

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



“Al servicio de la justicia y de la paz social”

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)
-Discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha-

PROCESO	VERBAL.
DEMANDANTES	CLEMENCIA AGUIRRE HENAO LUIS FERNANDO DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ
DEMANDADAS	DE LA ROCHE M & CIA LTDA. FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.
RADICADO	05001 31 03 002 2022 00203 01 INTERNO: 2023-190
PROCEDENCIA TEMAS Y SUBTEMAS	JUZGADO SEGUNDO CIVIL CIRCUITO DE MEDELLÍN R.C.C. FIDUCIA MERCANTIL. ENCARGO FIDUCIARIO INMOBILIARIO. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA. DILIGENCIA PROFESIONAL. PRESUNCIÓN.
SENTENCIA DECISIÓN	No 032 REVOCA Y ACCEDE A PRETENSIONES FRENTE A SOCIEDAD FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Cumplido el término de traslado para sustentar y presentar alegaciones, procede el Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022 que acogió como legislación permanente el Decreto 806 de 2020, a proferir sentencia por escrito, que resuelve la instancia, en atención al recurso presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida en audiencia celebrada el 3 de agosto de 2023 por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUTO DE MEDELLIN dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte actora pretende que a través del presente proceso se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que hace en la demanda inicial y en la

PRINCIPALES

(i) DECLARAR que el CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS N° 220030015449 suscrito entre SOCIEDAD DE LA ROCHE M & CIA LTDA (en delante DE LA ROCHE) y la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA (en adelante CORFICOLOMBIANA) y el contrato de adhesión o carta de instrucciones de giro suscrita por CLEMENCIA AGUIRRE HENAO y LUIS FERNANDO LÓPEZ LÓPEZ con CORFICOLOMBIANA son contratos coligados.

(ii) DECLARAR que entre CLEMENCIA AGUIRRE HENAO y LUIS FERNANDO LÓPEZ LÓPEZ y CORFICOLOMBIANA se celebró un contrato de adhesión o carta de instrucciones.

(iii) DECLARAR la responsabilidad civil contractual y solidaria de CORFICOLOMBIANA y DE LA ROCHE por los perjuicios sufridos por CLEMENCIA y LUIS FERNANDO con ocasión del incumplimiento grave y determinante del objeto y las principales obligaciones establecidas en el Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas N° 220030015449 descritas en las cláusulas 4, 5, 6, 9, 10 y 21.

CONSECUENCIAL DE LA (iii) CONDENAR a CORFICOLOMBIANA y a DE LA ROCHE a pagar a CLEMENCIA y a LUIS FERNANDO solidariamente los perjuicios tasados en las siguientes sumas, o la mayor o menor probada en el proceso: \$223'950.220 valor al año 2022 que corresponde a una oficina con área de 21.85 mts², ubicada en la carrera 48 B 15 sur, sector Santa María de los Ángeles, según dictamen aportado con la demanda, más los intereses moratorios a la tasa comercial máxima legal vigente hasta su devolución, en subsidio, indexación hasta el momento de la devolución.

SUBSIDIARIA EVENTUAL En caso de no prosperar la pretensión anterior, CONDENAR a CORFICOLOMBIANA y a DE LA ROCHE a pagar a CLEMENCIA y LUIS FERNANDO solidariamente la suma de \$125'637.000

pagados por los demandantes a LA FIDUCIARIA. Dinero que depositaron en el FONDO DE INVERSIÓN COLECTIVO ABIERTO VALOR PLUS II, más los intereses moratorios a la tasa comercial máxima legal vigente hasta su devolución, en subsidio, indexación hasta el momento de la devolución del dinero

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LAS PRETENSIONES

Se narra en la demanda que DE LA ROCHE pretendió desarrollar en el año 2016 un proyecto inmobiliario en Medellín que denominó CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE, planeado con una torre de 12 pisos, 28 oficinas de áreas diferentes, un auditorio para juntas en el segundo piso y un local comercial en el primer piso, que construiría en lote de su propiedad con Matrícula Inmobiliaria N° 001-47543. Con este propósito el 15 de julio de 2016, suscribió con la fiduciaria un CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS N° 220030015449, que denominaron “ENCARGO FIDUCIARIO CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE”, en dicho contrato se estableció que DE LA ROCHE, como encargante, entregaría a la fiduciaria, en la etapa de preventas, el recaudo y la administración de los dineros provenientes de las personas interesadas en adquirir inmuebles en dicho proyecto y, una vez cumplidas las condiciones para la entrega del dinero, la fiduciaria trasladaría los dineros a DE LA ROCHE, quien lo destinaría para la construcción del proyecto.

Que CLEMENCIA y LUIS FERNANDO se interesaron en adquirir una oficina en el proyecto, previo a ello hablaron con JUAN DAVID DE LA ROCHE, como suplente del gerente de DE LA ROCHE, quien luego de darles a conocer la experiencia en el campo de la construcción, les aseguró que el proyecto inmobiliario CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE estaría listo para mayo de 2019 y que la inversión era segura porque el dinero sería administrado por la fiduciaria. Todas estas razones, la ubicación y cercanía al metro, dieron lugar a que los demandantes compraran la oficina 203, así lo certificó DE LA ROCHE en escrito del 2 de febrero de 2018.

Que los demandantes presentaron a la fiduciaria la carta de instrucciones de giro, suscrita el 7 de marzo de 2018, así se adhirieron a las condiciones

pactadas en el CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS suscrito entre DE LA ROCHE y LA FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA. En esas condiciones, se autorizó a la fiduciaria a: (i) recibir los recursos de los inversionistas del proyecto; (ii) administrarlos e invertirlos en el FONDO DE INVERSIÓN COLECTIVO ABIERTO VALOR PLUS II mientras se cumplían las condiciones para la entrega de los dineros, y que los recursos (iii) fueran destinados por DE LA ROCHE al desarrollo del proyecto.

Que los demandantes depositaron en el FONDO DE INVERSIÓN COLECTIVO ABIERTO VALOR PLUS II, una suma total de \$125'637.000 que fue cancelada en tres cuotas, \$15'000.000 el 2 de febrero de 2018, \$30'000.000 el 3 de abril de 2018 y \$80'637.000 el 31 de julio de 2018 para pagar el valor total de la oficina 203, con un área de 21.85 mts², que haría parte del CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE ubicado en la carrera 48 B 15 sur de Medellín, barrio Santa María de los Ángeles.

Que DE LA ROCHE no construyó el proyecto, pese a que la fiduciaria le entregó los recursos que fueron depositados por los inversionistas, incumpliendo, la segunda, la obligación legal y contractual de constatar que los dineros entregados a DE LA ROCHE se destinaran por ésta al desarrollo del proyecto inmobiliario y a la fecha ninguna de las demandadas ha devuelto el dinero que los demandantes invirtieron por la compra de la oficina 203.

