Esguerra
asesores jurídicos

Señor Juez
JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E. S. D.

Referencia:	Acción de Protección al Consumidor Financiero de **INMOBILIARIA ECOASER LTDA.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**
No. de radicado:	2018-02587-01
Asunto:	Sustentación recurso de Apelación

ANDRÉS CADENA CASAS, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.020.733.114 y con la tarjeta profesional de abogado número 209.491, en ejercicio del poder a mí otorgado por **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.,** atentamente me permito sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia proferida en la audiencia adelantada el viernes 20 de diciembre de 2019 en el proceso de la referencia. Lo anterior en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. En la audiencia surtida el día 20 de diciembre del 2019, el Delegado para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dictó fallo en el proceso de la referencia.

2. Para ello, expuso las consideraciones en dos momentos, a saber: (i) primero analizó el contenido del contrato desde el derecho sustancial, observando la normativa aplicable y los hechos dados como ciertos por las partes en la fijación del objeto del litigio; y (ii) después se pronunció sobre el material probatorio, en relación con las pretensiones de la demanda y las excepciones presentadas por **ACCIÓN**.

2.1 Análisis del contenido del contrato desde el derecho sustancial, normativa aplicable y hechos dados como ciertos por las partes en la fijación del objeto del litigio:

2.1.1 En un primer momento, el Delegado inició enlistando los hechos aceptados por las partes, como la fecha de suscripción del contrato de vinculación No. 1200031995 BACATA AREAS COMERCIALES FASE 3 y su modificación mediante el Otrosí No. 1, las condiciones de la cláusula décima primera (que establece la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato mencionado), la fecha de la carta de solicitud de terminación y su radicación en la **FIDUCIARIA**, la carta

ordenando la devolución de los recursos, el derecho de petición formulado por ECOASER ante la Superintendencia Financiera de Colombia junto con la réplica y respectivas respuestas.

2.1.2 Luego, hizo referencia a la noción de contrato de fiducia mercantil en relación con la calidad de las partes del negocio, citando jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, indicando que las partes del negocio fiduciario son: (i) el fiduciante del negocio jurídico; y (ii) el fiduciario; siendo el beneficiario un tercero.

2.1.3 En ese orden de ideas, afirma el Delegado que, a la luz del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009, el beneficiario encaja en la noción de consumidor financiero, toda vez que la ley tiene como tal, a la persona que tenga alguna relación con una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera.

2.1.4 Finalmente, concluye la Delegatura que la demandante ostenta la calidad de partícipe y beneficiaria de la ejecución de las obligaciones contractuales establecida para el contrato de fiducia. Así las cosas, tuvo por no probadas las excepciones "*NO EXISTE RELACIÓN CONTRACTUAL CON ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. A TÍTULO PERSONAL*; *LA VINCULACIÓN DEL DEMANDANTE FUE AL FIDEICOMISO BACATÁ ÁREAS COMERCIALES FASE 3;* Y NI EL FIDEICOMISO *BACATÁ ÁREAS COMERCIALES FASE 3 NI ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA TIENE LA CALIDAD DE PRODUCTOR, PROVEEDOR O EXPENDEDOR Y EL ACTOR NO TIENE LA CALIDAD DE CONSUMIDOR*".

2.1.5 Prosiguió el Delegado a pronunciarse sobre el contenido del contrato de fiducia, a luz del principio de buena fe contenido en el artículo 871 del Código de Comercio y el literal u) del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009; determinado que éste se integra por toda norma concordante, complementaria, reglamentaria y de las que se deriven del contrato o servicio prestado al consumidor financiero. En este punto mencionó que la **FIDUCIARIA** realiza una actividad previamente autorizada por la Superintendencia Financiera, lo cual tiene como consecuencia que ésta responda por un grado de diligencia especial (artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los literales a) y c) artículo 3 ley 1328 de 2009).

2.1.6 De ese sentido, una vez establecidas las disposiciones y/o interpretaciones contractuales específicas al momento de suscripción del contrato, afirmó la Delegatura que no podía la **FIDUCIARIA**, con posterioridad, establecer unas diferentes para restringir la libre disposición del consumidor para "*salirse*" del negocio fiduciario, puesto que esto contraría el artículo 78 constitucional.

