



República de Colombia - Rama Judicial
Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali – Valle

Santiago de Cali; Veintinueve (29) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

Proceso: Verbal – Responsabilidad Civil Contractual

Radicado: 760013103007 2018 00187-01

Demandante: Sociedad Maquite S.A.

Demandado: Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Llamada en Garantía: SBS Seguros De Colombia S.A. - antes AIG Seguros De Colombia S.A.

Sentencia No. 56

Asunto a decidir

De conformidad con lo previsto en los artículos 280 y 373 del Código General del proceso, procede este Despacho a decidir mediante sentencia escrita la demanda Verbal de Responsabilidad Civil Contractual interpuesta por la sociedad Maquite S.A. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., entidad que llamó en garantía a la aseguradora SBS Seguros De Colombia S.A., de la siguiente manera:

1. Parte descriptiva

1.1. Descripción del caso objeto de decisión

1. En el libelo genitor del proceso, la sociedad Maquite S.A. solicita principalmente, declarar que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió las obligaciones contractuales y legales derivadas del contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 0001100010248 suscrito con ella en fecha 2 de mayo de 2014, por transferir los recursos a la promotora del proyecto inmobiliario denominado centro comercial Marcas Mall Cali sin la verificación de las condiciones pactadas para tal fin. Consecuencialmente solicita que, se declare a esta civilmente responsable del detrimento patrimonial que le causó por el desembolso de los dineros entregados para su custodia y administración en cuantía de \$\$464.100.000,00 a Promotora Marcas Mall, ordenando que se la restituya debidamente indexado, más el pago de los intereses legales liquidados sobre cada uno de las cuotas entregadas desde la fecha que los entregó a la promotora y hasta que se verifique su pago total.

2. La causa petendi, en síntesis, se sustenta en los siguientes hechos:

a) Que la sociedad Maquite S.A., con interés en el proyecto CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL CALI, suscribió con ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. el contrato de vinculación de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010248 de fecha 2 de mayo de 2014, con la finalidad que esta

última administrara los recursos depositados para la adquisición del local comercial No. 3R1, cuyo valor total de la inversión ascendía a la suma de \$928.200.000,00, para ser transferidos conforme al plan de pago anexo a este contrato y que se aporta con la demanda.

b) Que el objeto de este contrato contempló, entre otros aspectos, la administración de los recursos que depositaran los inversionistas, correspondientes a las sumas de dinero acordadas entre estos y la promotora del proyecto MARCAS MALL CALI, para luego transferírseles una vez cumpliera las condiciones de transferencia estipuladas en la CLÁUSULA PRIMERA del referido contrato fiduciario; mismas que se estipularon en el contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL, que debían estar acreditados a más tardar el día veinte (20) de mayo de 2015, prorrogable unilateralmente por el promotor por el término de un (1) año más, según parágrafo de este clausulado. (Ver anexos 1 y 3).

c) Que la mencionada Fiduciaria incumplió gravemente las obligaciones legales y contractuales de manera descuidada, específicamente, con la correcta administración de los recursos aportados por la inversionista Maquite S.A., por transferirlos a la promotora del proyecto inmobiliario sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en los contratos Encargos Fiduciarios de Venta Promotor MR-799, CLÁUSULA TERCERA, y del individual No. 0001100010248, CLÁUSULA PRIMERA, certificando estas como cumplidas, cuando esto no era del todo preciso para cuando se suscribió el Acta de verificación de cumplimiento de requisitos de fecha el 4 de noviembre de 2014 y que dio inicio a tal transferencia, (Ver anexo 6).

d) Que entre los requisitos que se encontraban ausentes de cumplimiento y que se certificaron como ciertos por la fiduciaria fueron los establecidos en los numerales 3, 5, 7 y 8 de la CLÁUSULA PRIMERA del contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010248 y CLÁUSULA TERCERA del Encargo Fiduciario De Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL, probando aquello con los documentos anexos 6, 7, 8, 9, 10 y 11 y que se resumen al Acta de Verificación; certificado de tradición del inmueble de matrícula inmobiliaria 370-695292 de la ORIP de Cali; Escritura Pública de compraventa; respuesta a un derecho de petición que hace la Fiduciaria a una de las sociedades inversionistas; documento donde establece clasificación de las unidades que harían parte del proyecto por área y por valor de ventas y el valor del punto de equilibrio fiducia FASE I – (52% Ventas) y; certificación de no crédito constructor firmada por el representante legal de PROMOTORA MARCAS MALL y radicada en Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en fecha 14 de noviembre de 2014. Todas estas con registro de fechas posteriores al Acta de verificación de requisitos.

e) Que conforme a lo expuesto, deduce la actora que en el "ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS" fechada el 4 de noviembre de 14, la Fiduciaria demandada realizó manifestaciones ajenas a la realidad, pues no solo no comprobó el cumplimiento de los requisitos señalados en los citados contratos de encargo fiduciario, sino que incumplió deliberadamente las obligaciones contractuales de manera negligente y hasta mal intencionada, certificando en ese documento el cumplimiento de unas condiciones para proceder a la transferencia de los recursos al fideicomitente cuando no se habían cumplido, así como también infringió el deber legal emanado en el artículo 97 del EOSF así:

-Por realizar junto con la Promotora Marcas Mall S.A.S. modificaciones al contrato de Encargo Fiduciario De Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL en los Otros Si 1, 2 y 3 de marzo, mayo y octubre de 2014 respectivamente, que cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos de los inversionistas y por ende, transformó diametralmente lo pactado en el Encargo fiduciario individual y no fue informado a la demandante.

- Por inducir de manera dolosa en error a la demandante que influyó sobre el ánimo o la intención de suscribir el Otro Sí No. 1 al contrato de encargo fiduciario individual, con conocimiento de la Fiduciaria porque para esa fecha el Acta de verificación del 4 de noviembre de 2014 plasmaba hechos ajenos a la realidad, porque no se cumplía con las condiciones contractuales *sine qua non* para la transferencia de los recursos a la promotora previamente señalados.

f) Que al incumplir Acción Sociedad Fiduciaria S.A., con las señaladas obligaciones contractuales y legales, condujo a la sociedad Maquite S.A. a un detrimento patrimonial, dado que frente a las ligerezas con las que se manejaron los dineros entregados para su administración, a la fecha no cuenta con esta inversión porque no se la ha reintegrado, tampoco con el inmueble ofrecido, y el proyecto está paralizado hace más de 3 años, por lo que considera que se estructura el nexo causal entre la omisión de la demandada y el daño que se le generó a la demandante por la inejecución del proyecto, sin poner en duda que dada la inobservancia de la demandada de los deberes contractuales concretos y del principio general de la buena fe, se configura la responsabilidad civil contractual a su cargo, debiendo así responder por las sumas de dinero que le entregó para su guarda, custodia, cuidado y administración.

g) Por último, manifiesta que de su parte cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales y legales fijadas en el contrato de Encargo Fiduciario Individual y su correspondiente Otro Sí No.1, en tanto que suscribió con el PROMOTOR el contrato de promesa de compraventa y entregó a la Fiduciaria la suma de \$464.100.000,00, y el saldo debía ser cancelado con la escrituración del lote que no se hizo.

1.2 Respuesta de la parte pasiva

1. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. mediante apoderado judicial llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A., y contestó la demanda con expresa oposición a las pretensiones e interpuso las excepciones de mérito denominadas: “(i) Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable; (ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva y; (iii) Error en la identificación del contrato celebrado.”. Las excepciones se sustentan a folios 369 a 383 del Cuaderno 2 del expediente.

2. SBS Seguros Colombia S.A. concurre al llamado y contesta la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento que la parte actora no le asiste el derecho reclamado y que no existe responsabilidad en cabeza suya ni de la demandada, y propone en su defensa las siguientes excepciones de mérito: “(i) Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demanda Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte del demandante; (ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Sociedad Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar

de Marcas Mall SAS; (iii). Los argumentos de estas excepciones se pueden observar a folios 69 a 73 del Cuaderno 3 del expediente.

En lo que respecta expresamente al llamamiento en garantía se opone a sus pretensiones con fundamento en que los supuestos fácticos no se adecuan a las condiciones del seguro de responsabilidad civil otorgado, de manera que propone en su defensa las excepciones perentorias que denomina: “(i) Ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria; (ii) Ausencia de cobertura de la póliza sección III responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros de Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro en especial de las exclusiones consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”.

