

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)¹

Expediente: 11001-31-03-05-**2018-00044-00**
Proceso: Acción Protección Al Consumidor
Demandante: Luis Javier León Baquero
Patricia Eugenia del Pilar Barrios Guzmán
Demandado: Acción Sociedad Fiduciaria
Asunto: **SENTENCIA**

Surtido el trámite de la presente acción, procede el Despacho a proferir el correspondiente fallo de instancia, previo los siguientes;

ANTECEDENTES

1. Fundamento Fático.

A través de apoderado judicial Luis Javier León Baquero y Patricia Eugenia del Pilar Barrios Guzmán, promovieron la presente acción de protección al consumidor, fundada en los hechos que a continuación se resumen:

1. Que entre la sociedad Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., se suscribió el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Fideicomiso Recursos Peñón Verde-Lotes de fecha 10 de julio de 2014, cuyo objeto principal es la administración de los recursos del Fideicomitente y mantener la titularidad de los bienes que conforman el fideicomiso.
2. Que conforme con lo anterior, se constituyó el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Recursos Peñón Verde- Lotes, identificado con NIT 805.012.921-0.

¹ Estado electrónico número 80 del 11 de junio de 2021

3. Que, entre Acción Sociedad Fiduciaria S.A., Luis Javier León Baquero y Patricia Eugenia del Pilar Barrios Guzmán, en calidad de beneficiarios del área, se suscribió un contrato de vinculación al Fideicomiso Recursos Peñón Verde- Lotes, a través del cual se estipularon, entre otros asuntos, las condiciones para la entrega de recursos al fideicomitente, que en este caso son Recursos Peñón Verde- Lotes.
4. Que el contrato de vinculación antes referido, en el numeral segundo de los antecedentes dispone: *“Mediante documento privado se celebró entre el Fideicomitente Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria un contrato de Fiducia Mercantil, por el cual se constituyó el Fideicomiso Recursos Peñón Verde- Lotes, en adelante el Fideicomiso Recursos, contra la fiducia, cuyo texto los beneficiarios de área declaran conocer y aceptar”*, lo que significa que los demandantes forman parte del referido contrato de fiducia.
5. Que en los literales b) y e) de la cláusula cuarta del referido acuerdo de voluntades, se establecieron como condiciones para efectuar la entrega de recursos por parte de la Fiduciaria al Fideicomitente, las siguientes: *“b) Haber obtenido la aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia; e) Concepto favorable acerca de la obtención del punto de equilibrio entregado por el Representante Legal y Contador del Fideicomitente y el Interventor, en el que conste de dónde procederán los recursos que permitirán el flujo de caja necesario para desarrollar el proyecto”*.
6. Que el valor total del inmueble ya fue cancelado, así: a) El 14 de octubre de 2016 \$1.000.000.00; b) El 31 de octubre de 2016 \$90.000.000.00; c) El 15 de noviembre de 2016 \$370.000.000.00.
7. Que los demandantes en calidad de beneficiarios del área suscribieron contrato de promesa de compraventa con la sociedad Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., el 28 de octubre de 2016, sobre el mencionado lote 4 y su construcción.
8. Que la referida sociedad, se comprometió inicialmente a entregar el lote junto con la casa en el construida y firmar la respectiva escritura de compraventa el 26 de abril de 2017, sin embargo, a tal acto no concurrieron ni la constructora ni la fiduciaria aquí referidas.
9. Que el 27 de julio de 2017, se suscribió el “otro sí” No. 1 a la promesa de compraventa, en el cual se reconoció el pago en favor de los demandantes de la suma correspondiente a la cláusula penal, por incumplimiento del prometiente vendedor, además, se pactó el pago

a favor del prometiende comprador una tasa de interés del 0.9% sobre el valor total del inmueble y se fijó como nueva fecha para la firma de la escritura y entrega de los inmuebles el 05 de diciembre de 2017.

10. Que a la fecha de la firma del otro sí, sólo se encontraban construidos los cimientos de la casa y la obra había estado paralizada por dos meses e incluso en la actualidad sigue en el mismo estado, situación que constituye un incumplimiento por parte de la demandada y de la sociedad Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., dado que el representante legal de ésta última se ha comprometido en varias ocasiones a reanudar la obra.
11. Que el representante legal de la sociedad Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., manifestó que no ha contado, ni cuenta con recursos para terminar la obra, por lo que no se entiende bajo que parámetros la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., efectuó la entrega de los recursos al fideicomitente.
12. Que de igual manera el representante legal de la sociedad Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., señaló que en ningún momento ha contado con un crédito otorgado por una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, aunado a que de los folios de matrícula inmobiliaria de los inmuebles, no se encuentra inscrita ninguna hipoteca, por lo que no se entiende los parámetros tenidos en cuenta por la demandada para efectuar el desembolso de los recursos.
13. Que tanto la Fiduciaria como la Fideicomitente, se han negado a esclarecer tales situaciones, fijar citas y reconocer el incumplimiento de sus deberes.
14. Que Acción Sociedad Fiduciaria S.A., informó a los demandantes en reunión llevada a cabo el 30 de noviembre de 2017, que el Fideicomitente contaba con un crédito preaprobado de Internacional Compañía de Financiamiento S.A., pero que esta compañía se había liquidado, afirmación que no es cierta, como quiera que la misma se encuentra aún en proceso de liquidación, habida cuenta que mediante Resolución No. 1585 de 2015 la Superintendencia Financiera de Colombia, tomó posesión inmediata de la referida sociedad para liquidar sus bienes, haberes y negocios.
15. Que Acción Sociedad Fiduciaria S.A., siendo conocedora de la situación de Internacional Compañía de Financiamiento S.A., y que la fideicomitente no ha tramitado otro crédito con ninguna entidad

financiera, siguió efectuando desembolsos, para el supuesto avance de la obra.