2.2 Pronunciamiento sobre el material probatorio, en relación con las pretensiones y excepciones del proceso:

2.2.1 Iniciando con la cláusula décimo primera del **CONTRATO** en cuestión, consideró el Despacho que se realizó correctamente el procedimiento establecido para terminar unilateralmente el contrato, y en consecuencia solicitar la devolución de los recursos aportados al fideicomiso BACATÁ ÁREAS COMERCIALES FASE 3.

2.2.2 Ello con fundamento en que el día 13 de septiembre de 2017 se le comunicó mediante carta a BD PROMOTORES COLOMBIA S.A.S., la terminación unilateral del contrato en los términos establecidos en la mencionada cláusula y que posteriormente, dicha solicitud fue notificada a **ACCIÓN** el día 5 de marzo de 2018.

2.2.3 Sobre este punto, resaltó el Delegado el informe juramentado presentado por Juan Antonio Montoya, quien hacía las veces de presidente y Representante Legal de **ACCIÓN,** y que contenía la información referente al negocio fiduciario para los años 2018 – 2019. En éste, se certificó con qué dineros o recursos líquidos contaba el fideicomiso desde marzo de 2018 – hasta la fecha, resaltando que éste indicaba claramente que, en marzo de 2018, el fideicomiso contaba con recursos líquidos por $49.769.812, y que la solicitud de terminación unilateral realizada por el demandante había sido notificada a la **FIDUCIARIA.**

2.2.4 Con base en eso, el Delegado señaló que, al momento en que fue presentada la carta de terminación unilateral del contrato, sí existían recursos líquidos suficientes, para devolver los recursos depositados por el demandante, por lo que **ACCIÓN** debía cumplir con lo contenido en la cláusula décimo primera.

2.2.5 Nuevamente, recalcó que la **FIDUCIARIA** no tenía la facultad de interpretar el contrato de manera distinta a lo originalmente dispuesto, de acuerdo con el principio de interpretación favorable al consumidor (artículo 34 del Estatuto del Consumidor).

2.2.6 Con todo, para el Delegado fue claro que la **FIDUCIARIA** no podía truncar la voluntad y libertad contractual del consumidor financiero, bloqueando su salida del negocio jurídico. Esto, puesto que se debía respetar y cumplir la voluntad de las partes, plasmada en la cláusula décimo primera.

2.2.7 Por tal motivo, el Despacho encontró comprometida y la comprobada la responsabilidad e incumplimiento contractual de ACCIÓN FIDUCIARIA y declaró no probadas las excepciones "(i) *LA SOLICITUD DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO FIDEICOMISO BACATA ÁREAS COMERCIALES FASE 3 Y SOLICITUD DE*

REINTEGRO DE APORTES SE ENCUENTRA A CARGO DEL FIDEICOMITENTE Y NO DE ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.; (ii) ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., NI A TÍTULO PERSONAL NI COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO GARANTIZA NI GARANTIZÓ LA RECUPERABILIDAD DE LOS RECURSOS APORTADOS POR EL ACTOR".

2.2.8 De nuevo, la Delegatura hizo referencia al informe presentado por Juan Antonio Montoya, en donde consta que, hasta el mes de octubre de 2019, el fideicomiso contaba con recursos de aproximadamente $7.000.000, los cuales son insuficientes para garantizar el reintegro de los recursos depositados por el demandante.

2.2.9 En consecuencia, el Delegado reconoció un perjuicio más gravoso para al accionante, quien en su debido momento, no pudo ni puede en este momento obtener $44.544.000 que había depositado en el fideicomiso.

2.2.10 Por lo tanto, como consecuencia del incumplimiento contractual, condenó a **ACCIÓN** a título propio a reintegrar la suma mencionada con recursos de su propio patrimonio.

II. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE ACCIÓN FIDUCIARIA Y LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE FIDUCIA

Afirma la Delegatura que, en el caso en particular, **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, es responsable civil y contractualmente de los perjuicios causados por su incumplimiento a la sociedad demandante **INMOBILIARIA ECOASER LTDA**; condenándola a responder por el daño causado reintegrando la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TRES PESOS M/CTE ($46.857.503) con recursos de su propio patrimonio.

