

Señor

JUEZ 19 CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

E.

S.

D.

Referencia: Proceso Verbal de **JCT EMPRESARIAL S.A. y MANUFACTURAS AF S.A.S.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**

No. de radicado: 76001310301920200014500

Asunto: Contestación de la demanda

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, obrando en ejercicio del poder especial que me otorgó **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sociedad comercial, con domicilio en la ciudad de Bogotá e identificada con el N.I.T. 800.155.413-6, por conducto del señor **JUAN ANTONIO MONTOYA URICOECHEA**, también mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.141.627, en su calidad de Representante Legal de dicha sociedad, atentamente me permito dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** del proceso verbal promovido en su contra, por parte de las sociedades **JCT EMPRESARIAL S.A. y MANUFACTURAS AF S.A.S.** (en adelante, los "**DEMANDANTES**").

I. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

1. Frente a los hechos **primero, segundo y tercero: No nos consta**. Conforme se detalla del contenido de los hechos, resulta claro y manifiesto que ni la **DEMANDADA**, ni mucho menos el MR-799 MARCAS MALL hicieron parte de los acuerdos privados suscritos entre los **DEMANDANTES** y la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL S.A.S., siendo totalmente ajeno para mi representada y el encargo fiduciario del cual es administradora la **DEMANDADA**.
2. Frente al hecho **cuarto: Es cierto**. Sin embargo, debe recalcar que, el Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 1100010209 fue suscrito por las sociedades MANUFACTURAS AF S.A.S. y JCT EMPRESARIAL S.A., como INVERSIONISTAS del Proyecto denominado MARCAS MALL, PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., en calidad de FIDEICOMITENTE PROMOTOR y CONSTRUCTOR RESPONSABLE del PROYECTO, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad administradora del MR-799 MARCAS MALL**, calidad reconocida por los **DEMANDANTES**, ya que en la Cláusula Décima del mencionado Contrato, se dispone que la FIDUCIARIA **DEMANDADA** actúa única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo fiduciario.

Ahora bien, con relación al objeto, se manifiesta que expresamente el Contrato de encargo suscrito por los **DEMANDANTES**, dispuso al respecto:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El objeto del presente encargo fiduciario consiste en la administración de los recursos que deposite el (los) INVERSIONISTA (S), correspondientes a las sumas de dinero acordadas entre PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. con Nit. 900.690.712-1, en su calidad de PROMOTOR del proyecto inmobiliario denominado "MARCAS MALL", en adelante el PROMOTOR, y el (los) INVERSIONISTA (S), con el fin de que estos recursos sean transferidos al PROMOTOR, una vez se cumplan por estos, las condiciones de transferencia de recursos que se establecen a continuación:

La FIDUCIARIA pondrá a disposición del PROMOTOR, los recursos recaudados en desarrollo del presente contrato, una vez se acredite y verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos para la primera etapa del proyecto:

1. Constancia de la radicación del Permiso de Ventas, para cada etapa del PROYECTO si es del caso;
2. Licencia de Urbanismo y Construcción vigentes para cada etapa del PROYECTO;
3. Carta de aprobación o preaprobación de crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del PROYECTO;
4. Haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los INVERSIONISTAS del proyecto que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del PROYECTO;
5. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciario individuales de preventa inversionistas que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del PROYECTO;
6. Haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del PROYECTO debidamente aprobado por el interventor del PROYECTO y por el PROMOTOR.
7. Que los encargos fiduciarios de los INVERSIONISTAS, cuenten en suma con saldos equivalentes al quince por ciento (15%) del valor de la unidades comprometidas en compraventa por los INVERSIONISTAS;
8. Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el PROYECTO, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria.

PARÁGRAFO: Los requisitos mencionados en la presente cláusula deberán ser acreditados a más tardar, el día veinte (20) de mayo de 2.015, fecha que se podrá prorrogar unilateralmente por el PROMOTOR, por un término de un (1) año más.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El (los) INVERSIONISTA(S) declara(n) que conoce(n) y acepta(n) que el proyecto inmobiliario denominado "MARCAS MALL", se construirá sobre el (los) lote (s) de terreno identificado con el Folio de Matricula Inmobiliaria número 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali. El PROYECTO constará de un total aproximado de trescientas cuarenta (340) unidades comerciales de diverso formato, ciento treinta y nueve (139) oficinas, mil ochocientos (1800) parqueaderos, áreas especiales corporativas, áreas culturales, de exposiciones y eventos; el cual se desarrollará en una única Etapa que será desarrollada sobre el lote de terreno

PARÁGRAFO TERCERO: El (los) INVERSIONISTA (S) declara (n) que ha (n) recibido, que conoce (n) y que acepta (n) el Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor constituido para el manejo de recursos de preventa del proyecto inmobiliario denominado "MARCAS MALL", y que dicho contrato da origen al presente encargo fiduciario.

3. Frente al hecho **quinto: Es cierto.** Conforme al plan de pagos anexo al Contrato de Encargo Fiduciario a través del cual se vincularon las sociedades **DEMANDANTES**, y conforme a la información depositada en los archivos de la Fiduciaria, en efecto se constató que se comprometieron al pago de la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. (\$783.750.000,00) de los cuales a la fecha de presentación de la demanda han cancelado conforme al plan de pagos suscrito, la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS DIECIVOHU PESOS M/CTE. (\$557.266.518,00), restando el pago de DOSCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$226.483.482,00), lo que deja en evidencia su incumplimiento contractual al no haber pagado la totalidad de lo pactado.
4. Frente al hecho **sexto: Es cierto.** Así las cosas, debe recalcar que los recursos depositados por los INVERSIONISTAS –hoy **DEMANDANTES**- con cargo al Encargo Fiduciario Individual No. 1100010209 fueron puestos a disposición del PROMOTOR del PROYECTO, lo anterior como consecuencia del decreto del cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio. En este sentido, tanto los recursos depositados, como los rendimientos por estos generados fueron trasladados y puesto a disposición

de la sociedad Promotora Marcas Mall Cali S.A., a efectos de que dicha sociedad, en su calidad de PROMOTOR hiciera uso de dichos recursos para ejecutar el PROYECTO por su exclusiva cuenta y riesgo.

Para mayor claridad me permito transcribir la cláusula que detalla las condiciones del encargo:

CLÁUSULA SEGUNDA: CONDICIONES DEL ENCARGO FIDUCIARIO. Por medio del presente instrumento el (los) INVERSIONISTA(S) da (n) a la FIDUCIARIA, instrucciones expresas e irrevocables al siguiente tenor:

1. La suma depositada por el (los) INVERSIONISTA (S) permanecerá en el Encargo Fiduciario individual que por medio del presente contrato se constituye.
2. Los dineros recaudados bajo el esquema de Preventas serán invertidos en el FONDO ABIERTO ACCIÓN UNO administrado por ACCIÓN, reglamento del cual, el (los) INVERSIONISTA (S) declara (n) conocer, aceptar y haber recibido copia.
3. Los recursos depositados serán puestos junto con la totalidad de los rendimientos generados a disposición del PROMOTOR del proyecto inmobiliario denominado "MARCAS MALL", los rendimientos no se descontarán del valor pactado como cuota inicial, como contraprestación a la conservación obligatoria de las condiciones económicas pactadas en el presente documento. Lo anterior, se llevará a cabo una vez el PROMOTOR aporte a la FIDUCIARIA copia de los documentos requeridos para acreditar la condición de transferencia de recursos establecida en la cláusula precedente.
4. En caso de que los documentos mencionados en el numeral anterior no pudieren ser aportados por el PROMOTOR dentro del término establecido para tal efecto en el presente contrato o dentro de su prórroga, la FIDUCIARIA dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, procederá a poner a libre disposición del (los) INVERSIONISTA (S) la suma depositada en el respectivo encargo fiduciario más los rendimientos generados en el mismo.
5. En caso que unilateralmente el (los) INVERSIONISTA (S) decida (n) retirar los recursos depositados en el citado Encargo Fiduciario antes del cumplimiento de la condición de transferencia por parte del PROMOTOR, o antes del término fijado para tal efecto o de su prórroga, deberán notificar por escrito de tal decisión a la FIDUCIARIA, la cual procederá a la respectiva devolución, previo descuento a favor del PROMOTOR del monto estipulado como cláusula penal para el presente contrato, y de las sumas a que haya lugar a favor de la FIDUCIARIA dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la respectiva notificación.

5. Frente al hecho **séptimo**: No es cierto. Conforme se observa en la documental aportada por los **DEMANDANTES** y los registros internos de la Fiduciaria, el Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 1100010209 fue suscrito el día 28 de marzo de 2014, tal y como lo manifestó el extremo activo de la Litis en el hecho cuarto de la demanda. Al respecto, a su vez debemos manifestar que el contrato en cuestión fue suscrito por las sociedades MANUFACTURAS AF S.A.S. y JCT EMPRESARIAL S.A., como INVERSIONISTAS del Proyecto denominado MARCAS MALL, PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., en calidad de FIDEICOMITENTE PROMOTOR y CONSTRUCTOR RESPONSABLE del PROYECTO, y **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en calidad administradora del MR-799 MARCAS MALL**, calidad reconocida por los **DEMANDANTES**, ya que en la Cláusula Décima del mencionado Contrato, se dispone que la FIDUCIARIA actúa única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo fiduciario.
6. Frente al hecho **octavo**: Es parcialmente cierto. Conforme el contenido del Otrosí No. 1 de fecha 31 de agosto de 2015, en efecto a través del mencionado otrosí se dispuso modificar el plan de pagos, así como se describió el local comercial en cuanto a su nomenclatura y metros cuadrados que componían el Local en cuestión. En cuanto al valor estimado para la adquisición del local en cuestión, su valor no sufrió modificaciones por lo que no es precisa la información proporcionada en este sentido por los **DEMANDANTES**.
7. Frente al hecho **noveno**: No nos consta. Tal y como se observa, la comunicación a la que hacen referencia los demandantes no tuvo como destino ni a **ACCIÓN** ni mucho menos al MR-799, por tal razón desconocemos el contenido de la misiva, así como si obtuvo o no respuesta.

8. Frente al hecho **décimo**: Es cierto. Aclarando que si bien las sociedades MANUFACTURAS AF S.A.S. y JCT EMPRESARIAL S.A. efectuaron una solicitud del estado de cuenta del Encargo Fiduciario Individual No. 1100010209, dicha petición se radicó el día 23 de enero de 2017, y se le asignó el Orfeo No. 20170123-140-533488-2.
9. Frente al hecho **décimo primero**: No es cierto en los términos planteados por los DEMANDANTES. Al respecto, es necesario manifestar
10. Frente al hecho **décimo segundo**: No me consta pues no es claro a quién se le solicitó la devolución de los dineros y, en consecuencia quién otorgó la mencionada respuesta. Aquí se destaca que, si se tiene en consideración que en hechos anteriores la parte convocante aludió a URBANIZAR S.A. como la DEUDORA, se podría concluir que el hecho relatado es ajeno a **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, a nombre propio y como administradora del MR-799 MARCAS MALL.
11. Frente al hecho **décimo tercero**: No es cierto. Como se observa en el soporte documental aportado por la parte convocante, **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** no suscribió el referido acuerdo de confidencialidad.
12. Frente al hecho **décimo cuarto**: No es cierto en los términos planteados por los **DEMANDANTES**. El incumplimiento manifestado por los **DEMANDANTES** con respecto al contrato de transacción que finalmente no fue firmado por la totalidad de las partes –restó firma de PROMOTORA MARCAS MALL-, de poderse predicar, sería únicamente del FA-2351 MARCAS MALL del cual mi representada ostenta la calidad de administradora, pues como se observa de la documental aportada es en la calidad de administrador del mencionado Patrimonio Autónomo que se suscribe dicho acuerdo de transacción.

En este sentido se debe ser precisos, pues la obligación –de estimarse existente- únicamente se podrá predicar respecto del Patrimonio Autónomo administrado por la Fiduciaria. Adicionalmente no es cierto que el Patrimonio Autónomo se haya comprometido a pagar las sumas por estos referenciadas a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como sociedad de servicios financieros, pues como se ha manifestado, su intervención obedece exclusivamente a su calidad de Fiduciario y las labores que en éste sentido desarrolla.

