

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO N°: 110013103038-2019-00506-00
DEMANDANTES: BANCOLOMBIA S.A.
DEMANDADOS: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

DECLARATIVO - PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite correspondiente del proceso declarativo, se decide mediante esta providencia la demanda promovida por BANCOLOMBIA S.A. contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

La parte demandante en su escrito solicitó de manera sucinta, que se declare que entre el Encargo Fiduciario de Preventas MR-799, el encargo fiduciario No. 0001100010252 suscrito por BANCOLOMBIA S.A. y el contrato de fiducia FA-2351 existe una conexidad o coligamiento contractual; que se declare que la demandante es consumidor financiero de acuerdo al literal d) del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009; que ACCIÓN FIDUCIARIA es civilmente responsable precontractualmente por haber quebrantado el deber de lealtad, buena fe y confianza al momento de suscribir el encargo fiduciario No. 0001100010252 al incumplir el artículo 863 del Código de Comercio; la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia; con el deber de suministrar información relevante; el literal f) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el literal d) del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009; el literal c) del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009.

Que la demandada es civilmente y contractualmente responsable por infringir la cláusula tercera en concordancia con la cláusula primera del encargo fiduciario



No. 0001100010252 por haber incumplido su deber de perseguir la consecución de la finalidad del negocio fiduciario conforme al numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio; por incumplir su deber de diligencia, profesionalidad y especialidad previsto en el artículo 871 del Código de Comercio; por el manejo irregular de los recursos del Fideicomiso 2351 Marcas Mall; incumplido con su deber legal consignado en el artículo 1233 del Código de Comercio de tener los bienes fideicomitidos separados de los bienes de la fiduciaria y demás patrimonios autónomos; la cláusula décimo quinta del encargo fiduciario No. 0001100010252; con su deber de diligencia, profesionalidad y especialidad previsto en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia.

De manera subsidiaria solicitó que ACCIÓN FIDUCIARIA es civilmente y contractualmente responsable por infligir la cláusula tercera del encargo fiduciario No. 0001100010252 por haber incumplido su deber de perseguir la consecución de la finalidad del negocio fiduciario conforme al numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio; por incumplir su deber de diligencia, profesionalidad y especialidad previsto en el artículo 871 del Código de Comercio.

Que como consecuencia de lo anterior la sociedad demandada debe pagar a BANCOLOMBIA S.A. los perjuicios sufridos por los referidos incumplimientos, los cuales estimó en \$2.835.000.000.00 junto con los intereses corrientes desde la fecha en que se hicieron cada uno de los pagos establecidos en el encargo fiduciario.



ANTECEDENTES

El apoderado de la parte actora manifestó en su escrito de demanda manera resumida, que URBO COLOMBIA S.A.S. y la sociedad demandada celebraron un contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 MARCAS MALL, el 17 de diciembre de 2013 que tenía por objeto la constitución de encargos fiduciarios para la inversión de los recursos recaudados por la fiduciaria en preventas del proyecto inmobiliario MARCAS MALL en la ciudad de Cali - Valle.

Que en la cláusula tercera del encargo fiduciario se establecieron las condiciones para que la fiduciaria demandada, pusiera a disposición de la PROMOTORA MARCAS MALL S.A.S. los dineros recaudados.

Expuso que el 2 de marzo de 2014 la promotora y la fiduciaria firmaron un otrosí modificatorio a la cláusula primera del encargo fiduciario.

Que el 25 de marzo de 2014 las partes antes referidas, celebraron el Contrato de Fiducia Mercantil Inmobiliaria Fideicomiso FA-2351 MARCAS MALL CALI, estableciendo en la cláusula segunda como objeto del contrato, que la desarrolladora del proyecto lo hará por su cuenta y riesgo y bajo su exclusiva responsabilidad financiera y administrativa el proyecto Marcas Mall, cuando logre las condiciones de inicio necesarias para su construcción.

Sostuvo que el 21 de mayo de 2014 la promotora y la fiduciaria suscribieron el otrosí N° 2, donde se modificó la cláusula tercera del contrato y el 15 de



octubre del mismo año firmaron el otrosí N° 3 modificando la cláusula tercera del encargo fiduciario MR-799.

Expresó que BANCOLOMBIA celebró con varios de sus clientes contratos de arrendamiento financiero sobre algunos locales comerciales del proyecto Marcas Mall.

Manifestó que el 4 de noviembre de 2014, los representantes legales de la CONSTRUCTORA MARCAS MALL y ACCIÓN FIDUCIARIA suscribieron el documento denominado ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL donde concluyeron que se cumplieron las condiciones establecidas en el contrato y que por tanto la fiduciaria pondría a disposición del fideicomiso los recursos recaudados en la preventa.

Señaló que el 15 de enero de 2015, BANCOLOMBIA y la fiduciaria suscribieron el Encargo Fiduciario N° 0001100010252, el cual también fue firmado por TENIS S.A. en virtud del contrato de arrendamiento operativo suscrito con BANCOLOMBIA y PROMOTORA MARCAS MALL, cuyo fin era adquirir el local 1-073 en suma de \$3.150.000.000.00.