Indica, además, que se le causó un perjuicio más gravoso al accionante, quien, en su debido momento, no pudo obtener el reembolso de sus recursos aportados al fideicomiso BACATÁ ÁREAS COMERCIALES FASE 3, por la omisión de la **FIDUCIARIA** y la falta de recursos del fideicomiso al día de hoy.

Así las cosas, teniendo en cuenta los argumentos del Delegado para condenar a mi representada, vale la pena aclarar la función que cumple el contrato de fiducia en el ordenamiento jurídico actual y la responsabilidad de la fiduciaria al interior de estos negocios jurídicos.

Como se encuentra consagrado en el artículo 1226 del Código de Comercio, un contrato de fiducia 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".

A su vez, vale la pena recordar que el pilar de este negocio jurídico es la confianza recíproca de las partes. Esto se traduce en que la Fiduciaria, encargada de la correcta administración y gestión de los recursos, actúa amparada por este principio.

Ahora bien, según lo establecido en el Concepto 2008068353-003 del 27 de noviembre de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, la responsabilidad de las fiduciarias se basa en el cumplimiento de obligaciones de medio y no de resultado, lo cual quiere decir que no están obligadas a garantizar la consecución de un resultado en concreto. Y, en los términos establecidos por el artículo 1243 del Código de Comercio, dicha responsabilidad es hasta la culpa leve.

Con todo, para concretar la existencia de un daño causado por la **FIDUCIARIA** de cara a **sus obligaciones contractuales y legales**, el demandante, de acuerdo con los artículos 164 y 166 del Código General del Proceso, los cuales se refieren a la carga de la prueba, debería probar la falta de diligencia de ésta. Esto según lo consagrado en el numeral primero del artículo 1234 Código de Comercio, el cual determina que la diligencia de la **FIDUCIARIA** se predica de los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. De otro modo, se haría imposible configurar una posible responsabilidad de la **FIDUCIARIA** que, en consecuencia, le imponga la obligación de resarcir algún perjuicio con recursos provenientes de su propio patrimonio.

En este punto, no debemos olvidar la cláusula tercera del Contrato de Vinculación FIDEICOMISO BACATÁ ÁREA COMERCIAL FASE 3, en donde se estipulan las labores encomendadas a **ACCIÓN** en el marco de desarrollo y ejecución de este**,** descritas a continuación:

TERCERA: ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS: En desarrollo del presente contrato, ACCION administrará los bienes entregados, de conformidad con lo previsto en las normas legales y reglamentarias sobre esta materia. ACCION, cumplidas las condiciones que a continuación se establecen, dentro del plazo acordado, administrará los recursos de conformidad con lo previsto en el contrato de fiducia mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO, entregándolos a EL FIDEICOMITENTE con la autorización del INTERVENTOR. Los recursos aportados más los rendimientos generados al igual que los rendimientos si a ellos hubiere lugar se dejarán a disposición de EL(LOS) PARTICIPE(S) si dentro del plazo previsto en el cuadro visible en la primera parte del presente contrato, o el de su prórroga automática que las partes pactan en doce (12) meses adicionales, no se cumplen las condiciones establecidas para administrar los recursos según lo previsto en el contrato de fiducia. Los recursos aportados y sus rendimientos generados y los intereses luego de cumplidas las condiciones serán de EL FIDEICOMISO.

PARÁGRAFO PRIMERO.- Los dineros entregados por EL(LOS) PARTICIPE(S) desde su recepción y hasta que se cumplan los presupuestos para realizar la ENTREGA DE RECURSOS, previstos en el numeral 1.8 de la cláusula primera y el numeral 6.1.1. del CONTRATO DE FIDUCIA que son las mismas establecidas en la cláusula quinta siguiente, serán invertidos en el Fondo Acción Uno. Acción Uno

En el caso que EL(LOS) PARTICIPE(S) determinen que sus recursos se inviertan en Acción Uno, los costos, gastos y comisiones que se descontarán serán los establecidos en el correspondiente reglamento.