Que desde el año 2019 la obra se empezó a retrasar, y en reiteradas ocasiones los demandantes se comunicaron telefónicamente con el arquitecto JUAN DAVID DE LA ROCHE solicitando explicación por el retraso y la lentitud pasmosa en la construcción que debía entregarse en mayo de 2019.

Que DE LA ROCHE incumplió en forma deliberada el contrato y así se demuestra con conversaciones vía WhatsApp entre demandantes y el arquitecto, quien siempre sostuvo que la obra se reiniciaría, pero nunca superó los cimientos del edificio y el primer parqueadero de sótanos, siendo suspendida definitivamente en el año 2020, pero, actuando de mala fe, en

junio de 2021, JUAN DAVID DE LA ROCHE, les manifestó que los planos habían sido modificados, y que ya no va a ser un centro empresarial para oficinas, sino que sería una mixtura entre oficinas y el negocio de “Airbnb” y que había unos inversionistas que estaban inyectando músculo financiero al proyecto, pero nada de ello es cierto.

Que DE LA ROCHE nunca dio solución a las solicitudes y reclamaciones realizadas por los demandantes, se convirtió en una larga cadena de mensajes que permiten evidenciar el incumplimiento contractual y la mala fe.

Que escribieron a la fiduciaria indagando por el proyecto del ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS DEL PROYECTO CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE, el 26 de noviembre de 2020, el 9 de diciembre de 2020, sin respuesta; nuevamente el 22 de diciembre de 2020 manifestando que elevó solicitud ante el Defensor del Consumidor Financiero y volvió a escribir el 20 de enero de 2021, pero solo hasta el 21 de abril de ese año obtuvieron respuesta, inoportuna, incompleta, imprecisa y la cual no resolvía lo solicitado, para decir que remitirían la solicitud a DE LA ROCHE, quien nunca dio respuesta. Ante esta situación CLEMENCIA se acercó a las oficinas de la fiduciaria, pero por la pandemia le dieron un número para que se comunicara con JOSÉ JARAMILLO BONILLA ejecutivo fideicomisos senior de la fiduciaria, encargado para el asunto, quien nunca contestó la llamada y se decidió enviarle un correo el 29 de noviembre de 2021; el señor vía telefónica les manifestó que el encargo fiduciario se encontraba liquidado y que los recursos habían sido trasladados a DE LA ROCHE y ésta a su vez dispuso dicho dinero para que la fiduciaria lo administrara mediante contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos bajo el esquema de Tesorería Fideicomiso Centro Empresarial De la Roche, de lo cual se le solicitó les enviara los soportes.

Que la fiduciaria envió comunicación el 28 de diciembre de 2021 a los demandantes, aceptando que entregó en julio de 2018 los recursos de los inversionistas a DE LA ROCHE, dineros que no fueron destinados al desarrollo del proyecto, lo que configura una violación por parte de la fiduciaria al objeto del contrato de encargo fiduciario, señalado en la

cláusula 2, pues no constató que los dineros fueran destinados al proyecto. También incumplió la cláusula 4 numerales 1, 2 y 3, la cláusula 5 numeral 4 y párrafo, cláusula 6 numerales 2, 3 y 7, cláusula 10 numerales 1, 4, 6, 7, 8 y 11, cláusula 21. La fiduciaria no fue diligente, no defendió a los demandantes contra los actos de DE LA ROCHE, no rindió cuentas de su gestión, incumplió con sus obligaciones a la luz del art. 1234 numerales 1, 4 y 8 Código de Comercio.

Que la fiduciaria pactó cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho - artículo 43 Ley 1480 de 2011, ello se desprende de las cláusulas 6, 17, 18 y 30 del contrato de encargo fiduciario.

3. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Admitida la demanda el 11 de julio de 2022 (carpeta 01PrimeraInstancia/archivo 06.2022.00203AdmiteDemandaFijaCaución) se tuvo por notificadas a las demandadas desde el 5 de octubre de 2022, como se definió en auto del 6 de octubre de 2022 (carpeta 01PrimeraInstancia/archivo 24.2022.00203TieneNotificadasDemandadas) y corrido el término de traslado no hubo pronunciamiento alguno.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Integrada la litis, y ante el silencio de las demandadas, se convocó a audiencia inicial y se decretaron pruebas de la parte actora, diligencia que se llevó a cabo los días 1 y 3 de agosto de 2023. Un día antes a la audiencia, CORFICOLOMBIANA, mediante correo electrónico, formula nulidad por indebida notificación. En la sesión del 1 de agosto, se advierte que DE LA ROCHE comparece a través de su representante legal, pero sin apoderado judicial, requiriéndolo para que en la próxima sesión esté acompañado de un profesional del derecho, también se resolvió el incidente de nulidad formulado por CORFICOLOMBIANA negando el mismo, se suspende para continuar el 3 de agosto de 2023. En esta sesión se agotaron las etapas de conciliación, interrogatorios de parte, fijación del litigio, saneamiento, se practicaron las pruebas, se escuchó alegatos y se profirió el fallo.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Proferida en sesión del 3 de agosto de 2023 (carpeta 01PrimeraInstancia/archivo 30.2022.00203ActaAudienciaSentencia/último link), en ella la señora juez indica que aplicará el artículo 280 C.G.P., plantea el problema jurídico a resolver. Se refiere a los artículos 1602 y 1495 Código Civil, indicando que la interpretación del contrato debe ser sistemática y aborda el tema del régimen de responsabilidad civil contractual, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, señalando los presupuestos de la acción.

Luego, determina la existencia de un contrato válido, pasa a analizar el incumplimiento de las obligaciones de las demandadas, empezando por CORFICOLOMBIANA que se encuentran en el contrato de encargo fiduciario de preventas, que denominaron “*ENCARGO FIDUCIARIO CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE*”, para señalar que no se encuentran acreditados los elementos de confirmación que lleven a declarar el incumplimiento de la fiduciaria, no se encuentra la obligación de vigilar el cumplimiento de aplicación de los recursos, pues el acuerdo abarcó la etapa de preventas y no hay prueba de que en lo poco construido no se haya invertido el dinero entregado por la fiduciaria. Que si bien el representante de DE LA ROCHE en el interrogatorio indicó que no entregó el documento exigido en la cláusula 4 para la entrega de los dineros, si aparece en la exhibición documental que hizo la fiduciaria, entonces se puede tener que sí lo presentó, pues la prueba documental tiene más peso que la testimonial. Tampoco encontró que haya cláusulas abusivas en dicho contrato, pues debe leerse en forma conjunta. Considera que, sí se cumplió también con la rendición de cuentas, que se hacían cada seis meses, y así se verifica en el expediente. Indica que no se probó el incumplimiento por parte de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A absteniéndose de estudiar los demás presupuestos en relación con ésta demandada.

