

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022).

RADICADO: 11001-31-03-018-2015-00011-00

En atención al escrito presentado, y para dar respuesta a la petición que el mismo contiene, ha de tenerse en cuenta, lo siguiente:

En su oportunidad BANCOLOMBIA inicio proceso de restitución de bien mueble vehículo de placa RNK143, en demanda presentada 19 de diciembre de 2014.

Luego de admitida y ordenada la aprehensión, la misma se materializó el día 10 de febrero de 2016, por lo que fue puesta a disposición en los parqueaderos **"Storage and Parking S.A.S."**, de la ciudad de Yopal – Casanare. Tal vehículo le fue aprehendido al señor JAIRO ENRIQUE FERNANDEZ RIVEROS.

El tenedor de aquel vehículo formuló solicitud de devolución del automotor, en estribo de certificado de tradición, la que se desatendió por el Despacho en providencia del 19 de mayo de 2016, y requirió de cierta documental, sin embargo, ningún pronunciamiento cursó en favor o en contra de aquella decisión.

Mediante providencia del 23 de febrero de 2017, se profirió sentencia que puso fin a la instancia y ordenó la restitución del automotor en favor de Bancolombia y se comisionó para la práctica de la diligencia de entrega. Sin embargo, la misma no ha podido ser materializada dado que el vehículo no fue encontrado, en los parqueaderos en los que supuestamente se hallaba el automotor, por lo que el Despacho, ordenó la captura del mismo, por auto del 20 de enero de 2020.

En esta oportunidad, obra a folio 149 en adelante, oficio de la Policía Metropolitana de Bogotá, en la que nuevamente y de forma inexplicable, se coloca a disposición el mismo automotor, esta vez, en tenencia de Clodomiro de Jesús Garzón, (i) a quien se le retuvo el 15 de noviembre de 2021, (ii) quien, por cierto, figura en el registro que aporta, comprando un vehículo que se encontraba a disposición del Despacho, (iii) cautelado, además presuntamente inmovilizado, deprecando la entrega a su favor y en la cadena de transmisiones de la propiedad, aquel que inicialmente se le había retenido, FERNANDEZ RIVEROS, y allega un contrato de compraventa realizado por ESCOAUTOS SAS, y (iv) según la tradición, quien transfiere la propiedad es GERMAN ASDRUBAL HERRERA GIRALDO.

Por último, a folio 115 de la actuación, obra comunicación de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, del 17 de junio de 2019, en la que se informa que campea investigación por cuenta de la Fiscalía 49 Seccional de fe Pública y orden económica de Bogotá, radicado 110016000050201731244, que involucra el presente trámite.

Así las cosas, siendo deber de este Estrado precaver cualquier acto que desatienda los postulados de la legalidad, se **DISPONE**:

1. Correr traslado de la petición de levantamiento de la medida cautelar decretada sobre el vehículo por parte del señor **CLODOMIRO DE JESÚS GARZÓN MOJICA**, identificado con C.C. No. **7'226.193** de Duitama – Boyacá. **Comuníquesele** a la entidad demandante y su apoderado, para que se pronuncie respecto de dicha solicitud, dentro del término de **cinco días**. **Secretaría controle términos**.

2. **Oficiese a la Fiscalía 49 Seccional de fe Pública y orden económica de Bogotá, radicado 110016000050201731244**, poniendo en conocimiento de la misma la misma petición, junto con sus anexos.

3. Líbrese oficio a la Secretaría respectiva, a fin de remitan copia auténtica del historial del automotor, adosando los soportes de las tradiciones efectuadas sobre el automotor.

4. Compulsar copias, para la **Fiscalía General de la Nación**, con el objeto que se investigue la posible comisión de actuaciones que puedan ser consideradas como punibles.

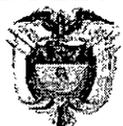
Previamente a reconocer personería sustantiva a **ELSA MARINA GARZÓN MOJICA**, acredítese la calidad que esgrime, al igual que debe precisar la dirección profesional y el correo electrónico.