13. Frente al hecho **décimo quinto**: No es cierto en los términos planteados por los **DEMANDANTES**. Si bien es cierto lo manifestado por los **DEMANDANTES** en el sentido que el contrato de transacción no fue firmado por PROMOTORA MARCAS MALL –situación que pone en entredicho la entrada en vigencia del acuerdo en cuestión-, lo que no es cierto es que dicho haya sido suscrito por **ACCIÓN FIDUCIARIA**. Lo anterior, se manifiesta pues como se prueba de la documental aportada por el extremo activo de la Litis, dicho documento se suscribió por parte del Patrimonio Autónomo FA-2351

MARCAS MALL, por lo que las obligaciones de declararse su existencia e incumplimiento serán de este último.

Al respecto, se pone de presente al despacho que, si bien el Patrimonio Autónomo administrado por mi representada en efecto compareció a la firma del citado documento transaccional, dicha comparecencia se dio en virtud de su calidad de vocero y administrador del Patrimonio Autónomo que detenta la propiedad de los activos sobre los cuales se adelantaba el PROYECTO.

En éste estado de las cosas y conforme lo manifestado a los **DEMANDANTES** en torno a que sus recursos fueron transferidos al Fondo Matriz del Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall conforme el cumplimiento de las condiciones de giro establecidas en el MR-799 MARCAS MALL y el Contrato de Encargo Fiduciario Individual a través del cual los **DEMANDANTES** se vincularon formalmente en calidad de INVERSIONISTAS al PROYECTO, es claro que para el cumplimiento de dicho acuerdo se hacía necesaria la comparecencia y aceptación en este sentido de PROMOTORA MARCAS MALL, pues finalmente dependía de ésta sociedad la entrega de los recursos para atender los compromisos adquiridos en el acuerdo transaccional, recursos que nunca fueron puestos a disposición del Patrimonio Autónomo para una eventual atención de lo que se pretendía pactar.

Así las cosas, la aceptación de PROMOTORA MARCAS MALL del citado acuerdo transaccional se constituye como requisito sine qua non para que el mismo tenga plenos efectos a la vida jurídica, pues como se manifestó, es claro que dicho acuerdo fue suscrito por un Patrimonio Autónomo que depende de los recursos que para el cumplimiento de sus acuerdos ponga a disposición su FIDICOMITENTE o terceros por cuenta del mismo, lo cual como es de entero conocimiento, NO sucedió.

14. Frente al hecho décimo sexto: Es cierto.

15. Frente al hecho décimo séptimo: Es cierto.

16. Frente al hecho décimo octavo: Es cierto.

17. Frente al hecho noveno: No me consta pues la referida tutela o quejas nunca le fueron notificadas a mi representada, sea del caso señalar que de acuerdo a la consulta realizada en el Portal de la Rama Judicial, el trámite de tutela fue desistido:

Tipo		Clase	Recurso	Ubicación del Expediente	
Acción de Tutela		Tutelas	Sin Tipo de Recurso	Secretaría	
Sujetos Procesales					
Demandante(s)			Demandado(s)		
- JCT EMPRESARIAL SAS			- ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.		
Contenido de Radicación					
Contenido					

Actuaciones del Proceso					
Fecha de Actuación	Actuación	Anotación	Fecha Inicia Término	Fecha Finaliza Término	Fecha de Registro
21 Jun 2018	ARCHIVO DEFINITIVO	ARCHIVADO EN LA CAJA 422			21 Jun 2018
08 May 2018	FIJACION	ACTUACIÓN REGISTRADA EL 11/05/2018 A LAS 15:46:26.	16 May 2018	16 May 2018	11 May 2018

https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=9HvvhEfve4Yuh4ZkywxPKD3HeCl%3d

1/2

1/3/2021 ::Consulta de Procesos:: Página Principal

ESTADO					
08 May 2018	AUTO TERMINA PROCESO POR DESISTIMIENTO				11 May 2018
24 Apr 2018	AUTO ADMITE TUTELA	LIBRA OFICIOS.			24 Apr 2018
24 Apr 2018	RADICACIÓN DE PROCESO	ACTUACIÓN DE RADICACIÓN DE PROCESO REALIZADA EL 24/04/2018 A LAS 07:22:49	24 Apr 2018	24 Apr 2018	24 Apr 2018

Imprimir

- 18.Frente al hecho **vigésimo**: Es parcialmente cierto, porque si bien **ACCIÓN** como vocera y administradora del FA-2351 MARCAS MALL hizo entrega del Contrato, tal situación no se derivó de la acción de tutela, pues reitero que ésta no nos fue notificada
- 19.Frente al hecho **vigésimo primero**: Es parcialmente cierto. Si bien es cierto que a la fecha no se ha atendido la solicitud de devolución de los recursos por éstos depositados, debe recalcar que los recursos depositados por los INVERSIONISTAS – hoy **DEMANDANTES**- con cargo al Encargo Fiduciario Individual No. 1100010209 fueron puestos a disposición del PROMOTOR del PROYECTO, lo anterior como consecuencia del decreto del cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio. En este sentido, tanto los recursos depositados, como los rendimientos por estos generados fueron trasladados al Promotor, a efectos de que el PROMOTOR en uso de dichos recursos ejecutara el PROYECTO por su exclusiva cuenta y riesgo. Ahora bien, frente a los cuantiosos perjuicios señalados por los **DEMANDANTES**, los mismos no nos constan y deberán ser objeto de análisis y debate probatorio en el proceso.
- 20.Frente al hecho **vigésimo segundo**: Es cierto.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

En atención a lo anterior, en forma respetuosa manifiesto que **ME OPONGO** a todas y cada una de las pretensiones de la demanda formuladas en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** En consecuencia, me permito proponer las siguientes:

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO

A continuación, se plantearán las razones fácticas y jurídicas por las cuales las pretensiones de los **DEMANDANTES** deben ser desestimadas de manera integral por el señor Juez. En síntesis, esto se explica en los fundamentos que se desarrollarán en este capítulo y que, subsiguientemente, se sustentarán en el desarrollo de este proceso.

1. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE

ACLARACIÓN PRELIMINAR: LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LAS FIDUCIARIAS DERIVADAS DE LOS DEBERES LEGALES Y CONTRACTUALES QUE LES CORRESPONDEN.

Conforme a lo arriba explicado, en síntesis y como bien lo ha reconocido la jurisprudencia, la responsabilidad civil contractual de las entidades fiduciarias con ocasión de la transgresión de los deberes que les corresponden, sólo puede derivarse si del respectivo caso es posible desprender la configuración de los elementos básicos estructurales que indica el artículo 1604 del Código Civil¹.

Conforme a dicha norma, en un caso determinado deben presentarse los siguientes elementos para que se configure un evento de responsabilidad contractual: (i) la existencia de una conducta derivada de la relación contractual que se tiene; (ii) un comportamiento culposo, conforme al grado de culpa que resulta exigible según el tipo de obligaciones que se derivan de la relación contractual; (iii) la generación de un daño antijurídico efectivo, real, directo y determinado o determinable; y (iv) un nexo causal entre la conducta contractual culposa y el daño que se alega. Todo lo anterior, desde el presupuesto básico estructural de que *la carga de la prueba* se encuentra en cabeza de la parte que alega el daño y la responsabilidad civil correspondiente.

Como se demostrará en este proceso, de los hechos y pretensiones de los **DEMANDANTES** no resulta posible extraer varios de los elementos de responsabilidad antes enunciados. Hay que decirlo con total contundencia: en el transcurso de la relación contractual que sostuvo mi representada con **los DEMANDANTES** (i) ella nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) ella nunca actuó con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible; y (iii) nunca se generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a **los DEMANDANTE** que le resultara imputable.

Con base en los fundamentos fácticos y jurídicos que a continuación se expondrán, el señor Juez deberá proceder con la absolución de mi representada, bajo la premisa fundamental de que, la *carga de la prueba* de los elementos configurativos de responsabilidad, están en cabeza de los **DEMANDANTES**, ante lo cual, si no se acreditan con absoluta suficiencia, lo procedente es que sean despachadas sus pretensiones sin ninguna otra consideración diferente.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. 15 de septiembre de 2017. Radicado No. 11001 31 03 018 2001 00339 01.

1.1. INEXISTENCIA DE DAÑO

El daño es la piedra angular de la teoría de la responsabilidad civil contractual en Colombia. Conforme a lo que antes se indicó, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, sin la existencia de un daño real, cierto, directo y determinado o determinable, no es posible configurar un caso de responsabilidad contractual. Contrario a lo que se afirmó en la demanda, los **DEMANDANTES** no sufrieron ningún tipo de aminoración conforme a los hechos en los que se fundamentaron las pretensiones.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el daño es:

“Con el señalado propósito, resulta pertinente indicar, que en el régimen de la responsabilidad civil, no se definió el daño, pues en la proveniente de los «delitos y las culpas», se menciona simplemente el «daño» como elemento indispensable para la estructuración de la misma (artículo 2341 del Código Civil) y tratándose de la «responsabilidad contractual», al referirse a la indemnización de perjuicios, optó el legislador por señalar la clasificación de los daños patrimoniales, previendo que comprende el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1613 ibídem), respecto de los cuales expresa la respectiva definición (artículo 1614 ídem); entendiéndose por el primero, la pérdida o disminución efectivamente sufrida por la víctima en su patrimonio como consecuencia del hecho dañoso; mientras que el segundo, comprende la ganancia o utilidad que esperaba percibir y que en un estado normal de cosas habría reportado, de no haberse presentado el hecho perjudicial.

Igualmente, la misma corporación en la sentencia SC10297-2014, rad. n° 2003-00660-01, en sentido amplio, acerca del daño indicó:

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

El tratadista chileno BARROS BOURIE (2006), además de aludir a la situación de falta de definición del concepto de «daño» expone en términos generales, que

«[...], la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés dlos DEMANDANTES, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida

o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba'»².

Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»³.

De las anteriores reseñas jurisprudenciales y doctrinarias se colige con meridiana claridad que el presunto daño que aducen los **DEMANDANTES** no tiene un hecho y un perjuicio que provenga por una acción u omisión de mi mandante. Por el contrario, es claro que las actuaciones que reprocha en la demanda son del resorte del Promotor del Proyecto y no de la fiduciaria.

Es menester recordar que la adquisición del terreno mencionado por parte de todos los inversionistas que quisieran hacer parte del proyecto por conducto de los contratos de encargo fiduciario se encontraba contemplada por **PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S.** como uno de los pasos fundamentales para su consecución.

Por consiguiente, el señor Juez no puede reconocer ningún tipo de daño a favor de los **DEMANDANTES**, pues ello terminaría por configurarse como un claro enriquecimiento sin causa a su favor. Según lo antes dicho, no hay razón para que mi representada o cualquier tercera parte, asuma el pago de unos dineros que desde ningún punto de vista los **DEMANDANTES** han perdido.

1.2. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

Sumado a lo anterior, tal y como se mencionó anteriormente, la inexistencia de un nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega en un proceso de responsabilidad, es un aspecto básico estructural para que sea procedente la declaratoria judicial de la responsabilidad que se pretende.

En lo fundamental, de la demanda se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no cumplió con el inicio y el avance de las obras del Proyecto, y ello supuestamente representaría un incumplimiento al contrato de encargo fiduciario individual celebrado entre los **DEMANDANTES** y **ACCIÓN**.

A la luz del contrato de encargo fiduciario y sus correspondientes modificaciones, **ACCIÓN** no tenía el deber ni de iniciar ni de ejecutar las obras relacionadas con el Proyecto. Las obligaciones contractuales de **ACCIÓN** estaban circunscritas a recibir del Promotor del Proyecto y/o del Interventor la información que acreditara el cumplimiento de los mismos, para que a continuación procediera a transferir los dineros que estaban bajo su custodia

² Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

³ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

en caso de que todos ellos fueran acreditados a satisfacción. Así se desprende de la Cláusula Décima del Contrato de Encargo Fiduciario individual:

“El(los) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario “MARCAS MALL”, ni en la determinación de viabilidad o factibilidad financiera o técnica de del citado proyecto inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable por su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios que la no ejecución de dicho proyecto ocasione(n) al INVERSIONISTA(S) o terceros, responsabilidad que el(los) INVERSIONISTA(S) entiende(n) es única y exclusivamente del PROMOTOR del proyecto inmobiliario que se pretende desarrollar, quedando claro entonces que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad (...)” (He subrayado y destacado)

Para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las reglas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser razonablemente considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil.

Al efecto, la Sala Civil de la Corte Suprema ha señalado:

“Para identificar el nexo causal entre los acontecimientos que interesan al proceso, en suma, no se debe a falta de conocimientos jurídicos sino a que el problema de la causalidad ha sido planteado por la tradición jurídica en términos filosóficos que trascienden los límites especializados del derecho; pasando por alto que la misma epistemología se ha mostrado incapaz de explicar la existencia de vínculos entre los hechos, por lo que en el estado actual del conocimiento científico la relación entre los hechos y los enunciados sobre los hechos no se estudia en términos estrictamente epistemológicos, sino como un problema de frontera que involucra varios ámbitos como el uso práctico del lenguaje (giro lingüístico), la sociología del conocimiento, las teorías de sistemas, las ciencias cognitivas y de la complejidad, entre otros enfoques integrados, solapados o interconectados.

Es la filosofía, precisamente, la que advierte sobre sus limitaciones para explicar las correlaciones causales entre los hechos, por lo que no es posible asumir ningún enfoque epistemológico particular para resolver los problemas de causalidad jurídica. De ahí que el derecho tiene que depurarse y desprenderse del rezago metafísico que tradicionalmente ha impregnado sus institutos: «Lo que se trata de señalar con esta observación es que muchas veces el jurista está

aceptando ingenua e inconscientemente conceptos cuya consciencia rechaza. No quiere hacer filosofía sino práctica, pero todo su lenguaje está impregnado de un aroma filosófico del que no puede huir: causa, motivo, culpa, consentimiento, son términos que si no son previamente conceptualizados desbordan el marco de la mera juridicidad para inhalar el de ciencias afines: desde la sicología a la filosofía».

Debido a la imposibilidad de adoptar un enfoque filosófico particular que explique las relaciones causales en la fase de elaboración de los enunciados probatorios, se torna necesario acudir a criterios jurídicos (que no excluyan los aportes de las demás ciencias contemporáneas) para la definición de los conceptos fundamentales del instituto de la responsabilidad civil; para lo cual la teoría de la imputación resulta de gran utilidad.

La imputación civil –se reitera– no excluye el concepto de causalidad (cualquiera que sea su significado filosófico o científico); simplemente acepta la evidencia de que las relaciones causales no se dan en todos los casos (como en la responsabilidad por omisiones o por el hecho ajeno); y siempre es insuficiente, dado que las condiciones relevantes para el derecho no pueden seleccionarse sin criterios de adecuación de sentido jurídico. Únicamente a partir de este contexto de sentido jurídico pueden elaborarse enunciados probatorios de tipo causal, los cuales, por necesidad lógica, tienen que ser razonamientos hipotéticos o abductivos (sea por acciones o por omisiones).

«Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo). De manera que una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño y, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño. La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su cuenta como suyo. Aunque la relación causal aporta algo a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquél puede ser reputado artífice».

No todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema de sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como causas jurídicamente relevantes habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de atribución o

de exoneración de responsabilidad; mientras que si la “muestra causal” es pequeña habrá grandes probabilidades de que el juicio de imputación quede a merced de la intuición o la suerte. Las valoraciones causales, en suma, no recaen sobre “lo dado” por la experiencia sino más bien en lo que de ella logra seleccionarse con dificultad. Esta caracterización del nexo causal supone, además, la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás.”

Así las cosas, se tiene que quien en realidad estaba obligado a verificar y cumplir con los requisitos técnicos para que procediera la transferencia de recursos, así como a iniciar y ejecutar las obras relacionadas con el Proyecto, era **MARCAS MALL CALI S.A.S.** y no mi representada. Por consiguiente, si en efecto los **DEMANDANTES** sufrieron algún daño, el mismo encuentra su causa en la conducta que **MARCAS MALL CALI S.A.S.** desplegó, al haber sido ella quien —conforme a lo pactado— tenía la obligación de acreditar el cumplimiento o no de las condiciones que se habían trazado y de iniciar y ejecutar las obras relacionadas con el Proyecto. En otras palabras, de la conducta que llevó a cabo **ACCIÓN**, no es viable desprender ningún vínculo con el daño que hoy en día se alega en la demanda.

Aunando en lo anterior, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal de todo este entramado de contratos, dentro del cual se encuentran los Contratos de Encargo Fiduciario Individual: para los **DEMANDANTE** este era la adquisición de unos locales comerciales dentro del Centro Comercial Marcas Mall. Si en realidad existiese un nexo de causalidad entre el supuesto accionar de mi representada y el supuesto daño alegado, el centro comercial ni siquiera se habría empezado a construir pues no se habría siquiera logrado adquirir el lote destinado a dicha construcción; pero olvidan los **DEMANDANTES** que las obras en dicho lote iniciaron y que el Proyecto estaba andando. En esa medida, con ese simple hecho se rompe cualquier nexo de causalidad entre el actuar de mi representada el daño alegado.

Lo anterior, en otras palabras, significa que cronológicamente el hecho que generó un daño a los **DEMANDANTES** —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio y, por ende, bajo las premisas de la demanda y lo aquí expuesto, en ninguna circunstancia mi representada pudo haber causado el daño alegado.

Por lo anterior, bajo ninguna circunstancia se le puede atribuir a mi representada responsabilidad alguna por los hechos de la demanda, por lo que el señor Juez deberá despachar desfavorablemente las pretensiones de la misma.

2. ERROR EN LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO

En atención a que el documento firmado con la parte demandante y única fuente de responsabilidad para la fiduciaria sería el encargo fiduciario. La parte demandante, lo confunde con otro tipo de negocios, se hace imperante dar a conocer a este Despacho los

conceptos y reglamentaciones que existen a la fecha y que son vitales a la hora de establecer el grado de responsabilidad de la fiduciaria.

La Corte Suprema de Justicia al respecto ha señalado lo siguiente:

“Las anotadas características de la fiducia mercantil, sus elementos, función y efectos, permiten diferenciarla de los encargos fiduciarios, el mandato, la representación y los negocios de garantía.

La finalidad fiduciaria, única o múltiple, establecida por el constituyente con sujeción al orden jurídico, el ius cogens y las buenas costumbres “hace de la fiducia mercantil un negocio jurídico dinámico, amén que ‘elástico’, en la medida en que puede servir para múltiples propósitos, como se evidencia en algunas de sus modalidades: fiducias de inversión, inmobiliaria, de administración, en garantía, etc., todas ellas manifestaciones de un negocio jurídico dueño de una propia y singular fisonomía, a la vez que arquitectura, que no puede ser confundido con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario, como recientemente lo señaló esta Sala (Sent. de 21 noviembre de 2005; exp.: 03132-01)” (cas. civ. 14 de febrero de 2006, [SC-03-2006], exp. 05001-3103-012-1999-1000-01).

Los antecedentes del encargo fiduciario se remontan al derogado artículo 40 de la Ley 51 de 1918 autorizando a los establecimientos de crédito para “actuar como intermediarios entre prestamistas y prestatarios en la realización de operaciones de crédito que hayan de llevarse a cabo por medio de la emisión de bonos, documentos u obligaciones representativos de los contratos respectivos, asumiendo la personería de los acreedores y siendo responsables para con estos de la exactitud de las estipulaciones que en ellos se contuvieren” y al artículo 7º de la Ley 45 de 1923 vigente hasta la expedición de la Ley 45 de 1990, definiendo la expresión “sección fiduciaria” como “una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados”, preceptos señalados por la jurisprudencia para denotar la recepción de “negocios fiduciarios del tipo del trust norteamericano” (cas. 26 de marzo de 1957, LXXXIV, p. 385; cas. 24 de junio de 1953).”⁴

La misma corporación sostuvo frente al encargo fiduciario:

“Los encargos fiduciarios, prima facie, ostentan caracteres de los negocios de cooperación o colaboración, desarrollan intereses dignos de tutela proyectados en una finalidad lícita plasmada en una gestión de confianza para beneficio del encargante o de un tercero.

El ordenamiento, previene su nomen iuris y sin establecer con estrictez su régimen jurídico singular, dispone la aplicación de “las disposiciones que regulan

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil MP WILLIAM NAMEN VARGAS, 30 de julio de 2008.

el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto” (artículo 146, numeral 1º, E.O.S.F.).

No obstante esta remisión y el elemento común de la confianza, ha advertido la Sala, “no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia. De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un “patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”⁵

Por su parte la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Concepto 2001074437-1 del 14 de febrero de 2002 y Concepto 2006023810-001 del 26 de julio de 2006 estableció:

“Síntesis: Fiducia mercantil, encargo fiduciario, propiedad fiduciaria o fideicomiso civil. Concepto, finalidad y ámbito regulatorio.

Igualmente, la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia al definir el concepto de negocio fiduciario diferencia el encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, básicamente respecto de la existencia de la transferencia de bienes y la conformación de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad. En efecto, el citado instructivo (Cir. Ext. 007/96, tít. V, cap. I, num.l 1., subnumeral 1.1) señala textualmente lo siguiente:

"1.1 Concepto de Negocios Fiduciarios

*Para los efectos de esta Circular, se entienden **por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza** en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, **transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica**, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. **Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio**, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes" (He resaltado).*

⁵ Corte Suprema de justicia Sala Civil (cas. civ. 21 de noviembre de 2005 [SC-286-2005], expediente C-1100131030201992-03132-01).

Como puede deducirse de lo anterior, la diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, estriba en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos que se da para la segunda, la cual es inexistente para el primero.

2.1. Ubicación legal, reglamentaria y doctrinaria sobre la Fiducia Inmobiliaria y el negocio fiduciario denominado “Preventas”:

Igualmente, con el fin de ilustrar normativamente y contar con el contexto jurídico, legal y fáctico de lo sucedido es necesario traer a colación las normas y doctrinas de las Superintendencia Financiera sobre la fiducia inmobiliaria y el negocio denominado de “preventa” que en este caso, es el marco legal, por lo tanto de responsabilidad, de la fiduciaria demandada.

La **Circular Externa 24 de 2016** expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia establece:

“5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria:

5.2.1.3 Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto”

La misma norma, Circular Externa 24 de 2016, respecto del negocio que nos ocupa (preventa), establece:

“8.2.3. De preventas

Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.”

Igualmente, doctrinariamente la Superintendencia Financiera, mediante Concepto 2008068357-003 del 27 de noviembre de 2008 estableció:

“Síntesis: Las obligaciones que contrae la sociedad fiduciaria en los contratos de administración de preventas inmobiliarias no implican la garantía del cumplimiento de un fin específico, pero sí el deber de actuar con el mayor grado de diligencia en su gestión y, en particular, en la administración de los recursos, por lo que responderá hasta la culpa leve. Para poder determinar la seguridad que tienen los dineros recaudados por la fiducia a nombre del constructor es preciso remitirse al contrato de que se trata para determinar el alcance de la gestión de la fiduciaria, la destinación de los recursos y las condiciones para que el constructor pueda disponer de ellos.

Ahora bien, en el caso de los recursos recaudados en la etapa de preventas, la fiduciaria tiene por regla general la obligación de invertirlos y entregarlos al constructor sólo una vez verificadas las condiciones

señaladas en el contrato, para evitar que sean utilizados por éste antes de que se cumplan tales condiciones.

En este punto es pertinente señalar que las sociedades fiduciarias sólo responden por obligaciones de medio, entendiéndose por ellas, las que no garantizan la consecución de un resultado concreto. Sin perjuicio de lo anterior deben emplear la suficiente diligencia con miras a obtener la finalidad del negocio encomendado. En consecuencia, las obligaciones que contrae la sociedad fiduciaria en los contratos de administración de preventas inmobiliarias no implican la garantía del cumplimiento de un fin específico, pero sí el deber de actuar con el mayor grado de diligencia en su gestión y, en particular, en la administración de los recursos...

Por otra parte, debe recordarse que, en cuanto a la administración de recursos de terceros, la sociedad fiduciaria debe mantenerlos separados de sus propios recursos y de los recibidos por cuenta de otros negocios fiduciarios, lo cual garantiza la separación contable y jurídica de la afectación y destinación de los recursos de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio.” (He resaltado).

Adicionalmente, la Superintendencia Financiera expidió un documento con fines pedagógicos para atender las dudas principales que el consumidor financiero tiene a la hora de vincularse a proyectos realizados a través de una fiducia inmobiliaria, en particular de preventas, por lo que me permito exponer al Despacho los apartes más relevantes para el presente caso de dicho documento denominado “ABC NEGOCIOS FIDUCIARIOS - FIDUCIA INMOBILIARIA”:

“¿De qué se trata y cómo funciona la fiducia inmobiliaria?

La fiducia inmobiliaria es un negocio fiduciario que puede tener varias finalidades, entre las cuales están:

- i. La administración e inversión de los recursos recaudados por la preventa de un proyecto inmobiliario.***
- ii. La administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario y;***
- iii. La administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto inmobiliario.***

La finalidad de cada negocio depende de la voluntad del constituyente, (no de la fiduciaria), esto es, de la persona que confía a la sociedad fiduciaria el cumplimiento de una labor determinada y para lo cual establece instrucciones en el contrato.

Respecto de su funcionamiento debe tenerse en cuenta la finalidad de cada negocio. Sin embargo, comúnmente los negocios de fiducia inmobiliaria suponen las siguientes actividades:

La sociedad fiduciaria recibe los recursos de los futuros compradores, los invierte y condiciona la entrega de los mismos al cumplimiento del punto de equilibrio y la obtención de la licencia de construcción o el permiso de ventas, según el caso.

La sociedad fiduciaria recibe un bien inmueble para que sobre el mismo se adelanten gestiones previas al desarrollo de un proyecto inmobiliario o se dé el cumplimiento de una promesa de compraventa.

La sociedad fiduciaria recibe el terreno sobre el cual se desarrolla el proyecto, los dineros de los adquirentes y los recursos de los créditos. Adicionalmente contabiliza las obras que se ejecuten en el terreno y escritura las unidades inmobiliarias resultantes del proyecto.

(...)

¿Cuáles son los deberes de una fiduciaria en un contrato de fiducia inmobiliaria?

Además de los deberes generales ya mencionados, en los contratos de fiducia inmobiliaria la fiduciaria debe verificar y valorar que:

(...)

El punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.

Al respecto, la doctrinante, Martha Patricia Hernández Limongi, indica:

“Fiducia Inmobiliaria de preventas: “Es un negocio fiduciario que tiene como objeto confiar a una sociedad fiduciaria la obligación de efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles en un proyecto inmobiliario mientras se cumplen las condiciones necesarias para ser destinados al desarrollo del mismo”⁶.

A su vez, el gremio de los constructores, agrupado a través de CAMACOL, en su INFORME ECONOMICO No. 41 de noviembre de 2012, respecto de la fiducia inmobiliaria de preventas estableció:

En la actualidad existen tres clases de fiducia inmobiliaria. Fiducia inmobiliaria de preventas, en la cual se encarga a la sociedad fiduciaria de la administración y recaudo de los dineros provenientes de la promoción del proyecto inmobiliario que entreguen los compradores en tanto se cumplen las condiciones financieras necesarias para ser destinados al desarrollo del mismo. También existe la figura de fiducia inmobiliaria de tesorería, la cual tiene por finalidad encomendar la inversión y administración de los recursos destinados a la ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con establecido previamente en el contrato fiduciario. La tercera forma en la que la fiducia inmobiliaria participa en el desarrollo de proyectos inmobiliarios se conoce como de administración y pagos, en la cual mediante un patrimonio autónomo se ingresa el inmueble a partir del cual se levantará el proyecto inmobiliario, con el objeto de que la sociedad fiduciaria efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las señalado en el respectivo contrato y posteriormente transfiera las unidades construidas a los beneficiarios del mismo.”

⁶ “Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia”, Editorial Legis, págs. 199, 2011

En suma, el único vínculo contractual que existió entre la parte demandante y mí representada, fue un encargo fiduciario, NO un fideicomiso o patrimonio autónomo. Así mismo, en un encargo fiduciario NO hay transferencia de la propiedad, es decir, que la propiedad de los recursos es del titular del encargo, quien en nuestro caso era la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., sociedad constituyente, y no **ACCIÓN**. De lo que se deriva – y reitera – que, en caso de predicarse un daño a los **DEMANDANTES**, este no puede ser endilgado a mi representada.

Finalmente, quien establece cuáles son las condiciones para el cumplimiento del punto de equilibrio y las declara cumplidas es el FIDEICOMITENTE, o CONSTITUYENTE, del encargo, NO la fiduciaria. Además, quien tiene la obligación de iniciar y ejecutar las obras relacionadas con el Proyecto es el PROMOTOR y NO la fiduciaria.

3. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Con respecto a este punto, debe recordarse a su vez que **MARCAS MALL CALI S.A.S.** cedió gran parte de su posición contractual a **URBANIZAR S.A.**, conforme al contrato de cesión que para el efecto suscribieron, con todas las implicaciones jurídicas que una cesión de esa naturaleza reviste. Por lo tanto, esto implica que el **DEMANDANTE** ha debido valorar dirigir su acción en contra **URBANIZAR S.A.** también, con el ánimo de obtener un resarcimiento real y jurídicamente procedente frente a sus pretensiones.

Con relación a la legitimación en la causa, la sección segunda del Consejo de Estado expuso:

“En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el DEMANDANTE presenta la calidad con que dice obrar y si el demandado, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva.

Igualmente, el Consejo de Estado ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del DEMANDANTE, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas,

ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra....”⁷

Dicho pronunciamiento es trascendental porque decanta con meridiana claridad que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, en razón de que no afecta el procedimiento, más bien es la relación jurídico material que existe entre el **DEMANDANTE** y quien debe ser demandado. Es pues, un asunto sustancial. De acuerdo con lo anterior, mal hace entonces el **DEMANDANTE** en tratar de endilgarle a **ACCIÓN** una responsabilidad que no le corresponde.

Finalmente, tratar por esta vía de buscar que mi representada responda, siendo que nada tuvo que ver con los supuestos hechos generadores del daño alegado, no solo configura que **ACCIÓN** carezca de legitimación en la causa por pasiva, sino, además, una conducta a lo sumo reprochable por parte del **DEMANDANTE** que debería ser considerada en su decisión.

4. EXCEPCIÓN GENERICA

Además de las excepciones y planteamientos antes expuestos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 del Código General del Proceso, solicito al señor Juez, que de encontrar probados hechos que constituyan excepciones adicionales a las aquí expuestas en el devenir del presente proceso judicial, proceda a declararlas y valorarlas en su decisión final.

⁷ Consejo de Estado, sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 15.348, Radicado: 2012-00313, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

IV. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

El juramento estimatorio que presentaron los **DEMANDANTES** en su escrito de demanda carece de fundamentación jurídica y fáctica.