Pasa a analizar los presupuestos con relación a la otra demandada, SOCIEDAD DE LA ROCHE M & CIA LTDA, frente al incumplimiento de las obligaciones, señala que se cuenta con el contrato ENCARGO FIDUCIARIO CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE y la carta de instrucción de giro, verificando que la demandada se obligó a realizar un proyecto, que no se

llevó a cabo la culminación de dicho proyecto empresarial, que los demandantes pagaron la totalidad del precio de la oficina 203, hechos de la demanda que se tienen por confesados ante el silencio de la demandada, quedando probado este presupuesto de incumplimiento.

Respecto del otro presupuesto que se refiere a que se haya generado perjuicio a los demandantes, para ello se sabe que pagaron el total de valor de la oficina, dineros reunidos por los ahorros de ambos demandantes, las cesantías, más la incertidumbre por la entrega. Generando sin duda perjuicio.

Sigue la juez analizando el presupuesto del nexo, pese a que DE LA ROCHE afirmó que hubo circunstancias que atrasaron el proyecto y finalmente cayó, ello no fue por la pandemia como se alegó, sino que, para mayo de 2019, fecha programada para la entrega de la oficina, ya había incumplimiento.

Termina concluyendo que la demandada SOCIEDAD DE LA ROCHE M & CIA LTDA sí incumplió las obligaciones adquiridas, no así respecto de la SOCIEDAD FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., sin que haya solidaridad entre las demandadas pues las obligaciones son distintas.

6. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En audiencia la parte demandante y demandada DE LA ROCHE interpusieron recurso, esta última por parte del representante legal y no por su apoderado, pues se ausentó de la diligencia sin terminarla, aun así, y pese a advertir esa situación, la juez concedió ambos recursos, pero en esta instancia solo se admitió el interpuesto por la parte demandante a través de su apoderado, y no el de la demandada DE LA ROCHE por no haberse recurrido por el apoderado judicial, decisión que no mereció reproche.

El apoderado de la parte demandante en audiencia solo interpone el recurso e indica que presentará los reparos dentro del término señalado por la ley. Así lo hizo, y en su escrito de reparos y sustentación ante esta instancia (carpeta 01PrimeraInstancia/archivo 31.2022.00203SustetnaciónApelación y (carpeta 02SegundaInstancia/archivo 07.MemorialSustentaciónRecurso) expuso sus inconformidades relacionando los yerros encontrados en la decisión, así:

1. Valorar de manera errada el interrogatorio de parte del representante legal de DE LA ROCHE. El juzgado admite que en este interrogatorio confiesa que no cumplió con una de las condiciones para que le fueran entregados los recursos por parte de la fiduciaria, la señalada en el literal e) de la cláusula 4 del contrato de encargo fiduciario (copia de la constancia de radicación de documentos para adelantar actividades de construcción), y ante tal incumplimiento el dinero debía ser devuelto a los inversionistas, pese a esta confesión, y restándole relevancia a dicha prueba, concluye contradictoriamente que la fiduciaria cumplió con la obligación de entregar los recursos ante el cumplimiento de las condiciones estipuladas por parte de DE LA ROCHE. De haber valorado adecuadamente esta confesión se habría concluido que la fiduciaria es civil y contractualmente responsable.

2. Valorar de manera inapropiada los documentos exhibidos por la fiduciaria. La juez intentó explicar que los documentos que nunca presentó DE LA ROCHE a la fiduciaria para la entrega de los recursos se encontraban en el expediente, porque la fiduciaria los había exhibido, pero no explicó razonadamente el mérito que le asignó a dichos documentos, ni explicó si eran los exigidos en la cláusula 4 del contrato de fiducia, se limitó a decir que la prueba documental tiene más peso que la testimonial, sin realizar una ponderación entre las dos pruebas. Desconoció que la falta de contestación por parte de las demandadas, hacía presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión. Transgredió el art. 176 C.G.P.

3. Negar la obligación contractual que asumió la fiduciaria al suscribir el contrato de encargo fiduciario de verificar que los dineros entregados a DE LA ROCHE fueran destinados al proyecto inmobiliario, cláusula 2, diciendo que dicha obligación no existe. Siendo contradictorio que considere que DE LA ROCHE causó perjuicios porque no construyó el proyecto inmobiliario, pero exima de responsabilidad a la fiduciaria, sabiendo que ésta debía verificar que los dineros debían ser destinados al proyecto, sin tener en cuenta que para mediados de 2018 la lentitud de la construcción era pasmosa, como se probó, y para diciembre de 2019, cuando se liquidó el contrato de encargo, la construcción seguía en el mismo estado, ni siquiera tenía el primer piso. La juez no valoró la confesión del representante legal

de la fiduciaria al decir que no sabía si DE LA ROCHE había destinado los recursos al proyecto inmobiliario. La fiduciaria suscribió nuevo contrato con DE LA ROCHE, de fiducia mercantil irrevocable, administrando los dineros de los inversionistas, lo que le representa ganar comisión por dicha administración, en lugar de devolver el dinero a los inversionistas.

4. Haber omitido las obligaciones legales por parte de la fiduciaria. El artículo 1234 Código de Comercio señala los deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, entre ellos realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. Y así se estableció en la carta de instrucciones de giro en el numeral 9, los inversionistas confiaron en la fiduciaria y se defraudó la confianza. Advierte que violó dicho artículo en varios numerales, el 1, 4 y 8 de la carta de instrucciones. Dice que debe tenerse en cuenta el artículo 870 del Código de Comercio que refiere a la función integradora de la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, y la fiduciaria fungió como depositaria de confianza otorgada por los beneficiarios y el constituyente.

5. No declarar ineficaces las cláusulas 6, 17, 18 y 30 del CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS, y las 11 y 16 del contrato o acta de instrucciones de giro.

6. La juez desatendió los conceptos de la Superintendencia Financiera número 2008068357-003 de noviembre 27 de 2008, número 2021211325-110-0000 del 26 de diciembre de 2022 y la jurisprudencia sobre la responsabilidad de las sociedades fiduciarias.

Solicita sea revocada la sentencia respecto de negar las pretensiones de la demanda en relación con la SOCIEDAD FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y declarar que las dos demandadas son civil y solidariamente responsables a título contractual por los perjuicios causados a los demandantes.

