# AUDIENCIA CASO LA MORELIA – ACCIÓN FIDUCIARIA

Id: 890303393-1
Rad: 2023050850

Superintendencia Financiera de Colombia
Radicado: 2023050850
Expediente: 2023-2193
Demandantes: La Morelia y Cristalinda S.A.
Demandados: Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y Fideicomiso FA- 3320

**Fideicomitentes inmobiliarios:** La Morelia y Cristalinda S.A.
**Fideicomitente promotor:** Buenavista constructora y promotora
**Fiduciaria**: ACCIÓN FIDUCIARIA como fiduciaria

HECHOS:

El 15 de agosto de 2013, la morelia y cristalinda en calidad de promitentes vendedores, suscribieron con constructora Buenavista un contrato de promesa de compraventa sobre dos lotes de terreno en el sector “La morelia – etapa v). De acuerdo con lo previsto, el proyecto se ejecutaría en tres fases: La fase 1 sería de 60 unidades de vivienda (apartamentos) y con un punto de equilibrio estipulado a 15 meses contados a partir de la firma de la promesa de compraventa. La fase 2 sería de 60 apartamentos y con un punto de equilibrio estipulado a 27 meses, es decir, 12 meses más de los 15 de la primera fase. La fase 3 sería de 60 apartamentos y con un punto de equilibrio estipulado a 39 meses, es decir, 12 meses más de los 12 últimos y de los 15 anteriores.

En la promesa de compraventa hay una cláusula 2 parágrafo 6 en la que se estableció una obligación de constituir un contrato fiduciario de administración inmobiliaria donde se aportarán los lotes en cuestión. Las partes establecieron en ese mismo contrato que si los lotes se destinan para apartamentos, el precio mínimo sería el 12% del valor comercial de todas las unidades de vivienda, parqueaderos etc. Y en el evento en que el proyecto brindara utilidades, sería el 20% del valor total de ese rubro. Cada fase tenía precios mínimos así: Fase 1: $2.243.360.050. Fase 2: $2.078.727.419. Fase 3: $2.233.889.859.

El 14 de noviembre de 2014 se firmó un otrosí en el cual se amplió el plazo máximo para llegar al punto de equilibrio de preventas en cada fase, así: Fase 1: 26 meses, la obligación vencía el 15 de octubre de 2014. La fase 2: 26 meses más 12 meses, la obligación vencía el 15 de octubre de 2016. Fase 3: 26 meses más 12 más 12, la obligación vencía el 15 de octubre de 2017.

El 21 de septiembre de 2015, la morelia, cristalinda como fideicomitentes inmobiliarios y Buenavista constructora y promotora como fideicomitente promotor y ACCIÓN FIDUCIARIA como fiduciaria celebraron un contrato de fiducia mercantil sobre los bienes citados en el hecho uno. La idea es que acción fiduciaria mantuviera la titularidad de los bienes que se le transfirieron a título de fiducia, registrar a los fideicomitentes inmobiliarios como beneficiarios de los bienes inmuebles y verificar los pagos establecidos en la promesa de compraventa a favor de los fideicomitentes inmobiliarios.

**Aclaración:** Fideicomiso es un acto jurídico por medio del cual una persona entrega a otra la titularidad de unos activos para que los administre y al vencimiento de un plazo, transmita los resultados a un tercero. El fideicomisario es la persona o la entidad a la que se le confía la custodia y administración de los activos para otra con deberes explícitos de lealtad e imparcialidad. El fideicomitente es la persona que creó el fideicomiso. El fiduciario es la persona que administra el dinero o los bienes de otras personas.

Dice la demanda que según el contrato, Acción fiduciaria tiene varias instrucciones en la cláusula 7, numerales 4,5 y 9 que exigen:

Numeral 4: Verificar el cumplimiento del pago convenido entre el fideicomitente promotor (constructora Buenavista) y los fideicomitentes inmobiliarios (la morelia y cristalinda) o verificar la constitución de la garantía sustitutiva establecida en el parágrafo de la cláusula séptima del mismo.

Numeral 5: Garantizar que no se transferirán las unidades de vivienda resultantes del desarrollo del proyecto a favor de terceros hasta tanto se haya llevado a cabo el pago del precio de los mismos a favor de los fideicomitentes inmobiliarios (la morelia y cristalinda) o se haya constituido la garantía sustitutiva establecida en el parágrafo de la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa. En virtud de ello, la fiduciaria deberá solicitar la acreditación del pago o de la constitución de la garantía sustituva al fideicomitente inmobiliario respecto de los bienes inmuebles que se pretende transferir parcial o totalmente por parte de este. Para tal efecto, los fideicomitentes inmobiliarios, aportarán la instrucción irrevocable acreditando el pago de la obligación o la constitución de la garantía sustitutiva establecida en el parágrafo de la Cláusula Séptima del contrato de promesa de compraventa correspondiente a las unidades a escriturar.