En todo caso ACCIÓN podrá adoptar las medidas que considere apropiadas para que los recursos entregados puedan ser invertidos de acuerdo con los términos y condiciones previstas en el CONTRATO DE FIDUCIA.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Los dineros entregados por EL(LOS) PARTICIPE(S), no podrán ser retirados por él(ellos) hasta que: i) queden a su disposición por no haberse cumplido con los presupuestos para realizar la entrega de recursos para el desarrollo del proyecto establecidos en la cláusula quinta siguiente, que son los mismos previstos en el numeral 1.8. de la cláusula primera y numeral 6.1.1. cláusula sexta del CONTRATO DE FIDUCIA o ii) se produzca cualquiera de las situaciones previstas en la cláusula décima y undécima del presente documento.

PARÁGRAFO TERCERO. El retiro de los recursos invertidos de conformidad con lo previsto en el parágrafo primero de esta cláusula se realizará de acuerdo con el reglamento de inversión elegido por EL(LOS) PARTICIPE(S) en los términos del presente contrato.

PARÁGRAFO CUARTO. Los recursos aportados, más sus rendimientos si los hubiere, una vez descontados los costos, gastos y comisiones aplicables, según la inversión indicada por EL(LOS) PARTICIPE(S) en el parágrafo primero de la presente cláusula, constituirán el aporte al FIDEICOMISO, para la realización de la ENTREGA DE RECURSOS y, una vez realizada la entrega de la totalidad de los aportes a los que se obliga EL(LOS) PARTICIPE(S) y terminado el PROYECTO por parte de EL FIDEICOMITENTE conferirán los DERECHOS FIDUCIARIOS que corresponden a su participación en el mismo, número que se estableció al inicio del presente documento sobre el FIDEICOMISO que se encuentre el ÁREA COMERCIAL.

> FIDUCIARIA

PARÁGRAFO QUINTO: El riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a ACCION, como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos de acuerdo a lo establecido en la precedencia, será para EL(LOS) PARTICIPE(S) en el evento de que no se den las condiciones de acuerdo con lo establecidas en la cláusula quinta del presente documento y del FIDEICOMISO en caso contrario.

Es claro que la cláusula citada le impone obligaciones **DE MEDIO** a mi representada: administrar los recursos desembolsados por los partícipes y posteriormente, transferírselos al fideicomitente, previa autorización del interventor. Por ello, en ninguna circunstancia, **ACCIÓN** se obligó a garantizar la recuperación total o parcial de los recursos administrados por ella, como consta en el numeral 24 de la sección "ADVERTENCIAS" dentro del contrato:

24. El parágrafo de la cláusula DÉCIMA OCTAVA (18) del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL establece que en ningún caso EL FIDEICOMITENTE y/o ACCIÓN garantizan la recuperación total o parcial de los recursos aportados por los PARTICIPES, así como tampoco la obtención de una rentabilidad sobre los mismos.

Por lo tanto, cuando la Delegatura expuso sus argumentos de hecho y de derecho para condenar a mi representada, pasó por alto la naturaleza de las obligaciones estipuladas en el contrato. Siendo así, el sentido del fallo no concuerda con la voluntad de las partes, con el contenido del contrato ni con el entendimiento que se tiene de la figura de la fiducia que la Superintendencia Financiera de Colombia reiteró en el Concepto previamente citado, pues la Delegatura falló basándose en un escenario propio de una obligación de resultado.

Incluso, vale la pena tener en cuenta que, dentro de los negocios de fiducia, existe una separación de los patrimonios involucrados. Ello en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio, los cuales consagran que el **patrimonio autónomo es una masa de bienes que es independiente al patrimonio del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario**. Esa independencia implica una **separación patrimonial entre la fiduciaria y los fideicomisos que administra**, lo cual conlleva a que los bienes administrados por las fiduciarias al interior de los negocios que suscriben **no forman parte de su propio patrimonio** y, en consecuencia, no debe la **FIDUCIARIA** responder con sus propios bienes por las obligaciones derivadas de esos negocios.