16. Que Acción Sociedad Fiduciaria S.A., no ha cumplido con su obligación de rendir cuentas de su gestión cada seis (6) meses a los beneficiarios del área, conforme lo establecido en la Clausula Octava del contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Fideicomiso Peñón Verde- Lotes.
17. Que mediante derecho de petición se le ha solicitado a la demandada la información concerniente al cumplimiento de sus obligaciones el negocio fiduciario, como la verificación de los requisitos por parte del Fideicomitente, para la entrega de los recursos del fideicomiso, sin embargo, la demandada respondió de manera negativa y evasiva a lo solicitado, de manera que no ha sido posible determinar cómo se llevó a cabo la entrega de los recursos a la fideicomitente y la razón por la cual no ha podido concluir la obra.
18. Que el 08 de noviembre de 2017, presentaron reclamación directa ante Acción Sociedad Fiduciaria S.A., solicitando la devolución del capital y los rendimientos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.
19. Que el 05 de diciembre de 2017, se presentaron a la Notaría 26 del Círculo de Bogotá, para la firma de la escritura pública de compraventa, sin embargo, al citado acto no comparecieron ni la demandada, ni Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

3.- Las Pretensiones.

Con base en el fundamento fáctico expuesto y la subsanación de la demanda, solicitó lo siguiente:

1. Que se declare que se declare que Acción Sociedad Fiduciaria S.A, incumplió sus obligaciones contractuales perjudicando los intereses de los aquí demandantes.
2. En razón al incumplimiento de sus obligaciones contractuales que se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a la devolución de las sumas de dinero pagadas por mis poderdantes al fideicomiso.
3. En razón al incumplimiento de sus obligaciones contractuales que se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., al pago de

rendimientos del capital pagado por los aquí demandados por el tiempo que la fiduciaria ha tenido la administración del fideicomiso

4. En razón al incumplimiento de sus obligaciones contractuales que se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., al pago de todas las expensas gastos y honorarios en las que han tenido que incurrir los aquí demandantes.

4.- Actuación Procesal.

4.1. Subsana la demanda se admitió en auto de 19 de febrero de 2018, corriéndose el respectivo traslado a la pasiva, bajo el trámite del proceso verbal.

4.2. La demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., enterado de la admisión de la demanda, y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones y dando réplica al fundamento fáctico de la misma (folios 327 y s.s., expediente digital). Así mismo, promovió recurso de reposición decidido en forma desfavorable.

4.3. Propuso como excepciones las de: (i) **“CONTRATO CUMPLIDO”**; (ii) **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR PASIVA”**; (iii) **“ILEGALIDAD DE LAS PRETENSIONES CONTRA LA FIDUCIARIA”**; (iv) **“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO”**; (v) **“LA PARTE INCUMPLIDA NO PUEDE SOLICITAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS DEMÁS CONTRATANTES”**.

5. Agotada la etapa de instrucción, se escucharon las alegaciones, precisándose que el fallo se emitiría por escrito a lo cual se procede en esta providencia.

CONSIDERACIONES

1.- Validez Procesal.

Este Juzgado observa satisfechos los presupuestos procesales, por cuanto, es competente para conocer del asunto, los extremos de la controversia tienen capacidad para ser parte, la demanda reúne los requisitos de forma y

legales. Además, no se advierte vicio que pueda invalidar lo actuado, y deba ser declarado de oficio.

2.- Problema Jurídico.

Con fundamento en el cúmulo probatorio, corresponde a esta Agencia Judicial determinar si en el presente caso concurren los elementos que estructuran la acción de protección al consumidor financiero o, si, por el contrario, los medios exceptivos propuestos por la sociedad demandada tienen la virtualidad de enervar las pretensiones formuladas.

3.- De la acción de protección al consumidor financiero

La acción de protección al consumidor financiero se define como *“una herramienta de defensa de los intereses de los consumidores financieros, que busca que un tercero (...) decida con fundamento en la Ley y lo que se pruebe en el proceso, sobre los conflictos contractuales que se presentan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas.”*²

En tal sentido, el legislador a través de la Ley 1480 de 2011, en su artículo 57 dispuso:

“ En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.”

4.- Caso concreto.

² <https://im.sura-am.com/sites/default/files/2020-10/ABC%20Negocios%20Fiduciarios.pdf>

Bajo los anteriores derroteros procede el Despacho a abordar el objeto del litigio y decidir de fondo la cuestión planteada.