NOTIFÍQUESE,


HERMAN TRUJILLO GARCÍA
JUEZ

JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO Secretaría Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado N° <u>024</u> , fijado
Hoy <u>25 FEB 2022</u> a la hora de las 8.00 A.M.
MARGARITA ROSA OYOLA GARCÍA Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veinticuatro de febrero de dos mil veintidós.

RADICADO: 11001-31-03-021-1999-00654-00

En relación con el señalamiento de los honorarios definitivos a favor de cada uno de los peritos, el memorialista debe tener en cuenta, que allí no se dijo a cargo de quien corrían los mismos.

Sin embargo, por dos razones, tal emolumento corre a cargo de la demandante: 1) porque los valores dispuestos en tal sentido, deben ser cancelados por quien fue vencido en el trámite pertinente y 2) por la naturaleza misma del proceso de expropiación, que determina tal circunstancia.

Reconócese personería sustantiva al Dr. FABIAN ANDRES RESTREPO, como apoderado de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE,


HERMAN TRUJILLO GARCÍA
JUEZ (2)

JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO Secretaría Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado N° <u>024</u> , fijado
Hoy <u>25 FEB 2022</u> a la hora de las 8.00 A.M.
MARGARITA ROSA OYOLA GARCÍA Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



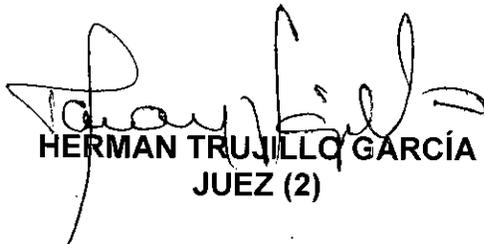
JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veinticuatro de febrero de dos mil veintidós.

RADICADO: 11001-31-03-021-1999-00654-00

Téngase en cuenta que el apoderado de la parte actora, descórrió el término que le fuera otorgado mediante providencia del pasado 18 de enero. No obstante, como allí no se precisó término para que la parte demandada se pronunciara sobre el requerimiento señalado en el inciso 2º de aquella providencia, dentro del término de ejecutoria del presente auto, se le ordena proceder en el sentido indicado en la misma.

NOTIFÍQUESE,


HERMAN TRUJILLO GARCÍA
JUEZ (2)

JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO	
Secretaría	
Notificación por Estado	
La providencia anterior se notificó por anotación en estado N° <u>021A</u> , fijado	
Hoy <u>25 FEB 2022</u>	a la hora de las 8.00 A.M.
MARGARITA ROSA OYOLA GARCÍA	
Secretaría	



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., febrero veinticuatro (24) de dos mil veintidós (2022)

**Ref.: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO DE INMOBILIARIA
ECOASER contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

Expediente No. 11001-31-99-003-2018-02587-01

Agotadas las ritualidades de la segunda instancia, procede el Despacho a resolver el recurso de apelación incoado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en contra del fallo proferido por la Superintendencia Financiera de Colombia – SFC, dentro de este asunto, el 20 de diciembre de 2019.

I.- ANTECEDENTES:

A. Las pretensiones:

1.- Que en cumplimiento del contrato FIDEICOMISO BACATA AREA COMERCIAL FASE 3 con referencia 1200031995, y como consecuencia del DESISTIMIENTO de dicho contrato, se obligue a sociedad ACCION FIDUCIARIA S.A. a reintegrar a la actora, los dineros aportados al fideicomiso, en su condición de partícipe.

2.- Que el anterior reintegro, se haga con todos y cada uno de sus rendimientos, liquidados desde el 27 de noviembre de 2017, hasta la fecha de la acción.

B. Los Hechos.

1. El 29 de diciembre de 2014, entre la sociedad ACCION FIDUCIARIA S.A., en su calidad de fiduciaria y la sociedad INMOBILIARIA ECOASER LIMITADA, en su calidad de PARTÍCIPE suscribieron el contrato de vinculación denominado FIDEICOMISO BACATA AREA COMERCIAL FASE 3 referencia 1200031995, por un valor de \$ 56.393.268, de los cuales la inmobiliaria aportó la suma de \$44.554.000, se indica que, el fideicomitente en el citado contrato lo es BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.

