obtener la autorización en la modificación de la licencia, sin justificación alguna el banco decide unilateralmente retirarse y dejar de realizar más desembolsos.

En la misma línea, están los informes rendidos por la interventora contratada para el proyecto, elaborados por la empresa A & C, que da cuenta de estas situaciones, al punto señalan:

INFORME INTERVENTORIA No. 1 – del 1 al 31 de mayo de 2017.

7 CLIMA

Durante este período se presentaron lluvias que afectaron de manera significativa la programación de las actividades primero por ser una excavación y el tipo de suelos que es de varios estratos de arena y de un manto de rocas muy fuertes; estado del tiempo durante el periodo del mes de Mayo se relaciona a continuación:

INFORME INTERVENTORIA No. 2 – del 1 al 31 de junio de 2017.

7. CLIMA

Durante este período se presentaron lluvias que afectaron de manera significativa la programación de las actividades primero por ser una excavación y el tipo de suelos que es de varios estratos de arena y de un manto de rocas muy fuertes; estado del tiempo durante el periodo del mes de Junio se relaciona a continuación:

INFORME INTERVENTORIA No. 3 – del 1 al 31 de agosto de 2017.

7. CLIMA

Durante este período se presentaron lluvias que afectaron de manera significativa la programación de las actividades primero por ser una excavación y el tipo de suelos que es de varios estratos de arena y de un manto de rocas muy fuertes estado del tiempo durante el periodo del mes de Junio se relaciona a continuación:

10 . ACTIVIDADES RELEVANTES DURANTE ESTE PERIODO

Durante el desarrollo de este periodo se realizó nuevo estudio de suelos, debido a que se está presentando muchos mantos de rocas que se hizo necesario con este estudio de suelos hacer un rediseño de la cimentación y para estar de acuerdo con la calidad de suelo encontrada

La interventoría ha sugerido que hasta tanto los diseños no estén listos, no se debería continuar, pero es urgente agilizar el tema de la definición de la cimentación y muros finales.

11 OBSERVACIONES Y CONCLUSIONES

• Observaciones

La interventoría observa que se han tenido inconvenientes con el tipo de suelo encontrado hasta tal punto que el constructor indica que se están validando con nuevo estudio de suelos, y lo más seguro es que se rediseñe la cimentación central de la edificación. Acorde con esto, están paralizadas las labores hasta que no se tenga claridad en los diseños finales.

• Conclusiones

Durante el desarrollo del mes de agosto el proyecto continúa con ciertos atrasos debido a que se está realizando un nuevo estudio de suelos y por ende un rediseño de la cimentación.

La interventoría sugiere que se implemente un plan B para tratar de acortar estos días de atrasos marcados por los ajustes a los diseños.

Si bien es cierto que el manto de roca encontrado es muy fuerte, hay que acelerar el ajuste de la cimentación y conformar la continuidad de los anclajes de los muros laterales de cimentación.

Y a su turno el trabajo de la experticia aportado como prueba trasladada, también así lo advierte, (derivado 0009).

A estos eventos, se suma el hecho que ante estas demoras Bancolombia decide retirarse, dejando sin financiamiento el proyecto, y como se dijera, sin que sea dable o no señalar si este retiro era o no plausible,

entre otras cosas porque ningún reparó se hace en este proceso al actuar de dicha entidad financiera quien por demás no fuere citada como parte, y que en todo caso, lo único que podría señalarse sobre tal situación es que la financiera únicamente tuvo en cuenta, los costos directos del proyecto conforme sus políticas según las respuestas que ha emitido con ocasión a las pruebas de oficio que le fueron pedidas en otros procesos aquí trasladados, (derivado 0009) y el dictamen que se allegó bajo la misma vía que fuere realizado en su momento. Luego es claro que también existieron eventos no previstos, que al parecer, no fueron valorados por el banco.

Y también se suscitó que, con ocasión al estancamiento del proyecto, se produjo el retiro, desistimientos y no pago de los vinculados al encargo como beneficiarios de área ante su parálisis, todos estos sucesos terminaron fulminando el desarrollo del proyecto, circunstancias que sea decirlo de pasó y reiterarlo, no se avienen conexas con las obligaciones legales y contractuales de la aquí demandada en ninguna de sus dos condiciones en que fuere citada.