4.1.- De los presupuestos de la acción de protección al consumidor financiero:

En este punto, habrá de tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de 1480 de 2011, son presupuestos de la presente acción **(i)** la calidad de consumidor financiero en la que actúa el extremo demandante; **(ii)** que la demandada sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera; **(iii)** que la controversia puesta a consideración del juez de conocimiento se relacione *“exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.”*.

Conforme con lo anterior, se procederá a estudiar el cumplimiento del primero de los presupuestos aquí enunciados debiendo precisar que, en línea con lo reglado en el artículo en el artículo 2° de la Ley 1328 de 2009, existen varias clases y/o modalidades de consumidores financieros, como los clientes, usuarios y clientes potenciales, empero, para el asunto de marras interesa a esta juzgadora la definición que dicho cuerpo normativo hace del cliente que es *“la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.”*, que no sobra acotar, conforme el literal d del artículo segundo de la referida ley es considerado consumidor financiero.³

En este orden de ideas, se tiene que los señores Luis Javier Leal Baquero y Patricia Eugenia del Pilar Barrios Guzmán, el 31 de octubre de 2016, suscribieron el contrato de vinculación⁴ identificado como *“encargo No. 1200044375”* a través del cual entran a formar parte del Fideicomiso Recursos Peñón Verde- Lotes, en calidad de beneficiarios de área, del que además forman parte Acción Sociedad Fiduciaria, como fiduciaria y Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., como Fideicomitente, de allí que resulta evidente que

³ **“Consumidor financiero:** Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.”

⁴ Documento obrante en el expediente digital en la carpeta denominada "19DocumentosAccionFiduciaria"

entre los demandantes y la demandada, por lo menos frente al **contrato de vinculación**, se predica, en principio, **una relación contractual**, para el recaudo y administración de los recursos derivados de la compra por la parte demandante del inmueble Lote No.4. dentro del proyecto Urbanización Peñón Verde, la cual a su vez se deriva del contrato de Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Peñón Verde Lotes, situación de la cual se colige que los demandantes ostentan la calidad de clientes de la sociedad llamada a juicio y, por ende, de consumidores financieros.

Con todo, incluso bajo la noción de que no resulta plausible concebir a los demandantes como **partes** sino como **terceros-beneficiarios**-, en estricto sentido, en lo que atañe al contrato de fiducia mercantil, conviene acotar que de todas formas, como lo ha expuesto la Honorable Corte Suprema de Justicia, tienen legitimación para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, extendiéndole así su relación en el mismo.

Precisamente, al respecto el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria ha dicho

*“En efecto, por la relación de confianza, especificidad estructural y funcional del negocio fiduciario, en preservación de los derechos del tercero beneficiario y seguridad de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente en su provecho, **el ordenamiento jurídico extiende su legitimación, otorgándole ciertos derechos, facultades y acciones, usualmente reservados a las partes del acto dispositivo; así, le confiere “además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley”, los de “[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas”, impugnar sus actos anulables en los casos legales y exigir la restitución de los bienes fideicomitidos, oponerse a medidas cautelares o de ejecución contra éstos o por obligaciones que no lo afectan si no lo hace el fiduciario, solicitar su remoción por causas justificadas y el nombramiento provisional de administrador (artículo 1235 Código de Comercio), demandar el inventario de los bienes recibidos (artículo 1231, ibídem) y también impone al fiduciario el deber de rendirle cuentas comprobadas de su gestión (artículo 1234, num. 8º, ejusdem), previendo su remoción cuando sus intereses resultan incompatibles (1239, num. 1º, C. de Co) y la extinción del contrato, entre otras causas, por muerte del beneficiario si así se acordó (artículo 1240, idem).***

En el mismo contexto, un tercero ajeno a un contrato, sin dejar de serlo, podrá asumir determinadas prestaciones de las partes (asunción de deuda), incluso alguna de éstas, puede comprometerse a propósito (artículo 1507, Código Civil); asimismo, en los denominados “contratos abiertos”, puede presentarse la determinación o ingreso ulterior de otras partes, especialmente, en contratos con comunidad de fines por adhesión

progresiva o sucesiva al contrato base, verbi gratia, en el contrato de transporte de cosas, “el destinatario al aceptar el contrato adquiere la calidad de parte frente al transportador y al remitente” (artículo 1008 Código de Comercio), el “asegurado adquiere la calidad de parte frente al asegurador y el tomador cuando asume obligaciones que no pueden ser cumplidas sino por el mismo” (artículo 1039, ibídem).”⁵ (negrilla y subraya adicionada por el despacho)

Bajo ese panorama, es viable tener por establecido el referido presupuesto que atañe a la relación contractual y legitimación.

Ahora bien, en relación con la calidad de vigilada de la demandada por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, es suficiente con tomar en consideración que de acuerdo con la documental aportada con el escrito de la demanda⁶, correspondiente al certificado expedido por la prenotada entidad, “*Acción Sociedad Fiduciaria S.A., es una sociedad comercial anónima sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia*”, siendo tal manifestación suficiente para tener por cumplido tal requisito.