Como subsidiarias propone: “(i) Improcedencia de la indemnización de cualquier suma que le resulte superior al límite asegurado de cada una de las secciones de la póliza No. 1000099 expedida por SBS SEGUROS Colombia S.A; (ii) improcedencia de la acumulación de los límites asegurados bajo la póliza No. 1000099; (iii) aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 1000099.”. Las relacionadas excepciones se sustentan a folios 69 a 80 del Cuaderno 3.

2. Alegatos de conclusión de las partes

Sociedad Maquite S.A., se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda e insistió en que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. si incumplió las condiciones pactadas en el contrato de encargo fiduciario al igual que los deberes de información, lealtad, buena fe, previsión y de diligencia, puesto que si le hubiera informado que había transferido los dineros de los compradores al proyecto inmobiliario objeto del contrato de encargo fiduciario individual sin el cumplimiento todas las condiciones pactadas y conocidas en su momento, no habría consignado su dinero en el año 2015 cuando el proyecto ya presentaba retraso, agregando además que estos dineros fueron objeto de jineteo y del actuar delictivo del representante legal de la fiduciaria cuando fueron transferidos al fideicomiso FA2351.

Dice que correspondía a la fiduciaria verificar si se cumplían o no las condiciones pactadas en el encargo fiduciario individual por parte del promotor para la transferencia de los recursos de estos encargos fiduciarios, que en efecto, no fueron cumplidos, pero si certificados como tal por la fiduciaria en el acta de verificación del 4 noviembre de 2014 para la fecha en la que inició la transferencia de los recursos, como consecuencia del desconocimiento de sus deberes legales y contractuales, de donde emerge su responsabilidad patrimonial por la que está siendo llamada a responder, pues insiste que la demandada no tuvo los controles que la ley exige para evitar así el fraude, las maniobras engañosas y las conductas delictivas de su representante legal durante los años 2014 a 2017 al interior de su oficina de la ciudad de Cali.

Que es un principio de las fiduciarias actuar con el mayor grado de diligencia en su gestión y en especial al administrar los recursos, por lo que responde hasta por la culpa leve tal y como lo establece el artículo 1243 del código comercio y abordada por la Corte Suprema de Justicia en el año 1995 con ponencia del Magistrado Javier Tamayo, en un caso relacionado con una presunta responsabilidad civil de una sociedad

fiduciaria en el que se determinó dos obligaciones fundamentales para el fiduciario de la siguiente manera: *“si el fiduciario en desarrollo de su gestión entrega bienes a un tercero y estos perecen y aquel ha obrado con culpa o imprudencia el detrimento patrimonial recaerá en el fiduciario como titular del patrimonio autónomo y responderá con su propio patrimonio por las pérdidas, si por el contrario obró de manera diligente la pérdida del bien la deberá sufrir el fiduciario en calidad de titular del patrimonio autónomo sin afectar su propio patrimonio”*. En este caso, alega la actora que se está frente a un actuar no sólo culposo, sino doloso por las maniobras engañosas y actuaciones fraudulentas de la demandada que llevaron al fracaso del proyecto, ocasionadas por el no cumplimiento de sus obligaciones de control interno respecto del gerente de la sucursal de Cali su representante legal y demás empleados de la misma, especialmente durante los años 2014 y 2015, conforme se prevé de la denuncia penal presentada por Acción Sociedad Fiduciaria contra su representante legal y trabajadores de la sucursal de Cali.

Agrega que no informársele sobre las tres modificaciones estructurales al encargo fiduciario de preventas efectuadas con posterioridad al encargo fiduciario se mantendrían las conocidas en su contrato, por lo que al desestimar la demandada las instrucciones pactadas para cuando transfirió los recursos, le generó el perjuicio material reclamado en la demanda, aun así cuando consignó sus recursos con posterioridad a la declaratoria del punto de equilibrio, en tanto que actuó regida por las instrucciones conocidas en su contrato.

Acción Sociedad Fiduciaria S.A., alega que se ratifica en las excepciones propuestas en la demanda por cuanto no se encuentran demostrados los requisitos de la responsabilidad contractual, como así se dispuso en un juicio perdido por la togada de la parte demandante en un proceso con idénticas condiciones a las acá debatidas, donde se abordó el tema del proyecto inmobiliario en cuestión y se consideró que si se cumplieron los requisitos, aunque después de la transferencia de los recursos; que no está evidenciado el daño ni muchos menos que se imputable a acción fiduciaria pues que cumplió con las exigencias del contrato de encargo fiduciario que firmó con la demandante, que no puede confundirse entre el encargo matriz 2351, queriendo la actora por conducto de esta acción enriquecerse a su costa, al tenerse el dinero invertido en el proyecto inmobiliario representado en una alícuota que le corresponde sobre el predio donde se construiría el proyecto, recordando que no es de pasar por alto que esta inversión se hizo con ocasión a las instrucciones expresas de la sociedad demandante y asume que demandante no cumplió con el deber de indagación sobre la información del el proyecto, como se corroboró en su interrogatorio cuando dijo no haberlo hecho.

Concluye que pretende la demandante darle relevancia tanto a la denuncia como a las imprecisiones del acta, lo cual bajo ninguna circunstancia produjo daño a los recursos por ella aportados, teniendo en cuenta que el asunto que le competía a la Fiducia fue cumplido, que como lo declaró en el interrogatorio de parte, todas las acciones debían ser desarrolladas por el promotor del proyecto con sujeción a los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario, por lo que no encuentra probado el daño a pesar de encontrar imprecisiones, menos aun cuando la actora aportó recursos cuando ya se tenía el cumplimiento de los requisitos estipulados en el contrato, reiterando que quien tenía la obligación de verificarlos y cumplirlos técnicamente para que se

procediera a la transferencia de los recursos era Marcas Mall Cali y no su representada, encontrando conforme a estos argumentos la falta de legitimación por pasiva, insistiendo que las obligaciones reprochadas por Maquite S.A. no estaban en cabeza suya y que las actividades que desplegó de acuerdo al encargo fiduciario sí se cumplieron, trayendo a colación en sustento de sus afirmaciones un fallo de segunda instancia proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali dentro de un caso similar, en el cual se reconoció que su representada no se hace responsable de los recursos entregados a la promotora del proyecto Marcas Mall por cuanto actuó en cumplimiento de sus deberes contractuales.

Por último, menciona que en el hipotético caso que resulte condenada, se condene solidariamente al llamado en garantía SBS seguros con ocasión a la póliza suscrita con esta, en tanto que la reclamación objeto de debate no está dentro de las exclusiones señaladas en este contrato, aun cuando la representante legal de la sociedad fiduciaria reconozca maniobras fraudulentas, pero que están en investigación.

SBS Seguros Colombia S.A. se ratifica en las excepciones propuestas en la contestación tanto a la demanda como al llamamiento en garantía, manifestado todo lo correspondiente a la ausencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria en el presente caso y de manera subsidiaria, ante una eventual condena, anuncia la ausencia de cobertura que existiría bajo la póliza 1000099 contratada por Acción Sociedad Fiduciaria, por cuanto los supuestos fácticos de la demanda estarían dentro de las exclusiones señaladas en el 3.7 y l 3.1 del contrato de seguro.

Que observadas las condiciones del contrato de encargo fiduciario al que se hace alusión en este demanda y que pretendía el desarrollo del proyecto inmobiliario denominado centro comercial MARCAS MALL, su finalidad debía ser cumplida por el promotor, de pleno conocimiento por la sociedad demandante, quien en su interrogatorio reconoce que su relación era con la promotora que estaba en contacto con el personal de ésta, sumado a esto el testimonio del señor Jorge Moscote deja igualmente claro que el objeto que debía de desarrollarse en este contrato estaba del promotor, por lo que las pretensiones de la demanda en el ámbito contractual debería ser atendidas por este, notando en la demandada una falta de legitimación.

Que al estar la responsabilidad del proyecto en liquidación en cabeza del promotor, la actora tiene en su haber un bien que está avaluado aproximadamente en 14000 millones de pesos, fundando su acción en una cuestión de un daño futuro e hipotético que no se ha concretado, acudiendo en su amparo a la misma sentencia invocada por el apoderado de la demandada.

Bajo esas premisas, solicita que, no existiendo certeza del daño como elemento necesario para la responsabilidad contractual, es totalmente improcedente que se resuelva las pretensiones a favor de la demandante.

Que de acogerse las pretensiones de la demanda por este Despacho, la póliza 1000099 concretada por la demandada con SBS de ninguna manera puede ser afectada, por cuanto del acervo probatorio documental, testimoniales y de las confesiones realizadas por la representante legal de acción sociedad fiduciaria, se han probado los

actos fraudulentos y deshonestos desplegados por Acción Sociedad Fiduciaria, por lo tanto operan las exclusiones 3.7 y 3.14 de la sección tercera de la mencionada póliza solicitando al despacho que se declare probada la excepción de ausencia de cobertura de esta póliza.

