

Señor:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co.

MP. Dr. Juan Carlos Cerón Díaz

Despacho

REFERENCIA:	VERBAL
DEMANDANTE:	GERMAN RODRIGUEZ PACHECO Y OTROS
DEMANDADO:	ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Y OTROS
RADICADO:	080013153013-2019-00299-02
Rad. INTERNO	44.491
ASUNTO:	Sustenta recurso apelación de sentencia

FREDY FARID FERIS CAMPO, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Barranquilla identificado con la C.C.No.1.129.521.018 expedida en Barranquilla, abogado en ejercicio, portador de la de tarjeta profesional No. 223.606 del C. S. de la Judicatura, facultado para actuar en nombre de **FERIS ABOGADOS & ASOCIADOS SAS**, sociedad de servicios jurídicos, con domicilio en Puerto Colombia, Atlántico, correo electrónico: ferisabogados@gmail.com identificada con NIT No. 901.390.577-8, conforme a los documentos que se anexan, acudo a este trámite en calidad de apoderado judicial del **PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO GIOCO**, me permito **sustentar recurso de apelación** de conformidad con las siguientes consideraciones:

I. REPAROS CONCRETOS REALIZADOS CONTRA LA SENTENCIA:

1. Violación el principio de congruencia.
2. Se incurrió en defecto sustantivo, factico y probatorio – Rompimiento al principio de congruencia
3. Afirmaciones en la sentencia abiertamente contrarias a la realidad:
 - Afirmar que la obra no inició
 - Afirmar que los desembolsos debían hacerse contra avance de obra
 - Manifiestar que no se cumplió con el deber de remitir las rendiciones de cuenta semestrales a los que se comprometió Alianza Fiduciaria.
4. Confusión del despacho frente a los roles del fideicomiso (Patrimonio Autónomo Gioco) y la sociedad fiduciaria (Alianza Fiduciaria S.A.), en cuanto a sus calidades y obligaciones en el proyecto fiduciario.
5. Imponer al Fideicomiso Gioco obligaciones que son propias de la Sociedad Fiduciaria que no fue siquiera convocada al proceso
6. Exigencia de obligaciones de “garante” o “asegurador” del desarrollo del proyecto inmobiliario al Fideicomiso Gioco.
7. Desconocimiento al precedente jurisdiccional que ha venido sentando la Superintendencia Financiera de Colombia en todos los casos de demandas de beneficiarios de área del proyecto Gioco

8. No se hizo una interpretación del alcance y contenido del contrato fiduciario y del contrato de vinculación de acuerdo al clausulado de los mismos contratos.
9. No se estudió la falta de legitimación en causa del Fideicomiso para atender asuntos de carácter constructivos como los planteados en la demanda
10. No se hizo una correcta valoración probatoria.
11. Por haber hecho una ampliación de los fines de la fiducia, generalizando los principios de los contratos fiduciarios.

II. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA:

La sustentación del recurso de abordará de forma integral desarrollando todos los reparos conjuntamente como se hace a continuación:

Respecto a los reparos #1, #2, #3, #4, #5, #8, #9 y #10 los sustentamos de la siguiente forma:

1. Lo primero que se debe indicar es que la sentencia contraviene lo previsto en el artículo 281 del C.G.P., **principio de congruencia** que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, configurándose el *error in procedendo* por la ausencia de congruencia entre lo planteado en la demanda, lo probado en el proceso y lo resuelto finalmente en la sentencia.
2. La primera actuación reprochable al juez de instancia al proferir la sentencia de 9 de diciembre de 2022, es terminar condenando a un sujeto procesal **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. actuando en nombre propio o como entidad propiamente dicha** que solo intervino en el proceso en la audiencia de instrucción y juzgamiento. Como sujeto procesal a la entidad fiduciaria se le violaron sus derechos constituciones al debido proceso (derecho de contradicción y de defensa) además de sus oportunidades procesales y probatorias al interior del proceso.
3. Las pretensiones aducidas contra la entidad fiduciaria se hicieron en el marco de una responsabilidad extracontractual que fue planteada solo hasta una reforma de la demanda y no se tuvo en cuenta en la condena el planteamiento como PRETENSIONES PRINCIPALES y SUBSIDIARIAS, sino que se concedieron las pretensiones unas y otras por igual. Solo era posible ordenas las pretensiones de responsabilidad extracontractual (SUBSIDIARIAS) -únicas solicitadas contra ALINAZA FIDUCIARIA en nombre propio- si fallaban o eran negadas las PRETENSIONES PRINCIPALES. En este caso se ordenaron principales y subsidiarias por igual.
4. Ahora bien, en las pretensiones y hechos de la demanda se reprocha la no construcción y no entrega del inmueble, pero va más allá el despecho de instancia y amplia el objeto de la litis durante el desarrollo de las audiencias tratando de demostrar si en términos generales se predica un incumplimiento contractual de los demandados circunscrito al desarrollo del negocio fiduciario GIOCO frente a sus obligaciones contractuales y legales en general.
5. EL FIDEICOMISO GIOCO SÓLO DEBE Y PUEDE EJECUTAR OBLIGACIONES QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DE SU OBJETO REGLADO. NO SE LE PUEDE EXIGIR LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES QUE ESCAPAN DE DICHO OBJETO. En el desarrollo de este proceso NO se



ha probado incumplimiento alguno de parte de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO GIOCO ni se ha realizado juicio de reproche directo basado en un incumplimiento contractual del FIDEICOMISO GIOCO. No se ha indicado cual es la cláusula del contrato fiduciario o del contrato de vinculación que fue incumplida por el Fideicomiso. En el interrogatorio el demandante fue incapaz de contestar a la pregunta sobre cuál fue la cláusula del contrato incumplida por el Fideicomiso Gioco.