Frente al particular, es de anotar que, según el literal h del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009 “*h) Entidades vigiladas: Son las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.*”

Por otra parte, habrá de tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo expresado tanto en los hechos como en las pretensiones de la demanda, la controversia que se ventila a través de la presente acción, guarda directa relación con el cumplimiento diligente de las obligaciones contractuales contraídas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., tanto en el contrato de Fiducia Mercantil, como en el de vinculación aquí mencionados y con el manejo y/o administración de los recursos por ésta captados de los demandantes.

En otro orden de cosas, se precisa que en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, junto con la demanda se aportó prueba de la reclamación efectuada por la parte demandante ante la sociedad demandada⁷, encontrándose así acreditado el cumplimiento de la totalidad de los requisitos previstos por el legislador para que sea posible estudiar de fondo las pretensiones formuladas por el extremo demandante.

⁵ Corte Suprema de Justicia 1 de julio de 2009. M.P. William Namen Vargas. Expe. 11001-3103-039-2000-00310-01

⁶ Folio 31 expediente digital

⁷ Folios 115 a 121 expediente digital

4.2. De la responsabilidad de la Fiduciaria

De los fundamentos fácticos expuestos en el escrito de la demanda, advierte el Despacho, que la parte actora endilga a la demandada incumplimiento de las obligaciones pactadas tanto en el contrato de Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Peñón Verde Lotes, como en el contrato de vinculación suscrito el 31 de octubre de 2016, para para la adquisición de la casa No. 4 de la Urbanización Peñón Verde.

Dicho incumplimiento, se circunscribe a la inobservancia por parte de la Fiduciaria de los requisitos previstos en la cláusula cuarta del contrato de vinculación suscrito entre las partes en litigio, para la entrega por parte de la fiduciaria de los recursos del Fideicomiso Recursos Peñón Verde- Lotes al fideicomitente Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., específicamente en lo atinente a la aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y a la presentación de un concepto favorable acerca de la obtención del punto de equilibrio, el cual debía estar suscrito por el representante legal y el contador del Fideicomitente, así como, por el interventor, en el que conste de donde se obtendrán los recursos que permitan el flujo de caja necesario para desarrollar el proyecto.

Ahora bien, conforme el artículo 5 de la Ley 1328 de 2009 entre los derechos de los consumidores financieros se encuentra

"a) En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas."

En tanto que de acuerdo con el artículo 1235 del Código de Comercio "El beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes:

1) *Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas; (...)"*

Bajo ese panorama, es de analizar en primer lugar, bajo la óptica de la protección al consumidor financiero, si en efecto, la sociedad demandada incurrió en incumplimiento de su obligación consistente en verificar con la debida diligencia que la fideicomitente contara con un crédito aprobado por

parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, como requisito para proceder con el desembolso de los recursos que los beneficiarios del área pusieron a disposición del fideicomiso, debiendo precisarse, inicialmente, que con la contestación de la demanda, se aportó comunicación de fecha 09 de noviembre de 2015⁸, a través de la cual Internacional Compañía de Financiamiento S.A., le comunica al Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., que le fue aprobada una “operación de cartera ordinaria” en cuantía de \$2.000.000.000.oo, previo cumplimiento de las condiciones que allí se describen, documento que en principio sería suficiente para tener por cumplida la prenotada condición, no obstante, no puede pasarse por alto que en el hecho No. 18 de la demanda expresamente se manifiesta que la referida suma no fue objeto de desembolso, habida cuenta que la acreedora entró en proceso de liquidación.

Así las cosas, con el objeto de verificar tales circunstancias, el Despacho en el interrogatorio de parte efectuado a la Representante Legal de la demandada, indagó acerca de la forma como se comprobó el cumplimiento de los requisitos por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., para proceder con el desembolso de los recursos del Fideicomiso a lo que respondió⁹ (i) que la fideicomitente aportó comunicación de fecha 09 de noviembre de 2015 a través de la cual se aprueba un crédito constructor por \$2.000.000.000.oo., posterior a la declaración del punto de equilibrio, **no obstante, Internacional Compañía de Financiamiento entró en liquidación y no se materializó el desembolso de los recursos;** (ii) que se requirió al Fideicomitente para tal fin, ya que el crédito no es la única fuente de financiación que pueda tenerse para desarrollar el proyecto inmobiliario, por lo que el Representante Legal de la constructora, informó que con recursos propios asumiría el valor del crédito constructor y que acudiría a recursos de inversionistas externos para recaudar el excedente; (iii) que como prueba de tales dichos dos de los inmuebles que componen el proyecto, esto es, los lotes 1 y 29 soportan un gravamen hipotecario, el cual según lo informado por la fideicomitente esta fue la garantía constituida en favor de los inversionistas para suplir el crédito; (iv) que todo lo ocurrido fue posterior a la declaración del punto de equilibrio y anterior a la entrega de los recursos por parte de los demandantes¹⁰.