3. Decisiones parciales sobre el proceso

Encuentra el Despacho cumplidos los presupuestos de jurisdicción y competencia. Se encuentra plenamente probada la legitimidad en causa tanto por activa como pasiva como se pasará a analizar más adelante y de la llamada en garantía; el juzgado es el competente para conocer del proceso tanto por el domicilio de los demandados como por la cuantía del proceso y no se evidencia ninguna causal de nulidad que dé lugar a la invalidación de lo actuado.

4. Problema jurídico

La presente controversia se resume en los siguientes problemas jurídicos:

1. Incumplió o no ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., sus obligaciones contractuales y legales contenidas en el Encargo Fiduciario Individual No. 0001100010248 suscrito con la sociedad MAQUITE S.A. el 2 de mayo de 2014, constituido bajo las observaciones del Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall de fecha 17 de diciembre de 2013.

2. De encontrarse probado el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., deberá determinarse si el mismo tiene la entidad suficiente para generar el daño alegado por la demandante y si en consecuencia está llamada responder por los perjuicios materiales reclamados por aquella.

3. Como problema jurídico subsidiario habrá de determinarse si hay lugar o no a condenar a la llamada en garantía SBS Seguros de Colombia S.A., a concurrir al pago de la eventual condena que se imponga a Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

5. Tesis del despacho

1. Considera esta judicatura que los elementos probatorios allegados al proceso permiten identificar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual en cabeza de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., al comprobarse que no actuó con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en el marco del Encargo Fiduciario Individual No. 0001100010248 suscrito con MAQUITE S.A. el 2 de mayo de 2014, puesto que su actuar se distanció de los deberes indelegables inherentes a la naturaleza del contrato de encargo fiduciario señaladas en el Código de Comercio, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en los principios generales del negocio fiduciario establecidos en la Circular Básica Jurídica expedida la Superintendencia Financiera vigente para la época de los hechos (Circular Básica Jurídica 007 de 1996, modificada por la Circular Externa 046 de 2008), contraviniendo en particular frente a la demandante los principios (deberes) de buena fe, lealtad, información y previsión contractual, al validar de manera contraria a la realidad, en el acta de verificación el cumplimiento de requisitos inexistentes por parte de la promotora, disponiendo el

desembolso a la misma de las sumas de dinero aportadas por los inversionistas en cada uno de sus encargos individuales para el desarrollo del proyecto MARCAS MALL, dado que no verificó el origen de los recursos destinados a la adquisición del lote donde se desarrollaría el proyecto, permitiendo que se confundieran los fondos del Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL con recursos provenientes de otras fiducias ajenas al proyecto inmobiliario, certificó la tradición del lote a un encargo administrado por la Fiduciaria cuando la misma se llevó a cabo días después de suscrita el acta de verificación, así como avaló el cumplimiento de condiciones técnicas, jurídicas y financieras que no se hallaban cumplidas al momento de la suscripción del acta de verificación, tales como el punto de equilibrio; todo lo cual fue ocultado a la sociedad MAQUITE S.A., a pesar de la trascendencia de tales actuaciones irregulares, haciéndola incurrir en error al generar una falsa apariencia de idoneidad de la promotora, de prosperidad del proyecto inmobiliario y de transparencia de las operaciones de la Fiduciaria, aun cuando la misma fue omisiva en el ejercicio de los controles internos necesarios para validar la legalidad de la información entregada por la promotora y avalada por el representante legal de la fiduciaria, permitiéndolo a MAQUITE S.A. la suscripción del Otro Si No. 1 al contrato Inversionista y el consecuente desembolso de la inversión irrogada en esta demanda, sin contar con la información cierta y completa necesaria para decidir con pleno conocimiento de las irregularidades existentes si decidía o no seguir adelante con la inversión acordada inicialmente, asumiendo de manera libre, consciente y voluntaria los riesgos de la misma, lo que a la postre condujo al detrimento patrimonial reclamado por la demandada como consecuencia de la inejecución del proyecto inmobiliario indebidamente estructurado a sabiendas de la Fiduciaria.

2. De otro lado, no hay lugar a condenar solidariamente por la responsabilidad civil contractual de la demandada a su llamada en garantía, en tanto que esta se deriva por el incorrecto ejercicio profesional de la asegurada, omisión que ex el amparo en la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros de Colombia S.A., conforme las condiciones generales del seguro consignadas en los numerales 3.7. y 3.14.

La tesis se sostendrá con fundamento en los siguientes argumentos fácticos y jurídicos:

6. Consideraciones

6.1 Hechos relevantes probados

Primero. Que el 17 de diciembre de 2013 ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y la sociedad URBO COLOMBIA S.A.S. celebraron un contrato de encargo fiduciario de preventas - promotor MR-799 MARCAS MALL, cuyo objeto fue la constitución de encargos fiduciarios individuales para la administración de los recursos aportados por inversionistas interesados en la adquisición de unidades inmobiliarias dentro del proyecto inmobiliario denominado CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL CALI S.A.S., durante la etapa de preventas y hasta que el promotor cumpliera con las condiciones para la transferencia de los recursos, establecida en la cláusula tercera de ese contrato, modificada mediante OTRO SÍ No. 3, suscrito el 28 de octubre de 2014 entre la mencionada fiduciaria y PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S, (documentos vistos a folios 42/50 y 137/140. c.1).

Segundo. Que con posterioridad la sociedad URBO COLOMBIA S.A.S, cedió su posición contractual dentro del contrato de encargo fiduciario antes mencionado a la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S.

Tercero. Que el 28 de marzo de 2014 se firmó entre la PROMOTORA MARCAS MALL S.A.S y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria el fideicomiso FA-2351 MARCAS MALL CALI, siendo la primera fideicomitente y la segunda fiduciaria y, cuyo beneficiario de este patrimonio autónomo sería la fideicomitente y/o desarrolladora del proyecto, mientras que los adquirentes de bienes o terceros compradores, serían las personas a quienes la promotora del proyecto inmobiliario hubiera prometido en venta los bienes.

Cuarto. Que el 2 de mayo de 2014 la sociedad MAQUITE S.A., suscribió con la sociedad promotora MARCAS MALL CALI S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. el encargo fiduciario individual No. 0001100010248, con la finalidad de adquirir el local comercial No.3R-1 que formaría parte del proyecto inmobiliario denominado MARCAS MALL, ofrecido en el proyecto de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 MARCAS MALL y donde se establecieron las condiciones de transferencias de los recursos, y el valor a pagar por la inversionista en este encargo fiduciario individual.

Quinto. Que el contrato inicial de encargo fiduciario de preventas - promotor MR-799 MARCAS MALL fue modificado mediante Otro Si No. 1 de fecha marzo de 2014, modificatorio del objeto del contrato. Otro Si No.2 de fecha 21 de mayo de 2014, modificatorio de la condición para la transferencia de los recursos y Otro Si No. 3 de fecha 15 de octubre de ese mismo año, también modificatorio de los requisitos a cumplir la promotora del proyecto para la transferencia de los recursos recaudados en la etapa de preventas.

Sexto. Que el 4 de noviembre de 2014 se suscribió entre la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. "Acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 MARCAS MALL", certificándose por parte de la Fiduciaria el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato de encargo fiduciario y su Otro Si No. 3, con la transferencia de recursos puestos bajo su custodia al Patrimonio Autónomo FA-2351 MARCAS MALL CALI.

Séptimo. Que en el certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 3700-695292 donde se desarrollaría el CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL, consta que la fecha de tradición del mismo al FIDEICOMISO FA-2351 se llevó a cabo el día 4 de noviembre de 2014, es decir, 26 días después de suscrita el acta de verificación de requisitos, hecho que a su vez fue confesado en audiencia inicial por la Representante Legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., LAURA YASMIN LÓPEZ GARCÍA, quien afirmó durante el interrogatorio de parte que, el representante legal de ese entonces, señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, como vocero del Fideicomiso de Preventas MR-799 MARCAS MALL, certificó en el acta de verificación de requisitos información falsa, así como que hizo movimientos inusuales de recursos provenientes de otros encargos fiduciarios que fueron dirigidos al fideicomiso FA-2351 MARCAS MALL CALI. Estos hechos también fueron corroborados por el testigo JORGE MOSCOTE GNECO en audiencia 373 ibídem, quien reemplazó en el

año 2017 como representante legal en esta ciudad de la Fiduciaria al señor SALAZAR ROMERO.

Octavo. Que el testigo JORGE MOSCOTE GNECO, quien asumió en el año 2017 el cargo de representante legal de la demanda en la sucursal de esta ciudad, en reemplazo del señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, quien fue retirado de ese cargo, en voz del testigo y de la representante legal de la Fiduciaria, por las irregularidades arriba mencionadas, declaró que se invirtieron recursos provenientes de otros encargos fiduciarios sin autorización de sus fideicomitentes, bajo la figura fraudulenta del "jineteeo", los cuales fueron destinados a la compra del lote donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario Centro Comercial Marcas Mall, recursos que también se usaron para acreditar el punto de equilibrio del proyecto al momento de la suscripción del acta de verificación.

Noveno. Que el 31 de agosto de 2015 MAQUITE S.A y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. suscribieron un Otro Si al contrato de encargo fiduciario individual, modificando el plan de pagos. En cumplimiento del mismo MAQUITE S.A. consignó la suma de \$464.1000.000 el 14 de octubre de 2015, afirmación que no fue controvertida por la Fiduciaria. (fol. 141 C.1)

Décimo. El 2 de abril de 2018, ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación en contra del señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO y varios de sus subalternos en la sucursal Cali de esa entidad, incluyendo al auditor interno, por presuntos delitos de concierto para delinquir, hurto agravado, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, destrucción, suspensión y ocultamiento de documento privado, administración desleal y peculado por apropiación a favor de terceros, por hechos relacionados con el indebido manejo de recursos pertenecientes a otros negocios fiduciarios, parte de los cuales fueron transferidos irregularmente al fideicomiso FA-2351 MARCAS MALL CALI, , para el pago del precio del lote donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario Marcas Mall (fol. 483 y ss C.2), conforme a las declaraciones rendidas por la representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA y el testigo MOSCOTE GNECO.

Undécimo. Que dichas irregularidades no fueron conocidas por MAQUITE S.A., como lo manifestó su representante legal durante el interrogatorio de parte absuelto en este proceso, como tampoco fue informada de las modificaciones realizadas mediante el Otro Sí No.3 a los requisitos necesarios para la transferencia por parte del Fideicomiso de Preventas MR-799 MARCAS MALL al Promotor de los recursos aportados por los inversionistas para el desarrollo del proyecto inmobiliario, conforme a lo definido en el contrato original. Afirmación que no pudo ser desmentida por la representante legal de la Fiducia, ni por el testigo MOSCOTE GNECO.

Décimo Segundo. Que ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. suscribió con AIG SEGUROS S.A. (hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) la póliza de seguros No. 1000099 la cual contaba entre otros amparos con el de responsabilidad civil profesional, cuya vigencia de la póliza que pretende afectarse iba del 30 de septiembre de 2017 al 30 de septiembre de 2018, con cláusula claims made que cubre siniestros sucedidos antes de la vigencia de la póliza.

Décimo primero. Que se tiene como probado por confesión rendida de la representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., atinente a que para la fecha en se suscribió el acta de verificación de cumplimiento

de requisitos de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 MARCAS MALL, no se había hecho la tradición a nombre del fideicomiso FA-2153 del inmueble al cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario denominado MARCAS MALL CALI.

6.2. Recuento normativo, jurisprudencial y doctrinario aplicable al caso

6.2.1. Del Contrato en General y de la Responsabilidad Civil Contractual

El artículo 864 del Código de Comercio define el contrato así: *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.”* A su vez el artículo 870 de la misma codificación señala las consecuencias del incumplimiento contractual¹, mientras que el artículo 871 consagra el principio de buena fe en las relaciones comerciales, indicando 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.”*

Por otro lado, el artículo 822 del Código de Comercio remite al Código Civil en materia de obligaciones y contratos en todo aquello que no se encuentre regulado por la legislación comercial². En tal sentido, la legislación colombiana en el título XII se ocupa “del efecto de las obligaciones” - artículos 1602 a 1617 y de la responsabilidad contractual. Al respecto el artículo 1604 establece una graduación de la culpa entre culpa grave, culpa leve y levísima, indicando que la culpa leve es aquella que compete al deudor incumplido en los contratos recíprocos, mientras que los artículos 1613, 1614, 1615 y 1616 hacen referencia a la indemnización de perjuicios, distinguiendo las categorías de lucro cesante y daño emergente, así como la responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios.

En materia de responsabilidad civil contractual el elemento subjetivo es un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato en general, y en particular el comercial, es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad*, que está regido por la autonomía de la voluntad, asumiendo cada parte de manera espontánea, libre y consciente el cumplimiento de las obligaciones a su cargo en pro de un beneficio económico, teniendo el deber de perseguir el fin que inspiró el convenio, guiados por el principio transversal de buena fe por el cual se obligan a cumplir no solamente el clausulado contractual sino también todo lo que corresponda a la naturaleza del contrato en virtud de la ley, la costumbre y la equidad natural, preservando el justo equilibrio contractual y actuando con la debida lealtad y transparencia, de manera que el incumplimiento de las obligaciones será castigado con la reparación por el deudor del perjuicio causado a la parte cumplida.

¹ Artículo 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

² Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

Lo anterior, de acuerdo con el imperativo contenido en el artículo 1602 del Código Civil, «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales», en concordancia con el artículo 864 del C.Co., advirtiendo en ese aspecto la Corte Suprema de Justicia que: ³ “lo que trae aparejado que en razón de tal ligamen los convenientes estarán llamados a atender las prestaciones a su cargo en los tiempos y forma debidos, so pena de hacerse acreedor a las sanciones que de su omisión emerjan, teniendo por su parte el contratante cumplido el derecho de optar por persistir en el negocio o desistir del mismo y, en cualquiera de los dos eventos, a reclamar el reconocimiento y pago de los perjuicios que pudieron causarse”.

Consecuente con lo anterior, se ha dicho de manera reiterada por el alto Tribunal Civil que, para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a acreditar la existencia de los siguientes supuestos: «i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposos), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)» (CSJ SC 380-2018 del 22 de feb. de 2018, Rad. 2005-00368-01).

6.2.2. Del Contrato Fiducia Mercantil y del Encargo Fiduciario Inmobiliario

El contrato de fiducia mercantil, encuentra su definición el artículo 1226 del Código de Comercio, así: “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

Esta definición por ser incompleta al no incorporar los negocios fiduciarios donde no hay transferencia de bienes a la sociedad fiduciaria encargada de su administración, encuentra su complemento en la Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Financiera, modificada para la fecha de los hechos objeto de debate por la Circular Externa 046 de 2008, la cual definió el contrato de fiducia o negocio fiduciario como: “(...) aquellos actos de confianza en virtud de los cuales 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.

(...)

“Cuando haya transferencia de la propiedad de los bienes se estará ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes

del Código de Comercio. Si no hay transferencia de la propiedad se estará ante un encargo fiduciario." (...) ⁴

En tal sentido, la Circular diferencia la fiducia mercantil del encargo fiduciario, de modo tal que el primero se presenta cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes del fideicomitente al fiduciario y el segundo, cuando no hay transferencia de la propiedad de bienes del fideicomitente al fiduciario.

Respecto a la fiducia inmobiliaria, cual es la modalidad que celebraron MAQUITE S.A. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIRIA S.A., la citada circular la define 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".⁵

A lo suyo, el tratadista Sergio Rodríguez Azuero en su obra "Negocios Fiduciarios", explica cómo opera en la práctica el negocio fiduciario inmobiliario: "Ahora bien, la visualización del papel de la fiducia en un proyecto inmobiliario parte de un esquema teórico de general ocurrencia. Es frecuente, en efecto, que existan disgregados distintos potenciales actores que han de juntarse en escena para lograr un resultado. Que una persona tenga un lote de terreno pero que no tenga los recursos ni la capacidad empresarial para acometer por sí sola su desarrollo. Que existan en el mercado entidades financieras en condiciones y aun deseosas de proveer los recursos. Que puedan conseguirse personas interesadas en la adquisición de las unidades de vivienda que van a construirse, pero que no están dispuestos a anticipar recursos al dueño del terreno ni al promotor sin contar con las seguridades específicas sobre el manejo de su dinero. Pues bien, con el propósito de diseñar acuerdos jurídicos con múltiples partes con intereses distintos y frecuentemente contrapuestos, la fiducia aparece como una respuesta eficiente no solo para montar un mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra sino para garantizar, como una especie de fiel de la balanza, la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas". (Página 473 Segunda edición).