No hubo pronunciamiento de la parte no recurrente en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Conforme la ley procedimental, el trámite del proceso se adelantó con el cumplimiento de los presupuestos necesarios que permiten dar validez a lo actuado, y es este Tribunal Superior a través de la Sala Tercera de decisión civil, competente para desatar el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante, a quien le fue parcialmente desfavorable el fallo emitido por el *a quo* dentro del proceso de la referencia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si en el presente caso el juez de primera instancia incurrió en una indebida valoración probatoria que conllevó a la negativa de las pretensiones frente a FIDUCIARIA, conforme reprocha la parte demandante recurrente en alzada o si la sentencia de primer grado es coincidente con el material probatorio recaudado.

3. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Para que sea posible hablar de responsabilidad civil contractual, necesario resulta que existan un contrato válidamente celebrado; un daño derivado de la inejecución, del retardo o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones derivadas del contrato y que el daño sea causado por el deudor al acreedor, causándole un perjuicio, el cual debe ser directo, cierto y estar debidamente probado al igual que la culpa y la relación causal, para que surja entonces la obligación de indemnizar (artículo 1613 C.C.). Adicionalmente, debe haber identidad entre las obligaciones pactadas y las incumplidas.

Así entonces, son elementos esenciales de la responsabilidad contractual: a) Incumplimiento de una obligación asumida por el deudor; b) Que dicho incumplimiento le sea imputable a dicho deudor, es decir, que se haya debido a su culpa o a su dolo, y c) Que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. Y para obtener la indemnización que se pretende por el incumplimiento, el demandante acreedor debe probar la existencia del contrato y de la obligación a cargo del demandado, así como su incumplimiento, y deberá demostrar que se le causó un perjuicio cierto,

directo y previsible, acreditando su cuantía. La Corte en este sentido ha expresado *“para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) el contrato, como fuente de obligaciones que afirma haber incumplido; b) la mora del demandado; c) el incumplimiento de tales obligaciones, d) el daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”*.¹

En similares términos el Alto Tribunal ha sostenido de antaño que los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual son:

*(...) el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado*².

Desde el punto de vista normativo, es preciso destacar que el artículo 1602 del Código Civil estatuye que todo contrato legalmente celebrado **es ley para los contratantes** y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales y, de conformidad con el artículo 1603 *ibidem*, *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*.

4. EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

El contrato de fiducia mercantil se encuentra regulado, principalmente, en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, siendo definido en el primero de éstos como sigue:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más

¹ C.S.J., Cas. Civ, 3 de noviembre de 1977. Citada por SUESCUN Melo Jorge, Derecho Privado-Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I, Segunda Ed., Legis, 2005, pág. 260.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. M. P. NICOLAS BECHARA SIMANCAS. Bogotá, D. C., 9 de marzo de 2001. Exp. No. 5659

bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

El contrato de fiducia mercantil es un vínculo a través del cual una persona natural o jurídica, llamada fiduciante o fideicomitente, entrega uno o más bienes o derechos determinados, transfiriendo la propiedad de los mismos a una persona jurídica llamada sociedad fiduciaria o fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir un fin determinado por el fideicomitente, en provecho propio o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Este contrato se caracteriza por la transferencia de bienes o derechos a la sociedad fiduciaria, y en consecuencia la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes o derechos transferidos destinados a ejecutar el objeto del contrato.

El bloque normativo señalado en precedencia, genera una serie de elementos particularizantes y diferenciadores en este negocio jurídico, tales como (i) la necesaria transferencia de la titularidad del dominio de los bienes fideicometidos, como consecuencia de lo cual (ii) surge un *“patrimonio autónomo”* en cabeza de la entidad fiduciaria encargada de su administración y representación, pero (iii) separado de los bienes propios de ésta y (iv) de la prenda general de los acreedores del fideicomitente; (v) patrimonio autónomo que tendrá una duración y finalidad determinada, conforme se pacte en el contrato, y (vi) que solo responderá por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en cumplimiento de la finalidad de la fiducia.

En palabras de la Superintendencia Financiera, el acuerdo de voluntades en comento se caracteriza por:

"La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (art. 1227, C. de Co.) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (num. 2 arts. 1234, 1236, C. de Co.). En cuanto al constituyente es

claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (art. 1238, C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (num. 4 artículos 1234, 1236, C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (art. 1238, C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)"³.

Este negocio jurídico es, por su estructura y contenido, **solemne** pudiendo constar en documento privado o escritura pública según recaiga sobre bienes muebles⁴ o inmuebles, o según *"lo autorice el Gobierno Nacional"*⁵; **bilateral** o **plurilateral**, según concurren dos o más contratantes a su conformación, por cuanto el fideicomitente puede ser al mismo tiempo el beneficiario, o éste lugar ser ocupado por un tercero, pero en todo caso, quedará sometido a la reglas propias de los contratos bilaterales⁶; **de colaboración** en atención a que todos los contratantes buscan un interés común; **de adhesión o libre discusión; nominado, marco, principal** debido a que no necesita otro para existir y **oneroso** por cuanto fiduciante y fiduciario se gravan recíprocamente en procura de beneficios.

5. EL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO

El encargo fiduciario no encuentra consagración normativa expresa en nuestro ordenamiento jurídico, si no que han sido la doctrina y la jurisprudencia especializada las encargadas de definirlo y diferenciarlo de los demás negocios fiduciarios como el contrato de fiducia mercantil, la propiedad fiduciaria, etc; siendo aplicables al mismo *"las disposiciones que regulan 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 propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto"*⁷. Empero, no obstante dicha remisión normativa, y el elemento de confianza que lo

³ Superintendencia Financiera. Concepto OJ-479 de septiembre de 1973.

⁴ Artículo 1º del Decreto 847 de 1993

⁵ Artículo 146 Decreto 663 de 1993

⁶ BONIVENTO FERNÁNDEZ. José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. Octava Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2009. Pág. 287

⁷ Decreto 663 de 1993. Artículo 146, # 1

caracteriza, no puede incurrirse en el error de confundirse tales negocios jurídicos, por cuanto son significativamente diferentes.

Justamente, a través del contrato de encargo fiduciario, una persona natural o jurídica, llamada fiduciante o fideicomitente, entrega uno o más bienes a una persona jurídica llamada sociedad fiduciaria o fiduciario, **quien se obliga a cumplir un fin determinado por el fideicomitente**, en provecho propio o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Este contrato se caracteriza por la entrega de la tenencia de los bienes a la sociedad fiduciaria, sin que se transfiera la propiedad de los mismos.