⁸ Folio 295 expediente digital

⁹ Minuto 45:29 y ss, video 2 audiencia inicial

¹⁰ Minuto 48:40: video 2 audiencia inicial

Ante las declaraciones rendidas por la Representante Legal de la demandada, el Despacho decretó como prueba de oficio que por dicho extremo procesal se aportara el contrato de vinculación suscrito por las partes, de llegar a existir el mismo, así como, la carpeta contentiva de las documentales allegadas por el fideicomitente con posterioridad a la liquidación de la entidad que pretendía otorgar el crédito constructor y de ser el caso con los que suplía dichos recursos.

En cumplimiento de la orden impartida por el Despacho, la pasiva aportó la documental solicitada de la cual se destaca:

- (i) El contrato de vinculación suscrito por las partes el 31 de octubre de 2016.
- (ii) Los certificados del VUR de los bienes inmuebles identificados con folio de matrícula inmobiliaria No. 307-91252; 307-91250 y 307-91222.
- (iii) Instrucción Irrevocable Fideicomiso Recursos Peñón Verde en favor del Grupo Empresarial A&C, en cuantía de \$112.826. 447.oo.
- (iv) Instrucción Irrevocable Fideicomiso Recursos Peñón Verde en favor de Jorge Antonio Uribe Arango, en cuantía de \$240.000.000.oo.
- (v) Comunicación de fecha 12 de septiembre de 2017, a través de la cual se autoriza el desembolso de hasta \$500.000.000.oo, en favor de Jorge Antonio Uribe Arango.
- (vi) Instrucción Irrevocable Fideicomiso Recursos Peñón Verde en favor de Luis Alejandro Páez Roa, en cuantía de \$240.000.000.oo.

Del análisis de la documental aquí relacionada, se evidencia que, si bien, la sociedad Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., impartió a la fiduciaria la “instrucción irrevocable” de girar los recursos que allí se especifican en favor de quienes se denominan los inversionistas, lo cierto del caso es que, no se aportó prueba alguna de que en realidad dichas sumas hubiesen ingresado al patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Peñón Verde- Lotes o a la sociedad constructora.

De otra parte, habrá de tomarse en consideración que en lo que respecta al inversionista Jorge Antonio Uribe Arango, no existe certeza del monto de su inversión, habida cuenta que la “instrucción irrevocable en su favor” asciende

a \$240.000.000.00, y posteriormente se autoriza un desembolso con destino a dicho inversionista hasta por \$500.000.000.00, de manera que según el material probatorio obrante en el expediente, no se evidencia, que la demandada, tuviera certeza del aporte de cada uno de los inversionistas y de la existencia de un flujo de caja que resulte suficiente para la viabilidad del proyecto.

Aunado a lo anterior, revisados los certificados de tradición de los bienes inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria No. 307-91252; 307-91250 y 307-91222, se observa que los gravámenes hipotecarios constituidos sobre los mismos, lo fueron en favor de Cesar Augusto Páez Roa y José Francisco Páez Mosos, sin que ninguno de estos corresponda a los inversionistas antes relacionados, por lo que no se encuentra sustento a la afirmación efectuada por la Representante Legal de la sociedad demandada, en cuanto indica que los prenotados gravámenes conforman la garantía dada a los inversionista, sin que se hubiese aportado prueba que los acreedores hipotecarios también ostentan tal calidad y en que cuantía.

Del mismo modo, si aun en gracia de discusión se aceptaran las pluricitadas documentales como prueba idónea de la existencia y aporte de las sumas enunciadas, en sustitución del crédito que debía encontrarse aprobado como requisito para el desembolso de los recursos por parte de la fiduciaria al fideicomitente, no puede pasarse por alto que sumados los aportes de cada uno de los inversionistas, se recaudaron tan sólo \$1.112.000.000.00, cuando el monto del crédito ascendía a \$2.000.000.000.00 y, sin que existiera prueba o garantía alguna que la constructora contara con recursos propios para cubrir el excedente.

De igual forma, en su declaración la Representante Legal de la pasiva manifiesta que se requirió a la fideicomitente para que acreditara como se iban a suplir los recursos que no fueron desembolsados por concepto del crédito solicitado, no se aportó prueba de tal actividad.

Dadas las anteriores consideraciones, es claro para el Despacho que la demandada incumplió la obligación contenida en la cláusula tercera del contrato de vinculación suscrito por los extremos procesales, en concordancia con lo dispuesto en el literal b) de la cláusula cuarta de dicho instrumento, toda vez que, si bien, se itera obra en el expediente la comunicación en la que

Financiera Internacional S.A., aprobó en favor de la fideicomitente un crédito por \$2.000.000.00, lo cierto del caso es que dicha suma no fue objeto de desembolso y aun así la demandada continuó efectuando el desembolso de los recursos del patrimonio autónomo, habiendo tenido conocimiento de que no se efectuó dicho desembolso con anterioridad al pago efectuado por los demandantes, pues así lo admitió en el interrogatorio de parte la pasiva.

Frente a la responsabilidad de la Fiduciaria, es del caso memorar que “*el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión*”¹¹, debiendo entender tal culpa como la “*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*”¹²

Aunado a ello el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá- Sala Civil, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2009¹³, señaló:

“Y es que, se itera, si bien el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del negocio fiduciario por los actos, negocios y contratos de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo (la cual recae directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo), esa sola circunstancia no autoriza excluir in radice la responsabilidad personal del fiduciario por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio. (...)”, máxime si se tiene en cuenta que “el fiduciario es un verdadero profesional autorizado para operar y supervisado por el Estado, cuyos conocimientos, experiencia e idoneidad, infunden confianza a quienes acuden a sus servicios por su actividad técnica y práctica, la reputación y el prestigio consolidado con sus actuaciones previsivas y diligentes que propician el logro de específicos designios y permiten precaver o solucionar de manera expedita eventuales vicisitudes e inconvenientes”

Conforme con lo anterior y de acuerdo a los criterios decantados por la doctrina desarrollada en torno a este tema, el fiduciario “*deberá administrar*

¹¹ Artículo 1243 del Código de Comercio

¹² Artículo 63 del Código Civil

¹³ Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil expediente 11001 3103 037 2005 00291 01

*los bienes fideicomitidos como un buen padre de familia*¹⁴, por lo que tratándose de una sociedad con larga trayectoria y experiencia en el campo del negocio fiduciario y la confianza depositada por cada uno de los beneficiarios del área, que pusieron a disposición del patrimonio autónomo sus recursos, el mínimo deber de diligencia que ha debido observar al momento en que tuvo conocimiento que el crédito al que se ha hecho alusión, no fue desembolsado era requerir de manera formal al fideicomitente para que acreditara en debida forma que cómo iba a obtener los \$2.000.000.000.00, producto del crédito y previo a continuar efectuando los giros en favor de la sociedad Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S., verificar que en realidad se hubiese efectuado el remplazo de los recursos, como quiera que de ello dependía el cumplimiento de la prenotada obligación contractual, sin embargo de las pruebas aquí analizadas se desprende que la fiduciaria continuó captando los recursos del público y efectuando los giros en favor del fideicomitente aun a sabiendas que las condiciones para ello no se encontraban plenamente acreditadas, poniendo en riesgo el patrimonio de quienes adquirieron los inmuebles ofertados, bajo la premisa de que su inversión estaría segura, por encontrarse administrada por una fiduciaria con amplia experiencia en este tipo de negocios, actuaciones éstas que no corresponden con la *“diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”*, situación que configura la culpa leve y la responsabilidad que le asiste a la demandada frente al extremo actor.

Por otra parte, se analizará lo referente al incumplimiento de la obligación contemplada en el literal e) de la cláusula cuarta del contrato de vinculación aportado como base de la acción, la cual corresponde al *“concepto favorable acerca de la obtención del punto de equilibrio entregado por el representante legal y contador de EL FIDEICOMITENTE y el INTERVENTOR, en el que conste de dónde procederán los recursos que permitirán el flujo de caja necesario para desarrollar el proyecto”*, respecto de la cual alega el extremo demandante que no se encontraba suscrita por el interventor de la obra.

De cara a tales señalamientos, observa el Despacho que a folios 301 a 303 del expediente obra el documento denominado ***“CONCEPTO FAVORABLE DE OBTENCIÓN DE PUNTO DE EQUILIBRIO DEL PROYECTO PEÑON***

¹⁴ Rengifo García Ernesto, La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, 2006, p.151.

VERDE”, en el cual se especifica (i) que se alcanzó el punto de equilibrio en ventas; (ii) que la forma como se obtendrían los recursos para el desarrollo del proyecto, situaciones que se soportan con los anexos correspondientes, documento que se encuentra suscrito por el representante legal del Grupo Colcasa S.A., de su contador y del interventor del Proyecto Peñón Verde, por lo cual, resulta del caso colegir que el mismo cumple con los requerimientos estipulados en el contrato de vinculación para tal fin, de manera que no se evidencia incumplimiento alguno por la parte demandada en tal sentido.

Finalmente, si bien, en el desarrollo de la etapa probatoria la parte demandante asevera que tampoco se contaba con la licencia para la construcción de la unidad inmobiliaria No. 4, adquirida por dicho extremo procesal, lo cierto del caso es tal punto no fue objeto de debate, habida cuenta que no se relacionó en los hechos de la demanda y la parte demandada no tuvo oportunidad de pronunciarse, solicitar y aportar pruebas, siendo esta razón suficiente para que el mismo no pueda ser objeto de pronunciamiento por esta juzgadora.

4.3.- De los medios exceptivos propuestos por la demandada.

4.3.1.- De la excepción de contrato cumplido: Funda la pasiva dicha exceptiva en que las condiciones para el desembolso de los recursos en favor de la fideicomitente se cumplieron a cabalidad, y de los apartes del contrato de vinculación transcritos en el escrito de contestación de demanda, deduce el Despacho que lo que pretende argumentarse es que la obligaciones correspondientes a la ejecución de la obra, la escrituración de los inmuebles del proyecto y la entrega de los mismos, corresponde a la Fideicomitente, sin que pueda endilgársele responsabilidad por los incumplimientos presentados en tal sentido.