En función de lo anterior, la doctrina de los tratadistas y de la Superintendencia Financiera (Circular Externa 007 de 1996), han distinguido distintas etapas dentro del esquema descrito, dentro de las cuales se destacan: (i) la etapa preliminar o de "preventas"; (ii) la etapa de desarrollo y; (iii) la etapa de liquidación.

6.2.3. Responsabilidad Fiduciaria

En la **etapa de "preventas"**, 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"⁶. En la misma

⁴ Circular Externa 046 de 2008, Título V, Capítulo primero, 1.1.

⁵ Ibídem, Título V, Capítulo I 8.2.

⁶ Ibídem, Título V, Capítulo I 8.2.3.

línea, el citado tratadista considera que las condiciones para el traslado de los recursos al proyecto inmobiliario se encuentran atadas al cumplimiento del denominado punto de equilibrio, el cual define como: “(...) 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”, pero previamente hace énfasis en que la función más importante de la etapa de preventas o preliminar consiste en obtener el punto de equilibrio, que procura evitar el riesgo de fracaso del proyecto.⁷

Durante la mencionada etapa y de cara a la responsabilidad que asume la entidad fiduciaria en el desempeño de su gestión, señalaba la Circular Básica, que: “(...) la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como: Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto (...)” 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”.⁸

Asimismo, señala el artículo 1243 del C. Co., “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”

Pasando a la **etapa de “desarrollo”**, la misma fue definida por la Circular Básica 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 la mencionada Circular Básica – 5.2. contratos de fiducia inmobiliaria - 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” (...); “Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto”; “Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto” 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”.

De otro lado, para los futuros compradores, el contrato de “preventa” reviste gran importancia ya que ofrece seguridad sobre la custodia de sus

⁷ Negocios Fiduciarios, editorial Legis, segunda edición, página 475.

⁸ Ibídem, Título V, Capítulo I 5.2.

recursos sin que estos puedan ser transferidos al constructor antes de la verificación de los requisitos señalados en el contrato fiduciario⁹. Además de lo anterior, si el proyecto es viable, el futuro comprador recibe un beneficio consistente en el sostenimiento de las condiciones establecidas con el Promotor para la adquisición del inmueble, entre ellos, el precio, el cual seguirá vigente hasta el momento de la entrega de los bienes.

En esta etapa, donde se constituye un encargo fiduciario entre el inversionista y la fiduciaria, la responsabilidad de la última y su vinculación con aquel se extingue cuando se verifica por la fiduciaria el cumplimiento por el promotor (que en veces coincide con el constructor) de las condiciones contempladas en el contrato para la realización del desembolso del dinero aportado por los inversionistas vinculados a encargos individuales, entre los cuales se encuentra el punto de equilibrio, así como requisitos técnicos y jurídicos descritos en el respectivo contrato.

6.2.3.1 Obligaciones y Deberes del Fiduciario

Son obligaciones de la Fiduciaria conforme al artículo 1234 del C.Co., a los artículos 97, 146 y siguientes del EOSF, y al artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, normas cuyo alcance ha sido aclarado y desarrollado por la doctrina oficial de la Superintendencia Financiera por medio de la CBJ 007 (modificada por la C.E. 046 de 2008)¹⁰, además de las propias que corresponden a la naturaleza del contrato fiduciario, según la ley, la costumbre y la equidad, las siguientes:

1. **“Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. **Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.**”
2. **“Deber de protección de los bienes fideicomitidos.** El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes sean sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del art. 1234 del C.Cio.”
3. **“Deber de lealtad y buena fe.** La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, **suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos**

⁹ . Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2008068357, noviembre 27 de 2008, “Ahora bien, en el caso de los recursos recaudados en la etapa de preventas, la fiduciaria tiene por regla general la obligación de invertirlos y entregarlos al constructor sólo una vez verificadas las condiciones señaladas en el contrato, para evitar que sean utilizados por este antes de que se cumplan las condiciones”.

¹⁰ Título V, Capítulo I 2.2.

que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés."

4. **"Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad.** En su actuar, las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, **emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prevenir circunstancias que puedan afectar su ejecución.** En este sentido, deben abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo **o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo.**"
5. **"Deber de previsión.** La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. **Igualmente, debe prevenir los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.**"
6. **"Deberá evitarse consignar cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario,** desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno **vr. gr. los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración.**"
7. **"Deberá hacerse claridad sobre el alcance jurídico que tendrán las decisiones contenidas en las actas de los comités fiduciarios o las instrucciones especiales que profiera el fideicomitente, precisando de qué manera éstas tienen la virtud de modificar, complementar o desarrollar el contrato fiduciario.**"
8. **"Debe evitarse la inclusión de cláusulas potestativas en las cuales se concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido del contrato".**
9. **"Debe evitarse consignar cláusulas en donde la sociedad fiduciaria se exima de responsabilidades que la ley le otorga de conformidad con los deberes atrás mencionados."**
10. **Evitar conflictos de interés.** "En desarrollo del deber de lealtad antes expuesto, en todos los negocios fiduciarios corresponde a las sociedades fiduciarias evitar y evaluar, frente a cada caso particular, la posible incursión en situaciones de conflictos de interés en los términos del numeral 9º, artículo 146 del E.O.S.F."
11. **Deber de diligencia,** en virtud del cual debe realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del contrato fiduciario, en voz del artículo 1234 del C.Co.

A su vez, el artículo 1243 del Código de Comercio establece que "el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión". Asimismo, el numeral 3º del artículo 29 del EOSF dispuso como prohibición general que "los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley", razón por la cual la Superintendencia Financiera a calificada las obligaciones fiduciarias como obligaciones de medio, sin que ello implique que el fiduciario pueda exculparse de su responsabilidad siempre que no se consiga el resultado esperado, pues es su deber actuar con la mayor determinación, empeño, diligencia y cuidado en la consecución del propósito por el cual se celebró el negocio fiduciario,

correspondiéndole a la Fiduciaria el deber de probar la diligencia y el cuidado con que actuó en cumplimiento de sus obligaciones, conforme lo prescribe el artículo 1604 del Código Civil. No obstante, Sergio Rodríguez Azuero, considera que en los negocios fiduciarios en general, hay obligaciones que son de resultado y otras que son de medio, poniendo como ejemplo de obligaciones de resultado el deber de información, considerándolo como una obligación instrumental que no se puede concebir como una obligación de medio. A su vez considera que: “si algo resulta confuso para la comunidad es que bajo las circunstancias y con los mejores argumentos se repite que la fiducia es un negocio diseñado para lograr resultados, en donde todos sus mecanismos apoyan su consecución y tratan de evitar que se frustre. Y cuando se han agotado los argumentos para demostrarle al interlocutor que eso es así, recibe el baldado de agua fría de saber que el fiduciario está dispuesto a hacer su mejor esfuerzo pero que no responde por la obtención del resultado, cuya búsqueda constituye de ordinario la causa determinante del negocio.”¹¹.

6.3. Análisis del Caso Concreto

Promueve sociedad Maquite S.A., juicio de responsabilidad civil contractual contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A. para obtener de esta la devolución de la suma de \$464.100.000,00 con intereses legales y debidamente indexada que depositó en virtud del contrato de encargo individual N° 0001100010248 que suscribieron las involucradas el 2 de mayo de 2014, cuyo propósito era la compra de un local comercial del proyecto Marcas Mall Cali, porque el proyecto se encuentra se encuentra paralizado, no le ha sido entregado el local comercial, ni el dinero invertido, asegurando que esto le causó un detrimento patrimonial por responsabilidad de la fiduciaria al transferir estos recursos a la promotora del proyecto sin la verificación de los requisitos relacionados con el punto de equilibrio establecidos para tal fin, a la par que fueron modificados mediante tres Otro Si que cambiaron las condiciones de transferencia establecidas en encargo fiduciario individual, lo cual desconoció por su parte para cuando depositó los recursos para la mentada inversión.

Expresa la demandante que la relación comercial que se suscita, en virtud de la promoción y desarrollo del proyecto inmobiliario denominado Centro Comercial Marcas Mall Cali, a cargo de la sociedad promotora MARCAS MALL CALI S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo FA-2351 Marcas Mall Cali, bajo el cumplimiento de los requisitos relacionados con el punto de equilibrio en el contrato de encargo fiduciario de preventas MR-799 MARCAS MALL de fecha 17 de diciembre de 2013, mismas que también se extendieron en el contrato de encargo fiduciario individual previamente referenciado.