Que el objeto del encargo consistía en que la fiduciaria demandada administraría los recursos acordados y depositados por BANCOLOMBIA y que estos serían transferidos al promotor cuando se cumplieran las condiciones de transferencia.



Explicó que en virtud del Encargo Fiduciario N° 0001100010252, BANCOLOMBIA pagó la suma de \$2.835.000.000.00 en varios giros comprendidos entre el 9 de febrero de 2015 al 9 de noviembre del mismo año.

Declaró que las condiciones de transferencia del encargo fiduciario coincidían con la del Contrato de Preventas MR-799 y en particular se estableció que los requisitos para la transferencia de los recursos debían ser acreditados a mas tardar el 20 de mayo de 2015, prorrogables por 12 meses más.

Adujo que entre el Encargo Fiduciario de Preventas MR-799, el Encargo Fiduciario N° 0001100010252 y el Contrato de Fiducia FA-2351 existe una conexidad o coligamiento contractual.

Argumentó que la fiduciaria demandada le ocultó a BANCOLOMBIA que para la fecha de suscripción del Encargo Fiduciario N° 0001100010252, dos meses antes se había firmado el Acta de Verificación de cumplimiento de los requisitos para la transferencia de los recursos, lo que genera una responsabilidad precontractual por parte de la sociedad demandada al omitir su deber de información.

Arguyó que de acuerdo el literal d) del artículo 2º de la Ley 1328 de 2009, BANCOLOMBIA tiene la calidad de consumidor financiero y por tanto la fiduciaria tenía el deber de cumplir con su deber de información y constituye una conducta dolosa al no haber comunicado que ya se habían dado las condiciones para la transferencia de los recursos a la promotora, lo cual era el objeto del encargo fiduciario que suscribió con ella, pues de haberlo sabido no hubiera firmado ese contrato o se hubiera vinculado al proyecto por medio de



otro negocio jurídico dado que el objeto del encargo fiduciario ya se había agotado.

Comentó que la fiduciaria incumplió por lo menos con dos de los requisitos establecidos en la cláusula tercera del Encargo Fiduciario de Preventas MR-799, pues para la fecha de suscripción del Acta de Verificación, el inmueble sobre el cual se iba a desarrollar el proyecto no estaba en cabeza del fideicomiso como consta en la anotación 11 del certificado de tradición del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria N° 370-695292 y además tampoco se cumplió con que se habían celebrado un total de 52% de preventas estimadas del proyecto, pues por derecho de petición se obtuvo información que para el 4 de noviembre de 2014 solo había contratos en un porcentaje de 36.67%.

Que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. incumplió sus obligaciones contractuales de perseguir la consecución de la finalidad del negocio fiduciario consagrada en el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, pues transfirió los recursos al promotor sin haberse cumplido las condiciones previstas para tal fin; incumplió su deber de diligencia, profesionalidad y especialidad establecida en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, al certificar de manera dolosa “circunstancias que eran a todas luces falsas” como era la transferencia del inmueble o el punto de equilibrio del proyecto; incumplió el deber de lealtad y buena fe en la ejecución del contrato al “certificar hechos mentirosos”.

Dijo que además existe un incumplimiento de las obligaciones por parte de la fiduciaria, derivada del manejo irregular de los recursos del Fideicomiso FA-



2351 MARCAS MALL que llevó a la pérdida de recursos cercana a \$17.000.000.000.00, lo cual hizo que la ACCIÓN FIDUCIARIA presentara denuncia penal contra personas vinculadas al proyecto como el gerente de la oficina de Cali, señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO.

Estableció que dicha circunstancia conllevó a incumplir la obligación legal prevista en el artículo 1233 del Código de Comercio al no mantener los bienes fideicomitidos separados de otros patrimonios autónomos; con lo dispuesto en la cláusula décima quinta del Encargo Fiduciario N° 0001100010252 sobre gestión de riesgos asociados al negocio fiduciario en especial lo concerniente al riesgo operativo y por tanto la finalidad del encargo fracaso por la negligencia de la sociedad demandada.

Indicó que BANCOLOMBIA el 26 de abril de 2019 solicitó a la fiduciaria la devolución de los dineros transferidos sin que obre respuesta ni respuesta a un derecho de petición impetrado.

TRAMITE PROCESAL

Presentada la demanda se admitió por auto del 17 de septiembre de 2019.

Notificada la sociedad demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito, las que denominó:

“A. INEXISTENCIA DE PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL”; “B. ACCIÓN FIDUCIARIA ACTUÓ DE BUENA FE,



CON LEALTAD Y CORRECCIÓN”; “C. LA NO EXIGIBILIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA”; “D. LA INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA NO SE LE SUMINISTRO(sic) NO ERA RELEVANTE FRENTE A SU INTENCIÓN DE CONTRATAR”; “E. IMPROCEDENCIA DE EXIGIR INDEMNIZACIÓN POR LA ETAPA PRECONTRACTUAL CUANDO SE HA SUSCRITO UN CONTRATO”; “F. NO SE CONFIGURAN LOS PRESUPUESTOS PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD CIVIL”; G. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA”; “H. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”; “I. HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO”; “J. EL DEMANDANTE ES UN PROFESIONAL DENTRO DEL SISTEMA FINANCIERO”; “K. NO SE DAN LOS PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO” y “L. PARA QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN COLIGAMIENTO CONTRACTUAL, COMO SE SOLICITA EN LA DEMANDA, DEBEN CONCURRIR TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE SUSCRIBIERON LOS ENCARGOS FIDUCIARIOS INDIVIDUALES CON OCASIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799.”.