Respecto del particular, habrá de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo aquí discurrido la fiduciaria no cumplió de manera diligente con la obligación de verificar que al momento de efectuar los desembolsos a la sociedad fideicomitente, ésta contara con un crédito aprobado para la ejecución de la obra, debiendo acotar que la mera existencia de una carta en la que se certificara tal situación no resulta suficiente para tener por cumplida tal actividad, a sabiendas que el desembolso de los recursos no fue efectivo y que no se había acreditado en debida forma la existencia y aportes de los

inversionistas enunciados en el acápite correspondiente, máxime cuando los demandantes se vincularon al proyecto con posterioridad a dicha eventualidad y aun así se siguieron desembolsando los recursos.

De otra parte, habrá de tenerse en cuenta que dentro del presente asunto no se pretende que se efectúe la firma de la escritura pública de compraventa del inmueble prometido o la construcción, ni la entrega del mismo, sino la devolución de los recursos entregados por el extremo actor a la fiduciaria y que ésta última entregó a la fideicomitente, sin que se hubiese verificado el lleno de los requisitos para tal fin, es decir el objeto que de la presente acción es que la fiduciaria sea declarada responsable por la inobservancia de sus obligaciones al momento de entregar el capital de los demandantes a la fideicomitente sin verificar el cumplimiento de cada una de los requisitos establecidos, por lo que no puede afirmarse que se cumplió a cabalidad con el contrato de vinculación suscrito entre las partes y por ende, la exceptiva propuesta se encuentra llamada al fracaso.

4.3.2.- De la falta de legitimación en causa por pasiva y de la ilegalidad de las pretensiones frente a la fiduciaria. Sostiene el extremo demandado, que no es el llamado a resistir de manera directa las pretensiones de la acción, como quiera que actúe exclusivamente en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Recursos Peñón Verde-Lote, por lo que todas las actuaciones derivadas con la ejecución del contrato de fiducia se encuentran a cargo del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Recursos Peñón Verde-Lote.

Igualmente, argumenta que la actora pretende que la fiduciaria sea condenada a un pago que no puede hacer sin contravenir normas de obligatorio cumplimiento, dado que solicita que sea condenada como responsable del incumplimiento de un tercero devolver unos recursos con los que no se quedó, con cargo a sus propios recursos, sin que ello sea viable a la luz de lo dispuesto en los artículos 1227 y 1234 del Código de Comercio.

Para resolver estas exceptivas, se itera que, de acuerdo con lo expuesto en el libelo genitor, el objeto de la presente acción, no es que se declare el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por el patrimonio autónomo, ni por la fideicomitente, sino el estudio del incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula tercera del contrato de vinculación suscrito entre las partes, en concordancia con el literal d) de la cláusula cuarta de dicho

instrumento, dado que a través de la mismas, la demandada se comprometió a recaudar los recursos entregados por los beneficiarios de área, a administrarlos y a entregarlos al fideicomitente una vez se acreditara el cumplimiento de los requisitos previstos en la cláusula cuarta, obligación que como se demostró con anterioridad, no fue cumplida.

Como consecuencia de lo anterior, se pone de presente que *“ciertamente sí en una demanda de esta naturaleza solo pudiera llamarse al fiduciario como vocero del patrimonio autónomo, ello significaría que en el evento de resultar probada su negligencia en la gestión la responsabilidad patrimonial no recaería en el fiduciario sino en el patrimonio autónomo tergiversando sé el alcance del artículo 1243 del código de Comercio. Por el camino que propone el apoderado de la sociedad fiduciaria demandada simultáneamente se llega a un absurdo y a una paradoja; el primero consistente en que el causante del daño dejaría de responder por el simple hecho de ser el titular del patrimonio autónomo que administró indebidamente; y la segunda en que el interesado en exigir la responsabilidad en caso de salir victorioso en sus pretensiones resultaría perjudicado porque el pago de la indemnización afectaría el patrimonio autónomo, el que terminaría doblemente disminuido a causa de los desaciertos del fiduciario”*¹⁵

De igual forma, habrá de memorarse que de acuerdo con el aparte jurisprudencial referido en líneas anteriores, en la cual se pone de presente que, si bien, es cierto, en principio al fiduciario no le asiste responsabilidad en la ejecución del contrato de fiducia, no lo es menos que éste puede ser llamado a juicio y condenado por *“acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros”*, situaciones que convergen dentro del presente asunto, habida cuenta que la parte demandante le atribuye incumplimiento en sus obligaciones contractuales, el cual culminó con la entrega de los recursos al fideicomitente sin el cumplimiento de los requisitos para tal fin y la consecuente pérdida de los mismos, en consecuencia, los medios exceptivos aquí estudiados no habrán de declararse prósperos.

4.3.3.- De la falta de integración del litisconsorcio necesario: No abordará el Despacho el estudio de fondo de este medio de defensa, habida cuenta que el mismo fue definido mediante providencia de fecha 12 de abril de 2019, a

¹⁵ Rengifo García Ernesto, La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, 2006, p.81

través de la cual se resolvió de manera desfavorable la excepción previa presentada por el extremo pasivo.