Además, dicha separación responde a la eficacia misma del negocio, toda vez que de ella se desprende una protección a los bienes de los sujetos involucrados, e incluso de terceros. Al respecto, se debe mencionar el Concepto 2006023810 - 001 del 26 de julio de 2006, en el cual la Superintendencia Financiera afirmó:

> *"En efecto, conforme a lo señalado por el artículo 1226 del Código de Comercio, la celebración de un contrato de fiducia mercantil implica como aspecto esencial la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de* ***una finalidad determinada*** *y* ***comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario****.*

(…)

Finamente, no pueden pasarse por alto las normas de la fiducia mercantil, entre estas, los artículos 1227, 1233, 1234 numerales 2° y 4°, y 1236 del Código de Comercio, ***según las cuales los bienes fideicomitidos deben mantenerse separados de los propios de la fiduciaria,*** *así como también de los correspondientes a otros negocios fiduciarios; deben figurar o registrarse en contabilidad separada y no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante ni por los de otros fideicomitentes."* (Subrayas propias).

Aunado a lo anterior, dentro de las características propias del negocio jurídico del que se ha venido tratando, debe reiterarse que los recursos que en él se encuentran, cuentan con una destinación específica para garantizar la finalidad propia de la fiducia.

De este modo, se hace evidente que, conforme a **la normatividad aplicable, el contenido del contrato y lo dispuesto por la Superintendencia Financiera,** resultaría contradictorio que **ACCIÓN**, en su condición de vocera y administradora del fideicomiso**,** emplee recursos propios para resarcir supuesto el daño causado al accionante, puesto que 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.**

III. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN

El Delegado condenó a mi representada a resarcir los supuestos perjuicios causados al demandante basándose única y exclusivamente en la cláusula décimo primera del **CONTRATO** y el principio de buena fe integradora. Sin embargo, no tuvo en cuenta ciertas disposiciones que tienen injerencia a la hora de determinar su alcance.

El artículo 1618 del Código Civil reza: "*Conocida claramente la intención de los contratantes,* ***debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras****."* (Subrayas propias). Al respecto, Renato Scognamiglio ha advertido sobre las normas de interpretación del contrato lo siguiente:

"(…) el intérprete no debe limitarse al sentido literal de las palabras, sino que debe averiguar la común intención de los contratantes, lo que quiere decir, precisando mejor el alcance este principio, que al proceder a la interpretación ***debe darse prioridad al significado correspondiente al espíritu que inspira el acto****, sobre aquel, eventualmente divergente, que pueda resultar a primera vista, del sólo examen del tenor literal (C.C. col. Art. 1618)."*[1] (Subrayas propias)

De igual forma, Ospina Fernández y Ospina Acosta señalan que sobre la interpretación de los actos jurídicos: *"(…) nuestro Código consagra en toda su pureza la tesis latina de la* ***prevalencia en los actos jurídicos de la voluntad real de los agentes sobre la expresión material de ella****"*[2]. (Subrayas propias). Y, sobre el artículo 1618 del Código Civil antes mencionado, afirman que, al ser éste el principio general de interpretación: *"(…) gobierna*

[1] Renato Scognamiglio, Teoría General del Contrato, Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 238 (1983). (Trad. Fernando Hinestroza).
[2] Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Ed. Temis, pág. 407 (1998).

e inspira ***todas las reglas consagradas por el Código*** ***sobre la interpretación*** *propiamente dicha de los actos jurídicos*." [3] (Subrayas propias).

Ahora bien, como la presente controversia se basa en un **CONTRATO** suscrito por las partes, es menester **analizarlo e interpretarlo en su integridad buscando su entendimiento basándose en la voluntad real de las partes,** como indican los tratadistas citados. Por lo tanto, para determinar el alcance de las tratativas contractuales, dentro de la compresión integral del **CONTRATO**, no se debe ignorar el acápite denominado "ADVERTENCIAS". Ello, fundamentado en lo expresado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 28 de junio de 1989:

> *"(...)* ***los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes****; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para* ***interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato.****"* (Subrayas propias).

Todo ello parece indicar que el Delegado no tuvo en cuenta las normas de interpretación en materia contractual que han sido altamente decantadas por la doctrina y la jurisprudencia, pues prefirió la literalidad del **CONTRATO** sobre la voluntad de las partes. Es claro que el acápite de "ADVERTENCIAS" *inspiró* a las partes a suscribir el **CONTRATO**, pues de lo contrario, no hubiesen sido incluidas en él.