2. Que con base en lo pactado en la cláusula décima primera y teniendo en cuenta que el proyecto para el cual se hizo la inversión, no estaba cumpliendo los compromisos con la inmobiliaria y que esta a su vez tenía compromisos fiscales y con proveedores, el día 13 de septiembre de 2017 la INMOBILIARIA ECOASER LTDA., le comunicó mediante carta a BD PROMOTORES COLOMBIA SAS, su intención de terminar el contrato y en consecuencia le solicitó la devolución o reintegro de la suma aportada por **CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS , MODENA CORRIENTE.** (\$44.554.000)

3. En virtud de lo anterior, el 27 de noviembre de 2017, BD PROMOTORES COLOMBIA S.A., suscribe documento dirigido a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., el que contenía todos los datos para la devolución del dinero mencionado.

4. Ante el silencio de ACCION FIODUCIARIA, el 4 de mayo de 2018, la aquí demandante elevó derecho de petición, ante la Superintendencia Financiera, y en virtud de ello, la demandada contestó: *"(...) informo que actualmente todos los recursos que ingresan al proyecto están siendo en su totalidad destinados a la terminación de las obras de construcción, ya que la prioridad en este momento es la culminación del proyecto y la protección a los vinculados que creen y quieren continuar con el mismo"*, , Y agrega a renglón seguido: *"No obstante, según se prevé en los contratos de vinculación a los fideicomisos el trámite, debe ser adelantado por los partícipes directamente con la sociedad BD PROMOTORES como fideicomitentes y para el reintegro de los recursos deberán esperar a que se vincule un tercero, que adquiera los derechos fiduciarios a los cuales estaba vinculado."*

5. Concluye que, lo narrado constituye un claro incumplimiento del contrato denominado FIDEICOMISO BACATA AREA COMERCIAL FASE 3 REFERENCIA 1200031995 por parte de sociedad ACCION FIDUCIARIA S.A., como quiera que se ha sustraído a efectuar la devolución de los dineros aportados al fideicomiso, por la entidad demandante.

C. Trámite:

El 11 de diciembre de 2018, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, admitió la demanda de acción de protección al consumidor, ordenando imprimirle el trámite del proceso verbal, vinculando como Litis consorte por pasiva

de FIDEICOMISO BACATA AREA COMERCIAL FASE 3, administrado por ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Notificada en legal forma la demandada, dio oportuna contestación a la demanda, proponiendo excepciones de mérito y de fondo. El 23 de abril de 2019, la Superintendencia, declara no probadas las excepciones previas de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA Y LA FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

El 16 de septiembre, se convoca para la audiencia del artículo 372 del C.G.P., que a la postre se llevó a cabo el 6 de noviembre de 2019, en la que se declaró fallida la etapa de conciliación y se decretaron y practicaron las pruebas, fijando los hechos del litigio.

Igualmente señaló la hora de las 2 P.M., del 20 de diciembre de 2019, para llevar a cabo la audiencia de alegaciones y fallo.

En audiencia de 20 de diciembre de 2019, la Superintendencia Financiera, resolvió la instancia, declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada y dispuso:

“DECLARAR civil y contractualmente responsable a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en los términos de esta providencia, de los perjuicios causados por su incumplimiento a la sociedad demandante INMOBILIARIA ECOASER LIMITADA.

“CONDENAR A ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a pagar a la sociedad demandante INMOBILIARIA ECOASER LIMITADA la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TRES PESOS M CTE (\$46.857.503), dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Superado dicho plazo correrá intereses moratorios a tasa máxima permitida por la ley.”

Para arribar a esta decisión, el juez de instancia, hace un estudio, del contrato de fiducia inmobiliaria, y de la figura de la estipulación para otro, concluyendo, que el partícipe, si es parte dentro del contrato de fiducia y por ende, es un consumidor financiero.