Se efectuó la audiencia inicial donde se practicaron interrogatorios y se decretaron pruebas.

Los días 23 y 24 de noviembre de 2022 se realizó la audiencia de instrucción y juzgamiento donde se practicaron pruebas y se corrió traslado para alegar.



En aplicación del numeral 5 del artículo 373 del Código General del Proceso, se emitió el sentido del fallo, por lo que, en uso de tal prerrogativa, se profiriere sentencia por escrito.

CONSIDERACIONES

Cabe señalar que no encuentra el Despacho nulidad que invalide lo actuado, la demanda está presentada con todas las formalidades que exige la ley, así como las partes se encuentran debidamente representadas para actuar.

Los problemas jurídicos que se establecieron desde la audiencia inicial consistieron en determinar, si entre el Encargo Fiduciario de Preventas MR-799, el Encargo Fiduciario No. 0001100010252 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y el Contrato de Fiducia FA-2351 hay un coligamiento contractual.

También si BANCOLOMBIA S.A. tiene la calidad de consumidor financiero.

Igualmente, si la sociedad demanda ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. es precontractualmente y también contractualmente responsable por suscribir el contrato de Encargo Fiduciario No. 0001100010252 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y la parte demandada y si incumplió con el deber lealtad y buena fe, el principio de confianza establecido en el artículo 863 del Código de Comercio y la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia; por no haber suministrado información relevante como señala el literal f) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; incumplido el literal d) del artículo 5 y el literal c) del artículo 7 de



la Ley 1328 de 2009; la cláusula primera del encargo fiduciario citado; el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio.

De manera subsidiaria se debe establecer si es civil y contractualmente responsable por infringir la cláusula tercera del encargo fiduciario de preventas MR-799 en concordancia con la cláusula primera del encargo fiduciario antes referido; que incumplió el deber consignado en el numeral 1 del artículo 1234 del Código Civil; su deber de diligencia establecido en la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia; su deber de lealtad y buena fe de que trata el artículo 871 del Código de Comercio; la cláusula tercera del encargo fiduciario de preventas MR-799; del manejo irregular de los recursos del FIDEICOMISO 2531 MARCAS MALL; del cumplimiento de su obligación legal prevista en el artículo 1233 del Código de Comercio; del incumplimiento de la cláusula décimo quinta del encargo fiduciario suscrito por BANCOLOMBIA sobre el riesgo operativo; y de lealtad y buena fe al momento de suscribir el contrato de encargo fiduciario N° 0001100010252 y por tanto la sociedad demandada debe pagar los perjuicios sufridos por BANCOLOMBIA en las cantidades referidas en las pretensiones de la demanda.

- Sobre el Coligamiento Contractual

En primer lugar, se debe establecer, si entre el Encargo Fiduciario de Preventas MR-799, el Encargo Fiduciario N° 0001100010252 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y el Contrato de Fiducia FA-2351 hay un coligamiento contractual.



La Corte Suprema de Justicia, frente al coligamiento contractual ha referido que:

“Los contratos coligados, aunque mantienen su autonomía y regulación legal propia, funcionalmente dependen recíprocamente, por virtud de la operación económica pretendida por las partes, de tal suerte que las contingencias de alguno pueden repercutir en los otros.”

(...)

De ese modo, es claro que los eventos genuinamente constitutivos de contratos coligados demandan un nexo o unión entre la finalidad y función de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de tal suerte que uno de ellos repercute sobre otro o respecto de todos, aunque también se puede presentar en el sentido de que dicha influencia sea recíproca, o bien, puede derivarse de un concurso simultáneo o de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico.

En ese tipo de eventos, el aspecto distintivo es que los diferentes contratos se unen, esto es, se relacionan como un todo; sin embargo, no puede confundirse el fenómeno de la coligación contractual con la existencia de varios contratos, entre las mismas partes, o con la presencia de varios actos jurídicos en el mismo documento; pues, lo trascendente, se reitera, no es el número de convenios, ni el número de textos, sino el número de causas que atan las varias convenciones con un objetivo común o interrelacionado, teleología que debe brotar evidente para mirar el negocio, con pluralidad de contratos, como uno solo.”¹

Conforme a lo anterior, el coligamiento contractual se presenta, cuando se celebran dos o más contratos autónomos pero que tiene un fin común o dependencia, pero cada uno de ellos con su propio objeto y regulación.

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Mag. Ponente Dr. LUIS ALONSO RICO PUERTA. SC5690-2018. Radicación n° 11001-31-03-032-2008-00635-01. Sentencia del 19 de diciembre de 2018.



Revisado el Encargo Fiduciario N° 0001100010252 suscrito entre BANCOLOMBIA S.A. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. se encuentra en su acápite de antecedentes que la Promotora Marcas Mall pretende adelantar un proyecto inmobiliario denominado MR-799 MARCAS MALL en la ciudad de Cali y como objeto del contrato, se estipuló que es para la administración de los recursos que deposite el inversionista y que hubiese acordado con la sociedad promotora, para que estos sean transferidos al momento en que se cumplan las condiciones pactadas en la cláusula primera del contrato.

Igualmente se aportó el “CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL” suscrito entre las sociedades demandadas, URBO COLOMBIA S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., cuyo objeto fue “la constitución de Encargos Fiduciarios para la inversión de los recursos recaudados por parte de la FIDUCIARIA, bajo el esquema de preventas, los cuales serán aportados por los INVERSIONISTAS al proyecto inmobiliario denominado MARCAS MALL...”.

Se determinó también en dicho contrato, que los recursos serán invertidos en encargos fiduciarios individuales a nombre de cada uno de los inversionistas por el tiempo que dure la etapa de preventas “y hasta que el PROMOTOR cumpla con la condición para la transferencia de los recursos, establecida en la cláusula tercera de éste contrato, momento en el cual, los recursos depositados por los INVERSIONISTAS serán puestos a disposición del PROMOTOR.”

Conforme a lo anterior es clara la existencia de la solicitud de coligamiento contractual, pues el convenio que realizaba la fiduciaria con los inversionistas,



tenía a grandes rasgos, el administrar los recursos que estos depositaban para la compra de los inmuebles en encargos fiduciarios individuales, a fin de que cuando se cumplieran los requisitos para el giro de esos dineros, estos se pusieran a disposición de la promotora y esta construyera el proyecto donde se ubicaban los inmuebles objeto de preventa, con la cual tenía a su vez el contrato MR-799 MARCAS MALL, que también contenía las mismas condiciones para poderse efectuar tal transferencia, por lo que hay una clara conexión entre uno y otro, pues los contratos están atados a una misma finalidad.

Por lo anterior no tiene sustento la excepción denominada “L. PARA QUE SE DECLARE LA EXISTENCIA DE UN COLIGAMIENTO CONTRACTUAL, COMO SE SOLICITA EN LA DEMANDA, DEBEN CONCURRIR TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE SUSCRIBIERON LOS ENCARGOS FIDUCIARIOS INDIVIDUALES CON OCASIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799.”, la cual además, ya fue resuelta como excepción previa, negándose la pretendida intervención de personas ajenas al proceso.

- Sobre la calidad de consumidor financiero de la entidad demandante

En segundo lugar, sobre la calidad de consumidor financiero de la entidad demandante BANCOLOMBIA S.A., tiene su origen en el artículo 78 de la Constitución Política y desarrollado en la Ley 1328 de 2009 que define esta figura como “todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.”.



De acuerdo a lo anterior, es consumidor financiero, cualquier usuario de bienes o servicios que brinden las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, sin que obre limitación alguna a que solo puedan ser personas naturales o jurídicas o menos aún, que sociedades vigiladas por la misma entidad no puedan adquirir tal calidad al hacer uso de un servicio financiero como en este caso una fiducia.

Igualmente, la ley no se hace diferenciación o salvedad alguna entre consumidores financieros que simplemente como personas naturales accedan a los servicios que presten las entidades vigiladas, con los que se tengan por calificados por prestar también tal actividad, como es el caso de la demandante, por lo que al no haber tal distinción legal, las defensas presentadas en tal sentido no tienen respaldo alguno.

Con base en lo expuesto, no resultan procedentes las excepciones de “J. EL DEMANDANTE ES UN PROFESIONAL DENTRO DEL SISTEMA FINANCIERO” y “K. NO SE DAN LOS PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO”, pues como ya se dijo, el hecho de que la entidad demandante haga parte del sistema financiero, no hay norma legal que lo excluya al hacer uso del mismo, como inversionista en un contrato de fiducia, de tener los derechos que le asisten a cualquier consumidor financiero.

Por otro lado, en el proceso no se invocó acciones de protección al consumidor financiero, sino de responsabilidad precontractual y contractual, por lo que no tienen fundamento las excepciones antes transcritas.



- Sobre la responsabilidad precontractual de la fiduciaria demandada

En tercer lugar, sobre la responsabilidad precontractual por la fiduciaria, alude la parte demandante, que dicho sociedad incumplió con el deber de información, lealtad y buena fe al no haber informado que cerca de dos meses antes a la suscripción del encargo, se habían cumplido las condiciones de transferencia y por tanto, de haberlo sabido hubiera efectuado averiguaciones del proyecto que supuestamente ya estaban superados como el punto de equilibrio, el dominio del inmueble en cabeza del fideicomiso entre otros.

Al respecto, está probado que BANCOLOMBIA S.A. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. participaron en la contratación del encargo fiduciario N° 0001100010252, la primera como inversionista y la segunda como fiduciaria, en donde, como ya se dijo previamente, el objeto del contrato consistía en la administración de los recursos depositados por BANCOLOMBIA S.A. acordados con la sociedad promotora para la adquisición de un local, y que estos fueran transferidos al momento en que se cumplan las condiciones pactadas en la cláusula primera del contrato.

Revisado el encargo fiduciario N° 0001100010252 se encuentra que este fue firmado por BANCOLOMBIA y la fiduciaria demandada, el 15 de enero de 2015.

Igualmente se observa en el acervo documental aportado, el “ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL”, expedida por el representante legal de la demandada ACCIÓN FIDUCIARIA



señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO y el señor FERNANDO AMOROCHO en representación de la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. de fecha el 4 de noviembre de 2014, es decir con anterioridad a la firma del encargo fiduciario.

En la referida acta se certificó por parte de la fiduciaria que “Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto la FIDUCIARIA procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas.”.

Sin embargo, en dicho contrato no se hizo tal salvedad, sino por el contrario en la cláusula primera se determinó como objeto “que estos recursos sean transferidos al Promotor, una vez se cumplan por éste, las condiciones de transferencia de recursos...”, de modo que está demostrado claramente que para la fecha en que Bancolombia firmó el encargo fiduciario, esto es el 15 de enero de 2015, ya se había certificado por la fiduciaria demandada que para el 4 de noviembre de 2014, se habían cumplido los requisitos para la transferencia de los recursos de los inversionistas, lo cual va en contra de lo manifestado en la citada cláusula primera.

La buena fe tiene consagración constitucional, al referirse en el artículo 83 que las actuaciones de los particulares deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume y por tanto para desvirtuarse, se requiere prueba en contrario.

Igualmente el Código de Comercio determina en su artículo 871, que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo



pactado sino también a todo lo correspondiente a la naturaleza e inherencia del mismo.

Por su parte la Ley 1328 de 2009 en su artículo 3 aplicable para la sociedad demandada, por ser una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, establece como principios en sus relaciones con los consumidores financieros en su literal a), el de la "Debida Diligencia", que consiste en que "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."

Del mismo modo, como derechos de los consumidores financieros, establece el artículo 5 en su literal 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. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado."

Conforme a las normas citadas, el consumidor financiero y en general toda parte contractual tiene derecho a obtener una información clara, cierta, transparente y veraz del producto ofrecido, en este caso, del encargo fiduciario, su objeto, características y demás efectos, a fin de que no se le



induzca a error respecto de las condiciones del mismo, sus derechos y obligaciones, por lo que oferente es responsable de su contenido.

Así las cosas, la sociedad demandada no obró de buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual, puesto que incluyó una cláusula ajena a la realidad del momento en que se suscribió el contrato de encargo fiduciario N° 0001100010252, dado que como se ha referido, para la fecha de su firma con BANCOLOMBIA, ya se había proferido acta de verificación de requisitos para el giro de los recursos a la promotora del proyecto, por lo que se debió haber informado de tal situación a la inversionista demandante y obviamente no haber incluido tal cláusula y menos aún como objeto del mismo, que se repite, era una circunstancia totalmente ajena a la realidad.

Ahora, si bien se aduce que la fecha del acta de verificación no corresponde a la que en verdad se suscribió por el representante de la fiduciaria y de la promotora, lo cierto es que no obra prueba que en efecto esto haya sido así, sino que corresponde a un dicho carente de prueba y por tanto sin ningún respaldo jurídico.

No son de recibo las afirmaciones de la parte demandada, en el sentido que por la calidad de entidad financiera de BANCOLOMBIA, esta debió haber conocido o investigado tal situación, pues precisamente, en desarrollo del principio de la buena fe, le correspondía a la fiduciaria haber puesto en conocimiento tal situación y se repite, excluir una cláusula ajena a la realidad, como la tantas veces citadas, esto es, que administraría los recursos de la demandante, hasta que se acreditaran por la promotora las condiciones de transferencia, cuando ya, desde el 4 de noviembre de 2014 se había dado tal



situación, con lo cual se alteró la voluntad de la entidad demandante y más grave aún el contenido real del contrato.

Es claro que BANCOLOMBIA como entidad financiera que es, debe conocer los pormenores de un contrato como el de encargo fiduciario, sus características, ventajas y desventajas para sus intereses, pero claramente como parte comercial espera que su contraparte obre de buena fe y no oculte información preponderante para el desarrollo del mismo, y menos aún que plasme como propósito de un contrato, un objeto ajeno a la realidad, pues el principio de la buena fe le impone el deber de obrar con transparencia.

Como refirió uno de los testigos que laboran en la entidad demandante, ellos verifican el contrato, más no entran a revisar si ya se cumplió o no con el punto de equilibrio, lo cual considera el despacho, corresponde a una obligación legal que está en cabeza de la fiduciaria y por tanto en el acta de verificación se expidió tal constancia, pese a que el inmueble sobre el cual se iba a construir el proyecto, aun no estaba en cabeza del fideicomiso, sino del vendedor, LABORATORIOS BAXTER según se observa en la anotación 011 del certificado de tradición.

Por tanto resulta ilusorio pretender basar la defensa de la sociedad demandada, en una supuesta falta de diligencia de la entidad inversionista y que esta partiera de una supuesta mala fe contractual de su contraparte comercial y darse a la tarea de escudriñar todo el clausulado y los pormenores del contrato, cuando claramente la fiduciaria faltó a un deber preponderante como es la de incluir como objeto del contrato una situación que ya estaba superada y por ende ajena a la realidad, transgrediendo el mentado principio



de la buena fe comercial, por lo que es ilógico pretende excusar a la demandada trasladando a la demandante la falta en que incurrió ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Con este proceder, la sociedad demandada como parte contractual y ente vigilado por la Superintendencia Financiera transgredió su deber de conducta y el referido principio de la buena fe pues la demandante tenía derecho a fiarse en que los términos del contrato eran reales y la fiduciaria tenía obligación a honrar esa confianza y obrar con rectitud y no haber ocultado que para la fecha en que se iba a suscribir el contrato de encargo fiduciario, esto es, el 15 de enero de 2015, ya se había expedido el 4 de noviembre de 2014, por su representante señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO "ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL", para el giro de los recursos a favor de la promotora.

Como conclusión de lo anterior, resulta evidente que la conducta de la sociedad demandada no se ejecutó de buena fe exenta de culpa, sino que se ocultó información preponderante que de haberse conocido por la parte actora, claramente hubiese modificado el objeto del contrato o incluso no hubiese existido, porque una vez cumplidos los requisitos por la promotora para la transferencia de los recursos de los inversionistas, como lo certificó el representante de la fiduciaria, obviamente no tenía por qué haber recibido los dineros de la sociedad demandante, por lo que se configura la alegada responsabilidad precontractual en cabeza de la sociedad demandada.



Así las cosas, las excepciones de “A. INEXISTENCIA DE PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL”; “B. ACCIÓN FIDUCIARIA ACTUÓ DE BUENA FE, CON LEALTAD Y CORRECCIÓN”; “C. LA NO EXIGIBILIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA”; “D. LA INFORMACIÓN QUE ALEGA BANCOLOMBIA NO SE LE SUMINISTRO(sic) NO ERA RELEVANTE FRENTE A SU INTENCIÓN DE CONTRATAR”; “E. IMPROCEDENCIA DE EXIGIR INDEMNIZACIÓN POR LA ETAPA PRECONTRACTUAL CUANDO SE HA SUSCRITO UN CONTRATO”, resultan ausentes de prueba conforme a las razones expuestas.

- Sobre la responsabilidad contractual de la sociedad demandada

La parte actora solicitó la declaración de incumplimiento de la sociedad demandada del encargo fiduciario N° 0001100010252, como del Contrato de Fiducia Mercantil Inmobiliaria Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall.

Para que se configure la responsabilidad civil contractual, se exige los siguientes elementos:

- a) La existencia de un vínculo contractual;*
- b) El incumplimiento del contrato o su cumplimiento defectuoso por parte del demandado;*
- c) Que el incumplimiento de la obligación acarree un daño o perjuicio al demandante y*



d) La relación de causalidad entre el daño y la culpa contractual del demandado.

El vínculo contractual se acreditó con los citados encargos fiduciarios allegados con el escrito de demanda donde ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. funge, valga repetir, como fiduciaria del proyecto MARCAS MALL y como inversionista la acá demandante BANCOLOMBIA S.A.. Como promotora y constructora del proyecto la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S.

Como objeto del encargo, se estipuló que tenía como fin la administración de los recursos que deposite el inversionista y que hubiese acordado con la sociedad promotora, para que estos sean transferidos al momento en que se cumplan las condiciones pactadas en la cláusula primera del contrato.

Igualmente se aportó el “CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL” suscrito entre las sociedades demandadas, URBO COLOMBIA S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., cuyo objeto fue “la constitución de Encargos Fiduciarios para la inversión de los recursos recaudados por parte de la FIDUCIARIA, bajo el esquema de preventas, los cuales serán aportados por los INVERSIONISTAS al proyecto inmobiliario denominado MARCAS MALL...”.

En este contrato se determinó también, que los recursos serían invertidos en encargos fiduciarios individuales a nombre de cada uno de los inversionistas por el tiempo que dure la etapa de preventas “y hasta que el PROMOTOR cumpla con la condición para la transferencia de los recursos, establecida en la cláusula tercera



de éste contrato, momento en el cual, los recursos depositados por los INVERSIONISTAS serán puestos a disposición del PROMOTOR."

Como se invocó en las pretensiones de la demanda, el incumplimiento de los contratos antes transcritos por parte de la demandada, así como del encargo fiduciario suscrito por la demandante, le corresponde a BANCOLOMBIA el deber de demostrar que la fiduciaria demandada, incumplió con las obligaciones consignadas en los contratos objeto de demanda y los perjuicios causados.

A la par, debe probar la adecuada relación de causalidad entre la culpa y el daño aducido, a fin de que haya viabilidad para la prosperidad de las pretensiones invocadas.

Por su parte, la sociedad demandada tiene la posibilidad de exonerarse de responsabilidad si acreditan que no hubo incumplimiento, o que el hecho dañoso se produjo con ocasión de una fuerza mayor; por caso fortuito; el hecho de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima.

El artículo 1602 del Código Civil dispone que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes; a su turno el artículo 1603 del mismo Código dispone que la ejecución de los contratos debe hacerse de buena fe y por tanto obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por ley, pertenecen a ella, como ya fue objeto de estudio anteriormente.



Acorde con lo anterior, los contratos deben realizarse en la forma prevista por las partes, pues de lo contrario se incurre en un incumplimiento al convenio por ellas pactado.

Como ya se ha referido, entre los múltiples incumplimientos que alega la parte actora con que sustentó la demanda, está en que para la fecha en que se suscribió el encargo fiduciario, ya se había certificado por el representante de la demandada, acta de verificación de requisitos para la transferencia de los recursos a la promotora del proyecto, por lo que el objeto del encargo fiduciario resulta ajeno a la realidad; que no honró su deber de perseguir la consecución del negocio fiduciario; que hubo manejo irregular de los recursos por parte de la demandada; que no separó sus bienes de los patrimonios autónomos que se constituyeron; que no obró con diligencia ni profesionalidad como está obligada.

De la observación del encargo objeto de demanda suscrito el 15 de enero de 2015, se encuentra en primer lugar, que su objeto era administrar los recursos que depositara BANCOLOMBIA, a fin de transferirlos cuando el promotor cumpliera las condiciones para el giro.

En la cláusula segunda, numeral 3) se pactó igualmente, que los recursos depositados por los inversionistas junto con sus rendimientos, al promotor "una vez éste aporte a la FIDUCIARIA copia de los documentos requeridos para acreditar la condición de transferencia de recursos establecida en la cláusula precedente."



A su vez, en la cláusula primera se estipuló como condiciones para efectuar la transferencia, la constancia de radicación del permiso de ventas para cada etapa del proyecto; la licencia de urbanismo y construcción vigentes; la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgado por la entidad financiera; haber celebrado un total de encargos fiduciarios de preventas equivalentes al 52% de las ventas estimadas del proyecto; haber suministrado el presupuesto de construcción y flujo de caja del proyecto aprobada por el interventor y el promotor; que los encargos fiduciarios tengan saldos equivalentes al 15% de las unidades comprometidas en venta y certificado de tradición del lote en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza del fideicomiso administrado por la acá demandada. En el párrafo de la misma cláusula se pactó, que dichas condiciones se deben acreditar a más tardar, el 20 de mayo de 2015.

Por otro lado, la documental allegada “ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL”, expedida por la demanda ACCIÓN FIDUCIARIA el 4 de noviembre de 2014 y suscrita por el señor FERNANDO AMOROCHO en representación de PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S y el señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO como representante de la fiduciaria, se determinó que “Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto la FIDUCIARIA procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas.”.



En este punto, se encuentra probado, que para la fecha de suscripción del referido documento, esto es el 4 de noviembre de 2014, el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, que corresponde al lote donde se iba a desarrollar el proyecto, solo quedó en cabeza del fideicomiso, mediante escritura 2845 del 19 de noviembre de 2014 de la Notaría 11 de Cali, como consta en la anotación 011, es decir con posterioridad a la fecha en que se certificó que se cumplía con tal condición.

Por otro lado, el acta de verificación de transferencia de dineros a la promotora es anterior a la firma del encargo con BANCOLOMBIA, por lo que es claro, como ya se dijo anteriormente, que el objeto del contrato ya se había agotado, por lo que no era dable que la fiduciaria se obligara con la demandante a administrar unos recursos que ya no tenía por qué tener, pues se repite, ya se había agotado el fin del encargo de preventas.

Ahora, si bien se pactó en los encargos fiduciarios que la obligación de la fiduciaria era de medio y no de resultado, lo cierto es que esta obró de manera negligente en el manejo de los recursos que se confiaron para su administración, al incumplir con lo pactado y aún más grave suscribir con BANCOLOMBIA un encargo fiduciario cuando el objeto del contrato ya se había cumplido.

Al respecto, el testigo PABLO TRUJILLO TEALDO refirió en su declaración que como auditor en efecto encontraron que quien obraba como gerente de la fiduciaria en Cali, desvió recursos y desembocó en que fuera denunciado penalmente por prácticas de “jineteo”. También señaló que los requisitos para



el giro de los recursos se cumplieron, pero después de la firma del acta de verificación.

El testigo JORGE LUIS MOSCOTE GNECCO, manifestó haber trabajado en la sociedad demandada hasta junio de 2018 y refirió que el proyecto del centro comercial se quedó sin recursos. Igualmente manifestó que no era usual el giro de los recursos que hizo quien se desempeñaba como gerente en la ciudad de Cali.

Conforme a los testimonios y la prueba documental, es claro que no se configura la excepción de “I. HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO”; pues quien efectuó el manejo irregular de los recursos era un empleado de la fiduciaria demandada y no una persona ajena a ellos.

Por otro lado, es de resaltar, que no se recrimina que la sociedad fiduciaria no haya ejecutado la construcción del centro comercial sobre el cual la sociedad demandante pretendió adquirir un local, pues en efecto, su obligación no era la edificación de este, sino la de haber suscrito con BANCOLOMBIA un contrato ajeno a la realidad, por el agotamiento previo de su objeto, así como la falta de manejo diligente de los recursos de los inversionistas constituidos en preventas, pues como consta en las documentales aportadas y en las testimoniales recibidas, obra denuncia penal interpuesto por la sociedad demandada, por supuestos malos manejos por parte de su funcionario y representante legal de la sucursal de la fiduciaria en Cali, sumado a que se giraron los recursos de los inversionistas al promotor sin el cumplimiento de los requisitos estipulados por las partes en los encargos fiduciarios demandados.