Ahora bien, con base en lo expuesto, vale la pena referirse, especialmente los numerales 15 y 24:

15. EL(LOS) PARTICIPE(S) aceptan que las obligaciones de ACCIÓN son de medio y no de resultado por lo que en ningún caso ACCIÓN compromete recursos propios para dar cumplimiento al CONTRATO DE FIDUCIA, de acuerdo con lo previsto en la cláusula DÉCIMA NOVENA (19) del mismo.

24. El parágrafo de la cláusula DÉCIMA OCTAVA (18) del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL establece que en ningún caso EL FIDEICOMITENTE y/o ACCIÓN garantizan la recuperación total o parcial de los recursos aportados por los PARTICIPES, así como tampoco la obtención de una rentabilidad sobre los mismos.

De los numerales anteriores se puede afirmar que la Delegatura **NO analizó el contrato en su conjunto** y optó analizar superficialmente el material probatorio, al punto de llegar a una condena basada **EN UNA SÓLA CLAUSULA** (cláusula décimo primera del **CONTRATO**) e ignorando las demás disposiciones y el contexto contractual. De esta forma, el Delegado realizó inferencias que **NO CORRESPONDEN A LA REALIDAD CONTRACTUAL** para cimentar una supuesta responsabilidad en cabeza de mi representada.

Es en este tipo de procesos donde existencia de una supuesta responsabilidad está dada por el **CONTRATO** que rige la relación y no por supuestos diferentes a éste. Por lo tanto, a este extremo procesal le extraña que el Delegado haya mencionado de manera tangencial

[3] *Idem.*

y discrecional el verdadero contenido del contrato, ignorando los numerales 14 y 25 de las "ADVERTENCIAS" y el resto del clausulado.

Así las cosas, se evidencia que la Delegatura, de manera inexplicable, pasó por alto la voluntad de las partes y dio preferencia a una interpretación fragmentada, sesgada e irregular para fundar su decisión.

IV. SOBRE LA CONGRUENCIA DEL FALLO

El elemento que da pie a la presente controversia es un **CONTRATO**. Por lo tanto, al momento de proferir el fallo, el Delegado debería fundamentar sus consideraciones en el cuerpo integral del negocio jurídico, como se ha expuesto en los acápites anteriores del presente recurso. En caso contrario, no actuaría la Delegatura conforme a lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, el cual se refiere a la congruencia del fallo en los siguientes términos:

> *"**ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS**. La **sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda** y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*
>
> ***No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto** del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.*
>
> *(...) " (*subrayas propias)

Analizando la parte motiva del fallo, es evidente que éste excede lo pretendido en la demanda porque (i) desconoce las características del negocio expuestas en este recurso, y (ii) si bien el delegado menciona las normas concordantes, complementarias, y reglamentarias del negocio, no menciona la **legislación principal aplicable** concorde a su naturaleza. Es tan así, que el Delegado no aplicó ni hizo referencia a uno de los elementos característicos del contrato de fiducia: el principio de separación patrimonial. Es más que evidente que este tipo de contratos fiduciarios tienen reglas particulares que fueron obviadas por la Delegatura, y una de ellas es la responsabilidad patrimonial de los entes que participan en el negocio.

Como si fuera poco, la incongruencia de la sentencia es más que evidente, porque aparte de desconocer el contenido íntegro del negocio jurídico, el Delegado hace un análisis superficial de las pruebas de manera incomprensible, desconociendo la carga de la prueba que estaba y está en cabeza de la parte demandante.

En suma, este extremo procesal no entiende cómo el Delegado, de forma arbitraria: (i) no tiene en cuenta la naturaleza del negocio; (ii) realiza una seria de interpretaciones que escapan al alcance del contrato, imponiendo en cabeza de **ACCIÓN** unas cargas que no le pertenecen y que de cara al contrato de fiducia resultan excesivas; y (iii) va más allá de lo pretendido en la demanda, a la luz de la realidad jurídica en la que ésta se enmarca.