6. Como se observa del texto del contrato fiduciario y del contrato de vinculación firmado con beneficiario de área, el RESPONSABLE del desarrollo del proyecto Inmobiliario denominado Gioco Kids Club House es la sociedad AVI STRÁTEGIC INVESTMENT S.A.S., tal como consta en las cláusulas Quinta, Undécima y Décimo Novena del Contrato Fiduciario y de la numeral 1.5 Antecedentes señalados en el contrato. Así mismo en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Vinculación suscrito con Beneficiario de Área del FIDEICOMISO GIOCO.

7. Estos contratos fueron leídos y firmados por la demandada (de forma libre, espontanea, y voluntaria), al momento de su celebración aceptó el contenido de dichos contratos, sin realizar comentarios, objeciones, solicitudes de modificación, aclaración o corrección de los mismos, por lo que no puede reclamársele al FIDEICOMISO GIOCO el cumplimiento de unas obligaciones que nunca han sido suyas y que por demás se escapan a su objeto, de las cuales tampoco es garante, veedor, avalista ni asegurador de dichas obligaciones propias de la constructora AVI STRÁTEGIC INVESTMENT S.A.S.

8. En el Contrato de Fiducia Mercantil se indica:

PRIMERA. DEFINICIONES: Para los efectos de este contrato las palabras o términos que a continuación se relacionan tendrán el significado que aquí se establece:

FIDEICOMITENTE PROMOTOR: Sera igualmente AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S., quien ostentara dicha calidad de respecto de lo real y efectivamente aportado por el al momento de la constitución del FIDEICOMISO, correspondiéndole la promoción comercial del PROYECTO y la administración de las enajenaciones de las unidades inmobiliaria resultantes del mismo del mismo (sic)...

QUINTA. OBJETO DEL CONTRATO. Consiste en que:

(...) 2. A través del FIDEICOMISO y sobre el inmueble que lo conforma EL FIDEICOMITENTE GERENTE y el FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR desarrollan el PROYECTO bajo exclusiva y única responsabilidad técnica, financiera, jurídica y administrativa de los FIDEICOMITENTES.

DECIMO NOVENA. RESPONSABILIDAD DE ALIANZA: Las obligaciones de ALIANZA son de medio y no de resultado, y su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve.

Queda entendido que ALIANZA no contraerá responsabilidad por:

Los aspectos técnicos, financieros u jurídicos requeridos para adelantar el PROYECTO , tales como estudios técnicos y de factibilidad, presupuestos, flujo de caja, licencias, planos arquitectónicos, programación general del PROYECTO, permisos para el desarrollo de las obras, estudios de suelos y recomendaciones de cimentación, definición del punto de equilibrio, a manera enunciativa, lo cual es única y exclusiva responsabilidad de EL FIDEICOMITENTE GERENTE, EL FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR, EL FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR y el FIDEICOMITENTE APORTANTE.

El destino final que se le dé a los recursos recibidos de los BENEFICIARIOS DE AREA una vez sean entregados al FIDEICOMITENTE GERENTE en el periodo operativo, lo cual es única y exclusiva responsabilidad de este.

La comercialización, promoción, construcción, gerencia, transferencias, interventoría, y demás aspectos del PROYECTO, pues no ostenta ninguna de dichas calidades, ni participa en manera alguna en el desarrollo del PROYECTO y consecuencia no es responsable ni puede serlo en ninguno de los eventos previstos en este contrato, por la terminación, calidad, cantidad o valor de las unidades resultantes del mismo.

Caso fortuito, fuerza mayor, el hecho de un tercero o la violación de deberes legales o contractuales por parte de LOS FIDEICOMITENTES o los BENEFICIARIOS DE AREA.

Sin perjuicio del deber de diligencia y del cumplimiento de las obligaciones que ALIANZA adquiere como vocera del FIDEICOMISO, queda entendido que la FIDUCIARIA no actuara en desarrollo del presente contrato como asesor jurídico, tributario, financiero, cambiario o de cualquier otra índole y por lo tanto no responderá por las consecuencias derivadas de las decisiones que LOS FIDEICOMITENTES o sus asesores tomen con respecto a dichos aspectos.”

9. En la Cláusula decima Cuarta del contrato de vinculación se declara:

“DECIMA CUARTA: DECLARACION: EL(LOS) BENEFICIARIOS(S) DE AREA declara (n) conocer y aceptar que:

1. **En desarrollo del presente contrato, la gestión de ALIANZA no se relaciona bajo ningún punto de vista con las actividades propias de la construcción y enajenación de inmuebles, ni constituye por parte de esta directa, ni indirectamente, promoción para la comercialización de los inmuebles que forman parte de EL PROYECTO.**

5. **Teniendo en cuenta todo lo mencionado, no podrá imputársele responsabilidad alguna a ALIANZA por los conceptos contenidos en la anterior declaración. (Subrayado propio).**

10. Así pues, salta a la vista que la fiduciaria no tiene dentro de sus operaciones autorizadas el desarrollo, construcción y comercialización de proyectos de vivienda, solamente sirve como una entidad fiduciaria que administra un fideicomiso dentro de los parámetros contractuales y legales acordados.



11. Es por ello que en el presente caso estamos ante una falta de legitimación en la causa, pues no fue mi representada quien comercializó las unidades inmobiliarias del proyecto denominado Gioco Kids Club House (NO ERA GERENTE), ni quien debía gestionar los recursos para su desarrollo del proyecto (NO ERA FINANCIADOR), ni quien debía construir o entrega las unidades inmobiliarias resultantes del mismo (NO ERA CONSTRUCTOR), tampoco fue el fideicomiso quien expidió las pólizas de seguro (NO ERA ASEGURADOA) por lo que no es el FIDEICOMISO el llamado por este medio para el cumplimiento obligaciones que tal y **como era de conocimiento del demandante** era responsabilidad de forma única exclusiva y excluyente de AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S.

12. En el caso sub examine no se configuraron los elementos para la declaratoria responsabilidad civil frente a mi representada. La conducta del Fideicomiso Gioco se ciñó a las estipulaciones contractuales, y legales, honrando sus compromisos a cabalidad, por lo que no existe un daño causado a la Demandada que sea la consecuencia directa de su actuar por el que deba resultar comprometido su patrimonio.

13. En efecto, para que pueda imputarse responsabilidad a una persona, se requiere que el daño alegado haya sido consecuencia directa de la conducta u omisión del sujeto demandado, sin que hubieren mediado factores externos y ajenos a dicha acción u omisión en la acusación del perjuicio, pues de lo contrario estaríamos en presencia de ausencia de causa directa, que habrá de derivar en exoneración de responsabilidad.

14. La conducta del Fideicomiso Gioco se ciñó a las estipulaciones contractuales, y legales, honrando sus compromisos a cabalidad, por lo que no existe un daño causado a la Demandada que sea la consecuencia directa de su actuar por el que deba resultar comprometido su patrimonio.

15. En el caso que es materia de estudio, no existe relación de causalidad entre la conducta del FIDEICOMISO GIOCO y el supuesto perjuicio sufrido por la demandante. Se insiste en el hecho que el FIDEICOMISO GIOCO no es el comercializador, ni el desarrollador del proyecto inmobiliario, ni el Gerente, ni el promotor, tampoco fungía como interventor, razón por la que es imposible que exista nexo de causalidad entre la conducta de mi representada y el daño que alega los demandantes. Sin que exista relación de causalidad entre la conducta de la demandada y los perjuicios reclamados, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

16. Respecto al actuar de la sociedad fiduciaria en el desarrollo del proyecto Gioco ha señalado la Superintendencia Financiera de Colombia¹:

¹ Sentencia 10 de agosto de 2022, DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES proceso: GIOVANNA CAROLINA TORO GOMEZ y OTROS vs ALIANZA FIDUCIARIA Y FIDEICOMISO GIOCO. Radicación: 2020151376-269-000.



“se evidencia que el parámetro de conducta exigible a la sociedad fiduciaria fue atendido, por cuanto informó a los consumidores financieros las circunstancias que adolece el proyecto, y ha participado fehacientemente en reuniones para reactivar el proyecto, ha trasladado y dado respuesta a la solicitud de devolución de los recursos conforme a lo pactado, y ha estado presta a cumplir con lo instruido por el fideicomitente siempre que se verifique el puesto y orden de atención de cada participe y que hubieran recursos líquidos en el fideicomiso.

Así las cosas, de la prestación que se exige huérfano de prueba esta una desatención o negligencia de la sociedad fiduciaria para agotar el trámite acordado, por lo que se declara probada la excepción CONDUCTA DE ALIANZA FIDUCIARIA FUE DILIGENTE Y DE BUENA

FE.

En este sentido, **realizando un filigrana en el actuar de la sociedad fiduciaria y los parámetros legales y contractuales exigibles en el desarrollo del proyecto inmobiliario nos permite concluir que no hay incumplimiento de las obligaciones legales ni contractuales o cumplimiento imperfecto o tardío que provengan de la prestación in natura, así como la existencia de circunstancias exógenas para predicar un juicio de responsabilidad nexo o culpa de la fiduciaria demandada quien no está obligada como administradora del patrimonio autónomo a tramitar ni autorizar e reembolso de las sumas invertidas por el consumidor, pues como se reitera eso solo sería obligatorio en caso de que existiera autorización y comunicación previa del fideicomitente desarrollador del proyecto, lo que no se presentó en este caso.**

Acorde con lo anterior, menos debe responder con sus propios recursos para garantizar la devolución de tales sumas, pues conforme con lo establecido en el contrato de vinculación, las mismas se encontraban invertidas en el patrimonio autónomo, y de la liquidez de este, era que se garantizaba su retorno, no del patrimonio exclusivo del fiduciario.

En este orden, **no se observa incumplimiento contractual alguno en cabeza de la Fiduciaria a título institucional y como vocera y representante del patrimonio Autónomo, respecto del trámite de devolución de aportes.**”

17. Para concluir este punto debemos ratificar que no hay una sola prueba en el expediente ni documental, ni testimonial, ni de los interrogatorios rendidos por las partes que lleven a concluir que era el fideicomiso el responsable de construir el inmueble, o que fue este el responsable de los problemas constructivos que terminaron con la parálisis de la obra, máxime cuando no existe ninguna obligación contractual o legal que le imponga semejante carga al Fideicomiso.



18. Sobre la carga de la prueba la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, en proveído de fecha enero 15 de 2010, proferido dentro del expediente No. 68001 3103 001 1998 0018101, dice:

Parece oportuno comenzar por acotar, relativamente a la carga procesal de afirmación de los hechos del litigio, que uno de los más significativos aportes del derecho procesal a la teoría general del derecho, tiene que ver con el concepto de carga, entendida esta como aquel comportamiento “que un sujeto ha de observar con carácter necesario para alcanzar un determinado fin jurídico o una ventaja, sin que, en todo caso, su libertad de obrar sufra mengua, motivo por el cual, puede aseverarse sin incurrir en desacierto que este es libre de enderezar su conducta en el sentido que mejor le parezca” (Casación, 30 de septiembre de 20004).

19. En el presenta caso la carga de la prueba para exigir el pago de la obligación contenida en el contrato de fiducia suscrito, al igual que los perjuicios causados, y la demostración de incumplimiento del demandado radica de manera excluyente en cabeza de la demandante. La sola afirmación no es prueba.

Respecto a los reparos #1 #2, #3 y #4 EL ROL DE LA FIDUCIARIA, LAS INSTRUCCIONES IMPARTIDAS Y LAS ACTIVIDADES QUE NO DEBÍAN SER REALIZADAS POR EL FIDEICOMISO GIOCO:

20. El **PATROMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO GIOCO** es un sujeto procesal distinto a la sociedad fiduciaria **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. (EN POSICIÓN PROPIA)**. Para el efecto **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** se identifica con el NIT. 860.531.315-3 y el Patrimonio Autónomo Gioco se identifica con el NIT. 830.053.812-2.

21. En este punto debo señalar que los patrimonios autónomos tienen su propia capacidad para ser parte. Lo anterior dada la autonomía patrimonial que asiste a los fideicomisos y que conlleva a que tengan a su favor y a cargo sus propios derechos y obligaciones, respectivamente.

22. En tal sentido los artículos 53 y 54 del Código General del proceso indican que:

“ARTÍCULO 53. CAPACIDAD PARA SER PARTE. Podrán ser parte en un proceso:

1. *Las personas naturales y jurídicas.*

2. **Los patrimonios autónomos.**



3. El concebido, para la defensa de sus derechos.

4. Los demás que determine la ley.”

ARTÍCULO 54. COMPARECENCIA AL PROCESO. (...) Las personas jurídicas y los **patrimonios autónomos** comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. **En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.**

23. Se debe resaltar que en este asunto **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como entidad fiduciaria propiamente dicha**, no es parte en este proceso, no fue vinculada como litisconsorte, por el apoderado del demandante.

24. A pesar de lo anterior en el presente asunto el *A quo* ha puesto en cabeza del Fideicomiso Gioco obligaciones que son propias de la sociedad fiduciaria y no del patrimonio autónomo, como por ejemplo la acreditación de las condiciones de giro que debía ser verificada por **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en su propio nombre** y no por el Patrimonio Autónomo Gioco.

25. Así pues, en la cláusula duodécima de la Modificación al Contrato de Fiducia se establecieron las instrucciones que debían ser cumplidas por Alianza Fiduciaria como vocera y administradora del fideicomiso gioco, las cuales fueron ejecutadas a cabalidad.

26. Ahora bien, revisando las instrucciones impartidas por la beneficiaria de área en su carta de instrucciones, tenemos que ninguna de dichas instrucciones incluye el desarrollo de un proyecto inmobiliario o la realización de mejoras sobre el inmueble, por parte de Alianza Fiduciaria como vocera y administradora del Fideicomiso Gioco, tampoco el manejo de la cartera de los beneficiarios o la consecución de los recursos económicos correspondientes. Solo basta con revisar la carta de instrucciones para mirar el alcance obligacional de la fiduciaria frente a la demandante.

27. En concordancia con dichas instrucciones, en la cláusula decimotercera se establecieron las obligaciones a cargo de Alianza Fiduciaria como vocera y administradora del patrimonio autónomo, a las que la entidad financiera dio su consentimiento, bajo la premisa de que estas obligaciones delimitaban su marco obligacional y su responsabilidad contractual. En la cláusula décimo novena se estableció el alcance de la responsabilidad contractual de Alianza Fiduciaria con ocasión del Fideicomiso Gioco.

28. En ese sentido, se destaca que Alianza Fiduciaria como vocera y administradora del fideicomiso gioco: Cumplió con lo establecido en la cláusula décima de la Modificación del Contrato de Fiducia y, por tanto, sólo se inició la etapa operativa cuando AVI Strategic acreditó las



condiciones de giro. Alianza cumplió con la siguientes obligaciones (i) Informó a los beneficiarios de área de todas las situaciones relacionadas con el Fideicomiso Gioco. (ii) Hizo un adecuado seguimiento al desarrollo del Fideicomiso. (iii) Informó de las dificultades financieras del proyecto y realizó actividades y seguimiento al fideicomitente respecto de las distintas opciones y alternativas existentes para obtener recursos que permitieran continuar el proyecto.

29. Así pues, en el caso en cuestión no es posible imputarle incumplimiento contractual alguno a Alianza Fiduciaria como vocera y administradora del patrimonio autónomo dado que esta no sólo ha cumplido con todas las obligaciones, y a esta presta a cumplir con ellas, sino que ha ido más allá de sus deberes y, en todo momento, ha buscado una solución a la situación actual del Proyecto Gioco Kids Club House.

30. En primer lugar, Alianza Fiduciaria como vocera y administradora del Fideicomiso Gioco cumplió su obligación de mantener en el Fideicomiso todos los recursos aportados mientras no se cumplieran las condiciones de giro.

31. Una vez cumplidas todas y cada una de las condiciones de giro, inició la fase operativa del proyecto tal y como estaba estipulado desde un comienzo.

32. Con el cumplimiento de las condiciones de giro se entró en la fase operativa del proyecto, la cual implicaba que Alianza entregara los recursos del fideicomiso al Fideicomitente Gerente.

33. En el presente asunto el Honorable Despacho de instancia enmarca la responsabilidad de mi mandante y le cuestiona el cumplimiento de la condiciones de giro y concluye que estas condiciones no se cumplieron: **porque dentro del proceso no reposan pruebas documentales que soporten cuales eran cada una de las condiciones de giro y la manera en que AVI STRATEGIC las cumplió,** indica la parte demandada no logró demostrar si las condiciones de giro se cumplieron o no.

34. Olvida el *A-quo* que quien debe probar las razones de su dicho es el demandante que es quien alega que no se cumplieron las condiciones de giro; de ello no obra soporte probatorio alguno en el proceso, salvo la manifestación de la demandante. Debemos traer a colación lo señalado en el artículo 167 del C.G.P. que sobre la carga de la prueba enseña:

*Artículo 167. **Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)*

35. Al respecto téngase en cuenta que EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE GIRO NO FUE UN TEMA PLANTEADO EN LA DEMANDA, he revisado con cautela cada uno de los 24 HECHOS DE LA DEMANDA y he releído también varias veces las 7 PRETENSIONES de la misma, y en ningún parte se habla de la acreditación de las condiciones de giro.



36. Solo el *A-quo* es quien trajo a litigio este tema de las condiciones de giro, ampliando con esto el objeto de estudio del proceso, ampliando la fijación del litigio que su propio despacho había aprobado y permitiendo un pronunciamiento en sentencia **INCONGRUENTE CON LO PLANTEADO EN LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

37. Alianza no entregó dichos recursos de forma arbitraria o negligente, sino que lo hizo conforme a lo pactado en la Modificación al Contrato de Fiducia. Como puede observarse en el expediente, todos y cada uno de los giros realizados por Alianza se efectuaron tras una solicitud formal del Fideicomitente Gerente, solicitudes que contaron con la aprobación del interventor, puesto que así lo exigía el contrato de fiducia.

38. Por tal motivo, es claro que no hubo un manejo imprudente o negligente de los recursos que ingresaron al fideicomiso sino, al contrario, un manejo que se ciñó por completo a la ley y a lo pactado en el contrato. Además, en todo momento, Alianza Fiduciaria actuó con el fin de lograr la terminación del proyecto, el cual era el interés primordial de todos los beneficiarios de área, incluida la aquí demandante.

39. Mediante varios informes de gestión extraordinarios, Alianza informó sobre las problemáticas que afrontaba el Proyecto. Los informes fueron recibidos por la aquí demandante, quien no los objetó ni realizó comentario o solicitudes de aclaración o complementación.

40. Adicionalmente, ante los problemas financieros que derivaron en el retiro del apoyo económico de Bancolombia, Alianza manifestó a AVI Strategic la imposibilidad de continuar con los desembolsos de dinero.

41. Ante la negativa definitiva de Bancolombia de continuar respaldando financieramente el proyecto, Alianza Fiduciaria solicitó a AVI Strategic de manera oportuna la formulación de alternativas que permitieran la terminación del proyecto.

42. En el entretanto, Alianza siempre fue transparente con los beneficiarios de área y los mantuvo informados sobre el desarrollo de los hechos que afectaban la terminación del proyecto, tal y como consta en distintos comunicados enviados por Alianza a todos los beneficiarios de área.

43. A pesar de las gestiones de Alianza, el Fideicomitente Gerente, encargado de la construcción del Proyecto, no cumplió con sus obligaciones, razón por la cual el proyecto no ha sido terminado.

44. Sin embargo, la falta de terminación del Proyecto no es, de ninguna manera, imputable a Alianza Fiduciaria, quien como se ha visto cumplió a cabalidad sus obligaciones y actuó de buena fe en todo momento.

45. A continuación, se pasa a exponer en detalle los distintos motivos por los cuales no hay reproche alguno que efectuar a Alianza Fiduciaria ya que: (i) no hay incumplimiento contractual alguno de la fiduciaria y (ii) aun si se determinara la existencia de algún incumplimiento contractual, es claro que este no es la causa de la parálisis del proyecto.

46. Los negocios fiduciarios son reglados, en estos, las partes tienen el deber de establecer los derechos y obligaciones a su cargo conforme al principio de autorregulación y protección, previo a comprometer su responsabilidad y dar el consentimiento. Lo anterior cobra importancia en negocios fiduciarios, que implican obligaciones de medio y no de resultados a la fiduciaria.

47. Dicha carga de autorregulación negocial, cobra importancia, e impide que, por vía de deberes secundarios de conducta o reproches genéricos, se desnaturalice el acuerdo de voluntades como elemento esencial de las obligaciones. Al respecto, puede consultarse la Corte Suprema de justicia, en fallo reciente de 2020 con ponencia del Magistrado Francisco Ternera Barrios².

48. En todo caso, téngase en cuenta que obligaciones como el deber de información, rendición de cuentas³ y la verificación del cumplimiento de las condiciones de giro (LAS CUALES SI SE CUMPLIERON A CABALIDAD) NO son obligaciones propias del **PATRIMONIO AUTONOMO GIOCO** sino de **ALIAZA FIDUCIARIA S.A. en posición propia**, por tanto no se puede condenar al Fideicomiso por esas actuaciones propias de la sociedad fiduciaria.

49. En el presente asunto el FIDEICOMISO GIOCO, ha honrado sus compromisos y obligaciones contractuales, no ha infringido daño a nadie con su actuar, por tanto no puede ser declarado culpable ni comprometido su patrimonio. Se tiene que el FIDEICOMISO GIOCO asumió las obligaciones correspondientes al carácter de patrimonio autónomo cuyas únicas obligaciones son, ser **receptor de bienes** y **receptor de recursos** destinados al proyecto inmobiliario, y demás obligaciones establecidas en el contrato fiduciario y el contrato de vinculación.

50. Es un error del demandante no haber vinculado como sujeto procesal a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. a este proceso para hacerle los reproches directamente a la sociedad fiduciaria, pero por ese error no es dable terminar condenando al patrimonio autónomo.

Respecto a los reparos #1, #2 #3 y #4 EL PROYECTO ERA FINANCIERAMENTE VIABLE. ALIANZA ACTUÓ CON DILIGENCIA EN LA FASE PREOPERATIVA DEL PROYECTO.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, caso de Jesús María Murgueitio contra Helm Fiduciaria S.A., M.P. Francisco Ternera Barrios.

³

51. A pesar de que el tema del cumplimiento de las condiciones de giro y la viabilidad financiera del proyecto Gioco no fue un tema planteado en el proceso es necesario entrar a explicarlo en esta instancia porque sobre dicho cumplimiento terminaron condenando al Fideicomiso Gioco.

52. Que el 21 de junio de 2016 se decretó el cumplimiento de LAS CONDICIONES DE GIRO para inicial la fase operativa del proyecto GIOCO, fecha en la que se trasladan los recursos aportados por los beneficiarios de área al fideicomiso, quien a su turno otorga las órdenes de giro para el fideicomitente gerente - constructor previo el visto bueno del interventor.

53. Frente a la verificación de las condiciones de giro tenemos que estas se encuentran establecidas en el numeral 2.1 de la carta de instrucciones y en la cláusula 10.2 de la modificación integral del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria.

54. Al respecto tenemos que la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera (Circular Externa 007 de 1996), aplicable para la fecha de inicio del negocio fiduciario aquí analizado, ha establecido distintas etapas dentro del esquema descrito, dentro del cual han de distinguirse: (i) *la etapa preliminar o de “preventas”, (ii) la etapa de desarrollo y (iii) la etapa de liquidación.*

En la etapa de “preventas”, tal y como lo señalaba dicha Circular, la fiduciaria tiene la obligación de “(...) efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de los interesados en adquirir inmuebles dentro del proyecto inmobiliario. En este caso, *la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.*”

A su turno, dichas condiciones para el traslado de los recursos al proyecto se encuentran determinadas en el llamado punto de equilibrio, reúne entre otras, “(...) *las condiciones para garantizar que existen un número mínimo de compradores que aseguren la recuperación de los costos totales del proyecto, dejando solo en riesgo el número de unidades cuya venta aportará el equivalente a las unidades esperadas.*”

55. En aras de acreditar las condiciones de giro, el fideicomitente gerente presentó una carta de aprobación de un crédito propio emitida por un fondo Internacional RIBT por valor de 53 millones 975.955 euros, de los cuales destinaria la suma a cuarenta mil quinientos millones de pesos al fideicomiso GIOCO para desarrollo de la etapa operativa del proyecto.



56. El 11 de enero de 2017 Bancolombia expide carta de aprobación de un crédito de libre inversión a favor del Fideicomiso y como avalistas: Andrés Avilés, Alberto Avilés, Adriana Avilés, Alejandro Avilés, Bestpro SAS y el fideicomitente gerente y aportante por valor de \$37.000.000.000.
57. Que el fideicomiso otorgó como hipoteca a favor de Bancolombia sobre el lote donde se desarrollaría el proyecto y desembolso al fideicomiso la suma de \$2.000.000.000.
58. El 06 de diciembre de 2017 Bancolombia comunica al fideicomiso la intención unilateral de no continuar con el desembolso del crédito constructor para el proyecto GIOCO.
59. El 13 de julio de 2018 el Juzgado Sexto Civil del Circuito en Oralidad de Barranquilla libró mandamiento de pago a favor de Bancolombia contra el Fideicomiso y los avalistas dentro del proceso ejecutivo mixto por el crédito constructor.
60. Que 15 de agosto de 2018 el Fideicomiso recibió orden de embargo sobre los recursos del fideicomiso emitida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito en Oralidad de Barranquilla.
61. Que 31 de octubre de 2018 el Fideicomiso puso a órdenes del juzgado la suma que asciende a \$327.957.554,34
62. Condiciones de giro acreditadas:
- El proyecto contaba con licencias de construcción.
 - Se aportó oportunamente el correspondiente estudio de títulos sobre el inmueble
 - Se acreditó la viabilidad financiera con: (i) los encargos de inversión y cartas de instrucciones que corresponden a más 64.9% de las unidades vendidas; y se contaba con (ii) recursos propios.
 - El Fideicomitente acreditó la existencia de recursos propios para la financiación del Proyecto y así lo aprobó el interventor. En todo caso, con posterioridad se obtuvo la financiación de un crédito constructor.
 - El proyecto inmobiliario contaba con un interventor.
63. El crédito constructor aprobado por Bancolombia con posterioridad a la acreditación de las condiciones de giro, es prueba fehaciente de la seriedad y viabilidad financiera del proyecto para la fecha en que se cumplieron las condiciones de giro.
64. La acreditación de las condiciones de giro fue informada a la demandante quien no presentó objeción alguna sobre este punto, ni solicitó la aclaración o complementación de la información.
65. LOS ACTIVOS DEL FIDEICOMISO GIOCO: 228. a pesar de que a la fecha el edificio no ha sido entregado, ni terminado de construir, el Fideicomiso Gioco tiene activos suficientes para responder por las obligaciones asumidas por dicho patrimonio autónomo.

- 66.** En efecto, se encuentra demostrado que el inmueble aportado y las mejoras realizadas en este son suficientes para responder por los aportes efectuados por todos los beneficiarios de área y con el crédito preoperativo tomado con Bancolombia.
- 67.** Así pues, el valor del lote de terreno se calcula en un monto de \$8.892.870.000, de acuerdo con el modelo financiero del perito evaluador que tiene un costo de financiación del 100%.
- 68.** Lo anterior, sin perjuicio de las actividades y costos ya incurridos para el desarrollo del proyecto Gioco (pago salas de ventas, estudio de títulos, pago licencias, honorarios ingenieros, y demás personas que intervinieron la obra, pago maquinaria pesada, etc) y que conllevan una disminución de los costos, de continuarse la obra a través, por ejemplo, del plan de contingencia pactado para estos casos en el contrato de fiducia.
- 69.** En efecto, en las pruebas aportadas se observa que con ocasión del desarrollo del proyecto ya se incurrió en los costos de licencias, planos, cimentaciones, excavaciones, así como en el pago de las comisiones de los agentes inmobiliarios que vendieron las unidades inmobiliarias a los beneficiarios de área e, incluso, ya se encuentra pago el lote.
- 70.** Las inversiones antes mencionadas ascienden a una suma no inferior a \$13.385.030.058.
- 71.** Así pues, si se llega a continuar con el proyecto, ya sea a través de un nuevo inversionista o de las decisiones adoptadas dentro del plan de contingencia, no se tendría que incurrir en los costos de \$11.872.531.793 240.
- 72.** Finalmente, lo anterior sumado a los activos (inmueble, mejoras y planos y licencias) implica que el Fideicomiso Gioco tenga, por lo menos, recursos invertidos en el proyecto inmobiliarios que ascienden a una suma entre \$21.206.126.723 y \$26.323.620.525, de acuerdo con el cálculo valuatorio del inmueble.
- 73.** Los derechos de la demandante se encuentran representados en los activos del fideicomiso Gioco y, además, se encuentran reflejados como pasivos en la contabilidad de dicho patrimonio autónomo.
- 74.** En el asunto de marras no existe una sola prueba que determine que era el Fideicomiso quien debía construir la obra y/o que el no construir la obra o no entregar oportunamente el inmueble o el encontrarse paralizada la obra implica una responsabilidad del patrimonio autónomo.
- 75.** La fiduciaria como vocera y administradora del Fideicomiso Gioco actúa por instrucciones del Fideicomitente Gerente y solo podrá devolver aportes cuando el Fideicomitente gerente emita la correspondiente instrucción, hacerlo sin dicha instrucción es actuar por fuera de los señalado en el contrato.



Respecto a los reparos #6, #7 y #8 PRECEDENTES JURISDICIONALES EN DEMANDAS DE BENEFICIARIO DE AREA DEL FIDEICOMISO GIOCO:

76. La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera (autoridad que vigila y controla a las fiduciarias, como entidades financieras) ha estudiado ya varios procesos judiciales donde beneficiarios de área del Fideicomiso Gioco han reclamado sus derecho como consumidores financieros y demandado el incumplimiento contractual de Alianza Fiduciaria y el Patrimonio Autónomo Gioco y ha resuelto EN TODOS LOS CASOS LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL FIDEICOMISO GIOCO por no haberse configurado los elementos para la declaratoria responsabilidad civil frente a mi representada.

77. Al expediente se aportaron como documentos de referencia todas las sentencias que hasta el momento ha proferido la Superintendencia Financiera de Colombia respecto al proyecto Gioco, en todos los casos negando las pretensiones de la demanda. Así mismo se aportó la Sentencia proferida por escrito por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Barranquilla, en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2018-00047 JAIME SILVA BARAQUE VS ALIANZA FIDUCIARIA Y EL FIDEICOMISO GIOCO donde igualmente se declara la falta de legitimación en causa por pasiva y se niegan las pretensiones de la demanda.

78. La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales señaló que, conforme a las pruebas aportadas, el proyecto era viable en términos financieros. Frente a esto, se destacó que el proyecto contaba con una proyección de flujo de caja y una factibilidad financiera que permitía el desarrollo del proyecto. La Delegatura manifestó que se tenían previstas una serie de fuentes de financiación que se tuvieron en cuenta para determinar la viabilidad del proyecto.

79. En cuanto a las condiciones de giro, la Delegatura que eldeclaró que la condición establecida en el numeral 2.5 del Contrato de Vinculación, es decir, aquella consistente en contratar un crédito constructor con una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, sólo operaba en caso de que, de acuerdo con la planeación financiera del proyecto, se evidenciara la necesidad de contratar un crédito constructor.

80. La Delegatura resaltó que se demostró la obtención de un crédito de libre inversión por valor de cincuenta y tres millones novecientos setenta y cinco mil novecientos cincuenta y cinco (\$53'975.955) euros, de los cuales se destinaría al fideicomiso la suma de cuarenta mil quinientos millones de pesos (\$40.500'000.000). Por ello, se concluyó que no era necesario contratar un crédito constructor puesto que, mediante el crédito de libre inversión obtenido por el Fideicomitente, se tendrían los recursos suficientes para evitar la contratación del referido crédito constructor.



81. Adicionalmente, y en relación con esto último, la Delegatura destacó que, de todas formas, el no haber contratado un crédito constructor con una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera no podía ser considerada la causa efectiva del daño alegado. Dado que, con posterioridad se obtuvo la fuente de financiación a través de Bancolombia.

82. Para finalizar lo relacionado con este tema, la Delegatura destacó que, en cualquier caso, la obligación derivada de las condiciones de giro exigía contratar un crédito constructor, pero no que dicho crédito fuera girado o desembolsado al momento de acreditarse el cumplimiento de dichas condiciones de giro, puesto que los desembolsos constituyen otro evento que se va desarrollando conforme a las necesidades del proyecto a lo largo de la etapa constructiva.

83. la Delegatura hizo referencia a lo relativo al **deber de información** en cabeza de Alianza Fiduciaria en posición propia, quien no está siendo demandada en este proceso. En efecto, se manifestó que no podía considerarse que el daño alegado se hubiera configurado como consecuencia de una falta de información. En esta medida, descartó la ausencia de un nexo causal entre este supuesto incumplimiento y la parálisis del proyecto.

84. La Delegatura resaltó que se suscribieron, antes de la acreditación de las condiciones de giro, un total de 198 contratos de vinculación, correspondientes al 64,9% de las unidades inmobiliarias del proyecto. En relación con lo anterior, se precisó que es común y ordinario en este tipo de negocios que, para acreditar las condiciones de giro, y específicamente el punto de equilibrio, sólo se exija acreditar la suscripción de los contratos, sin necesidad de que se realice la entrega del dinero a pagar con estos. Incluso, se hizo referencia a que aun si se hubiese recibido el pago de todas las cuotas iniciales con la suscripción del contrato de vinculación, ello tampoco hubiese evitado la necesidad de financiación a través de fuentes externas.

85. Adicionalmente, la Delegatura al analizar las causas de la falta de desarrollo del proyecto, la Delegatura concluyó que esto se debió a “circunstancias propias del adelantamiento constructivo”, las cuales no tienen relación con las obligaciones legales y contractuales de la fiduciaria.

86. En ese sentido, la Delegatura declaró demostrados los problemas en los terrenos en los que se iba a desarrollar el proyecto, resaltando que la existencia de rocas masivas dificultó la excavación del terreno, lo cual implicó modificar el proyecto y solicitar nuevas licencias de construcción.

87. Al respecto, en la providencia la Delegatura citó apartes de los informes de interventoría en los que consta esta situación: *“la interventoría observa que se han tenido inconvenientes con el tipo de suelo encontrado a tal punto que el constructor indica que se está validando un nuevo estudio de suelos y lo más seguro es que se rediseñe la cimentación de la edificación, acorde con esto están paralizadas las labores hasta que no se tenga claridad en los diseños finales. “Conclusiones: durante el desarrollo del mes de agosto, el proyecto continúa con ciertos atrasos debido a que se está realizando un nuevo estudio de suelos y por ende un rediseño de la cimentación, la interventoría sugiere que se implemente un plan B para tratar de acortar estos días de retraso marcados por los ajustes a los diseños”.*

88. Adicionalmente, no se debe dejar de tener en cuenta la decisión unilateral de Bancolombia de cesar los desembolsos del crédito constructor que se había suscrito. Sobre este hecho la Delegatura ha declarado en varios fallos que tuvo como causa los eventos no previstos que ocurrieron y que no fueron valorados por el banco, en tanto este tuvo únicamente en cuenta los costos indirectos. Es fundamental manifestar que la parte demandante no realizó ningún reproche relativo al retiro de Bancolombia, a tal punto que esta entidad ni siquiera fue citada al proceso como parte en este proceso.

89. Finalmente, la Delegatura en varios pronunciamientos hizo referencia al retiro, desistimiento y no pago en que incurrieron los beneficiarios de área en forma masiva, sistemática y no previsible, pues cómo expuso, la fiduciaria no podía prever que todos los beneficiarios de área, como la demandada, no iban a cumplir sus contratos.

90. Por los anteriores motivos, la Delegatura encontró que no existió responsabilidad alguna de Alianza Fiduciaria ni del Fideicomiso Gioco en los problemas que llevaron a la no construcción del proyecto.

91. Respecto al precedente que se ha venido marcando respecto a la responsabilidad de la fiduciaria y el patrimonio autónomo en desarrollo del proyecto Gioco, tenemos las siguientes sentencias:

A. ACTAS DE AUDIENCIAS DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO

1. Acta de la audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso con Radicado No. 2019066460, del proceso adelantado ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

2. Acta de la audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso con Radicado No. 2019143221, del proceso adelantado ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

3. Acta de la audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso con Radicado No. 2018169187, del proceso adelantado ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

4. Acta de la audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso con Radicado No. 2020199654, del proceso adelantado ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

B. TRANSCRIPCIONES DE LAS SENTENCIAS ORALES.

1. Transcripción de la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2019066460.
2. Transcripción de la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales Superintendencia Financiera en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2019143221.
3. Transcripción de la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2018169187.

C. SENTENCIAS ESCRITAS

1. Sentencia, fecha 10 de agosto de 2022, **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES** proceso: GIOVANNA CAROLINA TORO GOMEZ y OTROS vs ALIANZA FIDUCIARIA Y FIDEICOMISO JOCO. Radicación: 2020151376-269-000.
2. Sentencia de segunda instancia, fecha 30 de marzo de 2022, proferida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL** proceso: Arnaldo Miguel Pimienta Restrepo y otra. VS Alianza Fiduciaria S.A Radicado No. 11 001 31 99 003 2019 3261 01.
3. Sentencia de primera instancia, fecha 17 de agosto de 2021, proferida por escrito por el **JUZGADO 11 CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, en el marco del proceso: Jaime Silva Baraque VS Alianza Fiduciaria, identificado con el Radicado No. 2018-00047. Se encuentra ejecutoriada.

D. VÍDEOS DE LAS AUDIENCIAS DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO EN LOS QUE SE PROFIEREN SENTENCIAS

1. Vídeo de la audiencia en la que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera profirió la sentencia de primera instancia en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2019066460.
2. Vídeo de la audiencia en la que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera profirió la sentencia de primera instancia en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2019143221 (se envía en dos partes).

3. Vídeo de la audiencia en la que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera profirió la sentencia de primera instancia en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2018169187.

4. Vídeo de la audiencia en la que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera profirió la sentencia de única instancia en el marco del proceso identificado con el Radicado No. 2020199654.

Los anteriores documentos podrán ser consultados y descargados en el siguiente enlace:

<https://drive.google.com/drive/folders/1HYfEDKfetbl4NthZgUDPuQkz9yeR6p9r?usp=sharing>

III. PETICIONES

Solicito comedidamente al Tribunal Superior de Barranquilla se sirva REVOCAR en su totalidad la sentencia recurrida y como consecuencia NEGAR las pretensiones de la demanda.

Respetuosamente,

FREDY FARID FERIS CAMPO

C.C. No. 1.129.521.018 de Barranquilla

T.P. 223.606 del C.S. de la J.