En bajo tal escenario, que se declararán no probadas las excepciones EL DEMANDANTE, COMO BENEFICIARIO DE ÁREA, CONOCIÓ Y ACEPTÓ LA MODIFICACIÓN AL CONTRATO DE FIDUCIA Y EL ROL DETERMINADO Y ESPECÍFICO DE ALIANZA FIDUCIARIA, EL DEMANDANTE ACEPTÓ EXPRESAMENTE LA AMPLIACIÓN DE LA FECHA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO Y CELEBRÓ MODIFICACIONES A NEGOCIOS JURÍDICOS QUE ASÍ LO ACREDITAN, DESCONOCIMIENTO DEL ACTO PROPIO POR PARTE DE EL DEMANDANTE RESPECTO DE LA AMPLIACIÓN DE LA FECHA PARA LA ACREDITACIÓN DE LAS CONDICIONES DE GIRO, CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO: EL FIDEICOMITENTE GERENTE ACREDITÓ LA CAPACIDAD FINANCIERA CON RECURSOS PROPIOS OBTENIDOS A TRAVÉS DE UN FINANCIAMIENTO ADQUIRIDO EN NOMBRE PROPIO, INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD e INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DEL FIDEICOMISO JOCO Y EL DAÑO SUFRIDO POR EL DEMANDANTE, sin que sea dable auscultar cualquier otra defensa pues están son suficientes para denegar la totalidad de las pretensiones, (inciso 3º del artículo 282 del CGP.).

No se condenará en costas, al no encontrarse causadas ni comprobadas, (num 8º del artículo 365 del CGP.).

Por último y no menos importante resulta el recordarle nuevamente a la pasiva, Alianza Fiduciaria S.A., los deberes que frente a estos sucesos tiene a su resorte de cara a lo previsto en el artículo 1234 del C. de Co., sea ante la observancia de las hipótesis de que trata el artículo 1240 *ibidem*, o de cara a lo regulado en el contrato de fiducia inmobiliaria específicamente en las cláusulas vigésimo séptima y octava, en aras de que no se continúe con una indeterminación en este contrato, máxime si el mismo fideicomitente señaló que no es posible llevar a cabo el proyecto en las condiciones que primigeniamente fueron ofrecidas dados los cambios de mercado, y es que si bien no se desconoce según lo relatado por el testigo Freddy Urquijo se han sostenido diversas reuniones con inversionistas, lo probado es que a la fecha y transcurridos ya seis (6) años no se ha llevado a cabo alguna solución definitiva sobre este negocio.

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 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 FRENTE A ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO GIOCO y CONTRATO NO CUMPLIDO.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones EL DEMANDANTE, COMO BENEFICIARIO DE ÁREA, CONOCIÓ Y ACEPTÓ LA MODIFICACIÓN AL CONTRATO DE FIDUCIA Y EL ROL DETERMINADO Y ESPECÍFICO DE ALIANZA FIDUCIARIA, EL DEMANDANTE ACEPTÓ EXPRESAMENTE LA AMPLIACIÓN DE LA FECHA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO Y CELEBRÓ MODIFICACIONES A NEGOCIOS JURÍDICOS QUE ASÍ LO ACREDITAN, DESCONOCIMIENTO DEL ACTO PROPIO POR PARTE DE EL DEMANDANTE RESPECTO DE LA AMPLIACIÓN DE LA FECHA PARA LA ACREDITACIÓN DE LAS CONDICIONES DE GIRO, CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO: EL FIDEICOMITENTE GERENTE ACREDITÓ LA CAPACIDAD FINANCIERA CON RECURSOS PROPIOS OBTENIDOS A TRAVÉS DE UN FINANCIAMIENTO ADQUIRIDO EN NOMBRE PROPIO, INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD e INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DEL FIDEICOMISO GIOCO Y EL DAÑO SUFRIDO POR EL DEMANDANTE.

TERCERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



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

Copia a:

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

Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>21 de noviembre de 2023</u>
 MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario