

Señores
 TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
 SALA CIVIL
 M.P. CARLOS AUGUSTO ZULIAGA RAMIREZ
 des.fctshiae@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF. PROCESO RECURSO DE REVISIÓN N 11007220300020190253700 DE SORAYA BOLIVAR ARDILA contra WILLIAN LEONARDO BOLIVAR ARDILA. INCIDENTE de nulidad y fraude procesal

SORAYA BOLIVAR ARDILA actuando como parte actora en el proceso de la referencia y abogada en ejercicio con T.P.35.630 del C.S.J. Por medio del presente promuevo **INCIDENTE DE NULIDAD SUPRA LEGAL con base en el art 29 de la C.N y demás normas concordantes título preliminar del C.G.P.**; art. 127 del C.G.P en concordancia con los arts 42 numeral 6 76,92,418 del C.G.P. y demás disposiciones legales contra el señor **WILLIAN LEONARDO BOLIVAR ARDILA** mayor de edad domiciliado y residente en ciudad indicada por él con base en los siguientes:

HECHOS

- 1-La parte demandada contesta la demanda el día 25 de marzo del año en curso con base en el histórico consignado en la base de datos de la rama judicial del proceso de la referencia
- 2-La suscrita envía por correo certificado al demandado el día 8 de marzo del año en curso
- 3-Es recibido en la dirección del demandado que es la dirección de sociedades familiares el día 9 de marzo del 2021.
- 4-El demandado señor **WILLIAN LEONARDO BOLIVAR ARDILA** personalmente retira el sobre que contiene el traslado de los documentos enviados por correo certificado en el proceso de la referencia hasta el día 26 de marzo del 2021 aproximadamente a la 10 a.m.
- 5-El demandado señor **WILLIAN LEONARDO BOLIVAR ARDILA** vencido el término de traslado personalmente retira el sobre que contiene el traslado de los y contestando a tiempo.
- 5-Hasta el día 10 de Mayo del 2021 la señora YULY PAOLA MARINO LOPEZ quien es la secretaria de la empresa **inversiones bolivar ardila hermanos ltda en liquidación** desde hace varios años me informa lo consignado en el numeral anterior.
- 6-Se presentó toda la violación a los principios que rigen el debido proceso, la igualdad de las partes ante la ley, el acceso a la justicia en forma irregular entre otras.
- 7-El hoy demandado señor **WILLIAN LEONARDO BOLIVAR ARDILA** a engaño al obtener el escrito de demanda y sus anexos de manera ilícita, nunca por el medio regular, lícito y dentro de los tiempos dados por la ley.

H. Magistrados,
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
M.P. Dra. Adriana Ayana Pulgarin
E. S. D.

**SUSTENTACIÓN RECURSO PARCIAL DE
APELACIÓN**

Referencia: Proceso Verbal Mayor Cuantía
Demandantes: RIAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN –
ROBERTO ANGULO
Demandado: COMUNICAN S.A.
Rad: **2019-00597-01**

JUAN SEBASTIAN LOMBANA SIERRA, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.233.717 y con la Tarjeta Profesional 161.893 del C.S.J., actuando en mi calidad de apoderado principal de **RIAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** ("RIAR" o la "Demandante") y **ROBERTO IGNACIO ANGULO RODRIGUEZ** ("Roberto Angulo" o el "Demandante"), (conjuntamente los "Demandantes"). Mediante el presente escrito sustentó el recurso de apelación contra la Sentencia del 7 de diciembre de 2020 (la "Sentencia" o el "Fallo") por el cual se condenó a **COMUNICAN S.A.** ("COMUNICAN", "EL ESPECTADOR" o la "Demandada"), conforme al artículo 327 del C.G.P. y el artículo 14 del Decreto 806 de 2020:

I. OPORTUNIDAD PARA SUSTENTAR EL RECURSO

El Auto que incorpora como prueba las documentales aportadas por la Demandada en segunda instancia, fue notificado por estado electrónico del 29 de abril de 2021 por lo que el término de 5 días hábiles para descorrer el traslado culmina el jueves 6 de mayo de 2021, siendo este escrito interpuesto en tiempo.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El presente recurso se formula de manera parcial, pues si bien se consideran acertados los racionios y conclusiones del H. Juez, no se comparte la valoración probatoria, -por no decir el rechazo-, de la prueba pericial, así como otras conclusiones que sin duda varían la cuantificación de la condena impuesta contra

EL ESPECTADOR, pues está probado en el expediente que el perjuicio patrimonial causado por la Demandada fue bastante superior al efectivamente reconocido en el Fallo.

Con base en ello a continuación se expresará con precisión los aspectos parciales que serán objeto de recurso, donde todo lo demás, solicitó al H. Tribunal mantenga incólume la Sentencia.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. La sustentación del recurso contra la Sentencia, que deberá ser objeto de análisis por parte del H. Tribunal, la formulo en contra de la condena patrimonial impuesta a EL ESPECTADOR, conforme el numeral cuarto del resuelve, el cual me permito citar:

"CUARTO: Condenar a la accionada sociedad COMUNICAN S.A., propietaria del periódico EL ESPECTADOR, pagar a la sociedad demandante RIAR S.A.S., en liquidación dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de este fallo o del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, la suma de noventa y nueve millones quinientos sesenta y seis mil ochenta pesos (\$99'566.080) m/cte., por concepto de perjuicio patrimonial, y vencido dicho plazo, deberá cancelar intereses moratorios civiles al 6% anual, hasta cuando se verifique la solución de la obligación."

2. Dicho numeral **Cuarto debe ser revocado**, -con el consecuente ajuste en la condena en costas y agencias en derecho del numeral Séptimo-, dado que:

- (i) El Dictamen Pericial aportado por los Demandantes (el "Dictamen Pericial") y elaborado por el perito Germán Peña (el "Perito") si era una prueba conducente, pertinente y útil que otorgaba certeza al H. Juez del valor del perjuicio patrimonial causado a RIAR al que debe ser condenado la Demandada, máxime cuando los aspectos que reprocha la Sentencia del H. Juez 32 Civil del Circuito fueron objeto de precisión, en la audiencia de sustentación rendida por el Perito.

En este punto, debo mencionar que los peritos de contradicción solicitados por la Demandada, **confirmaron que la metodología**

utilizada para cuantificar el perjuicio utilizada en el dictamen era acertada.

- (ii) La condena debió ser calculada hasta la fecha del fallo o hasta el 2019, dado que el perjuicio no ha cesado y RIAR si realizó todas las conductas tendientes a mitigar su daño, como se acreditó en las certificaciones contables de RIAR, **que no fueron tachadas ni objetadas por EL ESPECTADOR**, y que son prueba de los gastos que realizó la Demandante para mitigar los efectos del artículo de la Demandada.
3. A continuación, me permito exponer dichos puntos que deben conllevar a la revocatoria parcial del Fallo por incurrir en errores de hecho en cuanto a la valoración de las pruebas, reiterando que los demás aspectos que no sean el numeral Cuarto y Séptimo de la parte resolutive de la Sentencia, no son objeto de recurso.

A. El Fallo debió darle valor al Dictamen Pericial al ser una prueba conducente, pertinente y útil que otorgaba certeza sobre el perjuicio patrimonial de RIAR.

4. En primer lugar debo señalar, que el H. Juzgado no le dio valor probatorio al Dictamen Pericial, pues en su criterio, el mismo se asimilaba al concepto de ganancia esperada y no propiamente al concepto de lucro cesante (Ver Página 10 del Fallo) y además tenía una serie de errores que conllevaban a que el mismo no fuese tenido en cuenta para identificar y cuantificar el daño.
5. Respetuosamente, este aspecto debe ser revocado por el H. Tribunal porque: (i) la metodología utilizada por el Perito fue idónea al punto que los propios peritos de contradicción traídos por la Demandada, así lo respaldaron; (ii) Todos los supuestos vacíos o errores que supuestamente había en el Dictamen, fueron plenamente aclarados, detallados y explicados en la audiencia de sustentación.

A.1 La metodología utilizada por el Perito Germán Peña fue respaldada por los peritos de contradicción, al ser el flujo de caja descontado el mecanismo por excelencia para valorar el perjuicio de RIAR.

6. Sobre el primer aspecto, debo indicar que tanto el Perito Germán Peña, **como los Peritos de Contradicción de JEGA CONSULTING**, declararon que la metodología del flujo de caja descontado **es la metodología**

adecuada y aceptada hoy en día en Colombia, desde la práctica financiera, para tasar el lucro cesante en una empresa como RIAR.

7. Al respecto cito la declaración de los propios Peritos de Contradicción de EL ESPECTADOR, donde expresan la idoneidad de dicha metodología para tasar el lucro cesante de RIAR.

-Perito de contradicción Jorge Ariza:

El perito Jorge Ariza, -de contradicción traído por EL ESPECTADOR-, declaró lo siguiente respecto a la metodología de flujo de caja descontado utilizada por el Perito Germán Peña (Ver 2 horas 20 minutos grabación del 28 de octubre de 2020):

“Pregunta apoderado RIAR.

¿Usted podría explicarle a este despacho en qué consiste o cómo se realiza la metodología de flujo de caja descontado? ¿Por qué es importante como metodología? y ¿Por qué es admisible según usted lo indicó al principio de su declaración?

Respuesta Jorge Ariza (Perito contradicción):

*La metodología del flujo de caja, permite establecer la capacidad de generación de caja por parte de la empresa, proveniente de sus operaciones ordinarias, por lo tanto es y nada más correspondiente a qué caja genera la empresa derivada de sus negocios, de su objeto social, entonces para eso se tiene en cuenta la proyección de las ventas, la proyección de los costos, se tiene en cuenta, los gastos y demás cosas, el impuesto de renta, si hay lugar, y se tiene en cuenta, también, el crecimiento del capital de trabajo y el crecimiento o disminución de las inversiones de capital de propiedad, planta y equipo, entonces el tema central es demostrar, probar, establecer la capacidad generadora de caja por parte de la empresa y es un **procedimiento adecuado porque hoy por hoy las empresas valen por su capacidad de generación de caja**”*

En ese sentido, el Perito de contradicción de la Demandada estableció la importancia y lo adecuado que es la metodología del flujo de caja descontado para valorar el perjuicio de RIAR, que fue **la metodología usada por el Perito Germán Peña.**

8. Lo anterior, también aconteció con el segundo Perito de Contradicción Eduardo Jiménez, quien también declaró sobre la idoneidad de la metodología de flujo de caja descontado para valorar el lucro cesante, al respecto cito su declaración.

-Perito de Contradicción Eduardo Jiménez:

El Perito de Contradicción al indagar sobre la metodología de flujo de caja descontado para cuantificar el lucro cesante de RIAR, declaró lo siguiente (Ver 3 horas 27 minutos de la grabación de la audiencia del 28 de octubre de 2020):

Pregunta señor Juez:

Doctor Eduardo, para calcular el lucro cesante de esta empresa que fue objeto del dictamen por parte del doctor Peña y que ustedes hicieron el trabajo para contradecirlo ¿Cuál sería la metodología?

Respuesta Eduardo Jiménez (Perito contradicción):

*La metodología, pues una metodología pudiera ser mire, normalmente una empresa debe tener unos presupuestos y compararlo presupuesto contra lo que realmente ocurrió y entonces eso que puede ocasionar, de que digamos, lo que se presupuesto puede que se haya cumplido o en exceso o por el contrario el presupuesto haya disminuido y eso pues normalmente tiene unas consecuencias y entonces habría que entrar a mirar, bueno por qué razón las ventas disminuyeron a su vez pues habría que entrar a mirar cuál fue el comportamiento de los costos, cuál fue el comportamiento de los gastos, hay ingresos operacionales, hay ingresos no operacionales y finalmente cuál fue el resultado que se obtuvo, y digamos, adicionalmente, además de esa información, **también otra metodología es la que utilizó en este caso concreto, digamos de la compañía que está en discusión, la proyección de los flujos de caja** tanto de flujo de caja libre como el flujo de caja descontado (...) y en este caso concreto sería lo que acabé de mencionar.”*

Pero la declaración del Perito Jiménez es conclusiva en señalar que esa metodología de flujo de caja descontado fue la utilizada por el perito

Germán Peña, por lo que es evidente que la prueba si es conducente, pertinente y útil para calcular el lucro cesante de RIAR (Ver 3 horas 28 minutos de la grabación de la audiencia del 28 de octubre de 2020).

Pregunta apoderado RIAR:

¿Cómo sería el cálculo de ese lucro cesante con la metodología de flujo de caja descontado que usted acaba de mencionar? En sus palabras ¿Cómo se haría ese cálculo?

Respuesta Eduardo Jiménez (Perito contradicción):

*Pues hay que hacer las proyecciones pertinentes, de los estados de resultados pertinentes, **como lo menciona allá el señor perito**, hacer los cálculos correspondientes, después hacer los descuentos y pues obviamente teniendo en cuenta las variables de, digamos, de crecimiento de cada uno de los conceptos, el crecimiento de las ventas, el crecimiento de los costos y todo eso debe estar debidamente sustentado de por qué razón se hacen esos cálculos, esas proyecciones con fundamento en los porcentajes pertinentes pero todo tiene que estar debidamente evidenciado y sustentado."*

Con base en ello, el segundo perito de Contradicción, también declaró que la metodología para calcular el lucro cesante de RIAR, **era la metodología de flujo de caja descontado** utilizada por el perito Germán Peña, lo cual hace que dicha prueba si sea conducente, pertinente y útil para calcular el perjuicio patrimonial

9. En ese sentido, respecto a la primera observación de la Sentencia al Dictamen Pericial, **es evidente** que una de las metodologías avaladas por los tres peritos (el Perito de los Demandantes y los dos peritos de contradicción de la Demandada) para calcular el lucro cesante de RIAR, es el flujo de caja descontado que fue precisamente la utilizada en el Dictamen Pericial aportado por los Demandantes.

A.2. Los presuntos vacíos o yerros del Dictamen pericial fueron aclarados en la audiencia de sustentación de éste.

10. El otro aspecto para no darle valor al Dictamen Pericial indicado en el Fallo, fueron una serie de errores, que en criterio del H. Juez, le restaron valor probatorio (Ver Página 15 de la Sentencia):

"Al respecto, de los yerros resaltados cabe mencionar, que tiene trascendencia la omisión atinente a indicar la manera como estableció el indicador WACC para descontar los flujos de caja proyectados, información indispensable según los expertos, dada la importancia de aquel en los cálculos realizados, pues corresponde a la tasa de descuento utilizada para descontar los flujos de caja futuros a la hora de valorar un proyecto de inversión, y para el caso, los beneficios o utilidad futura en la empresa Riar S.A.S., hoy en liquidación.

Igualmente, resulta relevante el yerro en la fijación del crecimiento en la comparación de los resultados de 2007 y 2008, resaltando que alcanzó para la última anualidad señalada el 335.1%, debiéndose ello a la inadvertencia que durante el primer año indicado, solo transcurrieron dos (2) meses de actividad de la empresa.

Así mismo, según las explicaciones de los expertos autores de la experticia de contradicción, las variaciones del estado de resultados de 2008, 2009 y 2010, presentan inconsistencias, lo que evidencian a partir de mostrar el balance general y el estado de resultados de tales anualidades, los cuales no coinciden en uno y otro instrumento, sin que se expusiera explicación aclaratoria alguna, en cuanto al porqué se optó por una de tales cifras y se descartó la otra, por lo que el dato de crecimiento de 2008, es notoriamente desfasado."

11. En ese sentido fueron tres los "yerros" del Dictamen que conllevaron al H. Juez 32 Civil del Circuito a no valorarlo como prueba del perjuicio patrimonial de RIAR: (i) la falta de indicación de cómo se estableció el WACC; (ii) yerro en la fijación del crecimiento en la comparación de 2007 y 2008, por un 335,1%; (iii) Inconsistencias en las variaciones de los estados de resultados, que conllevan a un desfase en el crecimiento de ventas del 2008, donde se optó por una cifra del 35% y no del 108%, sin explicarse aclaración alguna.
12. Respetuosamente, debo indicar que **ninguno de los tres yerros evidenciados por el H. Juzgado**, debían conllevar a no valorar la prueba, como una evidencia directa y real del lucro cesante de RIAR, pues claramente dichos tres "yerros" fueron aclarados y sustentados por el propio Perito Germán Peña, al momento de declarar en la audiencia del 28 de octubre y ninguno de ellos tiene la materialidad de restarle valor probatorio al Dictamen:

- **Respecto al cálculo de WACC**

Sobre este punto, si bien es cierto que en el Dictamen Pericial no se aportó el cuadro número 3 relativo al WACC de RIAR, ello no conllevaba a que no se tuviera claridad o certeza del WACC, pues de la demás información del Dictamen y sobre todo de la **declaración del Perito Germán Peña** en audiencia del 28 de octubre de 2020, se podía tener certeza de cómo fue el cálculo del WACC.

En efecto, el Perito Germán Peña en audiencia del 28 de octubre de 2020 declaró por aproximadamente 10 minutos, como fue que realizó el cálculo del WACC (Ver 58 minutos grabación del 28 de octubre de 2020 en adelante) con base en la información que obraba en el Dictamen Pericial, por lo que con ello, estaba totalmente claro cómo fue el cálculo del WACC, al punto que en la audiencia en la que sustentó el dictamen **es palpable** de dónde sacó dicho cálculo, lo cual se complementa con el Dictamen Pericial, que por la no inclusión de una tabla, -por un lapsus del perito-, en absoluto le resta certeza a las conclusiones del Dictamen Pericial.

Al respecto presentó una síntesis de lo declarado por el perito:

"Que hace uno, nosotros medimos ese rendimiento que teníamos entre 2007 y 2010 y se hace el cálculo de la proyección teniendo en cuenta no solo los ingresos sino los costos, que históricamente se demostraron y el comportamiento de la economía, entonces digamos cuál es la tasa de rentabilidad de un proyecto en el futuro, entonces con eso es que se llega a estimar y nosotros como financieros llegamos a esa cifra que dice en el cuadro, que dice valor del mercado agregado, (...) nosotros para llegar a ese 7,59 que se toma, la devaluación real, la inflación, todos esos factores, digamos es como darle una imagen de todo el comportamiento macroeconómico a la empresa como tal para que se crecimiento no quede por así decirlo desorbitado, es prácticamente un ajuste financiero y es algo que normalmente se hace en las matemáticas financieras".

Por lo anterior, la no inclusión involuntaria de una tabla, no conllevaba a que no se tuviera certeza de dónde obtuvo el WACC el Perito Germán Peña, pues evidentemente el resto de la información si estaba incluida en el Dictamen, pero además el Perito sustentó y explicó en detalle como obtuvo dicha información en audiencia del 28 de octubre de 2020, aspecto que no tuvo en cuenta la Sentencia.

- **Respecto al crecimiento en ventas entre los años 2007 y 2008**

El segundo aspecto que se le reprochó al Dictamen Pericial, fue establecer un crecimiento en ventas de 2007 a 2008 del 335%, aspecto que tampoco debía devenir en la no valoración de la prueba toda vez que:

- (i) Dicho indicador del 335% no fue utilizado para proyectar las ventas de RIAR en los años siguientes, en tanto y en cuanto la proyección de ventas netas fue con una tasa del 35%, por lo que en absoluto incidió ese presunto yerro.
- (ii) **RIAR no está solicitando** que se le pague la proyección de ventas netas al año 2019, -como erróneamente dieron a entender los Peritos de Contradicción al centrar todas sus objeciones en ese rubro-, sino que está solicitando el pago del lucro cesante bajo la metodología de flujo de caja descontado, **donde** uno y otro concepto son valores totalmente diferentes, pues mientras la proyección en ventas, -único punto donde los peritos de contradicción centraron sus observaciones-, para 2019 fue de COP \$13.864'125.596 (cifra que **en absoluto** es la cifra solicitada en la Demanda), el valor solicitado en la Demanda por perjuicio patrimonial a RIAR, bajo la metodología que adecuada y que se aplicó en el Dictamen era de COP \$2.391'887.224 liquidados a 2019.

En ese sentido, tanto los Peritos de Contradicción como el H. *a quo*, -respetuosamente-, centraron su atención en un porcentaje que no solo **no se aplicó** para la proyección de ventas, sino que en todo caso la proyección de ventas, **no es el valor que solicita RIAR como lucro cesante**, por lo que indefectiblemente el Dictamen Pericial debió ser valorado.

- (iii) Sin perjuicio de lo anterior, el Perito Germán Peña explicó cómo desde el punto de vista técnico esa cifra del 335%, es válida, en audiencia del 28 de octubre de 2020, que precisamente tiene por objeto la sustentación del Dictamen, aspecto que, respetuosamente, debió ser tenido en cuenta en la Sentencia (Ver minuto 49 de la grabación de la audiencia del 28 de octubre de 2020):

"Pregunta señor Juez:

Don Germán ¿Técnicamente es válido hacer esa comparación de un año, que por ejemplo, solo haya tenido actividades durante 3 meses y compararla con otro año que si haya operado los 12 meses, eso tiene técnicamente admisibilidad o validez?

Respuesta Perito Germán Peña:

Es viable desde el punto de vista que, los Estados Financieros son un corte digamos a 31 de diciembre, entonces lo que se visualiza del 31 de diciembre al otro año, es la base para hacer el cálculo.”

- (iv) Pero lo más revelador, es que es 335% fue utilizado para promediar aritméticamente la proyección en ventas de 2007 a 2010, **donde el propio dictamen de contradicción**, usa ese mismo 335% y le arroja un valor el 82,5% (Ver Página 18 del Dictamen de Contradicción), el cual tampoco fue el utilizado por el Perito Peña, pues al final el Dictamen es claro en señalar que **se fue cauteloso** y la proyección en ventas se aplicó en un **35%**

Dicho de otra forma, el valor del 335% tan reprochado no solo **no fue utilizado por el Perito** para calcular la proyección en ventas, (pues de ser así el cálculo hubiese sido del 108% anual en proyección en ventas), sino que los propios peritos de contradicción al hacer sus propios cálculos, arrojan como resultado 82,5%, el cual tampoco fue el utilizado, pues el Dictamen fue aterrizado a la práctica y realidad contable al utilizar un valor del **35% anual** de proyección en ventas que **en todo caso** no es el rubro que solicita RIAR, pues de ser así sus pretensiones habrían sido casi 7 veces superiores (del orden de los 13 mil millones de pesos)

Ello conlleva a que este cálculo del 335%, acertado o no, no es un “error” relevante con la virtualidad de desestimar probatoriamente el Dictamen Pericial, pues fue **un valor no utilizado por el Dictamen**, pues se reitera el valor de proyección en ventas en promedio utilizado fue del 35% no del 108% (que era el valor promedio de utilizar el 335% de variación entre 2008 y 2009) y en todo caso se reitera RIAR no está solicitando la proyección en ventas.

- **Respecto al “desfase” de crecimiento en ventas de 2008 y la explicación de una tasa del 35%.**

Finalmente, respecto al tercer punto, el desfase en crecimiento en ventas del 2008, ya fue explicado en el punto anterior, como el Perito si sustentó su aplicación de un comparativo de dos meses del 2007 y 12 meses del 2008, pero en todo caso esa variación del 335% no tuvo ninguna incidencia material en el Dictamen, pues se reitera no se utilizó el porcentaje medio de 108% que arrojaba dicho calculo, sino se utilizó un 35%.

Esta diferencia entre el 35% y el 108%, y el por qué se utilizó el 35% y no el 108% (que era la media entre 2007 y 2010 utilizando el 335%) fue un aspecto que incluso fue indagado por el H. Juez en audiencia del 28 de octubre de 2020 y que fue aclarado por el señor Perito Germán Peña de la siguiente forma (Ver 1 hora 14 minutos de la grabación de la audiencia del 28 de octubre de 2020):

“Pregunta señor Juez:

¿Cuál es la razón para haber establecido de manera resaltada, entonces, ese promedio aritmético? ¿Cuál es el mensaje el haber resaltado ese dato?

Respuesta Perito Germán Peña:

El promedio es de 108.3 pero se tomó el 35% para buscar un nivel, digamos que yo no puedo decir que una empresa crece en un 108,3, entonces para llegar a ese 35% lo hice de esa forma, para suavizar ese crecimiento.”

Con base en ello, es claro que el Perito Germán Peño si explicó porque aterrizó el valor a 35%, pues precisamente un promedio de crecimiento de 108,3% en ventas, no atendía a la realidad, lo que aterriza cualquier reproche en relación con el 335%, pues claramente **no utilizó dicho cálculo y lo aterrizó a una realidad contable como lo fue el 35% de crecimiento anual.**

Ahora bien si el reproche del Fallo es no haber utilizado los estados financieros de 2011 a 2019 para realizar sus cálculos, se debe reiterar que el modelo de flujo de caja descontado es una proyección, donde incluso el Perito de Contradicción Eduardo Jiménez señaló que no para ese cálculo no eran necesarios los estados financieros de 2011 a 2019, como erróneamente sostuvo la Demandada. (Respuesta perito Eduardo Jiménez – Grabación 3 horas 34 minutos, reiterado en 3 horas 39 minutos de la grabación de la audiencia del 28 de octubre de 2020).

13. En este punto debo llamar la atención del H. Tribunal, que el Perito Germán Peña tiene amplia experiencia en dictámenes periciales financieros en instancias judiciales, -lo cual acreditó con sus manifestaciones legales-, por lo que su experiencia e idoneidad está más que acreditada, pero sobre todo quiero llamar la atención que los Peritos de Contradicción **no se atrevieron a liquidar el perjuicio bajo sus reparos**, porque sabían que de hacerlo las cifras a las que llegarían serían muy similares a las del doctor Peña, pues se reitera todos los reproches que hacen al Dictamen, **no fueron relevantes para el cálculo final del perjuicio patrimonial**, pues no se solicitó la proyección en ventas, como trataron de enfocarlo los Peritos de Contradicción y en todo caso el 335% de variación que tanto reprochan tampoco fue un factor determinante, al utilizarse una tasa del 35% y no del 108% de utilizarse ese valor.

A.3 Conclusiones del literal A que deben conllevar a la revocatoria parcial de la Sentencia del H. Juzgado 32 Civil del Circuito.

14. Con base en lo anterior y para sintetizar los motivos por los cuales el Dictamen Pericial si debió ser valorado como prueba del perjuicio patrimonial sufrido por RIAR:
- (i) El Dictamen Pericial utilizó la metodología de flujo de caja descontado, donde los tres expertos que declararon tanto de los Demandantes como de la Demandada, estuvieron de acuerdo con que es la **metodología adecuada para calcular el lucro cesante de RIAR.**
 - (ii) Del Dictamen Pericial pero en especial de la sustentación del Perito Germán Peña del 28 de octubre de 2020, se tornaba palpable y demostrado **cómo fue el cálculo del WACC**, donde el perito por más de 10 minutos expuso cuales fueron los cálculos realizados para obtener el WACC de RIAR para los periodos de 2007 a 2010.
 - (iii) El Perito Germán Peña explicó como desde el punto de vista financiero si se podían comparar los estados de resultados de 2007 y 2008, pues los cortes son a 31 de diciembre, por lo que respaldo su cálculo del 335% de variación en ventas entre 2007 y 2008.
 - (iv) **En todo caso**, la variación del 335% en ventas de 2007 a 2008, **no fue un valor relevante** para el cálculo del perjuicio de RIAR, pues del Dictamen Pericial y de la sustentación del Perito, fue claro que el **NO utilizó** promedio de 108,3% (valor resultante del promediar

335%, -7,1%, -3,2%) sino que dicha cifra fue aterrizada a un 35%, - luego de ajustar el 335% a un crecimiento inicial mensual del 27%-. (Ver 1 hora 12 minutos de la grabación del 28 de octubre de 2020)

Lo que en otras palabras implica que el 335% no fue utilizado para el cálculo final de la proyección de ventas anual, pues de haber utilizado el porcentaje anual hubiese sido del 108% y no del 35% que fue el valor aterrizado y utilizado realmente por el Perito.

- (v) Sin perjuicio de lo anterior, **RIAR NO está solicitando el reconocimiento de las ventas proyectadas**, -como erróneamente se trató de centrar la discusión-, sino que lo que está solicitando es el lucro cesante derivado de una metodología de flujo de caja descontado, no las ventas proyectadas, pues se reitera que de ser así las pretensiones de la Demanda hubiesen sido de casi 13 mil millones de pesos a 2019.

15. En ese sentido, el Dictamen Pericial del Perito Germán Peña si debió ser valorado como una prueba conducente, pertinente y útil para acreditar el perjuicio patrimonial sufrido por RIAR por lo que la Sentencia debe ser revocada en este punto.

B. La Sentencia no valoró la evidencia documental que demostraba que RIAR pagó sendas campañas publicitarias para mejorar su imagen luego del daño de EL ESPECTADOR.

1. El segundo aspecto que se reprocha a la Sentencia, respetuosamente, es que haya concluido que RIAR no demostró tomar medidas para mitigar el daño causado por el artículo de EL ESPECTADOR y que por ende solo se haya reconocido el daño hasta el año 2013, cuando dicho aspecto **si estaba probado** en el expediente y por ende el daño debió ser liquidado hasta la fecha, donde RIAR aún no ha logrado, -y probablemente ni logrará-, recuperar su imagen.
2. Sobre este punto, cito el Fallo (Ver Página 23):

A pesar del avance de la crisis de la empresa, hecho revelado por aquellas cifras, no se informó por la demandante, la adopción de medidas técnicas para procurar contrarrestarla, y aunque mencionó una importante erogación en publicidad, omitió especificar en qué consistió, al igual que el concepto de idoneidad de la misma por un experto, y haber adjuntado las respectivas evidencias.

En ese contexto fáctico se deduce, que la actora omitió implementar estrategias de manera técnica, a fin de enfrentar la afectación de la organización, y por ello, se impone inferir, que se expuso con culpa a la extensión del daño, pues no actuó como un profesional de los negocios.

Así las cosas, solo se reconocerá la diferencia existente entre las utilidades obtenidas en los períodos 2010 - 2011, que equivale a \$9'871.080, y 2011 - 2012, por valor de \$11'907.000, y la pérdida reportada durante 2013, correspondiente a \$77'788.000, para un total de \$99'566.080."

3. No obstante, lo anterior, en el proceso obra prueba **fruto de una exhibición de documentos ordenada de oficio**, donde se evidencia que RIAR **invirtió entre 2013 y 2016 cerca de COP \$250'000.000** en publicidad, lo que se traduce en un esfuerzo de recuperar su buen nombre y mitigar el impacto que tuvo el artículo de EL ESPECTADOR del 22 de diciembre de 2010.
4. Es decir, con los documentos aportados derivados de la exhibición de documentos realizada por RIAR y declarada de oficio por el H. Juzgado, donde se aportó una certificación contable con anexos de RIAR, se evidencia que de 2013 a 2016 se realizaron sendos pagos a cadenas radiales para **mejorar la imagen de la Compañía**, al respecto cito la certificación contable que obra en el expediente:

*"Yo, MARIA TORCOROMA PEREZ ALVAREZ, identificada con la C.C.No.60.415.477de Abrego, contadora publica con tarjeta profesional No. 169111-Tcertifico dando fe pública la compañíaRIARCENTRO DE MEDICINA ESTETICA Y ALTERNATIVA SAS,identificadacon el Nit. 900.181.897-1 de conformidad a sus libros oficiales y su contabilidad digitalsoftware Melisa,reporta **pagos de publicidad a la empresa CARACOL SA por los periodos año 2013 al año 2016por \$ 119.850.913(anexo página 1-6) y gastos de generales de publicidad de\$137.905.618** (Anexo Página 4-6 y 5-6)" (Negrillas fuera de texto)*

5. Con base en ello, es palpable que la certificación contable con anexos, eran una prueba que **evidenciaban las sumas en que incurrió RIAR entre 2013 y 2016 para mitigar el daño causado por EL ESPECTADOR**, lo cual fue un aspecto que omitió analizar el Fallo, pues no solo se mencionaron

los COP \$250'000.000 en publicidad, sino que los mismos están detallados y sustentados en la prueba documental indicada.

6. Por lo anterior, es palpable que RIAR si demostró que tomo medidas para mitigar el daño causado, donde pagó principalmente **emisiones radiales en CARACOL Radio y Radioactiva**, para recuperar el buen nombre de la Compañía, lo cual claramente no funcionó pues ello no evitó la debacle económica causada con el artículo de EL ESPECTADOR.
7. Dichas pruebas documentales, fruto de una exhibición de documentos ordenada por el H. Despacho, no fue analizada en el Fallo por lo que de haberlo sido claramente la condena patrimonial hubiese sido hasta el 2019 por lo menos y no hasta el 2013.
8. Además valga indicar que la contadora MARIA TORCOROMA PÉREZ fue citada a declarar el 23 de noviembre de 2020, donde se **reafirmó** la certeza y veracidad de los estados financieros, al punto que el apoderado de EL ESPECTADOR hizo una única pregunta formulada que en absoluto le restó algún valor probatorio a los documentos exhibidos o a las certificaciones contables, donde **la única pregunta formulada por EL ESPECTADOR**, que en absoluto deviene en una exclusión de la prueba fue (Ver 1 hora 54 minutos de la Grabación del 23 de noviembre de 2020):

Apoderado COMUNICAN S.A.:

El abogado doctor Lombana, mandó el pasado 27 de octubre de este año unos estados de resultados y balances generales del 2007 al 2019, más una certificación de, o dos certificaciones de gastos en publicidad doctora, ¿usted firmó todos esos documentos?

Respuesta MARIA TORCOROMA PÉREZ:

Si señor, los certifiqué, como contadora pública doy fe pública."

9. Dicho de otro forma, el único reproche que hizo EL ESPECTADOR fue por un lapsus que se cometió en el capital social de RIAR para 2010, lapsus que fue corregido y aclarado por la Contadora en audiencia del 23 de noviembre de 2020, por preguntas posteriores que hizo el H. Despacho, donde reafirmó e indicó que: (i) ella expidió las certificaciones; (ii) no hubo error contable alguno.

10. Dicha prueba es conducente, pertinente y útil para acreditar que RIAR si tuvo conductas encaminadas a mitigar el daño causado por EL ESPECTADOR, máxime cuando EL ESPECTADOR **solo solicitó la comparecencia de la Contadora y solo le formulo** dicha única pregunta, sin que de ella pueda evidenciarse una contabilidad mal llevada o una doble contabilidad, máxime si la demandada en la oportunidad que tenía para ello no: (i) formulo tacha de falsedad, -si es que alguna falsedad evidenció-; (ii) no se opuso a la exhibición de documentos, ni a la inclusión de los documentos exhibidos al expediente (artículos 265 y siguientes del C.G.P.). **Por lo que precluyó su oportunidad procesal para hacerlo (Artículo 117 del C.G.P.).**
11. En consecuencia, el Fallo debe ser revocado en este punto y la condena en contra de COMUNICAN debe ser hasta la fecha de este escrito o por lo menos hasta el año 2019, -fecha de radicación de la demanda-, pues se demostró con la exhibición de documentos decretada de oficio por el H. Despacho, que RIAR si intentó mitigar el impacto del artículo de EL ESPECTADOR, a través de publicaciones radiales en medios como CARACOL Radio o Radioactiva, sin que ello hubiese logrado mejorar su imagen, aspecto que no fue analizado en la Sentencia.
12. En el anterior sentido, se sustenta el recurso de apelación parcial en contra de la Sentencia del H. Juzgado 32 Civil del Circuito.

IV. SOLICITUD

En virtud a lo expuesto en este escrito solicito:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia del 7 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá.

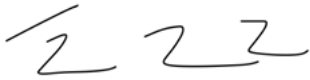
SEGUNDO: En su lugar, CONDENAR a COMUNICAN S.A. al pago del perjuicio patrimonial causado a RIAR por un valor de COP \$2.391'887.224 o la suma que encuentre probada el Tribunal.

TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la Demandada.

V. NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado y los Demandantes reciben notificaciones en la Carrera 14 No. 94 – 44, Torre A oficina 201 de Bogotá o en los correos jlombana@goh.law y juanlombana5@hotmail.com

Del H. Tribunal,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'J' followed by 'S', 'L', 'S', and 'I'.

JUAN SEBASTIAN LOMBANA SIERRA
C.C. 11.233.717 de La Calera
T.P. 161.893 del C.S.J.

Honorable Magistrada
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARON
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
E. S. D.

Asunto: Sustentación recurso de apelación
Demanda: Impugnación de actos de Consejo de Administración
Demandante: CLARA MILENA OSORIO GUZMAN
Demandado: COOPERATIVA DE LOS PROFESIONALES COASMEDAS
Radicación: 11001-3103-035-2019-00198-02

GUILLERMO SANDOVAL MEDINA, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi condición de apoderado de la señora **CLARA MILENA OSORIO GUZMAN**, quien es demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, y dentro del término legal correspondiente, sustento el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 3 de febrero de 2021 emitida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

1. Introducción

Como se enunció al momento de interponerse el recurso de apelación, el reproche contra el fallo emitido por el juez a-quo consiste en que no tuvo por probada estándolo la violación al derecho fundamental al debido proceso en el trámite de exclusión de la demandante CLARA MILENA OSORIO de la Cooperativa de los Profesionales COASMEDAS, como se expone a continuación:

El juez de primera instancia, en la sentencia impugnada y luego de hacer una introducción equivocada sobre la naturaleza de las entidades cooperativas¹ -advirtiendo así deficiencias en el análisis probatorio del proceso- señala que no encontró falla alguna en el proceso seguido por COASMEDAS para excluir a la señora Clara Milena Osorio, quien era socia o asociada de dicha cooperativa, razón por la cual denegó las pretensiones de la demanda.

La anterior decisión no es compartida por la parte demandante toda vez que consideramos que sí existieron fallas en el proceso disciplinario de exclusión adelantado por la demandada COASMEDAS que violaron el derecho fundamental al debido proceso de mi mandante y que debieron ser advertidas por el juez a-quo.

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, *el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no*

¹ Al referirse a las cooperativas de trabajo asociado siendo que Coasmedas no es una cooperativa de dicha naturaleza.

se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

En el régimen legal de las entidades del sector de la economía solidaria, el artículo 14 del Decreto Ley 1481 de 1989, aplicable a las entidades de naturaleza cooperativa por remisión del artículo 158 de la Ley 79 de 1988, establece que *Los estatutos de los fondos de empleados deberán establecer los procedimientos disciplinarios básicos, las sanciones aplicables y los organismos competentes para ejercer las funciones de carácter correctivo y disciplinario. En todo caso se consagrarán las causales de exclusión y de suspensión y se garantizará el derecho de defensa del inculcado mediante la posibilidad de presentar sus descargos.*

El debido proceso implica la concurrencia de dos elementos, a saber, el principio de legalidad y un procedimiento que garantice el derecho a la defensa.

El principio de legalidad implica la determinación (1) de las faltas disciplinarias y (2) de las sanciones respectivas. El principio general de la legalidad de la falta y de la sanción correspondiente; implica la previa y precisa determinación que la entidad de derecho privado debe hacer de los hechos u omisiones que contravienen el orden o el régimen disciplinario y de las sanciones que de acuerdo con la gravedad de los hechos puedan imponerse.

En cuanto a la determinación de las faltas disciplinarias, la norma que las consagre debe ser previa, expresa y cierta².

En cuanto al procedimiento que garantice el derecho a la defensa y ante la ausencia de una norma jurídica que lo establezca, la jurisprudencia constitucional (Sentencia T-301 de 1996) tiene señalado que *La efectividad del derecho al debido proceso dentro de los procedimientos sancionadores aplicados por las instituciones universitarias, sólo queda garantizada si el mencionado procedimiento comporta, como mínimo, las siguientes actuaciones: la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera*

² El primero de estos elementos se centra en el principio de legalidad de las faltas y las sanciones. Como es sabido, este principio se expresa a través de tres elementos: *lex previa*, *lex scripta* y *lex certa*. Para que el principio de legalidad cobre plena vigencia dentro del procedimiento sancionador, es absolutamente necesario que la falta disciplinaria se tipifique en la norma reglamentaria (*lex scripta*) con anterioridad a los hechos materia de la investigación (*lex previa*). Si bien los requisitos relativos al carácter escrito y previo de la falta disciplinaria son los mismos en el derecho penal que en el derecho académico sancionador, no ocurre lo mismo frente al requisito de la *lex certa*. En efecto, no es necesario que en los reglamentos de las instituciones universitarias se establezca la exacta determinación de los supuestos de hecho que dan lugar a una determinada sanción disciplinaria. En este tipo de reglamentos, la tipificación de las faltas puede ser lo suficientemente flexible como para permitir a la autoridad competente disponer de un margen de apreciación discrecional - que no arbitraria - al momento de determinar la falta disciplinaria concreta y su respectiva sanción, pero ese margen no puede llegar nunca hasta el punto de permitirle la creación de figuras sancionatorias no contempladas por la norma. (Sentencia T-301 de 1996)

clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones de las autoridades competentes.

La Superintendencia de la Economía Solidaria, recogiendo la jurisprudencia vigente sobre el tema disciplinario en entidades de derecho privado como lo son las cooperativas, tiene instruido en la Circular Básica Jurídica No. 20 de 2020, que el procedimiento disciplinario debe observar, como mínimo, las siguientes etapas:

- Auto de apertura de investigación y comunicación de la misma
- Pliego de cargos al investigado donde debe señalarse las normas presuntamente violadas.
- Notificación del pliego de cargos.
- Descargos del investigado.
- Práctica de pruebas.
- Traslado, con sus recomendaciones, al órgano de administración competente para aplicar las sanciones.
- Notificación de la sanción por parte del órgano competente.
- Posibilidad de presentación de los recursos a que haya lugar.
- Resolución, por parte las instancias competentes, de los recursos interpuestos.

En el caso de la exclusión de Clara Milena Osorio de Coasmedas, esta cooperativa violó los dos elementos que componen un procedimiento sancionatorio en entidades de derecho privado, como se explica a continuación:

2. Violación del principio de legalidad de las causales disciplinarias y las sanciones.

En este caso, el principio enunciado fue vulnerado por la cooperativa demandada en razón a que la causal de sanción estatutaria imputada a Clara Milena Osorio y por la cual fue excluida, no fue probada ante el juez de instancia. Dicho en otros términos, la conducta realizada por Clara Milena Osorio no casaba en el supuesto de hecho consagrado en la norma estatutaria.

En efecto, el Consejo de Administración de COASMEDAS, en sesión llevada a cabo los días 23 y 24 de Noviembre de 2018, dispuso la apertura de un proceso disciplinario de exclusión a mi mandante CLARA MILENA OSORIO GUZMAN como socia de la cooperativa, por haber incurrido, a su juicio, en la causal contenida en el numeral segundo del artículo 22 del estatuto de COASMEDAS que a la letra dice: “*ARTICULO 22-EXCLUSIÓN: El consejo de Administración podrá decretar la exclusión del asociado a COASMEDAS que se encuentre incurso en una de las siguientes causales: (...) por servirse de COASMEDAS en provecho irregular propio, de otros asociados o de terceros.*”

En este caso, la demandada no probó que la demandante se hubiese servido de la cooperativa en provecho irregular propio o de terceros, como le correspondía.

Al contrario, la parte demandante logró demostrar que los asociados a la cooperativa podían inscribir a sus padres al evento de bienestar social denominado Buen vivir, realizado en Isla Barú en los días 13 a 17 de Septiembre de 2018. Prueba de ello es lo respondido por el representante legal de Coasmedas en el interrogatorio de parte efectuado por el suscrito apoderado de la parte actora, cuando se le preguntó si al referido evento podían asistir los padres de los asociados. Siendo Clara Milena Osorio asociada, podía entonces inscribir a sus padres al evento. Si bien el pago de los derechos de asistencia al evento no fueron pagados en su totalidad al momento de dicha inscripción ello no puede interpretarse como un provecho irregular para Clara Milena Osorio pues, es una obligación cuyo acreedor es la cooperativa y hace parte de sus activos, como en derecho corresponde, amén de haberse autorizado por Clara Milena Osorio como Coordinadora del Bienestar Social de la cooperativa; es decir, en su rol de empleada y no de asociada, por lo que un eventual reproche debió darse en el marco de la relación laboral que no asociativa.

Al no haber estado prohibido a los asociados de Coasmedas inscribir a sus padres al evento Buen Vivir referido, no podía existir provecho irregular de la cooperativa por parte de la asociada ni de los inscritos. Tampoco podía existir provecho irregular por el hecho de que el costo del viaje no hubiese sido pagado en su totalidad al momento de la inscripción, pues hubo un pago parcial y el saldo no lo ha perdido la cooperativa. Antes de buscar un beneficio propio o de terceros, Clara Milena Osorio inscribió a sus padres al evento con el objetivo de de incrementar las inscripciones a dicho evento que en ese momento contaba con pocas inscripciones y cumplir las metas exigidas por la Cooperativa.

En cuanto al uso de los llamados Tour Conductor por parte de Clara Milena Osorio, ello tampoco constituye un provecho irregular en cabeza de la demandante toda vez que correspondían a cupos para asistencia al evento donados por el operador turístico Coopava, que no representaban mayores costos para la cooperativa Coasmedas contratante de dichos servicios. Esto también quedó demostrado con el material probatorio configurado en el expediente.

Finalmente, el juez de instancia no tuvo en cuenta que Coasmedas confundió la relación laboral que Clara Milena Osorio tuvo con dicha entidad con la relación asociativa en cuyo marco se dio la exclusión. En efecto, el consejo de administración le dio efectos asociativos a asuntos o hechos relacionados exclusivamente con el rol laboral que vinculó a Clara Milena Osorio con la cooperativa, y ello se evidencia de los hechos expuestos en el pliego de cargos que obra como prueba en el proceso.

No sobra señalar que tanto la relación laboral como la relación asociativa son de naturaleza jurídica distinta y tiene por objeto jurídico actos jurídicos diferentes (acto laboral vs acto cooperativo), tan es así que cada relación se rige por regímenes jurídicos diferentes.

En el hipotético caso que hubiese existido una infracción de carácter laboral -como por ejemplo desatender una orden de un superior jerárquico-, la misma no puede producir más efectos que los previstos en el régimen laboral (Código Sustantivo del Trabajo, Reglamento Interno de trabajo y Contrato de Trabajo), salvo que, por ejemplo, se pierda la relación laboral y ésta sea presupuesto para la relación asociativa, caso este que no puede darse en Coasmedas en razón de las condiciones propias del vínculo asociativo establecido en el estatuto, conforme al cual, para ser asociado no es condición ser empleado de la cooperativa.

Desde el rol o relación asociativa con Coasmedas, la demandante no generó actos u omisiones que impliquen servirse de la cooperativa en provecho irregular propio, de otros asociados o de terceros. Brillan por su ausencia pruebas que así lo demuestren. Como asociada de Coasmedas, la demandante se caracterizó por ser una socia responsable y cumplidora de sus obligaciones económicas y sociales, establecidas en la ley y el estatuto.

Los deberes de los socios de las cooperativas, según lo establecido en el artículo 24 de la Ley 79 de 1988, son:

1. Adquirir conocimiento sobre los principios básicos del cooperativismo, características del acuerdo cooperativo y estatutos que rigen la entidad.
2. Cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo cooperativo.
3. Aceptar y cumplir las decisiones de los órganos de administración y vigilancia.
4. Comportarse solidariamente en sus relaciones con la cooperativa y con los asociados de la misma, y
5. Abstenerse de efectuar actos o de incurrir en omisiones que afecten la estabilidad económica o el prestigio social de la cooperativa.

Todos los deberes como asociada, legales y estatutarios, los cumplió cabal y puntualmente la demandante durante su asociación a Coasmedas, razón por la cual la formulación de cargos y la exclusión son improcedentes y lucen arbitrarios y amañados.

El juez de instancia no advirtió que, la decisión de exclusión adoptada por el Consejo de Administración está viciada de nulidad y constituye una violación de las normas sustanciales aplicables al tema (Art. 19 núm. 4, Art. 23, Art. 25 de la Ley 79 de 1988, Art. 14 del Decreto Ley 1481 de 1989, Art. 22 y 23 del Estatuto, entre otros), como consecuencia de errores de juicio sobre la existencia, validez, alcance o significado del precepto legal sustantivo aplicable al caso (Num. 2 Art. 22 Estatuto).

En conclusión, Clara Milena Osorio no incurrió en la causal de sanción prevista en el artículo 22 del estatuto de la cooperativa demandada consistente en “*servirse de COASMEDAS en provecho irregular propio, de otros asociados o de terceros*”.

2.1 En cuanto al procedimiento disciplinario adelantado por la cooperativa demandada para excluir a Clara Milena Osorio como socia o asociada, el mismo fue irregular y violó el derecho a la defensa de la demandante.

En efecto, como prueba de los cargos formulados a mi mandante, COASMEDAS refirió un informe de auditoría supuestamente efectuado entre el 29 de Octubre y el 16 de Noviembre de 2018, que no fue trasladado o puesto en conocimiento en debida forma a ésta al momento del acto de formulación de cargos. Al formular cargos Coasmedas se limitó a referir dicho informe. Al no haber sido trasladado el referido informe de auditoría, que era la prueba reina en contra de Clara Milena Osorio, ésta no pudo ejercer de manera justa su derecho de defensa y contradicción.

Es de anotar que, según dicho informe, se le atribuye a mi mandante haberle causado pérdidas económicas a la cooperativa por un valor cercano de Quince millones quinientos ochenta mil pesos M/cte, (\$15.580.000), sin más argumento que la apreciación subjetiva del autor de dicho informe (desconocido por la demandante excluida). La falta de traslado del informe de auditoría que sustentaba el cargo de “provecho irregular” de la cooperativa

por parte de Clara Milena Osorio, impidió a esta controvertir dicha prueba, así como objetar su idoneidad y la del autor del mismo.

Igualmente, el juez de instancia no advirtió que además de que la decisión de exclusión de la demandante adolece de vicios sustanciales, como ya se explicó, el medio de prueba en que se fundó la exclusión, consistente en un informe de auditoría, no fue valorado de manera objetiva por el Consejo de Administración. De haberlo hecho habría deducido que el mismo no demuestra que Clara Milena Osorio haya incurrido en la causal del numeral 2 del artículo 22 del Estatuto, pues las actuaciones u omisiones que se le pudiesen imputar se dieron en el marco de una relación laboral, cuando ella se desempeñaba como Coordinadora de gestión Social de Coasmedas.

En conclusión, el hecho de que Coasmedas haya omitido trasladar a Clara Milena Osorio la prueba en la que fundaba el cargo imputado, constituye una clara violación al derecho de defensa protegido por el derecho fundamental al debido proceso.

La omisión anotada está también probada dentro del proceso adelantado ante el a-quo, con la contestación de la demanda donde la cooperativa confiesa la falta y en el interrogatorio de parte efectuado al representante legal de la cooperativa demandada donde este también confiesa no haber entregado a Clara Milena Osorio la prueba pericial que sustentaba el cargo imputado y por el cual terminó siendo excluida mi mandante.

Al formularse los cargos imputados el 30 de noviembre de 2018, la administración de COASMEDAS tampoco corrió traslado a mi mandante CLARA MILENA OSORIO GUZMAN de ninguna otra prueba adicional, diferente al “extracto” transcrito de un informe de auditoría que no se conoció. Lo anterior, a pesar de que mi mandante CLARA MILENA OSORIO GUZMAN solicitó el día 5 de Diciembre de 2018, por escrito y con mucha anterioridad, copia de los elementos materiales probatorios en que se fundaban los cargos, éstos solamente fueron entregados por COASMEDAS, el día 28 de Diciembre de 2018, es decir, cuando ya se vencía el término estatutario de diez (10) días hábiles para rendir descargos.

Finalmente también Coasmedas violó el derecho a la defensa de la demandante (Violación del debido proceso por haberse infringido normas de disciplina probatoria (error de derecho)), al haber negado pruebas pedidas por la demandante en el curso de trámite del proceso disciplinario que desembocó en su exclusión; medios tendientes a demostrar que sus actuaciones, amén de que se dieron en el marco de una relación laboral (que no asociativa) que le unía a la cooperativa, se justificaron de manera razonable.

De manera arbitraria Coasmedas calificó de “inconducentes” algunas de las pruebas solicitadas, por la demandante pues no se justificó suficientemente la razón de la supuesta “inconducencia”. Por ejemplo, frente al tema de los “Tour Conductor”, dicha prueba pretendía demostrar que su uso implicaba un beneficio para la cooperativa y no un perjuicio como se pretende hacer ver. Si bien se dice que en la cooperativa reposan las ofertas comerciales de Coopava, dichas pruebas no le fueron trasladadas a la demandante como en derecho correspondía.

También se le negó el acceso a otras pruebas como los antecedentes del programa Buen Vivir so pretexto de ser “confidenciales” o “reservados”. En estos antecedentes se evidenciaría, además de la diligencia de Clara Milena Osorio y compromiso como

funcionaria de la cooperativa en el desarrollo del programa, la escasa atención de los asociados a la convocatoria para el encuentro de septiembre de 2018.

En conclusión, al considerar el juez a-quo que el proceso disciplinario adelantado por Coasmedas contra la demandante Clara Milena Osorio carecía de fallas que afectaran el debido proceso, demuestra un análisis probatorio deficiente (defecto fáctico positivo) y en defecto sustantivo.

Corolario de lo anterior, solicito al H. Tribunal de Bogotá Sala Civil, revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, conceder las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la demandada.

Del señor Juez,



GUILLERMO SANDOVAL MEDINA

CC. No. 6.014.350 de Santa Isabel (Tolima)

T.P. No. 116.856 del C.S. de la J.

Honorable Magistrado

Doctor

OSCAR FERNANDO YAYA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA SÉPTIMA CIVIL

E. S. D.

Referencia: Acción de Protección al Consumidor Financiero de **INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES NASA S.A.S.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**).

Radicado: 2018-01213-01.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación.

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, “Acción” o “mi representada”) en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la “Delegatura”) el 21 de enero de 2021.

ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO

En el presente escrito de sustentación se explicarán en detalle los yerros en los que incurrió la Delegatura al proferir la sentencia de primera instancia, de tal forma que este Tribunal cuente con los elementos de juicio necesarios para revertir las decisiones que allí se adoptaron y, por esa vía, denegar las pretensiones que fueron formuladas en contra de mi representada. Para tales efectos, este escrito se desarrollará en el siguiente orden metodológico:

1. En primer lugar, se hará un breve resumen de los hechos, antecedentes y relaciones negociales que motivaron este proceso. Lo anterior, con el propósito de que el Tribunal pueda analizar los argumentos de este recurso a la luz de las particularidades del caso, sin caer en los errores e imprecisiones que cometió la Delegatura al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.
2. En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió la Delegatura entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que la Delegatura realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación **INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES NASA S.A.S.** (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que, en últimas, derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal y que desconocen su objeto mismo (esto es, realizar y fallar un juicio de responsabilidad civil propio de la acción de protección al consumidor financiero y no, como se terminó haciendo, adelantar una actuación administrativa sancionatoria).
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil contractual que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debidamente fallado en contra de mi representada.

Al respecto, no debe pasarse por alto que este proceso se enmarca en el presupuesto estructural de “culpa probada”. Por consiguiente, si no son acreditados suficientemente todos los elementos constitutivos de responsabilidad civil contractual —como en efecto aconteció—, no es posible decidir ni reafirmar un fallo en contra de Acción.

4. Enseguida, se hará referencia a la sentencia de segunda instancia que profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso judicial que promovió otro inversionista del proyecto Marcas Mall en contra de mi representada por unos hechos y pretensiones prácticamente iguales a los que motivaron el

proceso de la referencia. En nuestro respetuoso criterio, ese fallo en segunda instancia resulta fundamental para que este Tribunal pueda decidir el recurso de apelación que nos ocupa, pues allí se decantaron los argumentos que permiten exhibir y rebatir por completo los errores en los que incurrió la Delegatura.

5. Finalmente, se hará énfasis en los yerros en los que incurrió la Delegatura al analizar y decidir el llamamiento en garantía que promovió mi representada en contra de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** (en adelante, la “Llamada en Garantía”). Lo anterior, de tal forma que, ante una eventual providencia que reafirme lo decidido en la sentencia de primera instancia o cualquier otra condena en contra de mi representada, la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de la correspondiente condena.

Frente a esto, de entrada, debemos decir que resultó sorprendente la forma en la que la Delegatura analizó y desechó el llamamiento en garantía, aplicando para el efecto un racero y una carga excesiva a mi representada, olvidando todos los planteamientos que aplicó para analizar las pretensiones de la demanda principal en contra de Acción. Olvidó la Delegatura que, frente a la póliza de seguros con base en la cual mi representada presentó el llamamiento en garantía, ella es un consumidor financiero —condición que, por lo demás, no se pierde por el hecho de que ella sea una sociedad fiduciaria—, al cual le son aplicables todos los razonamientos, principios y derechos que consagra el régimen legal vigente. No puede ser que esos razonamientos, principios y derechos sí hayan sido tenidos en cuenta para decidir la demanda principal, pero no para el análisis respectivo del llamamiento en garantía.

I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS Y RELACIONES NEGOCIALES QUE MOTIVARON ESTE PROCESO

1. Contrato Inicial

Fecha: 17 de diciembre de 2013

Promotor: Urbo Colombia S.A.S.

Objeto: administración de recursos para desarrollo del proyecto marcas mall. Encargo de Preventas Simple.

Proyecto: 340 unidades, 139 oficinas y 1800 parqueaderos

Condiciones para punto de equilibrio: el promotor debe demostrar cumplimiento a la

Fiduciaria- fecha 20 de Mayo de 2015 prorrogable unilateralmente por el promotor por 1 año más, es decir **hasta 20 de mayo de 2016**.

2. Cesión

Fecha: 20 de Enero de 2014

Urbo le cede a Promotora Marcas Mall el 100% de los derechos fiduciarios y de beneficio. (las dos sociedades tienen el mismo representante legal Fernando Amorocho)

La fiduciaria firma en señal de aceptación.

3. Vinculación:

Encargos de vinculación para administración de recursos y, en algunos casos, promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall.

Los Encargos de vinculación para administración de recursos eran suscritos por mi representada y, en algunos casos, promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. Se desarrollaron con la firma del encargo y dependiendo de cada caso particular se firmaron los siguientes Otrosí:

Otrosí 1

Fecha: 2 de Marzo de 2014

Modifica:

Objeto: administrar recursos de los inversionistas para desarrollo del proyecto, una vez acreditadas las condiciones de punto de equilibrio, recibir recursos provenientes de unidades arrendadas por el fideicomiso a terceros.

Proyecto: 340 unidades aproximadamente, 139 oficinas, 1800 parqueaderos.

Incluye parágrafo 5 a la cláusula tercera: las condiciones de transferencia de los recursos aplicaran únicamente sobre los recursos transferidos por inversionistas de unidades.

Otrosí 2

Fecha: 21 de Mayo de 2014

Modifica:

Clausula tercera: se eliminó el numeral 4 de las condiciones para la entrega de recursos que decía: haber celebrado promesas iguales al 52% del total de las ventas estimadas

A través de este otrosí se agregó la expresión “si es el caso”, en las condiciones 1,2.,3, y 4.

Otrosí 3

Fecha: 28 de octubre 2014

Está relacionado en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor MR- 799 Marcas Mall.

Modifica:

Cláusula tercera condiciones para la transferencia de los recursos, eliminando el numeral sexto que establecía: que los encargos fiduciarios de los inversionistas cuenten en suma con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas.

Fecha para cumplimiento: 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por 6 meses más, es decir **15 de junio de 2015**.

Otrosí 4 Fecha: 24 de Diciembre de 2014

Objeto: Expedir certificados de garantía para garantizar obligaciones del fideicomitente o de terceros, títulos valores, fuentes de pago.

Se incluye clausulado de reglamentación de ejecución de la garantía.

Se modifica las condiciones de inicio del proyecto. El término para acreditar condiciones es hasta el 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por un término de seis meses más, es decir hasta el 15 de junio de 2015.

4. Acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas Promotor MR- 799 Marcas Mall

Fecha documento: 04 de Noviembre de 2014

El acta indica que se procedió a verificar la documentación aportada por el promotor para la etapa piso 1 y piso 2:

- No se requiere permiso de ventas por ser comercial
- Resolución 76001-2-14-021 del 4 de noviembre de 2014-licencia de construcción. Titulares: Jorge Ernesto Contreras Mayorga y Laboratorios Baxter
- Carta de promotora marcas mall, certificando que no necesita crédito constructor, por que será construido directamente con recursos de la venta de las unidades, suscrita por revisor fiscal.
- Se constituyeron 91 encargos por la suma de \$92.336.645.306
- La promotora marcas mall suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto aprobados por el interventor y el promotor

- La promotora marcas mall suministro certificado de tradición del folio 370-695292 correspondiente al lote Baxter, debidamente registrado a favor del FA-2351 Marcas Mall

Como consecuencia de lo anterior, en la mencionada acta se estableció:

“Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto, la FIDUCIARIA procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas”

Suscriben Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (Fernando Amorocho) y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (Alvaro Salazar)

Tal y como se desprende de las etapas identificadas en lo numerales anteriores, en síntesis, el proyecto se desarrollaría de la siguiente manera: las personas interesadas en invertir en ese proyecto celebrarían encargos fiduciarios con Acción (preventas) y, una vez cumplidas las condiciones previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”— mi representada transferiría los recursos económicos de los encargos fiduciarios al fideicomiso FA-2351 para que MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— se encargara de llevar a cabo la construcción del proyecto.

Con el propósito de que se lograra la comercialización del proyecto Marcas Mall, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor— asumió labores de promoción y comercialización directa con los potenciales inversionistas. Así, en gran medida, el Promotor fue el encargado de mantener los contactos directos con los inversionistas, absolver sus dudas, bríndales información del proyecto, y establecer con ellos los términos en los que se vincularían al proyecto y a los respectivos vínculos comerciales. Esta situación fue suficientemente desarrollada y reconocida por la parte demandante en el interrogatorio de parte.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la experiencia profesional de MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor—, conforme a la normatividad legal aplicable para ese momento —tal y como se explicará en detalle en este escrito—, esta sociedad y mi representada acordaron que MARCAS MALL CALI sería la encargada de evaluar y definir el momento en el que se cumpliría el “punto de equilibrio”, para que enseguida Acción transfiriera los recursos de los encargos fiduciarios individuales de los inversionistas al fideicomiso FA-2351. Hay que decirlo con total contundencia desde ahora: la fijación del “punto de equilibrio” y de las condiciones respectivas fue un asunto que asumió contractualmente el Promotor, frente a lo cual mi representada solo

debía transferir los recursos cuando el Promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos.

Hasta el año 2015, el señor German Puerto Castañeda en su calidad de interventor suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto previa revisión del promotor del proyecto. Con el aval presupuestal del interventor, el proyecto contaba con los recursos necesarios para su construcción, pues la transferencia de recursos se había dado por el cumplimiento de los requisitos dándole de esta manera viabilidad financiera al proyecto MARCAS MALL CALI.

El 16 de octubre de 2016, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor del proyecto Marcas Mall— cedió el 70.4% su posición contractual de Fideicomitente dentro de Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall a la sociedad URBANIZAR. Esta cesión se da con el fin de robustecer la experiencia en este tipo de proyectos, en tal sentido, la llegada de un promotor con mas experiencia era prenda de garantía para el éxito del proyecto.

ENCARGO FIDUCIARIO

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el 24 de octubre de 2014, se suscribió el contrato de encargo fiduciario 1100011066 entre la Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vinculara como inversionista del proyecto Marcas Mall. En dicho contrato, Acción asumió la obligación de actuar única y exclusivamente como administradora del encargo fiduciario y, por esa vía, transferir los recursos económicos que lo componían al fideicomiso FA-2351 Marcas Mall cuando el Promotor acreditara, informara e instruyera el cumplimiento de las condiciones técnicas previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”—.

Posteriormente, la Demandante firmó el Otrosí No. 01 de fecha 24 de agosto de 2015. En él se modificó el plan de pagos y se estableció que, para el mes de agosto de 2016, la Demandante debía cancelar **MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 1.851.946.200 M/CTE)**.

El plazo que disponía el Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 1100011066 del 24 de octubre de 2014 para que el PROMOTOR acreditara el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos vencía el día 20 de mayo de 2015. Al respecto, debe aclararse que, conforme a lo establecido en el Contrato de Encargo

Fiduciario, dicho término podía prorrogarse hasta por un año más, es decir, hasta el día 19 de mayo de 2016.

El encargo MR 799 Marcas Mall (preventas). cumplió punto de equilibrio el 5/11/2014, con 92 encargos aperturados y dineros recibidos a esa fecha por \$ 13.424.528,266 Todos los recursos fueron trasladados (barridos) al fideicomiso FA 2351 Marcas Mall; el 5 de nov/14 barrieron \$ 9.024.513.337, y entre el 6 y el 7 de noviembre de 2.014, barrieron \$ 4.438.596.314. (Anexo N° 2 acta verificación).

Con ocasión de los hechos antes anunciados, la **DELEGATURA PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** inició un proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada. Para el efecto, dicha Delegatura le presentó a un Pliego de Cargos con la referencia 2018127962-000-000.

En razón a ese proceso administrativo sancionatorio, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**.

A su turno, y de conformidad con los hechos antes anotados, la Demandante interpuso la acción de protección al consumidor financiero que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la Demandante mi representada “*incumplió gravemente*” y de “*manera descuidada*” las condiciones establecidas en el contrato de encargo fiduciario No. 1100011066.

Por alguna razón que aún no se ha podido establecer, la Demandante decidió encaminar su acción únicamente en contra de Acción, a pesar de que —como se explicó arriba— el negocio fiduciario y el proyecto Marcas Mall implicaba una serie de obligaciones para MARCAS MALL CALI y URBANIZAR —en sus calidades de Promotores del proyecto, según lo que se enunció antes—; de tal suerte que gran parte de los reparos de la Demandante se relacionan con las obligaciones contractuales que asumió URBANIZAR y la promotora MARCAS MALL CALI.

La Demandante fue enfática en su demanda en manifestar que Acción incumplió el contrato de encargo fiduciario 00011000011066, restringiendo sus argumentos a unas inconsistencias que alega observar entre una serie de documentos y uno denominado “*Acta de Verificación de Cumplimiento de Requisitos Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL*”.

Teniendo en cuenta que el 24 de octubre de 2014 se suscribió el contrato de encargo fiduciario 1100011066 entre la Demandante y mi representada, es importante poner de presente a este Tribunal que los requisitos y el punto de equilibrio fueron acreditados por el promotor del proyecto (MARCAS MALL CALI), tal y como le correspondía conforme a las obligaciones contractuales que ella asumió. En ese sentido, el planteamiento del cual partió la demanda y, por contera, la sentencia de primera instancia es equivocado:

- En primer lugar, al momento de firmar el contrato de encargo fiduciario 1100011066, la Demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de recursos, pues el contrato que firmó contenía toda la información y en el interrogatorio de parte la propia Demandante reconoció que había leído y entendido el clausulado del mentado contrato (derivado 02). De igual manera, en el interrogatorio rendido por la representante legal de Acción y por la documental obrante a derivado 00 (acta de verificación) aportada por la Demandante, se dio cuenta de la acreditación de la totalidad de los requisitos de conformidad con los soportes presentados por el Promotor del Proyecto.
- En segundo lugar, quien funge en el presente proceso como Demandante, gozaba y aún hoy goza de las calidades y cualidades que lo acreditan como un profesional en este tipo de negocios. Por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, la Demandante era plenamente consciente de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ella misma le correspondían. Por ende, es contradictorio la forma en la que se analizó su participación en la sentencia de primera instancia, partiendo de una premisa equivocada. Por sus calidades profesionales, la Demandante estaba obligada a comportarse como tal y con la posibilidad de exigirle con mayor rigurosidad las conductas propias de un experto al firmar estos negocios fiduciarios. Esta situación está suficientemente probada con la declaración rendida por el propio Representante Legal de la Demandante, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe (interrogatorio de parte – audiencia inicial).

En el transcurrir del proceso quedó claro también que la Demandante no entregó la totalidad de los recursos que se acordaron en el Contrato de Encargo Fiduciario Individual que suscribió. Lo anterior, teniendo en cuenta que, mediante el Otrosí No. 01 del 24 de agosto de 2015, se modificó el plan de pagos que estaba a su cargo y se

estableció que, para el mes de agosto de 2016, la Demandante debía cancelar **MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 1.851.946.200 M/CTE)**, de los cuales —como incluso se reconoce en la demanda— solo se entregó una suma total de **MIL SEISCIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$ 1.609.975.718 M/CTE)**.

Por lo anterior, quien realmente incumplió el contrato fue la aquí Demandante, pues se sustrajo del pago que le correspondía sin fundamento contractual para hacerlo. Debe decirse con total claridad: esa decisión unilateral de la Demandante —y, por lo demás, de todos los inversionistas adicionales del proyecto Marcas Mall— fue lo que realmente generó la suspensión de su desarrollo. Como se explicará más adelante en detalle, la Delegatura se limitó simplemente a identificar fallas en el actuar de mi representada para, por ese solo hecho, condenarla, sin realmente entrar a agotar los elementos que debía dentro del proceso de responsabilidad civil contractual.

En suma, la Demandante conocía y entendía la realidad del negocio al momento de firmar el encargo fiduciario 1100011066. Además, contaba con todas las herramientas para firmar el contrato, más aún teniendo el grado de experiencia en este tipo de negocios, por lo que ello ha debido ser considerado en la sentencia de primera instancia.

II. LOS YERROS QUE COMETIÓ LA DELEGATURA EN PUNTO DE LA CONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Con base en el contexto y antecedentes antes expuestos, conviene hacer una especial mención sobre los yerros que se cometieron en la sentencia en punto de su congruencia y motivación.

En síntesis, la decisión de la Delegatura es errada porque, más que responder a un juicio de responsabilidad civil contractual —tal y como le correspondía—, en realidad ella se configura como el resultado de un juicio administrativo sancionatorio propio de la Superintendencia Financiera —en su condición de autoridad estatal a cargo de la supervisión de las entidades financieras que operan en Colombia—.

Tal y como se desprende del fallo, el análisis de la Delegatura se circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en las que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria, en el desarrollo de (i) el encargo fiduciario MR-799, (ii) el contrato de fiducia

de administración FA-2351, y el encargo fiduciario 1100011066 que se suscribió con la Demandante ; dejando de lado el real propósito que le correspondía: analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la Demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una sanción a cargo de Acción.

Sumado a lo anterior, en términos generales —y más allá de ser completamente improcedente—, en su razonamiento, la Delegatura planteó una serie de consideraciones que son equivocadas y contrarias al marco normativo vigente. De manera empecinada y sin razón alguna, la Delegatura decidió aplicar unas normas jurídicas que no correspondían y realizar una serie de interpretaciones contrarias a derecho, con la única intención de concluir fallas en la conducta de mi representada. En este ejercicio, incluso la Delegatura terminó desconociendo actuaciones y conclusiones que la propia Superintendencia Financiera había decantado en los procesos administrativos sancionatorios que adelantó en contra de mi representada por lo que aconteció en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall.

Con el propósito de poner de presente todo lo antes dicho, a continuación se explicarán de forma detallada los yerros e imprecisiones que al respecto cometió la Delegatura en su sentencia de primera instancia:

Por una parte, de manera completamente desconcertante, la Delegatura abiertamente reconoció que su labor se encaminaría únicamente a determinar si mi representada había cometido algún tipo de falla a la luz de sus deberes legales y contractuales, sin entrar a establecer si el supuesto daño de la Demandante era atribuible a otro sujeto jurídico. Así, desde esa lógica, de plano, la Delegatura desechó la excepción de falta de legitimación por pasiva que formuló Acción y, mucho más grave, la misión que le correspondía como juez al decidir la acción de protección al consumidor financiero.

Con esto, la Delegatura cercenó uno de los pilares fundamentales de la defensa que mi representada había estructurado a partir de una premisa estructural: si es cierto que la Demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso, el mismo habría sido el resultado de un comportamiento antijurídico de MARCAS MALL, en su condición de Promotor del Proyecto Marcas Mall.

Frente a este punto, de entrada, debe decirse que —muy en línea con lo que se planteó en el acápite anterior— la única razón por la que la Delegatura decidió agotar este medio exceptivo de plano estuvo en defender neciamente una competencia que no le

correspondía para conocer y decidir este proceso. Tal y como se desprende de sus competencias legales —artículos 24 del CGP y la Ley 1328 de 2009—, la Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera. Es por tal motivo que ella en este proceso—como en todos los demás que ha conocido y decidido sobre el mismo asunto— se negó tozudamente a vincular a PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, pese a lo solicitado por mi representada, a sabiendas que ello solo implicaría la pérdida automática de sus competencias para decidir.

Al respecto, el artículo 90 del CGP establece que:

“ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.”

Así las cosas, la Demandante ha debido vincular y promover su demanda también en contra de PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, ya que ellos hacían parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 y del Fideicomiso FA-2351 —que son justamente los que la Delegatura utilizó como sustento para condenar a mi representada—. Pese a dicho error, la Delegatura decidió negar la excepción propuesta por mi representada y avalar la configuración del contradictorio en desmedro de los deberes que contempla el artículo 132 del CGP.

Lo realmente desconcertante de esto es que incluso, en su sentencia, la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351 y el encargo fiduciario individual 11066; por lo que entonces no se entiende cómo ella podía decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes de esos contratos hubieran participado en este proceso.

Como se indicó arriba, la naturaleza del proceso de la referencia no es la de una actuación administrativa sancionatoria, que deba tramitarse exclusivamente en contra de Acción. Todo lo contrario, este proceso está concedido para que se establezca si se configura una responsabilidad civil contractual con base en los hechos que planteó la Demandante y, por lo tanto, ello sólo puede definirse si se analizan las respectivas obligaciones contractuales a la luz de los comportamientos que hubieren desplegado

todos los sujetos que hacen parte del vínculo correspondiente.

Como dicha integración no sucedió, en nuestro respetuoso criterio, este Tribunal debe entonces revertir la decisión de primera instancia, de tal forma que tenga lugar un proceso en el que participen todas las partes que deben comparecer imparitadamente para que se pueda dictaminar si existe una responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, los respectivos responsables.

En segundo lugar, sobre este punto, conviene mencionar lo siguiente: si bien es cierto que la Delegatura cuenta con facultades para fallar *ultra y extra petita* en casos excepcionales, eso no le permite acceder a pretensiones con base en hechos que no son objeto de discusión en los procesos respectivos y en los que no se centró la actividad probatoria.

En efecto, el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, en su numeral 9, dice lo siguiente:

*“9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”*

De lo anterior se evidencia que la ley le ha otorgado a la Delegatura facultades expresas para fallar *infra, extra o ultra petita* en casos excepcionales; sin embargo, ella siempre se debe circunscribir a los hechos que resulten probados en los procesos. En ese sentido, es necesario resaltar la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre la mencionada facultad:

*“Así, la facultad *extra petita* – por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio”¹*

De esta forma, se colige fácilmente que, aun cuando la Delegatura pretenda fallar por fuera o por más de lo pedido, tiene que circunscribirse estrictamente a los hechos

¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de julio de 2018. Radicado No. 69550. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

alegados y probados dentro del proceso, que hayan dado lugar a las pretensiones de la demanda. En este punto, es preciso recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de los jueces de ceñirse al principio de congruencia en sus fallos:

*“Es que si la sentencia que dicta el juez **debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda**, así como en las demás oportunidades previstas procesalmente, debe observar igualmente las excepciones que aparezcan probadas, las cuales puede declarar de oficio, salvo que se necesite alegación expresa del medio exceptivo por la parte interesada. (...) Estas previsiones para el juez surgen del principio de congruencia que tiene consagración normativa en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.”*

*“Es **decir el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijan las partes y al que le permite la legislación procesal** en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.”*

“Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”² (Se subraya)

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Delegatura falló de una manera que no está contemplada ni permitida por la ley y que incluso contraría el ordenamiento: accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en hechos que no fueron alegados en el escrito inicial y sobre los cuales no versó la actividad probatoria de ninguna de las partes. Incluso, la Delegatura accedió a las pretensiones cuando en el trascurso del proceso se probó —más allá de toda duda— que los hechos que daban lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos.

Así, por ejemplo, respecto de los hechos sobre los cuales la Delegatura finalmente concluyó la existencia de un supuesto incumplimiento contractual por parte de Acción, ellos jamás fueron alegados por la Demandante y nada tuvieron que ver con sus pretensiones —tal y como fueron planteadas en el escrito de la demanda—. Es tan evidente la falta de congruencia del fallo, que ni siquiera éste se fundamentó en los alegatos de conclusión presentados por la Demandante; la cual vehementemente adujo que se ratificaba en todos y cada uno de los hechos presentados en la demanda, los

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Ely del Pilar Cuello Calderón

cuales, como se demostró, eran falsos.

En línea con lo que se ha dicho hasta aquí, en tercer lugar, conviene precisar los yerros que cometió la Delegatura al momento de estudiar y valorar la conducta contractual que desplegó mi representada a la luz de lo establecido en el encargo fiduciario MR-799, el encargo fiduciario 1100011066 y el contrato de fiducia de administración FA-2351. Si bien este será un punto que se explicará ampliamente en el siguiente acápite de este escrito de sustentación, debe mencionarse que, en su valoración, la Delegatura desconoció y decidió abiertamente en contra de lo que la propia Superintendencia Financiera había dictaminado de forma paralela.

Tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, en términos generales, los reparos que se hicieron frente a la conducta de Acción y de los que se concluyó su supuesta responsabilidad contractual, recaen en que ella no contaba con un adecuado Sistema de Control Interno (en adelante, el “SCI”). En síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SCI por parte de mi representada se tradujo en que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

Con ocasión de los hechos que acontecieron en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, el **SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** adelantó la actuación administrativa sancionatoria de referencia 2018127962- 000-000. Con ocasión de ese proceso, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**. Al respecto, no debe olvidarse que dicho Superintendente Delegado —en primera instancia— y el Superintendente Financiero —en segunda instancia— son las autoridades competentes y expertas para adelantar tales actuaciones administrativas.

Dentro de esa actuación administrativa sancionatoria, uno de los puntos específicos que justamente se analizó fue el de determinar si Acción contaba o no con un adecuado SIC, de acuerdo con las normas legales que eran aplicables. Tal y como se desprende de las Resoluciones 1520 y 1102, tanto en primera como en segunda instancia se concluyó que el SIC sí era adecuado y coherente con el marco normativo vigente.

Así las cosas, si las autoridades competentes y expertas concluyeron que no existía ninguna falla en el SIC de Acción, no se entiende cómo la Delegatura arribó a una conclusión diferente en la sentencia de primera instancia que nos ocupa.

Desafortunadamente, la existencia y efectividad del SIC nunca fue objeto de discusión dentro del proceso y la respectiva etapa probatoria —siendo así una sorpresa este asunto en la sentencia que profirió la Delegatura—, de tal suerte que mi representada nunca contó con la oportunidad de acreditar las Resoluciones 1520 y 1102 y lo que al respecto allí se decidió.

Todo esto reafirma la necesidad de que la sentencia de primera instancia sea revocada. Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor financiero sino, en realidad, al de una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.

En cuanto a este punto, debemos plantear una serie de consideraciones sobre el valor que la Delegatura le otorgó a las pruebas que fueron debidamente decretadas, aportadas y practicadas en la etapa probatoria. En nuestro respetuoso criterio, es claro que éste no respondió al resultado natural de la aplicación del criterio de *sana crítica* sobre las mismas que ordena la ley. Por el contrario, la Delegatura decidió valor las pruebas de manera individual y aislada, más no de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del CGP:

*“Las pruebas deberán **ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.” (Se subraya)*

Como se indicó anteriormente, aún si pudiera considerarse que la condena de mi representada fue determinada fallando en equidad o en conciencia, esto no excusaba a la Delegatura de valorar el material probatorio del proceso en su conjunto, como bien lo indica Hernán Fabio Lopez:

“Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos que se pueden fallar en conciencia, está excluido de la aplicación del sistema anterior (sistema de la sana crítica), (...)”³

Siguiendo esta línea, sobre todo, la Delegatura pasó por alto lo que se acreditó de manera suficiente con el interrogatorio de parte que se practicó a la Demandante. Basta detenerse en el mismo, para constatar varias cosas importantes para acreditar la

³ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

improcedencia de las pretensiones:

En primer lugar, con el interrogatorio se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.

Asimismo, en ese interrogatorio se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió la Demandante fueron negociados por ella con el Promotor del proyecto. Esto reafirma, entre otras cosas, que Acción no debió haber sido la llamada a responder por los supuestos daños que sufrió la Demandante y, mucho más importante, que el proceso no ha debido tramitarse ni decidirse sin la comparecencia del Promotor. Como se dijo arriba, debemos reiterar que la única razón por la que la Delegatura decidió proceder sin la comparecencia del Promotor fue porque sabía que ello se traduciría en una pérdida de competencia para ella.

Adicionalmente, allí quedó claro que la Demandante ni siquiera sabía cuáles fueron los incumplimientos legales y contractuales en los que supuestamente habría incurrido mi representada. Si bien la Delegatura arbitrariamente decidió desconocer el interrogatorio de parte como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en su sentencia—, nadie puede desconocer que este mostró que para la propia Demandante mi representada no incurrió en ninguna falencia según las obligaciones que tenía, siendo en realidad el Promotor del proyecto u otro el realmente responsable de los daños que supuestamente se le generaron.

Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la Demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del negocio. Frente a esto, lo que no puede pasar, es que ante ese silencio y negligencia, se concluya que entonces Acción debe asumir el pago de unos perjuicios desconociendo el grado de profesionalidad, responsabilidad y conocimiento que le correspondía al Demandante en el marco del negocio fiduciario que se desarrolló.

Por último, en relación con este primer punto del análisis, es menester señalar que la Delegatura cometió un grave error e inconsistencia al momento de definir el marco normativo que le era aplicable a mi representada —con ocasión de los contratos que celebró con la Demandante— y con base en el cual se decidió su responsabilidad civil contractual. En particular, el marco normativo concerniente al rol que debía desempeñar Acción en la definición y constatación del punto de equilibrio del proyecto

Marcas Mall y que definía la transferencia de los recursos al Promotor.

Lo primero y más importante que hay que señalar es que, a la luz de la normatividad que estaba vigente para el momento de los hechos, salvo pacto en contrario en los contratos, Acción no tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios. Dicha obligación sólo comenzó a existir a partir de la inclusión del numeral 5.2.3.2 que se hizo en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ con la Circular Externa 007 de marzo de 2017:

“5.2.3.2. 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.”

Para sostener la tesis contraria, la Delegatura recurrió en sus decisiones a lo dispuesto en el artículo 3.4.7.2 del Capítulo I del Título III de la Parte I de la CBJ, vigente para el momento de los hechos, dándole un alcance que no tiene. En ese aparte se establecen reglas de información para —entre otros muchos otros— los negocios fiduciarios, sin fijar reglas sobre su funcionamiento/operación, las cuales están únicamente consignadas en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ previsto para negocios fiduciarios. Ese numeral dispone lo siguiente con respecto a la información que tenía —y aún hoy tiene que darse— por parte de las fiduciarias a sus clientes en el marco de negocios fiduciarios de “preventas”:

Negocios fiduciarios de “preventas”

En los negocios cuyo objeto sea el recaudo de los recursos provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente harán parte del precio prometido por la compra, resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de aspectos tales como:

Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.

Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.

Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor.

Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.

La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario.

Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de una cartera colectiva o a través de cualquier otro mecanismo.

La identificación clara y expresa del beneficiario de los rendimientos generados por el fondo de inversión colectiva o el mecanismo que se escoja.

3.4.7.2.8 Los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario.

Tal y como se desprende de esa norma es claro que, conforme a la normatividad vigente para el momento de los hechos: (i) Acción no estaba en la obligación legal de definir el punto de equilibrio; (ii) por el contrario, Acción podía o no participar libremente en esa definición; y (iii) la obligación legal de Acción se circunscribía a informar expresa y claramente a sus clientes si ella participaría o no en dicha definición, indicando las condiciones respectivas para el efecto.

Esto pone de presente que el razonamiento de la Delegatura no solo fue equivocado en este punto, sino que tumba uno de los soportes principales de la sentencia: toda vez que Acción no estaba obligada legalmente a participar y definir el punto de equilibrio, las cláusulas respectivas del encargo fiduciario MR-799 y en el contrato fiduciario FA-2351 en el que se excluyó de manera expresa esa responsabilidad a su cargo sí eran válidas y, por lo tanto, no han debido declararse como ineficaces. En otras palabras: si la ley autorizaba dicha posibilidad, la Delegatura no podía declarar como ineficaces las cláusulas que al respecto se acordaron.

Lo anterior, incluso a pesar de que la Demandante no haya participado directamente en los contratos en donde dicho esquema se pactó, toda vez que, por una parte, ella sí conoció los contratos y la estructura del negocio y, por la otra, no se entiende cómo es que entonces esas cláusulas serían ineficaces e inoponibles al Demandante por el hecho de que éste no suscribió los contratos en donde se pactaron. Esa teoría de la Delegatura no tiene ningún soporte y contradice su lógica de coligamiento con base en la cual

terminó condenando a Acción. La Delegatura justamente dijo que todos los contratos deben leerse en su conjunto con independencia de que no hayan sido suscritos todos por las mismas partes.

Dicho razonamiento incluso ha sido reafirmado y convalidado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando, en casos similares, ha reconocido y dado plena validez a las cláusulas que se acuerdan en negocios fiduciarios para desarrollar proyectos urbanísticos en los que las fiduciarias limitan su responsabilidad. Y esto justamente bajo el entendido de que el ordenamiento legal sí permite que ello suceda y, más importante aún, porque en el marco de tales proyectos urbanísticos es completamente razonable que todo lo relacionado con aspectos técnicos sean asumidos por las empresas constructoras que son expertas en la materia. Así, por ejemplo, la Corte ha dicho lo siguiente⁴:

“La Fiduciaria no es constructora, ni interventora, ni asume responsabilidad por las construcciones o gestión de gerencia del proyecto.”

“La Fiduciaria expresa que sus obligaciones en este contrato son medio y no de resultado (...) no garantiza que los costos finales del proyecto correspondan a los inicialmente presupuestados, ni asume responsabilidad alguna por la construcción, calidad, estabilidad u oportunidad en la entrega de las obras.”

“Síguese de lo anterior discurrido que la jurisprudencia patria, le otorga a estas cláusulas de exclusión de responsabilidad alcance eficaz frente a terceros, lo que las hace oponibles a los mismos.”

Al respecto, en otra decisión la misma Corte precisó que:

“El fiduciario (...) por lo tanto, es un gestor profesional de intereses ajenos, en cuanto actúa en representación de ese patrimonio autónomo. De ahí que, en principio, tiene todas las facultades necesarias para cumplir la finalidad señalada en el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos estipulados o de las reservas efectuadas por el fiduciante al momento de la constitución (...)” (Se subraya)

Es más, los numerales 2.2.1.2.1 y 2.2.1.2.2 del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ establecen una clara diferenciación entre los deberes de información y asesoría que tienen las sociedades fiduciarias:

⁴ Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-041-2007-00128-01

Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte de objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

En los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones.

Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

De la lectura del fallo de primera instancia, es claro que varios de los reproches que hizo la Delegatura se sustentan en una aplicación errada del deber de información que tenía Acción, equiparándolo al deber de asesoría, sin reparar en que, por expresa disposición contenida en el numeral 2.2.1.2.2 antes citado, este último deber solo recaía en la fiduciaria si se hubiera “una obligación expresa pactada en el contrato” que claramente no existe.

Así las cosas, en cumplimiento de circular externa 046 de 2008 y la circular externa 030 de 2017 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Acción sí cumplió con todos sus deberes legales y contractuales, razón de más para desechar por completo el razonamiento de la Delegatura.

III. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE EN VIRTUD DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PROMOVIÓ LA DEMANDANTE

Ahora bien, al margen de las consideraciones antes expuestas, teniendo en cuenta que el proceso de la referencia se enmarcó como uno de responsabilidad civil contractual, en este capítulo se explicarán las razones por las que los elementos constitutivos de la misma establecidos en el artículo 1604 del Código Civil no se configuran en el caso que nos ocupa.

En este escrito se hará un especial desarrollo de estos elementos, debido a que —desafortunadamente—, como se anunció arriba, la Delegatura omitió realizar un estudio de los mismos en la sentencia, limitándose simplemente a enlistar las razones por las que, en su criterio, Acción habría actuado en contravía de los deberes legales que le correspondían ante la Demandante, sin ahondar en un real juicio de responsabilidad civil contractual.

Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caeren redundancia: las acciones de protección al consumidor financiero no están diseñadas para que la Delegatura simplemente reproche las conductas de las entidades financieras para posteriormente imponerles una sanción —para esto existen las actuaciones administrativas sancionatorias—; por el contrario, en realidad, este tipo de acciones están concebidas para que la Delegatura defina si, en el marco de una determinada relación contractual, una entidad financiera comete un acto antijurídico ala luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño cierto, directo y determinado o determinable.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la Demandante no resulta posible extraer varios de los elementos de la responsabilidad contractual. Hay que decirlo con total contundencia: (i) Acción nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) Acción nunca actuó a partir de una conducta antijurídica —conforme al grado de diligencia que le era exigible—; (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante; y (iv) con base en lo anterior, no existe ningún nexo causal del que se desprenda una responsabilidad para Acción.

1. AUSENCIA DE UNA CONDUCTA ANTIJURÍDICA A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESTABLECIDAS EN EL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799 Y EL CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN FA-2351

En términos muy sencillos, la Delegatura concluyó que Acción habría incurrido en una conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales que ella tenía en virtud del encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351, porque, en concreto:

- No se habría informado a la Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall, a pesar de que ello habría acontecido antes de su vinculación por medio del encargo fiduciario MR-799.
- En línea con lo anterior, no se habría informado a la Demandante de que, para el momento de su vinculación, ya se habrían comenzado a trasladar los recursos económicos de los encargos fiduciarios al Promotor.
- No se habría informado a la Demandante que con los dineros de los encargos fiduciarios se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado a la Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.
- Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con un adecuado y oportuno SCI.
- Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

Así las cosas, a continuación se indicarán las razones particulares por las que, en realidad, mi representada no incurrió en ninguna de las falencias antes anotadas con base en las cuales la Delegatura emitió la sentencia de primera instancia:

1. Respecto al tema de acreditación de los requisitos, se logró probar que Acción

cumplió con la verificación de esos requisitos de conformidad con el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014. En ella y sus anexos se puede establecer que los procedimientos y los requisitos se desarrollaron de conformidad con el encargo fiduciario y al contrato matriz.

Frente a esto, es desconcertante lo dicho en la sentencia de primera instancia en cuanto a que el cambio que se hizo de las condiciones de acreditación desnaturalizó el negocio fiduciario. En el libre ejercicio de la voluntad privada de las partes, todos los intervinientes estaban facultados para hacer esos cambios. Adicionalmente, conforme a lo que se explicó arriba, el ordenamiento jurídico sí permitía que esas condiciones fueran libremente definidas y modificadas; lo que en últimas, por lo demás, no terminó perjudicando a la Demandante ni configurando un ejercicio errado o negligente de mi representada.

A su vez, el Representante Legal de la Demandante no pudo dar cuenta a la Delegatura de los requisitos que presuntamente pasó por alto Acción y tampoco pudo identificar cuáles requisitos eran los que se exigía para la transferencia de recursos.

Es importante decir que la certificación de 4 de noviembre de 2015 es prueba suficiente para la acreditación de los requisitos establecidos en el encargo fiduciario 1100011066. En dicho documento se establecen y se anexan los documentos que el promotor presentó para la transferencia de recursos. En lo que respecta a la transferencia del inmueble, dicho requisito fue satisfecho en el lapso de tiempo estipulado en el contrato fiduciario (15 de junio de 2015), más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto. Debe tenerse en cuenta que la transferencia del inmueble se dio unos días después a la firma del acta.

Sin perjuicio de las consideraciones que se tuvieron alrededor de la transacción; se debe destacar que en el encargo fiduciario se mencionó que las partes conocían que ya se había cumplido el punto de equilibrio, por lo que no puede señalar la delegatura que se hizo incurrir en error a la demandante con respecto al estado del proyecto.

Se reitera que los recursos fueron todos aportados después de la declaratoria del punto de equilibrio, por lo tanto fueron puesto a disposición del Promotor

con destino al proyecto y no para adquirir el inmueble como erradamente lo indica la SFC; la adquisición del inmueble fue un hecho anterior al aporte de los recursos.

Por lo tanto carece de lógica lo manifestado por la SFC cuando indica:

En consecuencia, este Despacho encuentra que, en razón a los hechos anteriormente comprobados, no debió haber procedido la fiduciaria a transferir los recursos aportados por los inversionistas al Fideicomiso Marcas Mall, desde el 4 de noviembre de 2014, y contrario a ello, debió preceder a la devolución de los dineros aportados por el acá demandante.

La validación de las condiciones técnicas y jurídicas fueron revisadas cabalmente por la fiduciaria; sin embargo, la culminación o no del proyecto no puede ser asegurada por la fiduciaria; menos cuando se trata de un negocio de preventas.

Con todo, de la sentencia de primera instancia no es claro cuáles fueron los soportes probatorios para señalar que:

“los recursos recaudados a los adquirentes a través de los encargos individuales y trasladados una vez “acreditado el punto de equilibrio” fueron utilizados para financiar al fideicomitente para adquirir uno de los lotes en el cual se iba a desarrollar el proyecto, generando un descalce en la estructura de liquidez de más de \$14.000.000.000 de pesos, cuando la obligación de aportar el inmueble estaba en cabeza del fideicomitente”.

En todo el curso probatorio no existe ninguna prueba, siquiera sumaria, que permita inferir de manera razonada que el pago de los 14 mil millones fue la causa para afectar la liquides del negocio.

2. Por otro lado, frente a los deberes de protección y defensa de los bienes del fideicomiso, mi representada solo obedeció a las voluntades de los titulares del negocio, permitiéndoles el ejercicio de sus derechos en la forma acordada. En esta medida, Acción no estaba en deber de ir más allá de lo convenido por las partes y las normas imperativas vigentes para la época.

En ese sentido, el Concepto 2008068357-003 del 27 de noviembre de 2008 de la Superintendencia Financiera establece lo siguiente respecto de las obligaciones de las fiduciarias:

“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. Lo anterior toda vez que sólo de este modo se puede 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”.

Sumado a lo anterior, respecto de las medidas de protección del lote, conviene reiterar que todas las acciones preventivas y de protección son del resorte del Promotor del proyecto, pues éste es quien tiene en su cabeza la construcción del proyecto, de tal manera, que resulta excesiva una nueva carga que de forma discrecional la Delegatura considera que es responsabilidad de mi representada. Valga entonces decir que el argumento de la Delegatura al presuntamente tener claridad respecto de la no injerencia de mi representada en temas constructivos se desvanece al ahora confundir una responsabilidad que es propia y exclusiva del Promotor.

No obstante lo anterior, Acción se ha hecho parte de los procedimientos policivos para preservar los derechos del lote y evitar afectaciones posteriores en cabeza del patrimonio autónomo, por lo que no es correcta la conclusión a la que se arribó en la sentencia con respecto a la supuesta omisión de mi representada en este punto. Replicando la crítica general que se plantó arriba, nuevamente debemos decir que este error en la sentencia se explica en que la omisión en la protección del inmueble nunca fue objeto de debate en el proceso, por lo que mi representada no contó con la posibilidad de referirse sobre el particular y mostrar su completa diligencia al respecto —más allá de que ello no le correspondía, siendo una obligación del Promotor—.

3. Ahora, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente caso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones, Acción no tenía ninguna obligación en relación con deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo, y los demás aspectos que se indicaron en la sentencia. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en el documento denominado Boletín N° 1 MARCAS MALL en los siguientes términos:

2. Esquema de preventas

En este esquema, la función de la **fiduciaria** es recibir los dineros destinados a la separación de los inmuebles por parte de los compradores de unidades, hasta que se cumplan las condiciones técnicas y financieras establecidas en el contrato, lo que comúnmente se conoce como alcanzar el “*punto de equilibrio*”.

Logrado este punto, los recursos son entregados al constructor, momento en el cual finaliza el objeto del contrato de este tipo de **fiducia**.

Generalmente, estos recursos son invertidos en un **Fondo de Inversión Colectiva**¹⁰ (FIC) administrado por la **sociedad fiduciaria** relacionada con el negocio, al cual el consumidor financiero se vincula mediante un contrato con condiciones uniformes para todos los consumidores (contrato de adhesión).

Los recursos de los inversionistas son depositados en dicho fondo e invertidos de acuerdo con el reglamento del **fondo de inversión**, hasta que se cumplan los requisitos para el desembolso al constructor. En caso contrario, los dineros permanecerán en el fondo hasta el momento de hacer la devolución a los inversionistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mal puede concluirse que el otrosí suscrito entre la Acción y la Demandante resultan abusivos o contrarios a derecho. Por el contrario, ellos se enmarcan perfectamente dentro de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y las obligaciones a cargo de mi representada de conformidad con las normas pertinentes. Como lo dijo la parte demandante en su interrogatorio, el otrosí surgió con el propósito de renegociar las condiciones iniciales, al punto de acordar una transacción por los incumplimientos en el pago de las cuotas que finalmente terminó en un nuevo plan de pagos y algunos beneficios para INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES NASA.

En todo caso, es importante señalar que los boletines informativos enviados por **URBANIZAR** y **PROMOTORA MARCAS MALL** dan cuenta de la información enviada a los inversionistas sobre la necesidad de modificar el proyecto y suscribir las modificaciones a los contratos. Así se puede verificar, por ejemplo, en el Boletín 1, obrante a derivado 02 que a la letra da cuenta de la información completa suministrada a la Demandante.

5. Créditos Bancarios

El crédito constructor base es del orden de \$35.000 MM. Hay manifiesto interés de tres (3) entidades bancarias para otorgar este financiamiento, incluso por una cuantía mayor que brinde la opción de contar con un margen de maniobra suficiente que aminore cualquier afectación por causa de algún inconveniente o retraso en cualquier fuente prevista. Aunque estamos negociando las mejores condiciones para el proyecto, uno de los requerimientos de base de estas entidades bancarias es contar previamente con las **Promesas de Compraventa y/u Otro Si a las Promesas de Compraventa suscritas** con cada comprador, convirtiendo este tema en la tarea más prioritaria, por lo cual pedimos la colaboración de todos ustedes agilizando la revisión y firma de los documentos mencionados para continuar con el trámite de aprobación del crédito constructor.

Actualmente se está trabajando en los ajustes de los diseños técnicos para que se correspondan integralmente con el diseño arquitectónico final. Este proceso de reestructuración de los diseños técnicos como el romper la inercia de la obra y readquirir la dinámica requerida tomará algunas semanas, pero es una circunstancia necesaria para asegurar la continuidad de la obra una vez ésta se reinicie.

8

Con estos boletines se informó a los inversionistas sobre el estado del proyecto y se indicó de manera inequívoca las etapas del mismo.

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información manifestado por la delegatura se entiende satisfecho con la firma del encargo primigenio 1100011066 (medio idóneo), con este documento se informó a la Demandante la situación actual del proyecto y se dio a conocer el clausulado con los requisitos que debían y fueron acreditados de manera oportuna por parte del promotor.

2. INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO REAL, DIRECTO DETERMINADO O DETERMINABLE

El daño antijurídico 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 afirmó la Demandante y lo que a su vez concluyó la Delegatura en primera instancia, la Demandante no ha sufrido ningún tipo de aminoración antijurídica a raíz de los hechos en los que fundamentaron sus pretensiones.

En términos muy concretos, en la sentencia de primera instancia, la Delegatura estimó que el daño de la Demandante se definió a partir de la “frustración” que ella sufrió al no haber podido recibir los beneficios legítimos del proyecto Marcas Mall si éste se hubiera llevado a feliz término. En otras palabras, para la Delegatura la conducta antijurídica de Acción fue la razón por la cual el proyecto Marcas Mall no se pudo finiquitar, lo que generó que la Demandante no pudiera obtener los beneficios correspondientes.

La conclusión a la que arribó la Delegatura es equivocada porque, como se explicará a continuación, en realidad la Demandante no sufrió ninguna aminoración en los términos que se enunciaron en la sentencia de primera instancia. Como se verá en detalle, las afugias que si acaso ha sufrido la Demandante no revisten las condiciones para ser catalogadas como un daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable que deba ser reparado por Acción a la luz de la normatividad y jurisprudencia vigente.

En aras de llevar a cabo nuestro análisis, en primer término, conviene traer a colación los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales:

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, indicó lo siguiente acerca del daño:

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.

Por su parte, 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 del demandante, 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’»⁵.

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»⁶.

Ahora bien, en este caso no se puede hablar de daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable en cabeza de la Demandante por los hechos y negocios jurídicos que nos ocupan por las siguientes razones:

En el presente caso no puede derivar un daño cierto, real o determinado ya que como se explicó en los alegatos de conclusión de primera instancia, existe en la actualidad un proceso liquidatorio que se encuentra en estudio de admisión por parte del Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá. Esta situación permite colegir con meridiana claridad que, al no estar liquidado el fideicomiso Marcas Mall, es imposible determinar si de los activos que posee el proyecto al día de hoy es posible o no retornar los recursos aportados por los diferentes inversionistas. Por el contrario, resultaría arriesgado condenar de manera prematura a Acción partiendo de una mera expectativa que deriva de unos hechos que aún no han sido objeto de análisis dentro del proceso liquidatorio.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, reiteró:

“2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente

⁵ Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

⁶ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”⁷

En punto de lo anterior, los requisitos desarrollados por la Jurisprudencia respecto del daño antijurídico (real, cierto y determinado o determinable) claramente se extrañan en el presente proceso, pues quien los debía probar no lo hizo y por el contrario desentendió la carga probatoria que le correspondía.

Sin perjuicio de lo anterior, el daño reclamado y la interpretación del mismo derivado de la “frustración” que indicó la Delegatura, no es otra cosa que un trabajo hermenéutico de la propia Delegatura —el cual ni siquiera fue planteado por la Demandante en sus hechos o pretensiones— quien, en su afán proteccionista, confundió las obligaciones contractuales de las partes aterrizando a una conclusión lejana al vínculo contractual.}

Por un lado, desatendió la textualidad del documento contractual e impuso cargas nuevas que no obedecen a lo pactado en el mencionado otrosí # 1 del encargo fiduciario.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01.

Aquí un parte importante de lo pactado en el otrosí:

CLÁUSULA PRIMERA, OBJETO: El objeto del presente otrosí al Encargo Fiduciario consiste en la Administración de los recursos que en adelante deposite EL INVERSIONISTA 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 INVERSIONISTA, recursos que serán transferidos al PROMOTOR, toda vez que ya se cumplió el punto de equilibrio del Proyecto que permite la de transferencia de recursos establecidas en el Encargo Fiduciario.

PARAGRAFO PRIMERO: Las Partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transigen y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes el día **Mayo de 2014** y sus posteriores Otrosíes.

PARAGRAFO SEGUNDO: En contraprestación de la renuncia que hace EL INVERSIONISTA a reclamos por incumplimientos de obligaciones correspondientes a negocios jurídicos anteriores, las Partes acuerdan que el PROMOTOR pagará al INVERSIONISTA una tasa de interés del **0,75%** mensual sobre los dinero efectivamente depositados en el fideicomiso, suma estimada a la fecha en

Como se puede observar, la aquí demandante tenía pleno conocimiento del cumplimiento de los requisitos para la transferencia de recursos, la cláusula primera del otrosí indicaba sin lugar a equívocos el cumplimiento de los mismos.

Por otra parte, como se dijo en párrafos previos, quien incumplió el contrato fue la demandante. Claramente se puede observar a derivado 00 del expediente digital en la Superintendencia Financiera que el inversionista no realizó el pago total al cual estaba obligado, causando de esa manera un incumplimiento en cadena con otros inversionistas que pudieron genera la desfinanciación del proyecto.

Ahora bien, si el presunto daño que concluyó la Delegatura concomitante con la denominada "frustración" obedece a una infracción que deviene de la construcción del proyecto, es de recordar que dicha obligación no era ni es del resorte de mi representada. Por el contrario, la misma estaba en cabeza del Promotor, el cual, reitero, no fue citado a la presente contienda litigiosa. Por ende, mal puede mi representada se

ahora la condenada a asumir las consecuencias de una omisión en la que incurrió el Promotor. Por lo demás, este es el argumento central que permite colegir la inexistencia de un nexo causal en el caso que nos ocupa.

Esta situación de manera clara evidencia que en el presente caso no se puede establecer un daño cierto, por cuanto aún falta que se liquide el proyecto y fruto de esa liquidación se entregue a la Demandante lo que le corresponde. Por consiguiente, no puede reconocerse ningún tipo de daño en favor de la Demandante, 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 la Demandante ha perdido.

3. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

Continuando con los requisitos establecidos por el artículo 1604 del Código Civil y partiendo de la inexistencia del daño como se explicó líneas arriba, debe decirse que no se acreditó en este proceso el elemento estructural de nexo causal. Es más, al respecto, debe decirse con total respeto que en la sentencia de primera instancia la Delegatura ni siquiera se detuvo en este punto del análisis, concluyendo así una responsabilidad civil contractual que no era entonces procedente. No debe olvidarse que la inexistencia de un nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega en un proceso de responsabilidad civil contractual, es un aspecto básico estructural para que sea procedente la declaratoria judicial de la misma.

Por esta sola razón la sentencia de primera instancia debería revocarse, pues sin un análisis particular sobre el elemento del nexo causal mi representada no ha podido ser condenada. Sobre esto debió haber un análisis expreso por parte de la Delegatura, lo que configura un yerro que no es subsanable desde ningún punto de vista.

Al margen de lo anterior, en lo fundamental, de la demanda de la Demandante se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no verificó de manera correcta los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario individual para que fuera procedente la transferencia de los recursos de los inversionistas al Fideicomiso FA-2351. Sin embargo, no hay nexo de causalidad entre este hecho y el daño que se alegó, toda vez que el supuesto del cual partió la Demandante no es correcto.

A la luz del contrato de encargo fiduciario y el marco normativo ampliamente explicado en este escrito, Acción no tenía el deber de verificar, acreditar e informar el cumplimiento de los requisitos que se habían definido para que la transferencia dineraria fuera procedente —el llamado “punto de equilibrio”—, pues todo ello había quedado contractualmente en cabeza del Promotor y, en algunos casos, del Interventor del proyecto. Tal y como se probó en este proceso, las obligaciones contractuales de Acción estaban circunscritas a recibir del Promotor del proyecto y/o del Interventor la información que acreditará el cumplimiento de los mismos e instrucciones de transferencia de los recursos, para a continuación proceder con el traspaso de los dineros al Fideicomiso FA-2351. En el caso que nos ocupa, ello se desprende justamente 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 (...)” (Se subraya)

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.

Sobre esto, 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, 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 lesivodeba 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 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 era MARCAS MALL CALI —en su calidad de Promotor— y no mi representada. Por consiguiente, si en efecto la Demandante sufrió algún daño, el mismo encuentra su causa en la conducta que MARCAS MALL CALI 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. En otras palabras, de la conducta que llevó a cabo mi representada no es viable desprender ningún vínculo con el daño que alegó la Demandante y que le reconoció la Delegatura.

Frente a esto no puede llegarse al absurdo —tal y como lo sugirió la Delegatura— de que mi representada, más allá de que el Promotor debía verificar y acreditar las condiciones del punto de equilibrio, debía a su vez realizar una verificación directa de las mismas. Si contractualmente se estableció que el Promotor era el responsable de ello, atendiendo para el efecto el marco normativo que permitía válidamente que ello sucediera según se explicó arriba, no es cierto que Acción tuviera entonces que hacer un nuevo ejercicio para revalidarlo. Si esto fuera procedente, entonces simplemente no se aceptaría la posibilidad de que las fiduciarias pacten que la verificación la hará un

tercero.

Siguiendo con lo anterior, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal de le negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 y 1100011066 que se suscribió con la Demandante—: era en realidad el de lograr que estas personas adquirieran 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. Frente a esto, en su decisión, la Delegatura olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. 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 habría generado el supuesto daño de la Demandante —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio y, por ende, bajo las premisas antes explicadas, en ninguna circunstancia mi representada pudo haber causado el daño alegado.

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en sus hechos, el plazo que disponían los Contratos de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de modificación mediante varios otrosíes; entre ellos, uno que las extendió al modificar el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 /12/2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por la Demandante—esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños. Esto, más aún si se tiene en cuenta que la vinculación de la Demandante como inversionista se dio con posterioridad a la declaración del punto de equilibrio y acreditación de los requisitos establecidos en el encargo fiduciario. De la misma demanda se puede extraer esta conclusión, con lo que

no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilgó a mi representada.

Con base en todo lo antes dicho, sorprende la manera en la que la Delegatura desconoció todos los argumentos que mi representada promovió dentro del proceso para demostrar la inexistencia de la supuesta responsabilidad civil contractual, para acto seguido, tomar una decisión que en realidad termina traducándose en un enriquecimiento sin causa de la Demandante. Reitero: existe un proceso liquidatorio en curso, en el que realmente se definirán los derechos que tienen los inversionistas del proyecto Marcas Mall —entre ellos, la Demandante— de cara a los activos que existen en el fideicomiso FA-2351. Como se dijo al momento de analizar el daño, los inversionistas pueden hacer valer sus acreencias en ese proceso y, solo de las resultas del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada.

IV. FALLO JUDICIAL DE REFERENCIA QUE ES RELEVANTE PARA QUE SE DECIDA EL CASO QUE NOS OCUPA

Con el ánimo de que este Tribunal cuente con todos los elementos de juicio suficientes para sopesar y detectar los yerros que cometió la Delegatura al emitir la sentencia de primera instancia —sobre todo, de cara a los razonamientos que se han venido planteando en este escrito—, a continuación, se traerá a colación la sentencia que emitió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso similar al que nos ocupa, en donde otro inversionista del proyecto Marcas Mall demandó a mi representada por hechos y pretensiones prácticamente idénticas. Este caso se constituye como un antecedente fundamental para el recurso de apelación que se está surtiendo en este proceso.

En síntesis, tanto en primera como en segunda instancia, en ese proceso se concluyó que (i) mi representada no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que (ii) lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por mi representada.

Al respecto, el juez de primera instancia dijo lo siguiente:

“...no existe certeza del daño efectivamente causado a la sociedad...muy a pesar de

la transferencia de los recursos a favor del promotor sin la estricta verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Otro Sí No. 1 y General Reglamentario, lo cierto es esa situación por sí sola no da cuenta a una pérdida de los dineros depositados en la fiduciaria, pues la obra aunque se encuentre inconclusa no ha sido liquidada”.

En línea con lo anterior, en la sentencia de segunda instancia se afirmó que el perjuicio que había alegado la parte demandante era meramente hipotético y, por ello, no había lugar a una reparación o indemnización de perjuicios.

Así mismo, dentro de la sentencia de segunda instancia se hizo referencia al tema del deber de información, el cual fue alegado por la parte demandante como una maniobra dolosa para ocultar la información, referente a la transferencia de recursos al constructor de la obra.

El juzgador en este tema aclaró que, a partir del principio de buena fe establecido en la Constitución Política, *“le corresponde a la parte demandante demostrar en forma contundente la intención de causar daño, pues el dolo no se presume sino que debe probarse”*. Esta carga probatoria que estableció el Magistrado sustanciador en el caso citado no es nada diferente a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso:

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren

prueba.”

El anterior artículo leído a las voces de la jurisprudencia citada, no dicen otra cosa diferente a que la carga de la prueba en estos procesos de naturaleza declarativa corresponden a quien persigue la declaración, esto es, a la Demandante, quien es la parte que también probar el actuar doloso de mi representada.

En este punto es imperante señalar que los medios probatorios para soportar ese dicho fueron insuficientes por no decir nulos. La actividad probatoria del proceso en comento estuvo en cabeza de mi representada y de la iniciativa oficiosa del despacho. Sin embargo, ninguna de las pruebas aportadas da luces de un actuar doloso que pudiera generar un daño potencial al inversionista.

Finalmente, la sentencia de segunda instancia que se emitió en dicho proceso es particularmente relevante en punto al valor que ella le dio a la denuncia penal que en su momento entabló acción. Lo dicho por el Tribunal Superior de Cali resulta bastante acertado para atajar la lectura general y abstracta con la que la Delegatura abordó esta cuestión para, a partir de ella, concluir una responsabilidad contractual de mi representada. En particular, conviene traer a colación lo siguiente:

“Al respecto debe señalarse, por un lado, que la mencionada prueba es solamente una denuncia penal que no da plena convicción de la pérdida de los dineros y, por otro, que no se incluyo en la misma el encargo fiduciario No. 0001100010232 perteneciente a INVERSIONES PSCS SAS como una de las cuentas objeto del supuesto ilícito, por lo cual no es factible aseverar que los dineros comprometidos sean los suyos, a lo que se agrega que desde un inicio las pretensiones de la demanda se encaminaron a la declaratoria del incumplimiento contractual por haber transferido ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA los depósitos al promotor sin la verificación de las condiciones dispuestas para ello, y no la entrega de los tales a otras obras o persona.

Es por lo anterior que se comparte la posición del sentenciador de primera instancia, en cuanto a que no existe daño actual sino meramente hipotético, pues la relación contractual aun se mantiene vigente y en espera de resultados, para lo cual se baso en el interrogatorio de la parte de la representante legal de la sociedad demandante”.

Así las cosas, en nuestro respetuoso criterio, la sentencia antes referenciada y los análisis que allí se hicieron deberían ser considerados por este Tribunal al momento de decidir el recurso de apelación que nos ocupa. Lo dicho en ese fallo pone en evidencia

los terribles e insubsanables errores que cometió la Delegatura al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

V. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Finalmente, si bien todo lo dicho en este escrito debería llevar a que este Tribunal revoque la sentencia de primera instancia que emitió la Delegatura y, en consecuencia, se denieguen íntegramente las pretensiones de la Demandante, enseguida se explicarán las razones por la que la Delegatura erró al denegar las pretensiones que Acción formuló en su llamamiento en garantía. Lo anterior, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de una eventual condena en el hipotético caso en el que este Tribunal decida reafirmar la sentencia de primera instancia y/o algún tipo de condena en favor de la Demandante.

En términos muy sencillos, tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, la Delegatura decidió denegar las pretensiones del llamamiento en garantía porque, en su criterio, se configuró la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general —en el amparo de *responsabilidad civil profesional para instituciones financieras*— de la póliza de seguros No. 1000099 que mi representada adquirió y con base en la cual promovió el llamamiento:

“EL ASEGURADOR NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMO DERIVADO DE, BASADO EN, O ATRIBUIBLE A:

(...) 3.7. CUALQUIER RECLAMO BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, CRIMINAL, DESHONESTA, FRAUDULENTO, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL ASEGURADO O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LA LEY POR PARTE DEL ASEGURADO SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL ASEGURADO HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS.” (Se subraya)

Para la Delegatura, mi representada habría admitido —por conducto de su Representante Legal en el interrogatorio de parte que se le practicó— que los hechos que habrían generado el daño de la Demandante tuvieron su origen en una conducta delictiva y criminal, con lo que se habría configurado el supuesto de exclusión del amparo contratado con el seguro:

“Para este caso, lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta. Luego, queda visto que ateniéndose la Delegatura al tenor del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido, situación que de paso sea decirlo, exime a la Delegatura del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el llamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso.”

Como se explicará en detalle a continuación, la conclusión a la que arribó la Delegatura resulta equivocada y, en consecuencia, ante una eventual decisión adversa de este Tribunal, la Llamada en Garantía debería asumir el pago de la condena respectiva en virtud de la póliza de seguros No. 1000099:

Contrario a lo que concluyó la Delegatura, las declaraciones que hizo la Representante Legal de mi representada no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general. Basta detenerse en el interrogatorio de parte para constatar que la Representante Legal simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos — sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una decisión judicial que así lo establezca—, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción.

Adicionalmente, la Delegatura pasó por alto que, en lo que respecta a la póliza de seguros No. 1000099, mi representada tiene la condición de consumidor financiero de la Llamada en Garantía, en los términos de la Ley 1328 de 2009 y el artículo 78 de la Constitución Política. No debe olvidarse que esa condición no se pierde por el hecho de que Acción sea una sociedad fiduciaria. Por consiguiente, al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura ha debido declararla nula o ineficaz⁸ por ser

⁸ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

No es posible jurídicamente que un consumidor financiero, que no es abogado y que no cuenta con los elementos de juicio para establecer si una conducta es delictiva o criminal, pueda liberar de su obligación de cobertura a una compañía aseguradora a partir de un entendimiento y valoración subjetiva de su parte que incluso, puede llegar a ser equivocada. En otras palabras: la cláusula consignada en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, es abusiva e ineficaz porque, por su conducto, la compañía aseguradora le traslada al consumidor financiero una serie de cargas que no le corresponden y que solo buscan que ella pueda liberarse de la responsabilidad que le asiste a partir de un entendimiento que puede o no tener el asegurado, sin que él cuente con los elementos de juicio necesarios para hacerlo. Esto ha debido ser reconocido por la Delegatura con el mismo racero y rigor con el que decidió las pretensiones de la Demandante.

Eventualmente, solo un abogado experto en materia penal podría realmente determinar si una conducta puede tipificarse como delictiva o criminal — aunque, incluso, una persona así podría también equivocarse—; por lo que mal haría un juez en darle validez a una cláusula que traslada dicha carga excesiva a un consumidor financiero que adquiere un seguro a partir de un contrato de cláusulas predispuestas. No debe olvidarse que, al momento de adquirir la póliza de seguros No. 1000099, Acción — como cualquier otro consumidor financiero— no contó con la posibilidad de modificar o negociar el texto que fue predispuesto por la compañía aseguradora, por lo que su texto siempre debe leerse y aplicarse en contra de la parte que lo predispone (artículo 1624 del Código Civil).

Finalmente, el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz conforme a lo previsto en el Literal C) del numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

“2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado.

Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza. (Se subraya)

Tal y como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza —no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general—, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado.

Frente a este aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”⁹

En consecuencia, la exclusión del literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general ha debido omitirse por la Delegatura al momento de decidir las pretensiones del llamamiento en garantía que presentó mi representada, al transgredir una norma imperativa y, por lo tanto, ser por completo ineficaz.

SOLICITUDES

Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 21 de enero de 2021.

En línea con lo anterior, respetuosamente solicito que se emita una nueva sentencia en la que se rechacen íntegramente las pretensiones que fueron formuladas por la

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

Demandante en contra de mi representada.

De manera subsidiaria solicito que, en caso de que se reafirme la sentencia de primera instancia y/o se decida algún tipo de condena en favor de la Demandante, se concedan las pretensiones que fueron formuladas por Acción en el llamamiento en garantía, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma su pago de forma integral.

De los señores Magistrados, cordialmente,



ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS

C.C. No. 1.020.733.114

T.P. 209.491 del C. S. de la J.

Magistrado

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

E. S. D.

Referencia: Acción de Protección al Consumidor Financiero de **FEMME INTERNATIONAL S.A.S.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**)

Radicado: 2018-01590-01

Asunto: Sustentación del recurso de apelación

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, “Acción” o “mi representada”) en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la “Delegatura”) el 22 de enero de 2021 notificada el 25 de enero de 2021.

ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO

En el presente escrito de sustentación se explicarán en detalle los yerros en los que incurrió la Delegatura al proferir la sentencia de primera instancia, de tal forma que este Tribunal cuente con los elementos de juicio necesarios para revertir las decisiones que allí se adoptaron y, por esa vía, denegar las pretensiones que fueron formuladas en contra de mi representada. Para tales efectos, este escrito se desarrollará en el siguiente orden metodológico:

1. En primer lugar, se hará un breve resumen de los hechos, antecedentes y relaciones negociales que motivaron este proceso. Lo anterior, con el propósito

de que el Tribunal pueda analizar los argumentos de este recurso a la luz de las particularidades del caso, sin caer en los errores e imprecisiones que cometió la Delegatura al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.

2. En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió la Delegatura entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que la Delegatura realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre **FEMME INTERNATIONAL S.A.S.** (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que en últimas derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal.
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debido fallar en contra de mi representada.
4. Enseguida, se hará referencia a la sentencia de segunda instancia que profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso judicial que promovió otro inversionista del proyecto Marcas Mall en contra de mi representada por unos hechos y pretensiones prácticamente iguales a los que motivaron el proceso de la referencia, de tal forma que lo que concluyó dicho Tribunal resulta fundamental para que este Tribunal pueda decidir el recurso de apelación que nos ocupa.
5. Finalmente, haré énfasis en los yerrores en los que incurrió la Delegatura al analizar y decidir el llamamiento en garantía que promovió mi representada en contra de **FEMME INTERNATIONAL S.A.S.** (en adelante, la “Llamada en Garantía”). Lo anterior, de tal forma que, ante una eventual providencia que reafirme lo decidido en la sentencia de primera instancia o cualquier otra condena en contra de mi representada, la Llamada en Garantía deba asumir el pago íntegro de la correspondiente condena.

I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS Y RELACIONES NEGOCIALES QUE MOTIVARON ESTE PROCESO

1. En marzo de 2014, se suscribió el contrato de fiduciaria de administración FA-2351 entre mi representada y URBO COLOMBIA—en calidad de Promotor—, cuyo objeto era la administración de los recursos de la preventa.
2. Tal y como se desprende del clausulado de ese contrato, en síntesis, el proyecto se desarrollaría de la siguiente manera: las personas interesadas en invertir en ese proyecto celebrarían encargos fiduciarios con Acción (preventas) y, una vez cumplidas las condiciones previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”— mi representada transferiría los recursos económicos de los encargos fiduciarios al fideicomiso FA-2351 para que MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— se encargara de llevar a cabo la construcción del proyecto.
3. Los Encargos de vinculación para administración de recursos eran suscritos por la fiduciaria y, en algunos casos, promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. Se desarrollaron con la firma del encargo y dependiendo de cada caso particular se firmaron los siguientes Otrosí:

1. Otrosí 1

Fecha: 2 de Marzo de 2014

Modifica:

- Objeto: administrar recursos de los inversionistas para desarrollo del proyecto, una vez acreditadas las condiciones de punto de equilibrio, recibir recursos provenientes de unidades arrendadas por el fideicomiso a terceros.
- Proyecto: 340 unidades aproximadamente, 139 oficinas, 1800 parqueaderos.
- Incluye parágrafo 5 a la cláusula tercera: las condiciones de transferencia de los recursos aplicaran únicamente sobre los recursos transferidos por inversionistas de unidades.

2. Otrosí 2

Fecha: 21 de Mayo de 2014

Modifica:

- Clausula tercera: se eliminó el numeral 4 de las condiciones para la entrega de recursos que decía: haber celebrado promesas iguales al 52% del total de las ventas estimadas
- A través de este otrosí se agrego la expresión si es el caso, en las condiciones 1,2.,3, y 4.

3. Otrosí 3

Está relacionado en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor MR- 799 Marcas Mall.

Modifica:

- Cláusula tercera condiciones para la transferencia de los recursos, eliminando el numeral sexto que establecía: que los encargos fiduciarios de los inversionistas cuenten en suma con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas.
 - Fecha para cumplimiento: 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por 6 meses más, es decir **15 de junio de 2015.**
4. Con el propósito de que se lograra la comercialización del proyecto Marcas Mall, MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— asumió labores de promoción y comercialización directa con los potenciales inversionistas. Así, en gran medida, el promotor fue el encargado de mantener los contactos directos con los inversionistas, absolver sus dudas, bríndales información del proyecto, y establecer con ellos los términos en los que se vincularían al proyecto y a los respectivos vínculos negociales. Esta situación fue suficientemente desarrollada y reconocida por la parte demandante en el interrogatorio de parte.
 5. Adicionalmente, teniendo en cuenta la experiencia profesional de MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor—, conforme a la normatividad legal aplicable para ese momento —tal y como se explicará en detalle en este escrito— esta sociedad y mi representada acordaron que MARCAS MALL CALI sería la encargada de evaluar y definir el momento en el que se cumpliría el “punto de equilibrio”, para que enseguida Acción transfiriera los recursos de los encargos fiduciarios individuales de los inversionistas al fideicomiso FA-2351. Hay que decirlo con total contundencia desde ahora: la fijación del “punto de equilibrio” y de las condiciones respectivas fue un asunto que asumió contractualmente el promotor, frente a lo cual mi

representada solo debía transferir los recursos cuando el promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos.

6. Hasta el año 2015, el señor German Puerto Castañeda en su calidad de interventor suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto previa revisión del promotor del proyecto.
7. El 16 de octubre de 2016, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor del proyecto Marcas Mall— cedió el 70.4% su posición contractual de Fideicomitente dentro de Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall a la sociedad URBANIZAR.
8. En línea con la estructura de negocio antes descrita, el 12 de noviembre de 2015, se suscribió el contrato de encargo fiduciario 1100011130 entre la Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vincularan como inversionistas del proyecto Marcas Mall. En dicho contrato, Acción asumió la obligación de actuar única y exclusivamente como administradora del encargo fiduciario y, por esa vía, transferir los recursos económicos que lo componían al fideicomiso FA-2351 Marcas Mall cuando el promotor acreditara, informara e instruyera el cumplimiento de las condiciones técnicas previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”—.
9. Con ocasión de los hechos antes anunciados, la **DELEGATURA PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** inició un proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada. Para el efecto, dicha Delegatura le presentó a un Pliego de Cargos con la referencia 2018127962-000-000.
10. Con ocasión de ese proceso administrativo sancionatorio, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**.
11. A su turno, con ocasión de los hechos antes anotados, la Demandante interpuso la acción de protección al consumidor financiero que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la Demandante mi representada “*incumplió gravemente*” y de “*manera descuidada*” las condiciones establecidas en el contrato de encargo fiduciario No. 1100011130.
12. Por alguna razón que aún no se ha podido establecer, la Demandante decidió encaminar su acción únicamente en contra de Acción, a pesar de que —como se

explicó arriba— el negocio fiduciario y el proyecto Marcas Mall implicaba una serie de obligaciones para URBANIZAR, en su calidad de Promotor; de tal suerte que gran parte de los reparos de la Demandante se relacionan con las obligaciones contractuales que asumió URBANIZAR y la promotora MARCAS MALL CALI.

13. La Demandante fue enfática en su demanda en manifestar que Acción incumplió el contrato de encargo fiduciario, restringiendo sus argumentos a unas inconsistencias que alega observar entre una serie de documentos y uno denominado “*Acta de Verificación de Cumplimiento de Requisitos Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL*”.
14. Teniendo en cuenta que el 15 de noviembre de 2015, se suscribió el contrato de encargo fiduciario 1100011130 entre la Demandante y mi representada, es importante poner de presente al despacho que la fecha en la cual fue signado el mentado encargo fiduciario, los requisitos y el punto de equilibrio ya habían sido acreditados por el promotor del proyecto (MARCAS MALL CALI), en ese sentido, el planteamiento del cual parte la demanda es equivocado, en primer lugar, al momento de firmar el contrato de encargo fiduciario la parte demandante tenía pleno conocimiento del cumplimiento de los requisitos para la transferencia de recursos y del cumplimiento del punto de equilibrio.

Esta situación está acreditada por el interrogatorio rendido por la representante legal de acción fiduciaria y por la documental obrante a derivado 00 (acta de verificación) aportada por la parte accionante. En segundo lugar, quien funge en el presente proceso como demandante, goza de las calidades y cualidades que lo acreditan como un profesional en este tipo de negocios, lo cual, sin duda lo obliga a comportarse como tal y con la posibilidad de exigirle con mayor rigurosidad las conductas propias de un experto al firmar estos negocios fiduciarios. Esta situación está suficientemente probada con la declaración rendida por el representante legal de **FEMME INTERNATIONAL S.A.S.**, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe.

15. En suma, la demandante conocía y entendía la realidad del negocio al momento de firmar el encargo fiduciario, además contaba con todas las herramientas para firmar el contrato más aun teniendo el grado de experiencia en este tipo de negocios.
16. Los argumentos tendientes a desvirtuar el punto de equilibrio y el cumplimiento del lleno de requisitos para la transferencia de recursos ya había sido acreditado por el promotor, situación que claramente comprendía los recursos entregados por

FEMME INTERNATIONAL S.A.S. en atención a que para el momento de la entrega ya todos los requisitos se encontraban satisfechos.

II. LOS YERROS QUE COMETIÓ LA DELEGATURA EN PUNTO DE LA CONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Si bien lo expuesto en el acápite anterior es suficiente para que se reverse la decisión que tomó la Delegatura en primera instancia, conviene hacer una especial mención sobre los yerros que se cometieron en la sentencia en punto de su congruencia y motivación.

En síntesis, la decisión de la Delegatura es errada porque, más que responder a un juicio de responsabilidad civil contractual —tal y como le correspondía—, en realidad ella se configura como un juicio administrativo sancionatorio propio de la Superintendencia Financiera —en su condición de autoridad estatal a cargo de la supervisión de las entidades financieras que operan en Colombia—.

Como bien se desprende del fallo, el análisis de la Delegatura se circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en las que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria, en el desarrollo de (i) el encargo fiduciario MR-799 que celebró con la Demandante, y (ii) el contrato de fiducia de administración FA-2351; dejando de lado el real propósito que le correspondía: analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la Demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una sanción a cargo de Acción.

Sumado a lo anterior, en términos generales —y más allá de ser completamente improcedente—, en su razonamiento la Delegatura planteó una serie de consideraciones que son equivocadas y contrarias al marco normativo vigente. De manera empecinada y sin razón alguna, la Delegatura decidió aplicar unas normas jurídicas que no correspondían y realizar una serie de interpretaciones contrarias a derecho, con la única intención de concluir fallas en la conducta de mi representada. En este ejercicio, incluso la Delegatura terminó desconociendo actuaciones y conclusiones que la propia Superintendencia Financiera había decantado en los procesos administrativos sancionatorios que adelantó en contra de mi representada por lo que aconteció en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall.

Con el propósito de poner de presente todo lo antes dicho, a continuación se explicarán de forma detallada los yerros e imprecisiones que al respecto cometió la Delegatura en su sentencia de primera instancia:

1. Por una parte, de manera completamente desconcertante, la Delegatura abiertamente reconoció que su labor se encaminaría únicamente a determinar si mi representada había cometido algún tipo de falla a la luz de sus deberes legales y contractuales, sin entrar a establecer si el supuesto daño de la Demandante era atribuible a otro sujeto jurídico. Así, desde esa lógica, de plano la Delegatura desechó la excepción de falta de legitimación por pasiva que formuló Acción y, mucho más grave, la misión que le correspondía como juez al decidir la acción de protección al consumidor financiero.

Con esto, la Delegatura cercenó uno de los pilares fundamentales de la defensa que mi representada había estructurado a partir de una premisa estructural: si es cierto que la Demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso, el mismo habría sido el resultado de un comportamiento antijurídico de MARCAS MALL, en su condición de Promotor del Proyecto Marcas Mall.

Frente a este punto, de entrada, debe decirse que —muy en línea con lo que se planteó en el acápite anterior— la única razón por la que la Delegatura decidió agotar este medio exceptivo de plano estuvo en defender neciamente una competencia que no le correspondía para conocer y decidir este proceso. Tal y como se desprende de sus competencias legales —artículos 24 del CGP y la Ley 1328 de 2009—, la Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera. Es por tal motivo que ella en este proceso —como en todos los demás que ha conocido y decidido sobre el mismo asunto— se negó tozudamente a vincular a PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR— incluso, éste último al haber sido el Promotor inicial del proyecto—, pese a lo solicitado por mi representada, a sabiendas que ello solo implicaría la pérdida automática de sus competencias para decidir.

Al respecto, el artículo 90 del CGP establece que:

“ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez

deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.”

Así las cosas, la Demandante ha debido vincular y promover su demanda también en contra de PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, ya que ellos hacían parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 1100010247 —que es justamente el que se alegó en la demanda como incumplido para promover las pretensiones—. Pese a dicho error, la Delegatura decidió negar la excepción propuesta por mi representada y avalar la configuración del contradictorio en desmedro de los deberes que contempla el artículo 132 del CGP.

Lo realmente desconcertante de esto es que incluso, en su sentencia, la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351; por lo que entonces no se entiende cómo ella podida decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes del mismo hubieran participado en este proceso.

Como se indicó arriba, la naturaleza del proceso de la referencia no es la de una actuación administrativa sancionatoria, que deba tramitarse exclusivamente en contra de Acción. Todo lo contrario, este proceso está concedido para que se establezca si se configura una responsabilidad civil contractual con base en los hechos que planteó la Demandante y, por lo tanto, ello sólo puede definirse si se analizan las respectivas obligaciones contractuales a la luz de los comportamientos que hubieren desplegado todos los sujetos que hacen parte del vínculo correspondiente.

Como dicha integración no sucedió, en nuestro respetuoso criterio, este Tribunal debe entonces reversar la decisión de primera instancia, de tal forma que tenga lugar un proceso en el que participen todas las partes que deben comparecer impajaritadamente para que se pueda dictaminar si existe una responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, los respectivos responsables.

2. En segundo lugar, sobre este punto, conviene mencionar lo siguiente: si bien es cierto que la Delegatura cuenta con facultades para fallar *ultra y extra petita* en casos excepcionales, eso no le permite acceder a pretensiones con base en hechos que no son objeto de discusión en los procesos respectivos y en los que no se centró la actividad probatoria.

En efecto, el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, en su numeral 9, dice lo siguiente:

*“9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra* y *ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”*

De lo anterior se evidencia que la ley le ha otorgado a la Delegatura facultades expresas para fallar *infra, extra* o *ultra petita* en casos excepcionales; sin embargo, ella siempre se debe circunscribir a los hechos que resulten probados en los procesos. En ese sentido, es necesario resaltar la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre la mencionada facultad:

*“Así, la facultad *extra petita* – por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio”¹*

De esta forma, se colige fácilmente que, aun cuando la Delegatura pretenda fallar por fuera o por más de lo pedido, tiene que circunscribirse estrictamente a los hechos alegados y probados dentro del proceso, que hayan dado lugar a las pretensiones de la demanda. En este punto, es preciso recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de los jueces de ceñirse al principio de congruencia en sus fallos:

*“Es que si la sentencia que dicta el juez **debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda**, así como en las demás oportunidades previstas procesalmente, debe observar igualmente las excepciones que aparezcan probadas, las cuales puede declarar de oficio, salvo que se necesite alegación expresa del medio exceptivo por la parte interesada. (...) Estas previsiones para el juez surgen del principio de congruencia que tiene consagración normativa en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.”*

¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de julio de 2018. Radicado No. 69550. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

“Es decir el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijan las partes y al que le permite la legislación procesal en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.”

“Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”² (Se subraya)

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Delegatura falló de una manera que no está contemplada ni permitida por la ley y que incluso contraría el ordenamiento: accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en hechos que no fueron alegados en el escrito inicial y sobre los cuales no versó la actividad probatoria de ninguna de las partes. Incluso, la Delegatura accedió a las pretensiones cuando en el trascurso del proceso se probó —más allá de toda duda— que los hechos que daban lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos.

Así, por ejemplo, respecto de los hechos sobre los cuales la Delegatura finalmente concluyó la existencia de un supuesto incumplimiento contractual por parte de Acción, ellos jamás fueron alegados por la Demandante y nada tuvieron que ver con las pretensiones —tal y como fueron planteadas en el escrito de la demanda—. Es tan evidente la falta de congruencia del fallo, que ni siquiera éste se fundamentó en los alegatos de conclusión presentados por la Demandante; la cual vehementemente adujo que se ratificaba en todos y cada uno de los hechos presentados en la demanda, los cuales, como se demostró, eran falsos.

3. En línea con lo que se ha dicho hasta aquí, en tercer lugar, conviene precisar los yerros que cometió la Delegatura al momento de estudiar y valorar la conducta contractual que desplegó mi representada a la luz de lo establecido en el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351. Si bien este será un punto que se explicará ampliamente en el siguiente acápite de este

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Elsy del Pilar Cuello Calderón

escrito de sustentación, debe mencionarse que, en su valoración, la Delegatura desconoció y decidió abiertamente en contra de lo que la propia Superintendencia Financiera había dictaminado de forma paralela.

Tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, en términos generales, los reparos que se hicieron frente a la conducta de Acción y de los que se concluyó su supuesta responsabilidad contractual, recaen en que ella no contaba con un adecuado Sistema de Control Interno (en adelante, el “SCI”). En síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SCI por parte de mi representada se tradujo en que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

Con ocasión de los hechos que acontecieron en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, el **SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** adelantó la actuación administrativa sancionatoria de referencia 2018127962-000-000. Con ocasión de ese proceso, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**. Al respecto, no debe olvidarse que dicho Superintendente Delegado —en primera instancia— y el Superintendente Financiero —en segunda instancia— son las autoridades competentes y expertas para adelantar tales actuaciones administrativas.

Dentro de esa actuación administrativa sancionatoria, uno de los puntos específicos que justamente se analizó fue el de determinar si Acción contaba o no con un adecuado SIC, de acuerdo con las normas legales que eran aplicables. Tal y como se desprende de las Resoluciones 1520 y 1102, tanto en primera como en segunda instancia se concluyó que el SIC sí era adecuado y coherente con el marco normativo vigente.

Así las cosas, si las autoridades competentes y expertas concluyeron que no existía ninguna falla en el SIC de Acción, no se entiende cómo la Delegatura arribó a una conclusión diferente en la sentencia de primera instancia que nos ocupa. Desafortunadamente, la existencia y efectividad del SIC nunca fue objeto de discusión dentro del proceso y la respectiva etapa probatoria —siendo así una sorpresa este asunto en la sentencia que profirió la Delegatura—, de tal

suerte que mi representada nunca contó con la oportunidad de acreditar las Resoluciones 1520 y 1102 y lo que al respecto allí se decidió.

Todo esto reafirma la necesidad de que la sentencia de primera instancia sea revocada. Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor financiero sino, en realidad, al de una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.

4. En cuanto a este punto, debemos plantear una serie de consideraciones sobre el valor que la Delegatura le otorgó a las pruebas que fueron debidamente decretadas, aportadas y practicadas en la etapa probatoria. En nuestro respetuoso criterio, es claro que éste no respondió al resultado natural de la aplicación del criterio de *sana crítica* sobre las mismas que ordena la ley. Por el contrario, la Delegatura decidió valor las pruebas de manera individual y aislada, más no de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del CGP:

*“Las pruebas deberán **ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.” (Se subraya)*

Como se indicó anteriormente, aún si pudiera considerarse que la condena de mi representada hubiera sido determinada fallando en equidad o en conciencia, esto no excusaba a la Delegatura de valorar el material probatorio del proceso en su conjunto, como bien lo indica Hernán Fabio Lopez:

“Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos que se pueden fallar en conciencia, está excluido de la aplicación del sistema anterior (sistema de la sana crítica), (...)”³

Siguiendo esta línea, sobre todo, la Delegatura pasó por alto lo que se acreditó de manera suficiente con el interrogatorio de parte que se practicó a la

³ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

Demandante. Basta detenerse en el mismo, para constatar varias cosas importantes para acreditar la improcedencia de las pretensiones:

- En primer lugar, con el interrogatorio se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.
 - Asimismo, en ese interrogatorio se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió la Demandante fueron negociados por ella con el Promotor del proyecto. Esto reafirma, entre otras cosas, que Acción no debió haber sido la llamada a responder por los supuestos daños que sufrió la Demandante y, mucho más importante, que el proceso no ha debido tramitarse ni decidirse sin la comparecencia del Promotor. Como se dijo arriba, debemos reiterar que la única razón por la que la Delegatura decidió proceder sin la comparecencia del Promotor fue porque sabía que ello se traduciría en una pérdida de competencia para ella.
 - Adicionalmente, allí quedó claro que la Demandante ni siquiera sabía cuáles fueron los incumplimientos legales y contractuales en los que supuestamente habría incurrido mi representada. Si bien la Delegatura arbitrariamente decidió desconocer el interrogatorio de parte como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en su sentencia—, nadie puede desconocer que este mostró que, para la propia Demandante, mi representada no incurrió en ninguna falencia según las obligaciones que tenía, siendo en realidad el Promotor del proyecto u otro el realmente responsable de los daños que supuestamente se le generaron.
 - Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la Demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del negocio.
5. Por último, en relación con este primer punto del análisis, es menester señalar que la Delegatura cometió un grave error e inconsistencia al momento de definir el marco normativo que le era aplicable a mi representada —con ocasión de los

contratos que celebró con la Demandante— y con base en el cual se decidió su responsabilidad civil contractual. En particular, el marco normativo concerniente al rol que debía desempeñar Acción en la definición y constatación del punto de equilibrio del proyecto Marcas Mall y que definía la transferencia de los recursos al Promotor.

Lo primero y más importante que hay que señalar es que, a la luz de la normatividad que estaba vigente para el momento de los hechos, salvo pacto en contrario en los contratos, Acción no tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios. Dicha obligación sólo comenzó a existir a partir de la inclusión del numeral 5.2.3.2 que se hizo en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ con la Circular Externa 007 de marzo de 2017:

“5.2.3.2. 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.”

Para sostener la tesis contraria, la Delegatura recurrió en sus decisiones a lo dispuesto en el artículo 3.4.7.2 del Capítulo I del Título III de la Parte I de la CBJ, vigente para el momento de los hechos, dándole un alcance que no tiene. En ese aparte se establecen reglas de información para —entre otros muchos otros— los negocios fiduciarios, sin fijar reglas sobre su funcionamiento/operación, las cuales están únicamente consignadas en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ previsto para negocios fiduciarios. Ese numeral dispone lo siguiente con respecto a la información que tenía —y aún hoy tiene que darse— por parte de las fiduciarias a sus clientes en el marco de negocios fiduciarios de “preventas”:

3.4.7.2. Negocios fiduciarios de “preventas”

En los negocios cuyo objeto sea el recaudo de los recursos provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente harán parte del precio prometido por la compra, resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de aspectos tales como:

3.4.7.2.1. Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.

3.4.7.2.2. Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.

3.4.7.2.3. Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor.

3.4.7.2.4. Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.

3.4.7.2.5. La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario.

3.4.7.2.6. Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de una cartera colectiva o a través de cualquier otro mecanismo.

3.4.7.2.7. La identificación clara y expresa del beneficiario de los rendimientos generados por el fondo de inversión colectiva o el mecanismo que se escoja.

3.4.7.2.8 Los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario.

Tal y como se desprende de esa norma es claro que, conforme a la normatividad vigente para el momento de los hechos: (i) Acción no estaba en la obligación legal de definir el punto de equilibrio; (ii) por el contrario, Acción podía o no participar libremente en esa definición; y (iii) la obligación legal de Acción se circunscribía a informar expresa y claramente a sus clientes si ella participaría o no en dicha definición, indicando las condiciones respectivas para el efecto.

Lo anterior pone de presente que el razonamiento de la Delegatura no solo fue equivocado en este punto, sino que tumba uno de los soportes principales de la sentencia: toda vez que Acción no estaba obligada legalmente a participar y definir el punto de equilibrio, las cláusulas respectivas del encargo fiduciario MR-799 en el que se excluyó de manera expresa esa responsabilidad a su cargo sí eran válidas y, por lo tanto, no han debido declararse como ineficaces.

Los numerales 2.2.1.2.1 y 2.2.1.2.2 del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ establecen una clara diferenciación entre los deberes de información y asesoría que tienen las sociedades fiduciarias:

2.2.1.2.1. Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte de objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

En los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones.

2.2.1.2.2. Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

De la lectura del fallo de primera instancia, es claro que varios de los reproches que hizo la Delegatura se sustentan en una aplicación errada del deber de información que tenía Acción, equiparándolo al deber de asesoría, sin reparar en que, por expresa disposición contenida en el numeral 2.2.1.2.2 antes citado, este último deber solo recaía en la fiduciaria si se hubiera “una obligación expresa pactada en el contrato” que claramente no existe.

Así las cosas, en cumplimiento de circular externa 046 de 2008 y la circular externa 030 de 2017 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Acción sí

cumplió con todos sus deberes legales y contractuales, razón de más para desechar por completo el razonamiento de la Delegatura.

III. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE EN VIRTUD DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PROMOVIÓ LA DEMANDANTE

Ahora bien, al margen de las consideraciones antes expuestas, teniendo en cuenta que el proceso de la referencia se enmarcó como uno de responsabilidad civil contractual, en este capítulo se explicarán las razones por las que los elementos constitutivos de la misma establecidos en el artículo 1604 del Código Civil no se configuran en el caso que nos ocupa.

En este escrito se hará un especial desarrollo de los mismos, debido a que —desafortunadamente—, como se anunció arriba, la Delegatura omitió realizar un estudio de los mismos en la sentencia, limitándose simplemente a enlistar las razones por las que, en su criterio, Acción habría actuado en contravía de los deberes legales que le correspondían ante la Demandante. Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caer en redundancia: las acciones de protección al consumidor financiero no están diseñadas para que la Delegatura simplemente reproche las conductas de las entidades financieras para posteriormente imponerles una sanción —para esto existen las actuaciones administrativas sancionatorias—; por el contrario, en realidad, este tipo de acciones están concebidas para que la Delegatura defina si, en el marco de una determinada relación contractual, una entidad financiera comete un acto antijurídico a la luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño cierto, directo y determinado o determinable.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la Demandante no resulta posible extraer varios de los elementos de la responsabilidad contractual. Hay que decirlo con total contundencia: (i) Acción nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) Acción nunca actuó a partir de una conducta antijurídica —conforme al grado de diligencia que le era exigible—; y (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante.

1.1. AUSENCIA DE UNA CONDUCTA ANTIJURÍDICA A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESTABLECIDAS EN EL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799 Y EL CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN FA-2351

En términos muy sencillos, la Delegatura concluyó que Acción habría incurrido en una conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales que ella tenía en virtud del encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351, porque, en concreto:

- No se habría informado a la Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall, a pesar de que ello habría acontecido antes de su vinculación por medio del encargo fiduciario MR-799.
- En línea con lo anterior, no se habría informado a la Demandante de que, para el momento de su vinculación, ya se habrían comenzado a trasladar los recursos económicos de los encargos fiduciarios al Promotor.
- No se habría informado a la Demandante que con los dineros de los encargos fiduciarios se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado a la Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.
- Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con un adecuado y oportuno SCI.
- Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

Así las cosas, a continuación se indicarán las razones particulares por las que, en realidad, mi representada no incurrió en ninguna de las falencias antes anotadas con base en las cuales la Delegatura emitió la sentencia de primera instancia:

Respecto del tema de acreditación de los requisitos, se logró probar que Acción cumplió con la verificación de esos requisitos de conformidad con el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014. En ella y sus anexos se puede establecer que los procedimientos y los requisitos se desarrollaron de conformidad al encargo fiduciario y al contrato matriz.

A su vez, el Representante Legal de la Demandante no pudo dar cuenta a la Delegatura de los requisitos que presuntamente pasó por alto Acción y tampoco pudo identificar cuáles requisitos eran los que se exigía para la transferencia de recursos.

Por otro lado, frente a los deberes de protección y defensa de los bienes del fideicomiso, mi representada solo obedeció a las voluntades de los titulares del negocio, permitiéndoles el ejercicio de sus derechos en la forma acordada. En esta medida, Acción no estaba en deber de ir más allá de lo convenido por las partes y las normas imperativas vigentes para la época.

En ese sentido, el Concepto 2008068357-003 del 27 de noviembre de 2008 de la Superintendencia Financiera establece lo siguiente respecto de las obligaciones de las fiduciarias:

“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. Lo anterior toda vez que sólo de este modo se puede 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, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente proceso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones, Acción no tenía ninguna obligación en relación con deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo etc. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en el documento denominado Boletín N° 1 MARCAS MALL en los siguientes términos:

2. Esquema de preventas

En este esquema, la función de la **fiduciaria** es recibir los dineros destinados a la separación de los inmuebles por parte de los compradores de unidades, hasta que se cumplan las condiciones técnicas y financieras establecidas en el contrato, lo que comúnmente se conoce como alcanzar el “*punto de equilibrio*”.

Logrado este punto, los recursos son entregados al constructor, momento en el cual finaliza el objeto del contrato de este tipo de **fiducia**.

Generalmente, estos recursos son invertidos en un **Fondo de Inversión Colectiva**¹⁰ (FIC) administrado por la **sociedad fiduciaria** relacionada con el negocio, al cual el consumidor financiero se vincula mediante un contrato con condiciones uniformes para todos los consumidores (contrato de adhesión).

Los recursos de los inversionistas son depositados en dicho fondo e invertidos de acuerdo con el reglamento del **fondo de inversión**, hasta que se cumplan los requisitos para el desembolso al constructor. En caso contrario, los dineros permanecerán en el fondo hasta el momento de hacer la devolución a los inversionistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mal puede concluirse que el otrosí suscrito entre la Acción y la Demandante resultan abusivos o contrarios a derecho. Por el contrario, ellos se enmarcan perfectamente dentro de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y las obligaciones a cargo de mi representada de conformidad con las normas pertinentes.

En todo caso, es importante señalar que los boletines informativos enviados por **URBANIZAR y PROMOTORA MARCAS MALL** dan cuenta de la información enviada a los inversionistas sobre la necesidad de modificar el proyecto y suscribir las modificaciones a los contratos. Así se puede verificar, por ejemplo, en el Boletín 1, obrante a derivado 02 que a la letra da cuenta de la información completa suministrada a la Demandante.

5. Créditos Bancarios

El crédito constructor base es del orden de \$35.000 MM. Hay manifiesto interés de tres (3) entidades bancarias para otorgar este financiamiento, incluso por una cuantía mayor que brinde la opción de contar con un margen de maniobra suficiente que aminore cualquier afectación por causa de algún inconveniente o retraso en cualquier fuente prevista. Aunque estamos negociando las mejores condiciones para el proyecto, uno de los requerimientos de base de estas entidades bancarias es contar previamente con las **Promesas de Compraventa y/u Otro Si a las Promesas de Compraventa suscritas** con cada comprador, convirtiendo este tema en la tarea más prioritaria, por lo cual pedimos la colaboración de todos ustedes agilizando la revisión y firma de los documentos mencionados para continuar con el trámite de aprobación del crédito constructor.

Actualmente se está trabajando en los ajustes de los diseños técnicos para que se correspondan íntegramente con el diseño arquitectónico final. Este proceso de reestructuración de los diseños técnicos como el romper la inercia de la obra y readquirir la dinámica requerida tomará algunas semanas, pero es una circunstancia necesaria para asegurar la continuidad de la obra una vez ésta se reinicie.

8

Con estos boletines se informó a los inversionistas sobre el estado del proyecto y se indicó de manera inequívoca las etapas del mismo.

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información que utilizó como base de análisis la Delegatura fue con suficiencia satisfecho por mi representada, pues como se constató en el interrogatorio de parte de la Demandada, se informó a través del encargo primigenio (medio idóneo) la situación actual del proyecto y especificó en su clausulado los requisitos acreditados de manera oportuna por parte del acreedor.

Ahora, respecto de las medidas de protección del lote, conviene reiterar que todas las acciones preventivas y de protección son del resorte del Promotor del proyecto, pues éste es quien tiene en su cabeza la construcción del proyecto, de tal manera, que resulta excesiva una nueva carga que de forma discrecional la Delegatura considera que es responsabilidad de mi representada. Valga entonces decir que el argumento de la Delegatura al presuntamente tener claridad respecto de la no injerencia de mi representada en temas constructivos se desvanece al ahora confundir una responsabilidad que es propia y exclusiva del Promotor.

No obstante lo anterior, Acción se ha hecho parte de los procedimientos policivos para preservar los derechos del lote y evitar afectaciones posteriores en cabeza del patrimonio autónomo.

1.2. INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO REAL, DIRECTO Y DETERMINADO O DETERMINABLE

El daño antijurídico 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 afirmó la Demandante y lo que a su vez concluyó la Delegatura en primera instancia, la Demandante no ha sufrido ningún tipo de aminoración antijurídica a raíz de los hechos en los que fundamentaron sus pretensiones.

En términos muy concretos, en la sentencia de primera instancia, la Delegatura estimó que el daño de la Demandante se definió a partir de la “frustración” que ella sufrió al no haber podido recibir los beneficios legítimos del proyecto Marcas Mall si éste se hubiera llevado a feliz término. En otras palabras, para la Delegatura la conducta antijurídica de Acción fue la razón por la cual el proyecto Marcas Mall no se pudo finiquitar, lo que generó que la Demandante no pudiera obtener los beneficios correspondientes.

La conclusión a la que arribó la Delegatura es equivocada porque, como se explicará a continuación, en realidad la Demandante no sufrió ninguna aminoración en los términos que se enunciaron en la sentencia de primera instancia. Como se verá en detalle, las afugias que si acaso ha sufrido la Demandante no revisten las condiciones para ser catalogadas como un daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable que deba ser reparado por Acción a la luz de la normatividad y jurisprudencia vigente.

En aras de llevar a cabo nuestro análisis, en primer término, conviene traer a colación los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales:

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, indicó lo siguiente acerca del daño:

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.

Por su parte, 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 del demandante, 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'»⁴.

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»⁵.

Ahora bien, en este caso no se puede hablar de daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable en cabeza de la Demandante por los hechos y negocios jurídicos que nos ocupan por las siguientes razones:

En el presente caso no puede derivar un daño cierto, real o determinado, ya que como se explicó en los alegatos de conclusión de primera instancia, existe en la actualidad un proceso liquidatorio que se encuentra en estudio de admisión por parte del Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá.

⁴ Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

⁵ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

Esta situación permite colegir con meridiana claridad que, al no estar liquidado el fideicomiso Marcas Mall, es imposible determinar si de los activos que posee el proyecto al día de hoy es posible o no retornar los recursos aportados por los diferentes inversionistas. Por el contrario, resultaría arriesgado condenar de manera prematura a Acción partiendo de una mera expectativa que deriva de unos hechos que aún no han sido objeto de análisis dentro del proceso liquidatorio.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, reiteró:

“2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”⁶

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01

En punto de lo anterior, los requisitos desarrollados por la Jurisprudencia respecto del daño antijurídico (real, cierto y determinado o determinable) claramente se extrañan en el presente proceso, pues quien los debía probar no lo hizo y por el contrario desentendió la carga probatoria que le correspondía.

Sin perjuicio de lo anterior, el daño reclamado y la interpretación del mismo derivado de la “frustración” que indicó la Delegatura, no es otra cosa que un trabajo hermenéutico de la propia Delegatura —el cual ni siquiera fue planteado por la Demandante en su hechos o pretensiones— quien, en su afán proteccionista, confundió las obligaciones contractuales de las partes aterrizando a una conclusión lejana al vínculo contractual.

Ahora bien, si el presunto daño que concluyó la Delegatura concomitante con la denominada “frustración” obedece a una infracción que deviene de la construcción del proyecto, es de recordar que dicha obligación no era ni es del resorte de mi representada. Por el contrario, la misma estaba en cabeza de PROMOTOR—en su condición de Promotor— el cual, reitero, no fue citado a la presente contienda litigiosa. Por ende, mal puede mi representada se ahora la condenada a asumir las consecuencias de una omisión en la que incurrió PROMOTOR. Por lo demás, este es el argumento central que permite colegir la inexistencia de un nexo causal en el caso que nos ocupa.

Esta situación de manera clara evidencia que en el presente caso no se puede establecer un daño cierto, por cuanto aún falta que se liquide el proyecto y fruto de esa liquidación se entregue a la Demandante lo que le corresponde. Por consiguiente, no puede reconocerse ningún tipo de daño en favor de la Demandante, 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 la Demandante ha perdido.

1.3. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

Continuando con los requisitos establecidos por el artículo 1604 del Código Civil y partiendo de la inexistencia del daño como se explicó líneas arriba, debe decirse que no se acreditó en este proceso el elemento estructural de nexo causal. Al respecto, debe decirse con total respeto que en la sentencia de primera instancia la Delegatura ni siquiera se detuvo en este punto del análisis, concluyendo así una responsabilidad civil

contractual que no era entonces procedente. No debe olvidarse que la inexistencia de un nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega en un proceso de responsabilidad civil contractual, es un aspecto básico estructural para que sea procedente la declaratoria judicial de la misma.

En lo fundamental, de la demanda de la Demandante se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no verificó de manera correcta los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario individual para que fuera procedente la transferencia de los recursos de los inversionistas al Fideicomiso FA-2351. Sin embargo, no hay nexo de causalidad entre este hecho y el daño que se alegó, toda vez que el supuesto del cual partió la Demandante no es correcto.

A la luz del contrato de encargo fiduciario y el marco normativo ampliamente explicado en este escrito, Acción no tenía el deber de verificar, acreditar e informar el cumplimiento de los requisitos que se habían definido para que la transferencia dineraria fuera procedente —el llamado “punto de equilibrio”—, pues todo ello había quedado contractualmente en cabeza del Promotor y, en algunos casos, del Interventor del proyecto. Tal y como se probó en este proceso, las obligaciones contractuales de Acción estaban circunscritas a recibir del Promotor del proyecto y/o del Interventor la información que acreditará el cumplimiento de los mismos e instrucciones de transferencia de los recursos, para a continuación proceder con el traspaso de los dineros al Fideicomiso FA-2351. En el caso que nos ocupa, ello se desprende justamente 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 (...)” (Se subraya)

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.

Sobre esto, 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 era MARCAS MALL CALI —en su calidad de Promotor— y no mi representada. Por consiguiente, si en efecto la Demandante sufrió algún daño, el mismo encuentra su causa en la conducta que MARCAS MALL CALI 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. En otras palabras, de la conducta que llevó a cabo mi representada no es viable desprender ningún vínculo con el daño que alegó la Demandante y que le reconoció la Delegatura.

Siguiendo con lo anterior, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal de le negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 1100011130 que se suscribió con la Demandante—: era en realidad el de lograr que estas personas adquirieran 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. Frente a esto, en su decisión, la Delegatura olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. 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 habría generado el supuesto daño de la Demandante —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio y, por ende, bajo las premisas antes explicadas, en ninguna circunstancia mi representada pudo haber causado el daño alegado.

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en sus hechos, el plazo que disponían los Contratos de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de otrosí, en el cual se modificó el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 /12/2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por el **DEMANDANTE** —esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio

de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños. Mas aun si se tiene en cuenta que la vinculación del inversionista **FEMME INTERNATIONAL S.A.S.** se dio con posterioridad a la declaración del punto de equilibrio y acreditación de los requisitos establecidos en el encargo fiduciario. De la misma demanda se puede extraer está conclusión, con lo que no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilga a mi representada.

Con base en todo lo antes dicho, sorprende la manera en la que la Delegatura desconoció todos los argumentos que mi representada promovió dentro del proceso para demostrar la inexistencia de la supuesta responsabilidad civil contractual, para acto seguido, tomar una decisión que en realidad termina traducándose en un enriquecimiento sin causa de la Demandante. Reitero: existe un proceso liquidatorio en curso, en el que realmente se definirán los derechos que tienen los inversionistas del proyecto Marcas Mall —entre ellos, la Demandante— de cara a los activos que existen en el fideicomiso FA-2351. Como se dijo al momento de analizar el daño, los inversionistas pueden hacer valer sus acreencias en ese proceso y, solo de las resultas del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada.

IV. FALLO JUDICIAL DE REFERENCIA QUE ES RELEVANTE PARA QUE SE DECIDA EL CASO QUE NOS OCUPA

Con el ánimo de que este Tribunal cuente con todos los elementos de juicio suficientes para sopesar y detectar los yerros que cometió la Delegatura al emitir la sentencia de primera instancia —sobre todo, de cara a los razonamientos que se han venido planteando en este escrito—, a continuación, se traerá a colación la sentencia que emitió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso similar al que nos ocupa, en donde otro inversionista del proyecto Marcas Mall demandó a mi representada por hechos y pretensiones prácticamente idénticas. Este caso se constituye como un antecedente fundamental para el recurso de apelación que se está surtiendo en este proceso.

En síntesis, tanto en primera como en segunda instancia, en ese proceso se concluyó que (i) mi representada no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que (ii) lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por mi representada.

Al respecto, el juez de primera instancia dijo lo siguiente:

“...no existe certeza del daño efectivamente causado a la sociedad...muy a pesar de la transferencia de los recursos a favor del promotor sin la estricta verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Otro Sí No. 1 y General Reglamentario, lo cierto es esa situación por si sola no da cuenta a una pérdida de los dineros depositados en la fiduciaria, pues la obra aunque se encuentre inconclusa no ha sido liquidada”.

En línea con lo anterior, en la sentencia de segunda instancia se afirmó que el perjuicio que había alegado la parte demandante era meramente hipotético y, por ello, no había lugar a una reparación o indemnización de perjuicios.

Así mismo, dentro de la sentencia de segunda instancia se hizo referencia al tema del deber de información, el cual fue alegado por la parte demandante como una maniobra dolosa para ocultar la información, referente a la transferencia de recursos al constructor de la obra.

El juzgador en este tema aclaró que a partir del principio de buena fe establecido en la Constitución Política, *“le corresponde a la parte demandante demostrar en forma contundente la intención de causar daño, pues el dolo no se presume sino que debe probarse”.*

Esta carga probatoria que estableció el Magistrado sustanciador en el caso citado, no es nada diferente a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso:

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las

evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

El anterior artículo leído a las voces de la jurisprudencia citada, no dicen otra cosa diferente a que la carga de la prueba en estos procesos de naturaleza declarativa, corresponden a quien persigue la declaración, esto es, a **FEMME INTERNATIONAL S.A.S.**, quien pretende no solo el incumplimiento contractual sino también probar el actuar doloso de mi representada.

En este punto es imperante señalar que los medios probatorios para soportar ese dicho fueron insuficientes por no decir nulos. La actividad probatoria del proceso en comento estuvo en cabeza de mi representada y de la iniciativa oficiosa del despacho. Sin embargo, ninguna de las pruebas aportadas da luces de un actuar doloso que pudiera generar un daño potencial al inversionista.

Finalmente, la sentencia de segunda instancia que se emitió en dicho proceso es particularmente relevante en punto al valor que ella le dio a la denuncia penal que en su momento entabló acción. Lo dicho por el Tribunal Superior de Cali resulta bastante acertado para atajar la lectura general y abstracta con la que la Delegatura abordó esta cuestión para, a partir de ella, concluir una responsabilidad contractual de mi representada. En particular, conviene traer a colación lo siguiente:

“Al respecto debe señalarse, por un lado, que la mencionada prueba es solamente una denuncia penal que no da plena convicción de la pérdida de los dineros y, por otro, que no se incluyó en la misma el encargo fiduciario No. 0001100010232 perteneciente a INVERSIONES PSCS SAS como una de las cuentas objeto del supuesto ilícito, por lo cual no es factible aseverar que los dineros comprometidos sean los suyos, a lo que se agrega que desde un inicio las pretensiones de la demanda se encaminaron a la declaratoria del incumplimiento contractual por haber transferido ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA los depósitos al promotor sin la

verificación de las condiciones dispuestas para ello, y no la entrega de los tales a otras obras o persona.

Es por lo anterior que se comparte la posición del sentenciador de primera instancia, en cuanto a que no existe daño actual sino meramente hipotético, pues la relación contractual aun se mantiene vigente y en espera de resultados, para lo cual se baso en el interrogatorio de la parte de la representante legal de la sociedad demandante”.

Así las cosas, en nuestro respetuoso criterio, la sentencia antes referenciada y los análisis que allí se hicieron deberían ser considerados por este Tribunal al momento de decidir el recurso de apelación que nos ocupa. Lo dicho en ese fallo pone en evidencia los terribles e insubsanables errores que cometió la Delegatura al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

V. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Finalmente, si bien todo lo dicho en este escrito debería llevar a que este Tribunal revoque la sentencia de primera instancia que emitió la Delegatura y, en consecuencia, se denieguen íntegramente las pretensiones de la Demandante, enseguida se explicarán las razones por la que la Delegatura erró al denegar las pretensiones que Acción formuló en su llamamiento en garantía. Lo anterior, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de una eventual condena en el hipotético caso en el que este Tribunal decida reafirmar la sentencia de primera instancia y/o algún tipo de condena en favor de la Demandante.

En términos muy sencillos, tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, la Delegatura decidió denegar las pretensiones del llamamiento en garantía porque, en su criterio, se configuró la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general —en el amparo de *responsabilidad civil profesional para instituciones financieras*— de la póliza de seguros No. 1000099 que mi representada adquirió y con base en la cual promovió el llamamiento:

“EL ASEGURADOR NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMO DERIVADO DE, BASADO EN, O ATRIBUIBLE A:

(...)

3.7. CUALQUIER RECLAMO BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, CRIMINAL, DESHONESTA, FRAUDULENTO, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL ASEGURADO O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LA LEY POR PARTE DEL ASEGURADO SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL ASEGURADO HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS.” (Se subraya)

Para la Delegatura, mi representada habría admitido —por conducto de su Representante Legal en el interrogatorio de parte que se le practicó— que los hechos que habrían generado el daño de la Demandante tuvieron su origen en una conducta delictiva y criminal, con lo que se habría configurado el supuesto de exclusión del amparo contratado con el seguro:

“Para este caso, lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta. Luego, queda visto que ateniéndose la Delegatura al tenor del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido, situación que de paso sea decirlo, exime a la Delegatura del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el llamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso.”

Como se explicará en detalle a continuación, la conclusión a la que arribó la Delegatura resulta equivocada y, en consecuencia, ante una eventual decisión adversa de este Tribunal, la Llamada en Garantía debería asumir el pago de la condena respectiva en virtud de la póliza de seguros No. 1000099:

1. Contrario a lo que concluyó la Delegatura, las declaraciones que hizo la Representante Legal de mi representada no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general. Basta detenerse en el interrogatorio de parte para constatar que la Representante Legal simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos — sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una

decisión judicial que así lo establezca—, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción.

2. Adicionalmente, la Delegatura pasó por alto que, en lo que respecta a la póliza de seguros No. 1000099, mi representada tiene la condición de consumidor financiero de la Llamada en Garantía, en los términos de la Ley 1328 de 2009 y el artículo 78 de la Constitución Política. Por consiguiente, al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura ha debido declararla nula o ineficaz⁷ por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

No es posible jurídicamente que un consumidor financiero, que no es abogado y que no cuenta con los elementos de juicio para establecer si una conducta es delictiva o criminal, pueda liberar de su obligación de cobertura a una compañía aseguradora a partir de un entendimiento y valoración subjetiva de su parte que incluso, puede llegar a ser equivocada. En otras palabras: la cláusula consignada en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, es abusiva e ineficaz porque, por su conducto, la compañía aseguradora le traslada al consumidor financiero una serie de cargas que no le corresponden y que solo buscan que ella pueda liberarse de la responsabilidad que le asiste a partir de un entendimiento que puede o no tener el asegurado, sin que él cuente con los elementos de juicio necesarios para hacerlo.

Eventualmente, solo un abogado experto en materia penal podría realmente determinar si una conducta puede tipificarse como delictiva o criminal — aunque, incluso, una persona así podría también equivocarse—; por lo que mal haría un juez en darle validez a una cláusula que traslada dicha carga excesiva a un consumidor financiero que adquiere un seguro a partir de un contrato de cláusulas predispuestas. No debe olvidarse que, al momento de adquirir la póliza de seguros No. 1000099, Acción —como cualquier otro consumidor financiero— no contó con la posibilidad de modificar o negociar el texto que fue predispuesto por la compañía aseguradora, por lo que su texto siempre debe leerse y aplicarse en contra de la parte que lo predispone (artículo 1624 del Código Civil).

⁷ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

3. Finalmente, el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz conforme a lo previsto en el Literal C) del numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

“2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.” (Se subraya)

Tal y como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza —no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general—, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado.

Frente a este aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”⁸

En consecuencia, la exclusión del literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general ha debido omitirse por la Delegatura al momento de decidir las

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

pretensiones del llamamiento en garantía que presentó mi representada, al transgredir una norma imperativa y, por lo tanto, ser por completo ineficaz.

VI. SOLICITUDES

1. Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 22 de enero de 2021 notificada el 25 de enero de 2021..
2. En línea con lo anterior, respetuosamente solicito que se emita una nueva sentencia en la que se rechacen íntegramente las pretensiones que fueron formuladas por la Demandante en contra de mi representada.
3. De manera subsidiaria solicito que, en caso de que se reafirme la sentencia de primera instancia y/o se decida algún tipo de condena en favor de la Demandante, se concedan las pretensiones que fueron formuladas por Acción en el llamamiento en garantía, de tal forma que la Llamada en Garantía deba asumir su pago de forma integral.

De los señores Magistrados, cordialmente,

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS
C.C. No. 1.020.733.114
T.P. 209.491 del C. S. de la J.