Sobre el particular, el numeral 2.2 del Capítulo I del Título V de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia señala que “(...) *se entiende por negocios fiduciarios tanto los contratos de fiducia mercantil donde hay transferencia de la propiedad, como los encargos fiduciarios donde existe la mera entrega de los bienes, éstos últimos también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato*”.

III. CASO CONCRETO

Conforme lo estipulado en los artículos 322 y 328 del Código General del Proceso, el Tribunal se limitará a los puntos que han sido planteados como reparos en contra de la sentencia que es objeto de alzada, los cuales fueron sustentados en la oportunidad concedida en esta instancia.

Para abordar las inconformidades de la parte demandante con la sentencia de primera instancia y habiéndose planteado en las consideraciones generales aspectos básicos del contrato de fiducia y del encargo fiduciario, se iniciará por estudiar en el caso concreto, el desarrollo y alcance que la jurisprudencia nacional le ha dado a la fiducia inmobiliaria y al encargo fiduciario ligado a ésta, para luego continuar con la valoración del material probatorio de cara a establecer, si en este caso, se logró demostrar la responsabilidad civil contractual de la FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA.

En los últimos años, probablemente por el gran auge de la actividad constructora y por la posibilidad que otorga la figura de la fiducia mercantil de desarrollar diversos negocios relacionados con la inversión y respaldo de ésta, la fiducia inmobiliaria y el encargo inmobiliario en esta forma especial de fiducia han adquirido relevancia en la sociedad Colombiana, lo que ha conllevado también a que nuestro máximo órgano de decisión civil estudie y se pronuncie de forma más detallada sobre estos negocios, destacándose en dichos pronunciamientos la condición calificada de las sociedades fiduciarias; los principios que rigen su actividad como lo son la lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalismo, previsión, asesoría, protección y defensa de los bienes fideicomitidos; así como la especial protección al consumidor financiero y, la presencia, en muchos de estos casos, de la denominada coligación contractual⁸. Sobre este particular se pueden consultar, entre otras, las sentencias SC5430 de 2021; SC3978 de 2022; SC2879 de 2022 y SC107 de 2023, siendo pertinente en este caso concreto traer a colación apartes de lo explicado por la Corte Suprema en la sentencia SC2879 de 2022, así:

*“La misma Circular define la fiducia inmobiliaria como el negocio que tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o la administración de los recursos asociados a su desarrollo y ejecución, **que presenta, entre otras, la modalidad de preventas, la cual «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».***

La confianza del inversionista recae sobre la fiduciaria en virtud de su idoneidad, profesionalismo y especial habilitación estatal,

⁸ Ver SC107 de 2023 “...Cada actor interviene con base en un contrato específico, de los cuales emanan obligaciones y derechos para sus suscriptores según su naturaleza. Sin embargo, ante la existencia de una finalidad común, surge una coligación negocial, de la cual emanan cargas y deberes adicionales que son transversales a la red de contratos, siendo exigibles de manera general.

Según la doctrina jurisprudencial:

[L]a característica esencial de la coligación contractual es... “la pluralidad negocial, la relación o coligación teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único no susceptible de realización singular por cada uno de los contratos sino en virtud del conjunto y de todos, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único (...) permaneciendo en todo instante la unión de todos” (CSJ SC 1º jun. 2009, rad. 2002-00099-01), los cuales, como lo precisó la Sala en tiempos más recientes, “están llamados a actuar como un todo, y no aisladamente” (CSJ SC18476-2017, 15 nov., rad. 1998-00181-02; en el mismo sentido CSJ SC5690-2018, 19 dic., rad. 2008-00635-01)”

que le permiten creer, legítimamente, que sus recursos estarán protegidos y bien administrados mientras se cumplan las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que autorizarán el inicio del proyecto inmobiliario, con la tranquilidad de que, en atención de la obligación de protección y defensa de los recursos entregados, la entidad realizará los controles y verificaciones necesarios para comprobar el cumplimiento de tales requisitos antes de proceder con la transferencia final de sus dineros al constructor.

Sobre la especial confianza depositada en estas sociedades, en sentencia SC5430-2021, la Corte destacó que, para los inversionistas que consideran vincularse a un proyecto inmobiliario, la presencia de la fiduciaria es de suma importancia, pues los lleva al convencimiento de que el proyecto será adecuadamente administrado por una entidad profesional y altamente especializada, que además cuenta con vigilancia estatal, lo cual brinda la tranquilidad de que aquella «vigilará con seriedad, diligencia y probidad su viabilidad jurídica, técnica, financiera y comercial, desde la fase precontractual, durante su ejecución y hasta la consolidación de sus expectativas frente a las unidades inmobiliarias». En tal virtud, **la fiduciaria funge como una verdadera depositaria de la confianza de los demás intervinientes en el proyecto, y, por ende, cuando defrauda esa confianza no solo incumple su mandato, sino también el principio de buena fe contractual por alejarse del marco de conducta que de ella se esperaba.**

Respecto a su regulación jurídica, el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) dispone que al encargo fiduciario le son aplicables las disposiciones que regulan la fiducia mercantil y, subsidiariamente, las que regulan el contrato de mandato, contenidas en el Código de Comercio. En tal virtud, el artículo 1234 *ibidem* establece los llamados deberes indelegables del fiduciario, que, junto con los previstos en el acto constitutivo, rigen la relación negocial y entre los que vale la pena resaltar el deber de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia y el de transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.

Finalmente, es oportuno recordar que la Circular Jurídica Básica exige que los contratos fiduciarios a través de los cuales se desarrollen o ejecuten proyectos inmobiliarios, deben contener, como mínimo, **«las condiciones que se deben verificar para el cumplimiento del punto de equilibrio», «la obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos», y «el término dentro del cual el fideicomitente debe acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia o desembolso de los recursos»** (Resaltado intencional).

De la anterior cita se concluye claramente que, a pesar de ser, en principio, la obligación de las fiduciarias de medios y no de resultados⁹, recae en ellas

⁹ “Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma con especial esmero el primer deber

un deber especial de diligencia calificada, dada la condición de profesionales en la materia, reflejada especialmente en la verificación del cumplimiento de todos los requisitos establecidos para la transferencia de recursos y consecución de la finalidad de la fiducia.

La parte demandante adujo inconformidad con la determinación del juez de primer grado de no declarar la responsabilidad contractual de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA, alegando indebida valoración del material probatorio en lo que refiere especialmente a la verificación, del acatamiento, por parte del constructor, de las exigencias establecidas para el desembolso de dineros.

Ahora, el análisis del material probatorio recaudado, sumado a las presunciones que se derivan de las conductas adoptadas en el trasegar del proceso por parte de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA, como se analizará seguidamente en detalle, permiten establecer a este Tribunal como conclusión anticipada que, en este caso, contrario a lo afirmado por la juez de primera instancia, si se demostró la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria.