Y que de conformidad a lo pactado en la cláusula DÉCIMO PRIMERA del contrato base de la acción, la demandada, debió dar cumplimiento a la misma, máxime que para la época en que la demandante solicitó el reintegro de sus aportes, había dinero suficiente para ello, tal y como lo informó el señor JUAN ANTONIO MONTOYA, en el escrito obrante al plenario.

Ahora bien, que, de acuerdo a la legislación sobre contratos, se establece sin el menor asomo de duda, el incumplimiento en que incurrió ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., lo que la hace responsable igualmente a título personal.

REPAROS A LA SENTENCIA.

ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., apela la sentencia y como reparos a la misma, básicamente indica que, *(i)* no hizo un estudio concienzudo de todo el contrato, pues única y exclusivamente se basó en la cláusula 11, sin revisar todo el clausulado en su conjunto, sin advertir que la obligación de la Fiduciaria es de medio y no se resultado, pues resultaría contradictorio que la demandada en su condición de vocera y administradora del fideicomiso, emplee recursos propios para resarcir el supuesto daño causado a la accionante, pues se afectaría la separación patrimonial que caracteriza el negocio, desconocería el tipo de obligaciones que adquieren las fiduciarias y haría caso omiso a la voluntad de las partes a la luz de lo dispuesto en el contrato. *(ii)* no hay congruencia en el fallo, pues no tiene en cuenta la naturaleza del negocio; realiza una serie de interpretaciones que escapan al alcance del contrato de fiducia y va más allá de lo pretendido.

Descorrido oportunamente los reparos por la actora, y tramitada en legal forma esta instancia, es la oportunidad de resolver la alzada, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES.

No se objeta respecto de la presencia de los presupuestos jurídico-procesales que requiere la codificación adjetiva para la correcta conformación del litigio, si se concede que se cuenta con una súplica correctamente formulada; con la capacidad de las partes para acudir a esta instancia, así como con la competencia de este juzgado para definir el asunto dejado a consideración. Además, de la actuación surtida en el plenario no se vislumbra vicio con capacidad de anular en todo o en parte lo adelantado, siendo viable emitir un pronunciamiento de fondo.

PROBLEMA JURIDICO:

Según lo expuesto en la demanda, contestación y actuaciones del proceso, se presentan como problemas jurídicos a resolver, lo siguientes: **(i)** establecer qué obligaciones contrajo ACCIÓN FIDUCIARIA, dentro del contrato base de la acción, en donde aparece la actora como partícipe y así mismo, si las obligaciones de la Fiduciaria, en relación con la entrega de dineros cuando aquél decidiera desistir de continuar con el contrato de Fiducia Mercantil, fue incumplida; y **(ii)** si en este evento la Fiduciaria responde con su propio peculio. En este punto, la decisión solo se centrará en los reparos formulados en la oportunidad legal para ello, pues los argumentos que, en forma de reparos presentados con la sustentación, no pueden ser atendidos, merced a la naturaleza y fines de la censura presentada, vgr., "CONGRUENCIA DEL FALLO".

Para resolver el problema jurídico, este Despacho analizará los conceptos que campean alrededor de los supuestos fácticos esgrimidos en la acción y de las responsabilidades que en este campo cursan respecto de los sujetos involucrados en los negocios jurídicos respectivos.

Del Contrato de Fiducia.

CONCEPTO: **La fiducia mercantil** es un negocio jurídico, que hace parte de la legislación comercial. De acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio, es *"un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario"*.

Responsabilidad de las fiducias:

En la Sentencia del primero de julio de dos mil nueve (2009), con Magistrado Ponente **William Namén Vargas**, (radicado 110013103039200000310-1) en la que la Corte Suprema de Justicia, terminó de ratificar el nuevo precedente establecido en el año 2006, según el cual las sociedades fiduciarias, si deben responder con su propio pecunio, en aquellos casos en los cuales, obrando como voceras de un patrimonio autónomo, cuando causen daños y perjuicios a terceros, por inobservar los deberes fiduciarios que les impone la ley. En la citada providencia la Corte

considera que: “Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo esta indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico. Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados. [...] Las características y peculiaridades de la fiducia mercantil y, en particular, la conformación del patrimonio autónomo, la escisión patrimonial y la personalidad jurídica del fiduciario, no excluyen en determinadas hipótesis su responsabilidad personal, tal como lo consideró el tribunal al imponerla a la demandada recurrente por su conducta lesiva de los derechos de la demandante al rehusarse a devolverle los dineros entregados en parte del precio si el proyecto se frustraba, no obstante, comprometerse y encontrarse autorizada expresa e irrevocablemente por la fideicomitente promitente vendedora en el contrato de promesa y en el contrato de fiducia, por un acto inherente a su gestión, pues con tal conducta se apartó de las instrucciones impartidas al respecto. **En conclusión, de todo lo anteriormente expuesto, resulta claro que, en Colombia, las sociedades fiduciarias deben responder frente a terceros, por todos aquellos daños y perjuicios que les causen por la inobservancia de los deberes fiduciarios que les impone la ley, no importando para el efecto, que la sociedad fiduciaria obre a título personal o como vocera de uno de sus patrimonios autónomos.**” –Resalta el Despacho-

DERECHOS DEL BENEFICIARIO:

Para hablar de los derechos que tiene un beneficiario en el contrato de fiducia mercantil, debemos remitirnos al artículo 1235 del Código de Comercio, los cuales en su orden son:

1. Exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones. Con independencia de la postura que se asuma acerca de la calidad de parte o no del beneficiario en el contrato de fiducia mercantil, lo cierto es que al beneficiario se le reconoce un crédito o derecho personal, consistente en la potestad de exigirle a la fiduciaria, el cumplimiento de sus obligaciones respecto a su beneficio; vale decir, si el

fideicomitente dispuso como finalidad del contrato, la entrega periódica de la fiduciaria al beneficiario de sumas de dinero, el beneficiario tiene plena potestad para exigir judicialmente inclusive, el cumplimiento de esta obligación.

2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario dentro de los 5 años siguientes al conocimiento del acto que da origen a la acción. En la práctica, quizás el más interesado en exigir a la sociedad fiduciaria un comportamiento diligente en el cumplimiento de sus obligaciones es el propio beneficiario, teniendo en cuenta que es a favor de este último que se realizan las tareas o funciones de la fiduciaria, así las cosas, la Ley le confiere legitimación procesal para controvertir judicialmente todas aquellas gestiones que a su criterio la fiduciaria ha realizado de forma irregular o deficiente.

3. Oponerse a las medidas preventivas o de ejecución contra los bienes dados en fiducia, en caso que el fiduciario no lo hiciere. Este es quizás un deber/obligación gestiones de la entidad fiduciaria en provecho suyo. Piénsese el caso de un fideicomiso para instrumentar una compraventa, en donde el fideicomitente es el propietario del inmueble, y el beneficiario es la Constructora, en estos eventos se suele establecer que es la Constructora (beneficiario), quien debe pagar la comisión fiduciaria y los gastos e impuestos que lleven la transferencia del lote, este caso es un típico ejemplo en el que el beneficiario es parte del contrato de fiducia y el cumplimiento de sus obligaciones, debe darse desde la misma suscripción del acuerdo, y queda obligado a cumplir las obligaciones a su cargo desde la misma fecha de suscripción del acuerdo. Por el contrario, piénsese en un contrato de fiducia, en el cual el fideicomitente le encarga a la fiduciaria que arriende unos locales comerciales y le entregue los respectivos cánones de arrendamiento al beneficiario. En este caso, la obligación de recibir los cánones de arrendamiento y suscribir los contratos de vinculación a la entidad fiduciaria solo surgen si el beneficiario acepta la finalidad del contrato a su favor, es decir, por el hecho de no ser parte del contrato, el principio de relatividad de los contratos, prohíbe que los derechos y obligaciones establecidos en el contrato obliguen o favorezcan a terceros, requiriéndose siempre que éstos mismos consientan en ello.¹

RESPONSABILIDAD CIVIL.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional en sentencia C 1008/10, indicó:

“(.) En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extramatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que “Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas”.

3. Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil contractual y de la extracontractual

3.1. La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil (...)

El caso:

Memórese entonces que, acorde con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes y solo puede ser invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales, luego, por virtud de lo normado en el artículo 1494 Ibídem, el contrato es fuente de obligaciones, de modo que, tratándose de contratos bilaterales las obligaciones de una parte no se hacen exigibles hasta tanto la otra acredite el cumplimiento pleno de las cargas contractuales impuestas a su cargo.

Sobre el particular, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia el 5 de febrero de 2015, ponencia de la Dra. Clara Inés Márquez Bulla, al interior del radicado 11001-31-03-021-2011-00422-01, refirió:

"Desde esta óptica corresponde al interviniente insatisfecho probar la existencia del contrato, el incumplimiento y el daño que ha padecido con ocasión de la conducta, mientras que paralelamente su contraparte debe acreditar la ausencia de culpa, vale decir, que actuó con la diligencia y cuidado debidos."

En relación con los ítems memorados, cierto es, que no existe discusión acerca de (i) la existencia del contrato de fiducia y el de vinculación, que es por cierto el que legitima al actor y de suyo al demandado; (ii) el incumplimiento se predica del deber, entrega de dineros frente al desistimiento adoptado por el PARTICIPE; y, (iii) el daño que afirma haber padecido el demandante, consiste en la ausencia de poder disponer del dinero deprecado, el que al menos habría podido percibir los intereses comerciales, dado que se trata de un negocio comercial.

Ahora bien, respecto del primero y segundo de los problemas jurídicos que se plantearon, por cuanto se contienen en el contrato mismo, y se soporta en la jurisprudencia atrás enunciada, se tiene lo siguiente:

Efectivamente en la cláusula décimo primera del contrato de vinculación denominado FIDEICOMISO BACATA AREA COMERCIAL FASE 3 referencia 1200031995, se pactó expresamente:

FIDUCIARIA

CONTRATO QUE APORTE LOS RECURSOS SUFICIENTES PARA EFECTOS DE PROCEDER A REALIZAR LA DEVOLUCIÓN CORRESPONDIENTE.

DÉCIMA PRIMERA: TERMINACION UNILATERAL.- SI EL (LOS) PARTICIPE(S) solicitan la terminación del presente contrato y por tanto la devolución de los recursos aportados antes de la entrega del PROYECTO, ACCIÓN devolverá los recursos junto con los rendimientos generados mediante cheque girado a EL (LOS) PARTICIPE(S) con cruce restrictivo puesto a su disposición en las oficinas de ACCIÓN en la ciudad de Bogotá, previo el descuento del valor establecido como sanción en la cláusula anterior, el gravamen a los movimientos financieros y de la comisión de administración de la fiduciaria. Lo anterior se realizará siempre que hubieren recursos líquidos en el FIDEICOMISO, en caso contrario, EL(LOS) PARTICIPE(S) deberán esperar a que se vincule un tercero, que adquiera el(los) derecho(s) establecido(s) en la primera parte del presente contrato. Para lo cual EL FIDEICOMITENTE deberá remitir una carta a la Fiduciaria indicando el valor a devolver a EL(LOS) PARTICIPE(S) y el valor a retener a título de pena.

PARÁGRAFO PRIMERO: Cualquier reclamación que se genere por parte de EL(LOS) PARTICIPE(S) derivada de las sanciones establecidas en el presente contrato, deberá dirigirse por parte de EL(LOS) PARTICIPE(S) exclusivamente a EL FIDEICOMITENTE; por lo cual, desde ya, EL(LOS) PARTICIPE(S) y EL FIDEICOMITENTE se obligan a mantener indemne a ACCIÓN por los antedichos conceptos.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Que en caso de modificación al contrato de fiducia mercantil FIDEICOMISO posterior a la firma del presente documento de vinculación EL(LOS) PARTICIPE(S) podrán desistir sin ser penalizados en forma alguna por tal evento. En el evento de presentarse la mencionada modificación la misma deberá ser autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

DÉCIMA SEGUNDA.- REMUNERACIÓN: ACCIÓN tendrá derecho por la inversión de los recursos recibidos desde su entrega y hasta la fecha en que se cumplan los presupuestos para la ENTREGA DE RECURSOS, previstos en la cláusula quinta del presente contrato, que son los mismos establecidos en el numeral 1.8 de la cláusula primera y numeral 6.1.1. de la cláusula sexta del contrato de fiducia mercantil; a la retribución establecida en el correspondiente reglamento.