En ese contexto, encuentra el Despacho en primera medida que están acreditados los presupuestos de la legitimidad tanto por activa como por pasiva, por ser MAQUITE S.A. quien suscribió el contrato en calidad de inversionista y a quien se le causó un detrimento patrimonial por el incumplimiento a que hizo mención en líneas anteriores y, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. por ser la entidad a la que se le imputa el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales dispuestas en el contrato de encargo fiduciario individual N° 0001100010248 que

¹¹ Negocios Fiduciarios, editorial Legis, segunda edición, 7.2.3., páginas 278 y ss.

suscribieron las implicadas en este litigio, actuando la primera como inversionista y la segunda como fiduciaria, y la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. como constructora y promotora del Proyecto Centro Comercial Marcas Mall, que también se extiende al contrato de fiducia mercantil FA-2351 Marcas Mall Cali que sirvió de instrumento para el desarrollo del proyecto inmobiliario, por su puesto, de cara a las obligaciones contractuales o legales que recaen en cabeza de la vigilada, para el caso, la fiduciaria demandada.

Ello autoriza a concluir que no está llamada a prosperar la excepción de *“falta de legitimación por pasiva”* propuesta por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., y SBS Seguros Colombia S.A., concurriendo a su vez la denegación de la excepción llamada por la Fiduciaria *“Error de la identificación del contrato celebrado”*, ciertamente por el vínculo contractual mencionado de cuyo incumplimiento se derivó el daño alegado por la demandante.

Cabe decir a la demandada que, aunque asume el vínculo contractual con la demandante en el encargo fiduciario individual, también es cierto que la instrumentalización del negocio fiduciario inmobiliario que tenía por finalidad desarrollar el proyecto del centro comercial MARCAS MALL recae sobre tres figuras contractuales diseñadas para cada una de las dos etapas, el Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799, del que se deriva el encargo fiduciario individual N°0001100010248, y en segundo lugar, el contrato de Fiducia Mercantil Inmobiliaria Fideicomiso MARCAS MALL CALI FA-2351.

En el encargo individual que se desprende del contrato fiduciario originario denominado de Preventas Promotor MR-799, la sociedad MAQUITE S.A., como inversionista y/o adquirente, entregaba unos recursos en la etapa de *“preventas”* a ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. a título de administración para después desembolsarlos al Fideicomiso MARCAS MALL CALI FA-2351 sólo una vez verificado el cumplimiento de las condiciones señaladas por el fideicomitente (Promotor) del proyecto inmobiliario en el referido encargo fiduciario originario, reproducidas a la par en el encargo fiduciario individual N° 0001100010248 objeto de este proceso, es decir, incorporadas a este contrato como parte integral del mismo, consistiendo los dos primeros contratos en un vehículo de recaudo para proporcionar liquidez y solidez financiera y, presupuestal para el posterior desarrollo del proyecto. Y el segundo, destinado a ser el vehículo de desarrollo o ejecución del proyecto.

En este punto, debe recordarse que tanto la Circular Básica, como la doctrina citada anteriormente, la pluralidad de contratos se estructuran como un solo negocio jurídico, en tanto que la confianza que se deposita en la Fiduciaria busca obtener una finalidad variopinta, pero interdependiente en función de los intereses tripartitos que concurren en la Fiduciaria, el Promotor y el Inversionista, cual es obtener: *“(…) la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato”*, de tal modo que si una cualquiera de las partes incumple su obligación pone en riesgo de fracaso la totalidad del proyecto, más aún cuando el incumplimiento obedece a la Fiduciaria o al Promotor.

Sobre este tema y en un caso similar donde se avocó el análisis de algunos contratos fiduciarios vinculados al proyecto inmobiliario Marcas Mall, por

la Superintendencia Financiera – Delegatatura para funciones jurisdiccionales- mediante sentencia proferida en el marco de una acción de protección al consumidor radicado: 2018074501-080-000, demandante: Ana Cristina Orrego Gómez Demandado: Acción Sociedad Fiduciaria S.A., consideró que: *“...establecida la finalidad única con los cuales se celebraron tanto el encargo fiduciario como el patrimonio autónomo, esto es el desarrollo del proyecto inmobiliario MARCAS MALL, esta Superintendencia interpretará ambos contratos como coligados y en un todo, lo que abre paso al estudio de las relaciones contractuales entre la fiduciaria y los encargantes fiduciarios y futuros adquirentes de las unidades inmobiliarias, iniciando específicamente por establecer si estos últimos tienen la condición de consumidores financieros”*.

Esta decisión tuvo fundamento legal la interpretación que hizo Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC5690-2018 de fecha 19 de diciembre de 2018 (M. P. Luis Rico Puerta), donde se abordaron las consecuencias de los contratos coligados, señalado que estas convenciones: *“(...) 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 ahí que indicó: *“(...) 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 (...)”*.

Ciertamente los contratos se celebraron con una finalidad común, esto es, el desarrollo del proyecto inmobiliario MARCAS MALL, abriendo la puerta a una suerte de relaciones contractuales recíprocas entre la Fiduciaria, la Promotora y la Inversionista MAQUITE S.A.

Respecto al daño reclamado MAQUITE S.A., la misma considera que es cierto y concreto, siendo causado por los actos propios de la sociedad fiduciaria en razón a la conducta negligente y omisiva que se exteriorizó en la certificación del cumplimiento por parte de la promotora de las condiciones necesarias para la transferencia de recursos al proyecto inmobiliario Marcas Mall, impartidas en el contrato de encargo fiduciario individual No. 0001100010248 suscrito el 2 de mayo de 2014.

Según aduce la actora, el comportamiento censurado detonante del perjuicio sufrido fue la certificación por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. del cumplimiento de las condiciones 3, 5, 7 y 8 de la cláusula primera del referido contrato originario, referidas a: *“(i) la tradición del predio donde se desarrollaría el proyecto a nombre de un fideicomiso administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.; (ii) la necesidad de la aprobación o carta de intención suscrita por una entidad financiera de un crédito constructor; (iii) la celebración de un total de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista que equivalieran al 52% de las ventas estimadas del proyecto, o de cada etapa del proyecto y; (iv) que los encargos fiduciarios de los inversionistas, contarán con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades*

comprometidas en compraventa por los inversionistas”. Sin embargo, para la fecha del desembolso inicial de los recursos al Promotor del proyecto del Centro Comercial Marcas Mall, no se encontraban cumplidos tales requisitos, lo que configura una falta a los deberes contractuales de buena fe, de lealtad, de información, de diligencia, de profesionalidad y especialidad, de previsión y de protección de los bienes fideicomitidos.

La actora recalca el incumplimiento de la demandada en particular de los deberes de información, buena fe y lealtad, por cuanto la modificación a que fue sujeta el contrato fiduciario de Preventas Promotor – MR- 799 Marcas Mall, mediante tres otrosíes suscritos con posterioridad a la celebración por MAQUITE S.A. del contrato de encargo fiduciario individual, le fue ocultado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. antes de su suscripción y después de la misma, de tal forma que cuando MAQUITE S.A. suscribió con ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. el Otro Si N° 1 al contrato inversionista que modificó el plan de pagos, no tenía conocimiento de la modificación de los requisitos establecidos en el contrato matriz ni del incumplimiento por la Promotora de los requisitos necesarios para dar paso a la etapa de desarrollo del proyecto inmobiliario, a pesar de haber sido certificados como cumplidos por la Fiduciaria, induciéndola en error al generarle la confianza suficiente en el proyecto para que procediera a efectuar el pago de las cuotas que hasta la fecha de su consignación se habían acordado en el nuevo plan de pagos.

De hecho, la sociedad MAQUITE S.A. le atribuye a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., un actuar doloso al certificar falsamente los mencionados requisitos no cumplidos por el promotor para el 4 de noviembre de 2014, fecha en que suscribió el “acta de verificación de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor – MR- 799 Marcas Mall”. Es así, como la demandante indica que la pasiva desbordó las condiciones del contrato celebrado irrogándole un grave perjuicio económico, teniendo la Fiduciaria la responsabilidad de asumir la devolución del dinero pagado por la demandante.

Al respecto, la cláusula QUINTA del contrato de encargo fiduciario individual No. 0001100010248, cuyo contrato matriz es el encargo MR-799 MARCAS MALL, señala lo siguiente: *“El (los) BENEFICIARIO(S) del presente contrato será(n) el (los) INVERSIONISTA(S), quien desde ya instruyen de manera irrevocable a la FIDUCIARIA, para que en el evento en que se cumpla la condición de transferencia de los recursos a favor del PROMOTOR dentro del término establecido para tal efecto, proceda a poner a disposición del PROMOTOR los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el encargo fiduciario que para el efecto se constituya”*.

6.3.1.