La objeción que hacen los **DEMANDANTES** es de suya incorrecta, como se ha venido sosteniendo a lo largo de este escrito: **ACCIÓN** no es la llamada a responder por el supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales.

Si bien la estimación se hace conforme a los negocios que celebraron los **DEMANDANTES**, el error recae en la persona a quien llama para que responda por los mismos.

Los **DEMANDANTES** no tienen un hecho y un perjuicio que provenga por una acción u omisión de mi representada. Por el contrario, es claro que las actuaciones que reprocha en la demanda son del resorte del promotor del proyecto y no de la fiduciaria.

En atención a lo anterior, sorprende la manera en que los **DEMANDANTES**, por conducto de esta acción, pretenden endilgar una responsabilidad que le es ajena a la fiduciaria.

En ese panorama, mi representada está en la obligación de rechazar una cuantificación de perjuicios que claramente no les corresponde ya que, si bien se cita un encargo fiduciario y se aducen unos valores que la parte actora estima razonables, este extremo procesal bajo ninguna circunstancia puede dejar de objetar un valor que no adeuda.

En suma, lo que se pretende con esta objeción es debatir el monto o cuantificación que se pide y, además, hacerle saber al Despacho que los **DEMANDANTES** se equivocan al endilgar a **ACCIÓN** unas sumas de dinero que no adeuda.

V. PRUEBAS

Para acreditar la ocurrencia de los hechos expuestos en el acápite de excepciones, atentamente me permito solicitar que se decreten, practiquen y valoren en su oportunidad las siguientes pruebas:

A. Documentales:

- La sentencia proferida por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali el 18 de junio de 2019, dentro del proceso INVERSIONES PCSC S.A.S. contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., con número de radicado 76001310301720180008300.
- La sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito de Santiago de Cali el 3 de septiembre de 2019, dentro del proceso INVERSIONES PCSC S.A.S. contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., con número de radicado 76001310301720180008301.

Esto, con fundamento en que en aquellas se hace referencia a supuestos fácticos similares a los del presente proceso y por tener a la misma sociedad en el extremo demandado.

B. Testimoniales:

1. Jorge Moscote, identificado con número de cédula 80.505.390 de Usaquén, quien para el momento de los hechos fungía como Representante Legal y Director de Negocios Fiduciarios de ACCIÓN, para que ilustre al Despacho sobre el negocio jurídico celebrado con la DEMANDANTE y el alcance del mismo, de igual forma su testimonio versará sobre las particularidades del negocio fiduciario que nos ocupa en este proceso y la relación de ACCIÓN con los distintos intervinientes. A su vez ilustrará al Despacho sobre los efectos jurídicos de este negocio fiduciario, en punto de la responsabilidad de ACCIÓN y su rol dentro del Proyecto.

Para efectos de notificación, se puede localizar en la Cra 7B No. 130B-21 apartamento B604.

2. Jorge Enrique Ardila, en su calidad de representante legal de URBANIZAR S.A. Este testimonio versará sobre las particularidades del Proyecto, sobre todo en lo que tiene que ver con las diferentes cesiones contractuales y sus motivos. Adicionalmente, el señor Ardila ilustrará al Despacho sobre las finalidades económicas del negocio y la injerencia o no de ACCIÓN en la determinación de los aspectos económicos y financieros del Proyecto.

El señor Ardila podrá ser citado en la Cra. 100 No. 5-169, Oficina 718, Torre Empresarial Oasis, Centro Comercial Unicentro, en la ciudad de Cali y en el teléfono (57-2) 5248400.

C. Interrogatorio de parte

Respetuosamente solicito que se decrete el interrogatorio de parte del señor **RODRIGO OCAMPO NUÑEZ** representante legal de **JCT EMPRESARIAL S.A.** en su calidad de **DEMANDANTE**, para que responda el cuestionario que verbalmente le formularé en la respectiva audiencia.

Respetuosamente solicito que se decrete el interrogatorio de parte del señor **ÁLVARO YESID OCAMPO** representante legal de **MANUFACTURAS AF S.A.S.** en su calidad de **DEMANDANTE**, para que responda el cuestionario que verbalmente le formularé en la respectiva audiencia.

Respetuosamente solicito que se decrete el interrogatorio de parte del señor **FERNANDO AMOROCHO QUIROGA** representante legal de **PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S** en su calidad de **DEMANDADO**, para que responda el cuestionario que verbalmente le formularé en la respectiva audiencia.

VI. ANEXOS

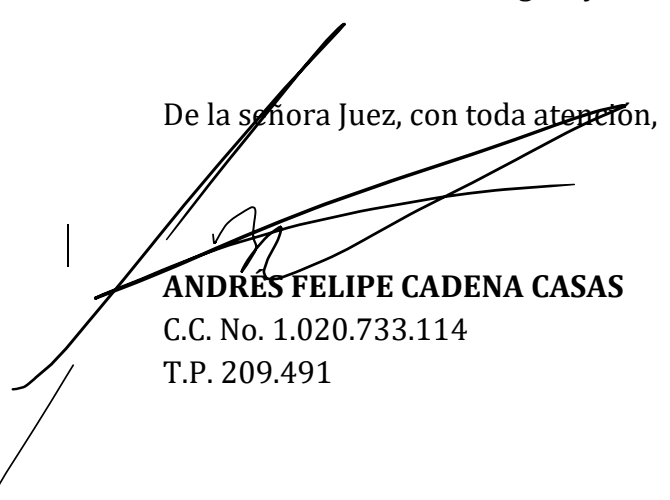
- Poder otorgado al suscrito por parte del señor JUAN ANTONIO MONTOYA URICOECHEA, también mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.141.627, en su calidad de Representante Legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.
- Las documentales anunciadas en el acápite de pruebas

VII. NOTIFICACIONES

Mi representada puede recibir notificaciones en la Calle 85 No. 9-65 en la ciudad de Bogotá, al teléfono (57-1) 8938042 y al correo electrónico notijudicial@accion.com.co

Por mi parte, recibiré las notificaciones a que haya lugar en la Avenida Calle 72 No. 6-30 Piso 12 de la ciudad de Bogotá y en el correo electrónico acadena@esguerra.com

De la señora Juez, con toda atención,



ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS

C.C. No. 1.020.733.114

T.P. 209.491