V. EQUIVOCADA VALORACIÓN PROBATORIA

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 1.6 de los antecedentes del contrato de vinculación, los partícipes que se vinculen al FIDEICOMISO con el fin de invertir en sus recursos para que la sociedad FIDEICOMITENTE con autorización del interventor, en caso de que esto no se dé se proceda con la restitución de los dineros; lo que para el efecto dentro del proceso efectivamente se encuentra acreditado, pues se indicó que desde el día 1 DE ABRIL DE 2011, es decir que los recursos invertidos fueron para la obra de construcción y los gastos que esto implica que no se puede predicar que los dineros que se evidenciaron en el FIDEICOMISO hayan sido dispuesto para la devolución, como erradamente se interpretó. Vale decir que el aparte transcrito responde al contrato firmado por el aquí demandante.

2. A su vez, en la misma documental (contrato) en la cláusula 1 del contrato de vinculación se establece que los partícipes entregaran los recursos a los cuales se comprometen en el contrato, con cargo a los cuales se desarrollará el proyecto, lo cual en el presente caso, se encuentra probado que el demandante no cumplió con su plan de aportes ya que pagó la suma de $44.545.000 cuando se comprometió a pagar la suma de $56.393.298.

Adicional a lo anterior, en la cláusula segunda del contrato de vinculación se establece que el participes se obliga a efectuar los aportes en las cuantías y en las oportunidades descritas en el anexo uno del contrato, lo cual con el simple escrito de demanda se prueba. Esta situación fue omitida por el despacho, a lo que se suma que no indicó que se le debía aplicar una sanción por el retiro de esos recursos.

3. sobre el sistema de desvinculación señalado en la cláusula 10 y 11 de contrato de vinculación se extrae con plena claridad que conforme lo establecido en el contrato de vinculación al patrimonio autónomo "BACATÁ ÁREA COMERCIAL FASE 3", se tiene prevista la situación que busca desarrollarse a través de la presente acción esto es que se declare la desvinculación del partícipe del proyecto, pues en su cláusula decima primera el referido negocio jurídico establece lo siguiente:

> *"DECIMA PRIMERA: TERMINACIÓN 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 las 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) PARTICIPES) deberán esperar a que se vincule un tercero, que adquiera el(los) derecho(s) establecido(s) en la primera parle 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".*

Del análisis de dicha cláusula se encuentra que la solicitud de terminación unilateral y devolución de aportes debe hacerse ante el fideicomitente, situación que se encuentra surtida con la reclamación elevada por el actor BD BACATÁ COLOMBIA S.A.S. y la respuesta emanada por este. Por lo que superado ello surgirían dos circunstancias, condicionadas a que existan recursos líquidos en el fideicomiso, la primera daría lugar a la devolución de los recursos invertidos en caso de existir remanentes en el patrimonio autónomo siempre que se remita comunicación por parte del fideicomitente a la fiduciaria informando el valor a devolver y la suma que se retiene a título de penalidad. Frente a la segunda, esto es la inexistencia de recursos líquidos en el fideicomiso, la actuación a seguir es la búsqueda de la vinculación de un tercero que adquiera los derechos fiduciarios del participe, que pretende su salida de la relación negocial.

En los anteriores términos la fiduciaria demandada no está obligada como administradora del patrimonio autónomo a tramitar ni autorizar el 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.

De igual forma, mi representada no es la llamada a 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 del mismo, era que se garantizaba su retorno, no del patrimonio exclusivo del fiduciario.

4. Ahora si bien es cierto, existe una autorización expresa por parte del fideicomitente en donde indica el valor a devolver, lo cierto es que hay un límite de recursos dentro del fideicomiso, el cual no está disponible para la devolución de recursos sino para la atención del proyecto constructivo. Así los dispone el contrato de vinculación suscrito.

5. Se extrae de la carta de desistimiento presentada por la demandante que ECOASER LTDA solicitó los recursos ya que tenía problemas de liquidez y fiscales lo cual no es una causal de terminación unilateral del contrato, por lo que no es procedente que el fideicomitente disponga de los recursos de manera libre al ordenar un desistimiento a sabiendas de que el patrimonio autónomo no tenía recursos; por lo que es deber de a fiduciaria velar por la protección de los recursos del patrimonio autónomo.