Para iniciar tenemos que la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA no contestó la demanda, conducta omisiva que a la luz de lo establecido en el artículo 97 del Código General del Proceso conlleva a que se presuman *“ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda”*, presunción desvirtuable, pero ello aquí no acaeció. En la demanda se afirmó que en el contrato de encargo fiduciario de preventas y en la carta de instrucciones de giro mediante la cual los demandantes se adhirieron a dicho contrato se pactaron unas condiciones para que los dineros depositados por los inversionistas en el Encargo Fiduciario Centro Empresarial De La Roche fueran entregados por CORFICOLOMBIANA a DE LA ROCHE (hechos 4 y 8); que la constructora no aportó a la fiduciaria la totalidad de los documentos exigidos, en el contrato y carta referidos, para la entrega de dineros de los inversionistas (hecho 29), a pesar de lo cual CORFICOLOMBIANA

indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

desembolsó las sumas invertidas por los demandantes a la constructora (hechos 10 y 26), hechos confesados que sumados al material probatorio recaudado, denotan la falta de diligencia profesional de la FIDUCIARIA y el incumplimiento de lo pactado.

Se agrega a lo anterior, acrecentando también la prueba de la responsabilidad de la FIDUCIARIA, el indicio que se deslinda de la conducta de dicha demandada en la exhibición de los documentos, los cuales arrimó de forma incompleta.

Véase que en auto mediante el cual se decretaron pruebas se ordenó al representante legal de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA exhibir: “1. Documento, acta o similar, que acredite la liquidación del contrato de encargo fiduciario de preventas proyecto centro empresarial De La Roche. 2. Documento, acta o similar, que acredite el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos bajo el esquema de Tesorería del Fideicomiso Centro Empresarial De La Roche suscrito con De La Roche. 3. Documento, acta o similar, que acredite el punto de equilibrio estipulado en el contrato encargo fiduciario de preventas proyecto centro empresarial De La Roche. 4. Documento donde consta la instrucción expresa del Fideicomitente, con el visto bueno del interventor, que le permitió a la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Centro Empresarial De La Roche, entregar los recursos para el desarrollo del proyecto. 5. Documento que indique cuáles fueron los incumplimientos de la sociedad Fideicomitente que dieron lugar a la cancelación del Fideicomiso Centro Empresarial De La Roche. 6. Libros, instrucciones, documentos, correspondencia cruzada del fideicomiso”.

Y aunque el representante legal de dicha sociedad aportó variada documentación que milita en el archivo PDF 29 del cuaderno principal, la misma se evidencia incompleta. Nótese que la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA arrimó únicamente: “ACTA DE TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN UNILATERAL CONTRATO ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS ENCARGO FIDUCIARIO CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE” (folios 4 a 6), “ACTA DE TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN

UNILATERAL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS FIDEICOMISO CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE” (folios 7 a 9 y 112 a 115 ib.) y solicitud de entrega de recursos que realizó la constructora acompañada de la documentación anexa (folios 10 a 111 ib.), omitiendo anexar lo requerido en los puntos 3 y 6 de la orden de exhibición, pues aunque en la audiencia de exhibición el representante legal de la fiduciaria afirmó que los documentos aportados contienen la correspondencia cruzada del contrato fiduciario de preventas (punto 6), dicho aserto no coincide con el contenido del archivo digital mencionado y, los documentos aportados tampoco evidencian la acreditación plena del punto de equilibrio (punto 3).

Pertinente resulta indicar que en este caso la omisión de exhibición constituye indicio contra la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA y no confesión, porque la parte demandante no indicó los hechos que pretendía probar con cada uno de los documentos cuya exhibición pidió, lo que impide se aplique la consecuencia de confesión establecida en el artículo 267 del C.G.P., no obstante, conforme el mismo artículo 267 en concordancia con el artículo 241 del C.G.P., la conducta omisiva de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA si constituye indicio en su contra, que sumado a las pruebas referidas en precedencia y a las que se detallan a continuación, afianza más la responsabilidad de dicha sociedad.

Es que, la mentada documentación exhibida y los demás elementos de convicción recaudados, no contienen prueba que denote la especial diligencia que debió desplegar la FIDUCIARIA para la entrega de recursos a DE LA ROCHE, pues en el contrato de ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS al cual se vinculó la demandante (PDF 02 folios 1 a 32 ib) se estableció como requisitos para la entrega de dichos recursos, entre otros:

“(a) La vinculación de un número de Inversionistas del Proyecto equivalente al cincuenta (50%) por ciento del total de las unidades del Proyecto, es decir quince (15) unidades a construir en el inmueble. En ningún caso se tendrán incluidos dentro de este porcentaje los Encargos Fiduciarios Individuales constituidos por el Constructor, Encargante y/o sus vinculados o subsidiarias, ni los activos y/o servicios relacionados con la construcción, los cuales si bien podrán

recibirse no podrán tenerse en cuenta para determinar el porcentaje antes indicado”

“(b) Cuando el encargante entregue a la Fiduciaria la carta de aprobación de crédito constructor para el proyecto otorgada por un establecimiento de crédito vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, o un concepto favorable del cierre financiero del proyecto por parte del Revisor Fiscal del Encargante, o un concepto favorable del cierre financiero del Proyecto por parte de un interventor administrativo y financiero aprobado por la Fiduciaria contratado por el Encargante”

Para demostrar el cumplimiento de la vinculación de quince (15) inversionistas en el proyecto, solo obra en el plenario, a folio 50 PDF 29, como anexo a la solicitud de entrega que realizó la constructora, un listado de quince (15) personas que, al parecer, suscribieron encargos fiduciarios, donde se detalla el número de identificación de éstos, el nombre, el número de encargo, el valor pagado y el valor adeudado, pero su contenido ni siquiera da cuenta que pertenezca a los inversionistas del CENTRO EMPRESARIAL DE LA ROCHE porque no se señala a qué proyecto corresponde el listado; tampoco contiene información que permita establecer de dónde se obtuvo, ni la firma de quien certifica el contenido y la FIDUCIARIA no arrió algún documento o prueba adicional que dé cuenta que previo al desembolso realizó una adecuada corroboración de esa información que sobre el punto de equilibrio le entregó la constructora.