EL(LOS) PARTICIPE(S) declara(n) conocer, aceptar y entender el valor de las comisiones fiduciarias a las que tendrá derecho ACCIÓN y que estarán a cargo del FIDEICOMISO y en forma subsidiaria de EL(LOS) PARTICIPE(S) durante la ETAPA DE OPERACIÓN, las cuales se establecieron en la cláusula vigésima segunda del contrato de fiducia mercantil y se describen a continuación:

Con base en dicha cláusula, la aquí demandante, solicito su desvinculación al proyecto, cumpliendo cada uno de los requisitos allí establecidos, en efecto, la

actora, se dirigió a BD PROMOTORES COLOMBIA S.A., quien a su vez emitió comunicación a ACCION FIDUCIARIA el 27 de noviembre de 2017, en tal sentido.

No obstante, solo hasta 1º de junio de 2018, dan contestación a dicha solicitud, negando la misma e indicando que los recursos están priorizados a la culminación del proyecto y la protección que creen y quieren continuar con en el mismo, lo que desdice lo reglado por las partes en la cláusula memorada, en el entendido que la desatención de esa solicitud, sólo podía estribar en: *(i) “... siempre que hubiere recursos líquidos en el Fideicomiso ... (ii) en caso contrario, EL (LOS) PARTICIPE(S) deberán esperar a que se vincule un tercero, que adquiera el (los) derecho (s) establecidos (s) en la primera parte del presente contrato...”*, es decir, que los motivos para desdeñar la entrega de dineros, resultó ajena a lo convenido.

Ahora bien, dicha devolución de dineros, se reitera, estaba supeditada a que **“hubiera recursos líquidos”** en el fideicomiso, situación que también **tuvo ocurrencia**, pues de conformidad a la comunicación enviada por el representante legal de la demandada JUAN ANTONIO MONTOYA URICOECHEA, para el primero de junio de 2018, el fondo contaba con la suma de \$50.136.621,19, cantidad suficiente para devolver los aportes a la aquí demandante.

Así las cosas, no operaba la parte segunda de la cláusula en mención, es decir, que se debía esperar a que un tercero ocupara la posición contractual de INMOBILIARIA ECOASER, para devolver dichos aportes.

Otro aspecto, que debe mirarse, es el relativo a la prohibición expresa contenida en el CONTRATO DE VINCULACION, cláusula CUARTA, que señala: **“(...) De conformidad con el parágrafo segundo de la cláusula tercera del CONTRATO DE VINCULACION, los dineros entregados por (LOS) PARTICIPE (S), no podrán ser retirados por el (ELLOS) hasta que: i) queden a su disposición por no haberse cumplido con los presupuestos para la realizar (sic) la entrega de recursos para el desarrollo del proyecto, previstos en la cláusula sexta numeral 6.1.1. del CONTRATO DE FIDUCIA o ii) se produzca el desistimiento de acuerdo con lo previsto en el CONTRATO DE VINCULACION y en el CONTRATO DE VINCULACION etapa de construcción (...)”**

Al revisar el contenido de las remisiones normativas del contrato, contemplan, **a)** en caso de mora del PARTÍCIPE, de más de sesenta días, la inversión se entiende desistida y, en tal caso, se entregan los dineros al mismo, previa deducción de las sanciones y demás emolumentos pactados; **b)** en caso de desistimiento (terminación unilateral), a cargo del PARTÍCIPE, igualmente se devuelven los recursos, empero supedita a la existencia de recursos o la adquisición de los derechos a cargo de un tercero; así mismo, reglas generales, alusivas a la continuidad de la relación contractual, en las cuales no se precisa alternativas distintas sino procedimientos relativos al desarrollo del proyecto, aspectos sobre los que no existió discusión, es decir, no fueron excusa ni defensa a la omisión de entregar los dineros ante la conducta adoptada por el BENEFICIARIO.