Es evidente entonces, que no se cumplió por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con lo estipulado en la cláusula primera y por ende también con el numeral 7. pues está probado que para la fecha en que se suscribió el acta de verificación el inmueble no estaba en cabeza del fideicomiso; del a cláusula segunda numeral 3); cláusula quinta y cláusula octava numerales 2.) y 6.) del encargo fiduciario N° 0001100010252, pues se pusieron a disposición del promotor los recursos sin el cumplimiento de tales requisitos a los que se obligó de manera clara y expresa la fiduciaria.

Por lo anterior se tiene por acreditado el incumplimiento de la sociedad demandada ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. conforme a las razones antes expuestas, a sus deberes legales y contractuales.

En síntesis las excepciones de “F. NO SE CONFIGURAN LOS PRESUPUESTOS PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD CIVIL” y G. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA” no se encuentran probadas.

Ahora frente al requisito, que el incumplimiento de la obligación acarree un daño o perjuicio a los demandantes, no se probó por parte de la sociedad fiduciaria que haya devuelto los recursos que depositó BANCOLOMBIA y menos aún que le haya escriturado el inmueble objeto del encargo fiduciario y que iba a poner como locatario mediante contrato de leasing a la sociedad TENNIS S.A., pues ni siquiera a la fecha se ha ejecutado el proyecto.



Es claro por tanto, que se le ha causado una lesión en su patrimonio dado que a la fecha no han recibido el dinero puesto a disposición de la sociedad fiduciaria

Por consiguiente, con las pruebas allegadas y recaudadas, se acreditó la relación de causalidad, entre el daño y la culpa contractual de la sociedad demandada, pues ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. firmó un contrato de encargo fiduciario con BANCOLOMBIA S.A. con el fin de transferir sus recursos al promotor del proyecto, solo hasta que cumpliera las condiciones de transferencia, no obstante, para su fecha de suscripción ya había proferido acta de verificación para el giro y sin embargo recibió mes a mes cada uno de los pagos que efectuó la demandante.

Igualmente, transfirió los recursos de los inversionistas sin el cumplimiento de los requisitos pactados en el encargo fiduciario a la sociedad promotora y está a su vez no ejecutó la obra que iba a poner en cabeza de la demandante el inmueble objeto de negociación, sin que la excepción propuesta de “H. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”; por la sociedad demandada rompan el referido nexo causal.

Establecidos los elementos para declarar la responsabilidad civil contractual en cabeza de la sociedad demandada, corresponde tasar las condenas solicitadas con el escrito de demanda.

Solicitó la demandante como condenas principales la devolución de las sumas pagadas, a lo cual accederá el Despacho, conforme a los citados



incumplimientos por parte de la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Del mismo modo se condenará al pago de los intereses remuneratorios desde la fecha en que se realizaron cada uno de los pagos y hasta que quede ejecutoriada esta providencia, dado que con posterioridad se generaran intereses moratorios.

Con fundamento en lo expuesto, se accederá a las pretensiones en la forma indicada y se negaran las demás declaraciones solicitadas por BANCOLOMBIA S.A. toda vez que no se aportó prueba alguna que las acredite además de resultar irrelevantes para el objeto del litigio; se declararán no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la sociedad ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y se le condenara en costas.

*En mérito de lo expuesto el **JUZGADO Y TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,*

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR *no probadas las excepciones de mérito propuestas por la sociedad demandada ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

SEGUNDO: DECLARAR *que la sociedad ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. es civilmente responsable con la parte demandante BANCOLOMBIA S.A., por los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del Contrato de*



PROCESO N°: 110013103038-2019-00506-00
DEMANDANTES: BANCOLOMBIA S.A.
DEMANDADOS: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

DECLARATIVO - PRIMERA INSTANCIA

Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall y el encargo fiduciario N°. 0001100010252, este último celebrado por la sociedad fiduciaria demandada con la referida demandante.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la sociedad demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. a pagar a favor de BANCOLOMBIA S.A. la suma de \$2.835.000.000.00 como suma cancelada por esta, en el encargo fiduciario No. 0001100010252 junto con los intereses remuneratorios a la máxima certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, liquidados desde el día en que se hicieron cada uno de los desembolsos por la sociedad demandante y hasta la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones declarativas solicitadas por BANCOLOMBIA S.A. como consecuencia de lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. a favor de la parte demandante. **FIJAR** como agencias en derecho la suma de \$145.000.000.00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ

Esta providencia se notifica por anotación en estado electrónico
No. **155** hoy **9 de diciembre de 2022** a las **8:00** a.m.

MARÍA FERNANDA GIRALDO MOLANO
SECRETARIA

Firmado Por:
Constanza Alicia Pineros Vargas
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **175dd7a101c9ca1c9b053e42198743402f8d04cd80595bab9a2a120b8ba4776d**

Documento generado en 07/12/2022 03:52:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>