En cuanto a la exigencia del literal (b), tampoco se observa en el plenario prueba que permita concluir que la FIDUCIARIA cumplió con la diligencia debida, pues evidente resulta que dicho requisito estaba encaminado a establecer con contundencia la existencia de recursos en la sociedad, bien directos o por crédito constructor, para la viabilidad de la realización efectiva del proyecto y habiendo optado la constructora por aportar *“un concepto favorable del cierre financiero del Proyecto por parte de un interventor administrativo”*, no se acreditó, como se estipuló en el contrato, el trámite de aceptación del interventor por parte de la fiduciaria, que sería lógico se hubiese surtido previo a la entrega del informe por parte de éste, concepto que además en su contenido (folios 51 a 84 PDF 29) resulta bastante deficiente en aspectos básicos, que hasta alguien no profesional en la materia hubiera advertido, especialmente en el tema de la existencia de recursos suficientes

para la ejecución del proyecto y viabilidad financiera del mismo, como se detalla a continuación.

Sobre la parte de presupuesto se limitó a señalar el interventor:

“Según información presentada por el Constructor, el proyecto tiene un costo de \$2.334.910.740 millones de pesos, la incidencia de los costos directos (\$1.945.758.950) sobre el costo total del proyecto es del 80%, los Costos Indirecto (sic) del 20% (\$389.151.790, sin contar el valor del lote, quien (sic) pertenece) a DE LA ROCHE Y CIA LTDA. desde hace 40 años. El costo por metro cuadrado sobre el área construida total (2,028.32 m²) es de aproximadamente \$1.151.155. El costo total promedio del metro cuadrado por Oficina asciende a \$2.192.651 millones sin contar el Local comercial y las celdas de Parqueo” (Resaltado intencional).

Lo anterior, sin describir, mucho menos anexar, **cuál fue esa información que le dio el constructor** y con fundamento en la que realizó su estudio de viabilidad financiera; tampoco si esa información la conoció de forma directa o se trató del simple dicho de la constructora. Es que el interventor ni siquiera analizó el certificado de tradición y libertad del terreno donde se realizaría la construcción para constatar la fecha desde la cual la constructora era dueña del lote, pues afirmó de forma errada que la constructora era propietaria hace cuarenta años del lote, siendo realmente 21 años para la fecha del informe¹⁰, y a pesar que ese tiempo de propiedad no resulta relevante de cara al incumplimiento aquí estudiado, si denota una falta de rigurosidad en quien realizó el concepto.

Más adelante, en el ítem denominado *“FUENTE DE PAGO Y CAJA ACTUAL PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO”* (folios 82 y 83 PDF29) afirmó el interventor que el constructor no requiere crédito constructor; que el aporte directo de éste sería de \$700.000.000; \$500.000.000 correspondientes al valor del lote y \$200.000.000 que denominó como *“APORTE EN RECURSOS POR CONSTR”*, esto, sin detallar si constató por algún medio el precio del lote o si realizó un avalúo; omitiendo también especificar y explicar si corroboró la solvencia financiera de la constructora para realizar el aporte de \$200.000.000 o si dicho aporte ya había sido efectuado y en qué conceptos se veía reflejados. Al parecer (porque no es tan claro el informe en ese aspecto), el interventor quiso dar a entender que el aporte de \$200.000.000

¹⁰ Fecha compraventa 1 de abril de 1991- Fecha del informe del 22 de junio de 2018

se cumplió con la realización de las obras que hasta ese momento estaban avanzadas pero, no estableció el valor de las construcciones que se habían realizado por cuenta de aportes de la constructora, pues en el ítem denominado “ESTADO DEL PROYECTO” (página 78 PDF 29) de forma confusa y genérica señaló que: *“hasta la fecha el avance de la obra se está contemplado (sic) en: inicio de preliminares, preparación para demolición y excavación, Diseño construcción nueva sala de ventas, demarcación, excavación y vaciado de pilas iniciales para muro de contención (recinte) y visitas de ingeniería, ejecución de permisos y trámites con entidades pertinentes”*, esto, se insiste, sin especificar si ese avance es suficiente para entender que corresponde a los \$200.000.000 millones que aportaría el constructor.

Esas falencias del concepto que resultan determinantes porque finalmente quedó establecida la falta de solvencia económica para la realización del proyecto por parte de la constructora, que incluso está en proceso de reorganización, así como la no acreditación en el plenario sobre la verificación del punto de equilibrio, revelan que la FIDUCIARIA no actuó con la diligencia que su condición de profesional le exigía, pues ni siquiera requirió para la complementación del concepto, ni pidió verificación sobre la información relacionada al punto de equilibrio y, aunque la información sobre el número de inversionistas y la cantidad de aportes de éstos, posiblemente obraba en la FIDUCIARIA, ello aquí no se acreditó, se reitera, por la conducta omisiva adoptada en el proceso.

Ahora, de cara al cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad contractual se advierte que: a. la existencia del contrato de fiducia inmobiliaria y el encargo inmobiliario se encuentra demostrada con la prueba documental, lo que no fue desconocido por los demandados que ni siquiera contestaron la demanda; b. el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la FIDUCIARIA también está demostrado, como se analizó en precedencia; c. el daño sufrido consiste en que los demandantes no tienen en su poder los dineros que invirtieron en el proyecto y que pusieron a disposición de la fiduciaria, como tampoco el inmueble que pretendieron adquirir, evidenciándose el d. nexo entre dicho daño y las

obligaciones de la FIDUCIARIA porque de no haber realizado ésta la entrega de dineros a la constructora, sin el cumplimiento de los requisitos, como se estudió, el dinero de los demandantes se habría mantenido en el encargo fiduciario, disponible para su restitución, lo que demuestra la participación directa de la FIDUCIARIA accionada en la causación del daño.

Acreditados entonces los elementos de la responsabilidad reclamada, resulta pertinente dejar claro que el avance de algunas construcciones y las cláusulas exonerativas de responsabilidad respecto a la culminación del proyecto (cláusulas 6 numeral 5 y 6 y cláusulas 17, 18 ENCARGO FIDUCIARIO) no tienen la virtud de romper el nexo causal porque, respecto a lo primero no se demostró que el monto de las construcciones correspondan al valor entregado por la FIDUCIARIA o superara éste y, en cuanto a lo segundo, los pactos referidos no eximían a la FIDUCIARIA del cumplimiento de las obligaciones de guarda de los dineros de los inversionistas, ni de la confrontación debida del cumplimiento, por parte de la constructora, de las exigencias para la entrega de dineros, pues finalmente sin su actuar carente de diligencia adecuada, como se anticipó, los dineros hubieran podido ser restituidos a los inversionistas, lo que obviamente no acaeció.

Sobre el anterior punto resulta pertinente citar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC328 de 2023 donde al decidir un caso similar al presente, expuso:

“Así las cosas, ante la evidente distorsión que la actuación indebida de La Fiduciaria produjo en el curso de los hechos diseñado contractualmente, a ésta le correspondía demostrar que si ese desembolso irregular no se hubiera producido en todo caso los dineros también se habrían perdido.