De acuerdo a la relación contractual pactada entre las partes en conflicto es diáfano en su cláusula primera, respecto a que el objeto del encargo fiduciario individual consistió en la administración por la Fiduciaria de los recursos que depositara la sociedad demandante, correspondientes a las sumas de dineros acordadas con la promotora del proyecto inmobiliario para la posterior adquisición de una unidad inmobiliaria, con el fin de que los pusiera a disposición del promotor una vez se acreditara y verificara que éste hubiese cumplido en la primera etapa del proyecto con un total de ocho requisitos que allí se establecen.

Estos requisitos de acuerdo al PARÁGRAFO de la cláusula primera, común al contrato matriz y al individual, debían ser acreditados a más tardar, el día 20 de mayo de 2015, término se podía prorrogar unilateralmente por el PROMOTOR, por un año más, parágrafo que luego se modificó para anticipar el término inicial, así como su prórroga.

Dentro las condiciones del encargo fiduciario individual plasmadas en la cláusula SEGUNDA, se reiteró en su numeral 3. que: “Los recursos depositados serán puestos (...) a disposición del PROMOTOR (...). Lo anterior, se llevará a cabo una vez el PROMOTOR aporte a la FIDUCIARIA copia de los documentos requeridos para acreditar la condición de transferencia de recursos establecida en la cláusula precedente.”

En virtud de ese contrato, la Fiduciaria adquirió derechos y obligaciones que fueron señaladas en la cláusula OCTAVA, dentro de los cuales se comprometió a: “1. Recibir del (los) INVERSIONISTA(S) las sumas de dinero (...). 2. Colocar a disposición del PROMOTOR los recursos (...) una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor y, 8. Las demás establecidas en la ley o en este contrato”.

Luego establece en la cláusula DÉCIMA SEGUNDA que la duración del contrato se regirá “...de acuerdo a la establecido en las cláusulas de este instrumento y en el contrato de encargo fiduciario de Preventas Promotor recibido por el (los) INERSONISTA(S)...”.

De ahí que es claro que los encargos fiduciarios matriz e individual están genuinamente coligados, tanto así que ambos contratos de manera expresa contienen cláusulas comunes y que hacen referencia al contrato matriz y al cumplimiento de ciertos requisitos por el promotor como condición previa para el desembolso de los recursos aportados por el inversionista, de tal suerte que las modificaciones que se hagan al contrato matriz necesariamente repercuten en el encargo individual, ya sea al flexibilizar las condiciones de desembolso de los recursos aportados por el inversionista, al modificar los plazos de cumplimiento de tales requisitos o cualquier otro que sea susceptible de variar el clausulado común a ambos contratos fiduciarios y/o de alterar el equilibrio contractual, aun cuando no sea expresamente modificado el contrato de encargo individual, lo que luce a todas luces desleal en cuanto no sea notificado al fiduciante, quien al desconocer tales reformas continuará confiando en la vigencia de las condiciones y requisitos inicialmente acordados e informados previamente al inversionista, sin contar con la información concreta y real suficiente para tomar una decisión consciente y acorde con la nueva realidad contractual.

Por lo anterior, se hará un breve análisis del contrato Promotor MR-799, a fin de ilustrar de qué manera se relaciona con el encargo fiduciario individual en pro del mismo fin:

Ciertamente en la cláusula PRIMERA del referido contrato Promotor se consagra el objeto del mismo tendiente a: “...la constitución de Encargos Fiduciarios para la inversión de los recursos recaudados por parte de la FIDUCIARIA bajo el esquema de preventas... (...) Dichos recursos serán invertidos en encargos fiduciarios individuales (...) a nombre de cada uno de los INVERSIONISTAS del PROYECTO, durante la ETAPA DE PREVENTAS y hasta cuando el PROMOTOR cumpla con la condición para la transferencia

de los recursos, establecida en la cláusula tercera de este contrato...”, y cuyo PAGARAFITO SEGUNDO reproduce que la participación y responsabilidad que tendría la Fiduciaria sería la que se describe en la cláusula DÉCIMA del encargo fiduciario individual, es decir, limitada única y exclusivamente al objeto del contrato, que no era otro que administrar los recursos de los encargos fiduciarios para ser transferidos al PROMOTOR una vez cumpliera con la condición de la transferencia de los mismos citados en estos dos contratos.

No obstante, cabe advertir que el aludido contrato en el PARAGRAFO SEGUNDO de la cláusula TERCERA consagró unas instrucciones específicas al PROMOTOR con el fin de demostrar el cumplimiento de la condición estipulada en esta cláusula, que a la letra dice: “... el PROMOTOR entregará a la FIDUCIARIA, una vez cumplido la totalidad de los requisitos establecidos, una copia de cada uno de los documentos que los acrediten, con base en los cuales, la fiduciaria colocará a disposición del PROMOTOR, (...) dentro de los (5) días hábiles siguientes, los recursos depositados por los INVERSIONISTAS...”.

Posteriormente, los contratantes PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., hicieron modificaciones al contrato Promotor mediante tres Otrosíes de la siguiente manera: El No.1 de marzo de 2014, modificó la cláusula PRIMERA correspondiente a su objeto, para incluir en este encargos fiduciarios con terceros que pretendieran arrendar las unidades inmobiliarias resultantes del proyecto y con inversionistas que pretendieran adquirir unidades inmobiliarias resultantes del proyecto, adecuándose otros clausulados que involucraba este fin; el No. 2 de fecha 21 de mayo de 2014 modifica la cláusula TERCERA relacionada con la condición para la transferencia de los recursos excluyendo de esta la número 4¹², quedando con 7 requisitos a cumplir y; el No. 3 de fecha 15 de octubre de 2014, modifica una vez más esta cláusula suprimiendo el requisito 6¹³ enlistado en la anterior modificación, quedando con 6 requisitos, los 4 primeros con la condicionante discrecional e indefinida “si es del caso”, conservando sin esa condicionante indefinida la acreditación de los requisitos 5¹⁴ y 6¹⁵ y, adicionalmente modificó el PARAGRAFO PRIMERO correspondiente al término para acreditar los requisitos de esta cláusula a más tardar, el día 15 de diciembre de 2014, prorrogable unilateralmente por el promotor, por un término de 6 meses más y no de un año como erradamente manifestaron la representante legal de la demandada y el testigo, quien también manifestó que a la fecha de suscripción del acta de verificación se había alcanzado el punto de equilibrio, cuando la segunda y la tercera modificación de los requisitos excluyó los dos requisitos tendientes a determinar la viabilidad financiera del proyecto.

De acuerdo a la estipulación contractual previamente descrita, trascendía en la Fiduciaria el deber de verificación de los requisitos a

¹². Haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los INVERSIONISTAS del proyecto que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimados del PROYECTO.

¹³. Que los encargos fiduciarios de los INVERSIONISTAS, cuenten en suma con saldos equivalentes al quince por ciento (15%) del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los INVERSIONISTAS.

¹⁴. Haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del PROYECTO debidamente aprobado por el INTERVENTOR del PROYECTO y por el PPROMOTOR.

¹⁵. Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA.

cumplir por el Promotor del proyecto inmobiliario para obtener la transferencia de los recursos aportados por los inversionistas. Sin embargo, quedó probado en el expediente a través del “*acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario preventas promotor MR-799 Marcas Mall*” suscrita entre la Fiduciaria y el Promotor el 4 de noviembre de 2014 (fol. 103 C.1), que la Fiduciaria certificó apócrifamente el cumplimiento de estas condiciones, con lo que se generó la condición necesaria para activar la transferencia de los recursos recaudados en la etapa de preventas al Promotor, probándose en el expediente que para la fecha en que se firmó el acta, no se habían cumplido los siguientes requisitos:

(i) El suministro el certificado de tradición del inmueble con matrícula inmobiliaria 230-695292 correspondiente al lote de terreno donde se construiría el proyecto que debía estar registrado a favor del fideicomiso FA-2351, en tanto del certificado de tradición se pudo observar que la tradición del mismo tuvo lugar el primero de diciembre de 2014, casi un mes después de la fecha en que el acta de verificación se firmó (fol. 104 y ss.); (ii) El presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto aprobado por el Interventor y Promotor, prueba que no fue aportada por la demandada para desvirtuar los señalamientos de la demandante y; (iii) La certificación de no ser necesario el crédito constructor, constando esta prueba que fue radicada en la Fiduciaria el 14 de noviembre de 2014 (fol. 126), cuando se logró demostrar en el curso del proceso mediante la confesión de la representante legal de la Fiduciaria y el testimonio de quien ofició luego como representante legal de la Fiduciaria durante algunos meses del año 2017, que el precio del lote fue sufragado en gran parte con dineros provenientes de otros encargos fiduciarios, transferidos irregularmente por el representante legal en aquella época de la fiduciaria, situación de la que vino a percatarse la Fiduciaria más de dos años después de sucedida, lo que demuestra un omisión caza del control interno que ha debido realizar la demandada a todas las actuaciones de su representante legal.

Esas actuaciones irregulares se suman a que la Fiduciaria faltó a su deber de información, al ocultar a su cliente – MAQUITE S.A.- las modificaciones estructurales del encargo promotor que influyeron en la relación contractual directa sostenida entre las partes del contrato inversionista, incluyendo por supuesto al Promotor, quien fue el gran beneficiario del silencio corporativo de la Fiduciaria, irregularidades que de haberlas conocido MAQUITE S.A., como lo indicó en su demanda, no habría incurrido en el error de suscribir el Otro Si No. 1 del 31 de agosto de 2015 para modificar el Plan de Pagos y proceder a la realización de los mismos por la confianza depositada en la Fiduciaria, influida por el actuar doloso del señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, omisión consciente de información que no pudo ser desvirtuado por la demandada al absolver el interrogatorio de parte, pues contrario a ello manifestó no tener certeza de haber informado a la demandante las reformas contractuales ni las irregularidades presentadas en el acta de verificación, manifestando además que en todo caso no estaba en el deber de hacerlo, pretendiendo escudarse el supuesto y no probado cumplimiento posterior por el Promotor de tales requisitos.

En este punto resulta claro que el deber de información va más a ella de la etapa pre contractual y resulta transversal a todo el desenvolvimiento del contrato, razón por la cual la Fiduciaria debe informar al inversionista

de todas las situaciones relevantes para su cliente en cuanto se presenten, permitiéndole tomar decisiones que eviten los efectos nocivos que se puedan anticipar, mitiguen los mismos o le permitan conscientemente asumir las consecuencias y los riesgos inherentes a la inversión¹⁶, deber que evidentemente se omitió en este caso.

La Fiduciaria en contrario, asumió una actitud contemplativa y de mero avalista de las manifestaciones que a *motu proprio* hiciera el Promotor, omitiendo sus deberes de información, diligencia, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad, buena fe y previsión.

Frente a tales deberes ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. opone la cláusula DÉCIMA de indemnidad (o irresponsabilidad), a cuyo tenor: *“El (los) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto (...), ni en la determinación de viabilidad o factibilidad financiera o técnica del citado proyecto inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable de su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios de la no ejecución de dicho proyecto ocasiones (n) al (los) INVERSIONISTA(S)...”*. Sin embargo, tal cual cláusula resulta inaplicable en este escenario, en tanto contraviene el deber de evitar consignar cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, en particular *los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración*, como lo fue en el contrato de encargo fiduciario individual, donde la razón de ser del mismo, motivada por la confianza que despertó en la demandante el buen nombre, el juicio y la acreditada experiencia de la Fiduciaria, no fue otra que garantizar la debida administración de los aporte realizados por el inversionista y su desembolso una vez verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos al Promotor.

Sumado a lo dicho, la Fiduciaria también incumplió su deber de evitar consignar cláusulas en donde la sociedad fiduciaria se eximiera de las responsabilidades que la ley le otorga de conformidad con los demás deberes fiduciarios, dado que omitió actuar con la debida diligencia y el cuidado necesario con que debe actuar un buen hombre de negocios, en el marco del régimen de los deberes y la responsabilidad fiduciaria consagrado en el ordinal 1) del artículo 1324 del C.Co y en el artículo 1243 que expresamente prescribe que: *“El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”*, sin que bajo ninguna circunstancia la omisión de tales deberes pueda asumirse como una culpa levísima que permita eximir a la Fiduciaria de la inobservancia de los mismos y como tal, de la responsabilidad por los perjuicios que haya podido causar a MAQUITE S.A. como consecuencia de su actuar francamente negligente.

En defensa de lo afirmado se acude al deber de gestión del riesgo consignado en el Título V, Capítulo I, 2.3.9 de la citada Circular Básica Jurídica, el cual determina que: *“Dentro de los contratos respectivos deberán incluirse cláusulas en las que se prevean los mecanismos para el cumplimiento de las políticas y estándares establecidos por la sociedad fiduciaria para la gestión de los riesgos asociados a cada negocio y la*

¹⁶ Sergio Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, editorial Legis, segunda edición, 7.2.1.2.

*forma como tales estándares deberán ser cumplidos por las partes, clientes y usuarios de los negocios fiduciarios. **En este sentido el contrato no podrá limitarse en este punto a la simple exclusión de responsabilidades por parte de la Fiduciaria.***"

En conclusión, la Fiduciaria se distanció de los deberes indelegables inherentes a la naturaleza del contrato de encargo fiduciario, mediante una práctica irregular utilizó recursos ajenos Promotor y proveniente de otros encargos fiduciarios, para la adquisición del lote donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario, pasando por alto la legalidad de tales operaciones y la procedencia de los recursos, sumado a que el negocio fiduciario fue desviado de su objeto principal con pactos de no responsabilidad al cumplimiento de condiciones técnicas, jurídicas y financieras que no se hallaban cumplidas al momento de la suscripción del acta de verificación que se diligenció con información falsa, pudiéndose afirmar que el actuar de la demandada incumplió flagrantemente las obligaciones contractuales de administrar con la debida lealtad y buena fe los recursos puestos bajo su guarda, así como el deber de información y demás deberes antes invocados, lo que conllevó a que MAQUITE S.A., guiada por la información falsa certificada por la Fiduciaria con la firma de su representante legal para la época, hiciera el desembolso al encargo individual de las cuotas que le correspondía pagar a octubre de 2015 en cuantía de cuatrocientos sesenta y cuatro millones cien mil pesos (\$464.100.000), sin tener conocimiento de la gravedad del riesgo que asumía, confiando en la debida diligencia y el cuidado celoso de la demandada, evento que estructura el nexo causal entre el hecho generador, es decir, el engaño sumado al incumplimiento de los deberes fiduciarios y el desmedro económico representado en el dinero que fue desembolsado por la Fiduciaria (de propiedad de la demandada) al Promotor, a sabiendas del incumplimiento de los requisitos exigidos para ello, lo que a la postre se tradujo en el fracaso del proyecto inmobiliario, razón por la cual ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA es civilmente responsable del desmedro económico causado a MAQUITE S.A, debiendo proceder a la devolución inmediata de la suma pagada por la demandante, junto con los intereses de mora causados a partir del 14 de octubre de 2015, fecha en que la que se hizo el pago por MAQUITE S.A. de sus aportes hasta la fecha en que se verifique la devolución total de aquella suma.

6.3.2. Llamada en Garantía

No se condenará en solidaridad a la llamada en garantía SBS Seguros de Colombia S.A., por cuanto el incumplimiento contractual del cual se genera la condena a la asegurada se deriva de actos profesionales fraudulentos, excluyente del siniestro asegurado en la Póliza No. 1000099 conforme las secciones 3.7 y 3.14 de la sección tercera de la mencionada póliza, estado llamada a prosperar la excepción de ausencia de cobertura de la póliza 1000099

7. Decisión judicial

7.1. Fórmula

"Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"

7.2. Medidas concretas

PRIMERO. DECLARAR que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., Incumplió sus obligaciones contractuales y legales contenidas en el Encargo Fiduciario Individual No. 0001100010248 suscrito con la sociedad MAQUITE S.A. el 2 de mayo de 2014, constituido bajo las observaciones del Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall de fecha 17 de diciembre de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., pagar a la sociedad MAQUITE S.A. la suma de cuatrocientos sesenta y cuatro millones cien mil pesos (\$464.100.000) junto con los intereses de mora a partir del 14 de octubre de 2015 hasta la fecha en que efectúe la devolución del dinero por la Fiduciaria a MAQUITE S.A.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de “ausencia de cobertura de la póliza 1000099” propuesta por la llamada en garantía SBS Seguros de Colombia S.A., por las razones que se exponen en las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en agencia en derecho a favor de MAQUITE S.A. en cuantía de treinta dos millones cuatrocientos ochenta y siete mil pesos (\$32.487.000).

Notifíquese,

LIBARDO ANTONIO BLANCO SILVA
Juez Séptimo Civil del Circuito de Cali



Firmado Por:

**LIBARDO ANTONIO BLANCO SILVA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 007 CIVIL DEL CIRCUITO CALI**

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:

458819d8cb25f6371fc403a69ae748dac98a16e73701738e07b1c18a294a3182

Documento generado en 30/07/2020 07:30:09 p.m.