En la carta desistimiento presentada por BD PROMOTORES se indica que el motivo de desistimiento es de índole personal, lo cual no resulta procedente a la luz de lo estipulado contractualmente, pues las causales de desistimiento están establecidas en el contrato de vinculación, en la cuales no se establece “motivos de índole personal” por lo cual es menos lógico que ACCION FIDUCIARIA S.A. tuviera que atender dicha solicitud cuando 1) no existían recursos para disponer de ello y 2) la sociedad demandante no podía solicitar la restitución de recursos por motivos que no estuvieran estipulados contractualmente.

6. Ahora bien, en contexto de la devolución de recursos, debe tenerse en cuenta los expuesto por la demandante en la comunicación del 21 de junio de 2018 en donde expone que en correo del 24 de octubre de 2017 la sociedad demandante la sociedad BD PROMOTORES dijo que se aplicarían sanciones al haberse cumplido el punto de equilibrio y que adicional a ello en reunión del 27 de febrero del año 2018 BD PROMOTORES le había indicado que en efecto ya había recibido los recursos de un tercero por lo cual ya procedía la devolución de los recursos, lo cual es totalmente falso, ya que como se pudo probar en el proceso ACCION FIDUCIARIA jamás recibió ninguna instrucción para vincular algún tercero al encargo fiduciario del que era titular ECOASER LTDA.

De ser esto cierto la fiduciaria hubiera tenido los recursos para poder restituir los recursos a la demandante, ya que como se dispone en la cláusula 11 del contrato de vinculación, en efecto había que esperar a que se vendiera dicha participación fiduciaria, pero para el caso que no ocupa no fue así pues como se expresa en la solicitud de devolución de recursos no

se señaló que fuera por este motivo, sino por “motivos personales”, lo que a todas luces demuestra una actuación desleal de la sociedad BD PROMOTORES, pues a sabiendas de que no había vendido los derechos fiduciarios y de que no habían recursos para tales efectos, resolvió recargar la responsabilidad en ACCION FIDUCIARIA S.A. al darle una orden que no tenía vocación de cumplirse.

7. En el auto admisorio de la demanda se resuelve integrar al patrimonio autónomo FIDEICOMISO BACATA AREA COMERCIAL FASE 3, no obstante a ello el despacho no resolvió nada al respecto, pasando por alto que el patrimonio autónomo responde hasta por el límite de su patrimonio, el cual se ve comprometido de manera directa en el marco del desarrollo del contrato.

8. La instrucción de devolución de recursos NO fue remitida desde el año 2017, sino hasta el 2018, en respuesta del 7 de abril de 2018 a ello se indicó que no existen recursos para atender dicha solicitud (buena fe, esto es una obligación del fideicomitente, debió perder competencia la SFC al advertir esta situación)

9. De acuerdo a la prueba de oficio decretada se evidenció:

Ultimo pago data del 2 de junio de 2017, quedando pendientes casi 10 millones de pesos.

El día 27 de junio de 2014 hubo punto de equilibrio, participe se vinculación en diciembre de ese año por lo que los recursos no pasaban al fideicomiso sino directamente a la obra. (Ellos han recibido dividendos de esa participación?)

BD nunca instruyó a la fiduciaria respecto a la vinculación de un tercero, hecho que es la base de la desvinculación de la demandante, según se informa en la comunicación de junio de 2018, por lo que es menos procedente aun, pues menos hay dinero.

No se atendieron solicitud de devolución de recursos ya que no existen dineros en el fideicomiso.

Los recursos que se encontraban en el fideicomiso no correspondían a la vinculación de un tercero, en razón de dicho derecho fiduciario como se lo indicaron a la demandante, por lo que precisamente se informó que ningún tercero se vinculó.

Obligación de la fiduciaria, proteger los recursos del fideicomiso, no se puede utilizar el fideicomiso por parte de la sociedad BD para pagar deudas de sus incumplimientos.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicito al H. Despacho:

1. REVOCAR la sentencia proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia.
2. NEGAR las pretensiones de la demanda
3. Condenar en costas a la parte demandante.

Del Honorable Juez, atentamente,

ANDRÉS FELIPE CADENA
C.C. 1.020.733.114
T.P. 209.491