4.3.4.- La parte incumplida no puede solicitar el cumplimiento de las obligaciones de los demás contratantes: Señala la pasiva que los demandantes no cumplieron con la totalidad de las obligaciones que les fueron impuestas en el contrato de vinculación, habida cuenta que a la fecha de interposición de la demanda aun no había efectuado la entrega de la totalidad de los recursos para adquirir el inmueble.

Aunado a lo anterior, en los alegatos de conclusión presentados por la demandada, se pone de presente la parte actora sólo entregó a la Fiduciaria la suma de \$469.000.000.oo., y el precio del inmueble era de \$470.000.000.oo, en consecuencia, esta no se allanó a cumplir la totalidad de las obligaciones contraídas.

Respecto del particular, habrá de tenerse en cuenta por el extremo demandado que de acuerdo con la cláusula cuarta de la promesa de compraventa aportada como prueba al plenario¹⁶, denominada forma de pago, los actores pagaron en favor de la fideicomitente la suma de \$1.000.000.oo, el 14 de octubre de 2016, para realizar la separación del inmueble, por lo cual no puede establecerse que los demandantes hubieren incurrido en mora en el pago de las suma estipulada como precio del bien, en consecuencia, cualquier controversia frente a ese punto, deberá resolverse entre el fideicomitente y el fiduciario, sin que resulte dable determinar que se la actora se encuentre obligada a efectuar un doble pago, por tal concepto.

Así las cosas, habrán de despacharse desfavorablemente los medios exceptivos propuestos por la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y, en consecuencia, se declarará que dicho extremo procesal incumplió la obligación contenida en la clausula tercera del contrato de vinculación No. 1200044375, suscrito entre las partes, en concordancia con lo dispuesto en el literal b) de dicho instrumento.

Como consecuencia de tal incumplimiento establecido hay lugar a condenar a la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a devolver a Luis Javier

¹⁶ Folio 84 expediente digital

León Baquero y Patricia Eugenia del Pilar Barrios Guzmán, dentro en el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia la suma de \$469.000.000.oo¹⁷, la cual corresponde a los recursos entregados por los demandantes a la demandada, a través del Fideicomiso Recursos Peñón Verde, lo cual fue admitida por la pasiva al contestar el hecho sexto de la demanda¹⁸ de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

La anterior suma se indexará desde la fecha de presentación de la demanda¹⁹, hasta que se produzca el pago total de la obligación, atendiendo la variación porcentual anual del índice de precios al consumidor que certifique para el efecto el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

No se concederá la pretensión tendiente a que se ordene el pago de los rendimientos producidos por el citado capital, como quiera que, no se indicó que tipo de rendimiento era el solicitado (intereses de mora, plazo etc), y de los documentos aportados al plenario tampoco se desprende pacto realizado por las partes en tal sentido, en consecuencia, sólo deberá procederse a su indexación.

Finalmente, como quiera que, no se accedió a la totalidad de las pretensiones formuladas, habrá de condenarse en costas a la parte demandada en un 80%.

DECISIÓN

En mérito de lo así expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva.

¹⁷ Que se entiende corresponde al monto que reclama la activa como resarcimiento por la falta de diligencia e incumplimiento de la pasiva. Si bien, petitiona la suma de \$470.000.000, la realidad es que sólo se acreditó la entrega a demandada la suma de \$469.000.000

¹⁸ Ver folios 330-331 del expediente digitalizado

¹⁹ 19 de diciembre de 2017, folio 130 expediente digital

SEGUNDO. DECLARAR PROCEDENTE la acción de protección al consumidor financiero en los términos del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 en concordancia con el artículo 5 de la Ley 1328 de 2009, en consecuencia,

TERCERO. DECLARAR que la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió la obligación contenida en la cláusula tercera del contrato de vinculación No. 1200044375, suscrito entre los extremos procesales, al no observar en debida forma el cumplimiento del requisito previsto en el literal b) de la cláusula cuarta del dicho instrumento.

CUARTO. CONDENAR a la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a devolver a Luis Javier León Baquero y Patricia Eugenia del Pilar Barrios Guzmán, dentro en el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia la suma de \$469.000.000.00, la cual corresponde a los recursos entregados por los demandantes a la demandada, a través del Fideicomiso Recursos Peñón Verde, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

La anterior suma se indexará desde la fecha de presentación de la demanda, hasta que se produzca el pago total de la obligación, atendiendo la variación porcentual anual del índice de precios al consumidor que certifique para el efecto el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

QUINTO. NEGAR la pretensión tercera de la demanda, por las razones anotadas en el considerando de esta providencia.

SEXTO. CONDENAR en costas en un 80% a Alianza Sociedad Fiduciaria S.A., en favor de Luis Javier León Baquero y Patricia Eugenia Barrios Guzmán. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$5.256.000. Tásense por secretaría.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
JUEZA

Firmado Por:

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 005 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **303edf870dfa64ccc3240d42ba3a47098c48ca6941736e107c998e5edab0fc3f**

Documento generado en 10/06/2021 07:14:43 AM