Sin embargo, a estas alturas esta labor no resulta fructífera, pues los elementos de juicio que postula inadvertidos por el fallador de segundo grado no tienen el efecto que cree.

En tal sentido, los boletines emitidos por Urbanizar y Promotora Marcas Mall que el Tribunal no habría visto solo ratifican lo que ya es sabido, indiscutido e incluso se acabó de analizar para descartar la ruptura del nexo causal: que inició la construcción del proyecto. Por tanto, ni le quitan ni le ponen al debate sobre ese elemento de la responsabilidad.

Ahora bien, que la cláusula 10ª del contrato individual de encargo fiduciario demostrara la ruptura del nexo causal entre la entrega del dinero y su pérdida no es criterio admisible, propósito para el cual

basta ver que, si bien la disposición plantea una exoneración de cualquier responsabilidad de La Fiduciaria por la inejecución del proyecto, no lo hace, con relación a sus obligaciones como agente fiduciario.

Entonces, en la medida que La Fiduciaria no cumplió satisfactoriamente con las actuaciones que legal y contractualmente le correspondían para proceder al desembolso, y que esa es una causa suficiente para establecer la pérdida del dinero, en este juicio no puede admitirse que la paralización definitiva del proyecto sea el motivo de ese resultado.

Finalmente, que en la pérdida que padeció La Inversionista eventualmente pudiera confluír la actuación culpable de La Constructora, situación que no es del caso dilucidar en esta ocasión conforme se analizara al resolver el primer embate, no es una circunstancia que exonere a La Fiduciaria de su responsabilidad, pues sin su actuar incorrecto, el menoscabo no se habría producido”.

Todo lo expuesto en precedencia conlleva entonces a adoptar la decisión consistente en revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda frente a la sociedad fiduciaria para y disponer en su lugar declarar que tanto la DE LA ROCHE M & CIA LTDA como la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. son responsables solidariamente del incumplimiento contractual.

De cara al monto de la condena, se tiene que para acreditar la cuantía del perjuicio padecido, los demandantes realizaron afirmación en la demanda, bajo la gravedad de juramento, en el sentido que el daño asciende a la suma de doscientos veintitrés millones novecientos cincuenta mil doscientos veintidós mil pesos (\$223.950.220) *“más intereses moratorios a la tasa comercial máxima legal vigente hasta el día en que se produzca el fallo; en subsidio, indexado hasta el momento de su devolución”*, correspondiente al valor para el año 2022 *“de una oficina con un área de 21.85 metros 2, ubicada en Medellín, en la dirección carrera 48B 15 sur, sector de Santa María de los Ángeles”* y anexaron trabajo pericial sobre la valorización que desde el año 2018 al año 2022 tendría la oficina mencionada (folios 122 a 169 PDF 2), juramento estimatorio que no fue objetado por la parte demandada conforme establece el artículo 206 del C.G.P., como tampoco solicitó contradicción del dictamen en audiencia, lo que llevó a que se tuvieran esas pruebas como idóneas por la juez de primera instancia para fijar la cuantía del perjuicio, determinación que se advierte acertada, máxime que no se

evidencia estimación injusta o fraudulenta, si se tiene en cuenta que los demandantes consignaron a la FIDUCIARIA todo el valor del inmueble para el momento de la negociación, esto es, \$125'637.000 y la pericia arrimada y no controvertida, de forma juiciosa y sustentada concluye que la valorización de una oficina, con las condiciones de la que aquí pretendieron adquirir los demandantes, asciende al año 2022 a la suma de \$98.313.220, montos que sumados coinciden de forma exacta con el total pedido por perjuicios, esto es, \$223.950.220, suma que indexada¹¹ desde la fecha de la sentencia de primera instancia hasta la fecha de esta sentencia de segundo grado (artículo 238 C.G.P.) asciende a \$282.158.420. En consecuencia, se dispondrá que dicho monto sea pagado solidariamente por la DE LA ROCHE M & CIA LTDA y la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., como también las costas del proceso.

COSTAS

Sin lugar a condena en costas en esta instancia por la prosperidad del recurso (artículo 365 C.G.P.)

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO. REVOCAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. CONFIRMAR el ordinal segundo en cuanto a la declaratoria de responsabilidad civil contractual de la sociedad **DE LA ROCHE M Y CIA LTDA.**, en consecuencia, se **MODIFICAN** los **ORDINALES SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO**, los cuales quedarán así:

“SEGUNDO: SE DECLARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL de las sociedades DE LA ROCHE M Y CIA LTDA y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A por considerar que en efecto se

¹¹ IPC Final / IPC inicial x suma a indexar.

acreditó el incumplimiento de las demandadas en cuanto a las obligaciones adquiridas dentro del CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS al cual se adhirieron los demandantes a través de la Carta de instrucciones de giro, por cuanto no se llevó a cabo la terminación del proyecto constructivo del Centro Empresarial de la Roche, en el cual los demandantes participaron como inversionistas y por cuanto no se hizo la entrega de la unidad inmobiliaria que pagaron en su totalidad a través del fondo de inversión colectiva abierto valor plus II.

TERCERO: SE CONDENA a las sociedades demandadas DE LA ROCHE M Y CIA LTDA. y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. a pagar a los demandantes a título de indemnización por los perjuicios causados por el incumplimiento declarado, la suma total ya indexada de \$282.158.420 y que deberá ser cancelada por las sociedades demandadas a los demandantes en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, y en caso de no cumplirse con el pago en dicho termino, se reconocerán a favor de los demandantes el valor de los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre el valor de la condena, hasta que se cancele en su totalidad.

CUARTO: SE CONDENA en costas a la parte demandada, esto es, a DE LA ROCHE M Y CIA LTDA y SOCIEDAD FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A

QUINTO: SE FIJA como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada esto es, DE LA ROCHE M Y CIA LTDA y SOCIEDAD FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A, la suma de \$11.150.000.

TERCERO. NO CONDENAR en costas de segunda instancia por la prosperidad de la alzada.

CUARTO. En firme esta decisión, devuélvase el proceso al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLSE
Los Magistrados,

MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
SALVAMENTO DE VOTO

NATTAN NISIMBLAT MURILLO

Firmado Por:

Martha Cecilia Ospina Patiño
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Juan Carlos Sosa Londono
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

Nattan Nisimblat Murillo
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **a371e8b7777c17cf10b05b975c8fd9750c45215647ef5fd55f1c8212b1ffff8b**
Documento generado en 20/03/2024 09:35:41 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>