En lo atinente a que, no se tuvo en cuenta todo el clausulado en su contexto, ello es ajeno a la realidad, pues basta mirar la cláusula tercera del contrato, en donde se dispone que ***“los dineros entregados por el partícipe, no podrán ser retirados por él hasta que (...) o ii) se produzca cualquiera de las situaciones previstas en la cláusula décima y undécima del presente contrato.”***, situaciones no presentes para la data de los hechos. En el primer caso, tampoco se discutió la ausencia del requisito (punto de equilibrio), pues es un hecho notorio la iniciación y preventa del proyecto. Así mismo, tampoco es motivo de cuestionamiento que el PARTÍCIPE hubiera incurrido en mora, luego la única circunstancia que permite en este caso, el éxito de la pretensión demandatoria radica en el desistimiento adoptado por el PARTÍCIPE, como en efecto ocurrió.

Ahora bien, sin ir más al fondo del asunto, en la cláusula décima, se reitera, se pactó, igualmente que, en caso de mora por más de sesenta días del partícipe, se entiende que el mismo **desiste** del contrato, pudiendo el fideicomitente solicitar la devolución de los aportes, menos la sanción pactada y a su turno, la décima primera consagra la potestad del PARTÍCIPE de desistir de su inversión.

Corolario de lo indicado, es que, de la lectura del contrato de vinculación, en ninguna parte se le cercena el derecho al partícipe de desistir del contrato, por el contrario, se le dan todas y cada una de las garantías, a fin de que lo pueda hacer sin cortapisa alguna.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes, y demostrado como aparece en los autos, que, el fideicomiso contaba con recursos

suficientes para devolverle los aportes a la demandante, se denota un INCUMPLIMIENTO de lo pactado por parte de ACCION FIDUCIARIA, que le causó un perjuicio a la actora, por lo que de conformidad a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia arriba reseñada, la demandada debe responder de su propio pecunio, por dichos perjuicios causados, pues claro es, que sin justificación de ninguna especie, contrariando las disposiciones contractuales suscritas por las partes, la Fiduciaria demandada desatendió sus obligaciones, las que al margen de ser en representación, también generan responsabilidad por sus actos, como lo predica, se recalca, lo expuesto en las providencias memoradas anteriormente.

Por lo expuesto, **EI JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1.- **CONFIRMAR** en todas y cada una sus partes la Sentencia emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el caso en estudio, el 20 de diciembre de 2019.
- 2.- Sin costas por no parecer causadas.
- 3.- En firme este fallo, devuélvase las diligencias al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE


HERMAN TRUJILLO GARCÍA.
Juez

JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO Secretaría Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado N° <u>024</u> , fijado Hoy <u>25 FEB 2022</u> a la hora de las 8.00 A.M.
MARGARITA ROSA OYOLA GARCIA Secretaría

JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veinticuatro de febrero de dos mil veintidós (2022)

Ref.-2019-01008-01

APELACION SENTENCIA. Juz. 15 Civil Municipal

Se **ADMITE** el recurso de apelación incoado tanto por el apoderado de la actora, como de la demandada, en contra de la sentencia proferida en este asunto el 17 de junio de 2021, por el Juzgado 15 Civil Municipal de la ciudad,

Los apelantes deben observar el contenido del artículo 14 del decreto 806 de 2020, secretaria controle términos.

NOTIFÍQUESE,


HERMAN TRUJILLO GARCIA
JUEZ

JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO Secretaría Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado N° <u>024</u> , fijado
Hoy <u>25 FEB 2022</u> a la hora de las 8.00 A.M.
MARGARITA ROSA OYOLA GARCIA Secretaría