Numeral 9: Restituir los lotes de terreno que no hayan sido cancelados en su totalidad por parte del fideicomitente promotor (Buenavista) a los fideicomitentes inmobiliarios (la morelia y cristalinda), en el evento en el que el fideicomitente promotor (Buenavista) incumpla con los pagos pactados por los lotes de terreno y que los fideicomitentes inmobiliarios (la morelia y cristalinda) soliciten su restitución.

Posteriormente, el 18 de noviembre de 2015, las partes suscribieron OTROSÍ reglamentario al contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO FA 3320 LOTE LA MORELIA ETAPA V del contrato inicial, en este documento la cláusula séptima se dieron las siguientes instrucciones:

* Verificar que se realizaran los pagos establecidos en la promesa de compraventa a favor de los fideicomitentes inmobiliarios (morelia y cristalinda) o se haya constituido la garantía sustitutiva establecida en el parágrafo de la cláusula séptima de la promesa de compraventa suscrita entre los fideicomitentes.
* Garantizar que no se transferirán las unidades de vivienda resultantes del desarrollo del proyecto a favor de terceros hasta tanto sse haya llevado a cabo el pago del precio de los mismos a favor de los fideicomitentes inmobiliarios, o se haya constituido la garantía sustitutiva establecida en el parágrafo de la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa. En virtud de ello, la fiduciaria deberá solicitar la acreditación del pago o de la constitución de la garantía sustitutiva al Fideicomitente inmobiliario respecto de los bienes inmuebles que se pretende transferir parcial o totalmente por parte de este. Para tal efecto, los fideicomitentes inmobiliarios (la morelia y cristalinda) aportarán la instrucción irrevocable acreditando el pago de la obligación o la constitución de la garantía sustitutiva establecida en el parágrafo de la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa correspondiente a las unidades a escriturar
* Restituir los lotes de terreno que no hayan sido cancelados en su totalidad por parte del Fideicomitente promotor a los fideicomitentes inmobiliarios, en el evento en que el fideicomitente promotor incumpla con los pagos pactados por los lotes de terreno y que los fideicomitentes inmobiliarios soliciten su restitución.
* Suscribir como vocera y administradora del fideicomiso todos aquellos documentos que el fideicomitente promotor (Buenavista) requiera para la ejecución del proyecto y que dada su naturaleza deban ser suscritos por el Fideicomiso como propietario de los inmuebles, tales como reglamento de propiedad horizontal, solicitud de servicios públicos, escrituras públicas de constitución de hipotecas, cesión de vías, zonas verdes, equipamiento comunitario de acuerdo con la instrucción que imparta el fideicomitente promotor (Buenavista)

El 30 de septiembre de 2020 se suscribió OTRO SI #2 al CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA, en el cual se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones:

FASE 1: Se indica que ya fue pagada y se desarrolló sobre Lote de área 7.579 m2.
FASE 2: Se realiza sobre Lote de área 5.436 m2, y se indica que esta FASE ya llegó a su punto de equilibrio, pero ha tenido problemas financieros en su ejecución, solicitando una reducción en el precio acordado inicialmente del 12% al 10%, pagando parcialmente parte del precio con tres inmuebles que suman $1.476.968.320.

FASE 3: Realizado en Lote de área 5.822,69 m2. Se solicita subdividir el lote en dos sub-fases, a saber: la 3-1 y la 3-2.

Fase3-1: a desarrollar en Lote de 1.600 m2 y se solicita igualmente una reducción del precio, reduciendo del 12% al 10%, pactando un valor mínimo de la tierra de $1.027.800.000, correspondiente al 10% del valor total de ventas brutas estimadas en $10.278.000.001. En septiembre de 2019 se logró el punto de equilibrio de esta Fase, y la Torre H queda programada para terminar en febrero de 2021.

Fase 3-2: a desarrollar en Lote de área de 4.222,30 m2. Se establece la construcción de las Torres F y G, y se solicita la reducción del precio al 10%, acordando un valor de $2.065.631.200. Se requiere prorrogar plazo para alcanzar el punto de equilibrio.

Se determina que el término para el desarrollo del proyecto se amplía de 5 a 10 años y con la posibilidad de ampliarlo por un año más. También se pactó una nueva forma de remuneración al proyecto quedando así:

• Fase 1: 12% del valor comercial de venta de las viviendas. (Fase que fue terminada, entregada y pagada) • Fase 2: 10% del valor comercial de venta de las viviendas (Fase terminada pero no ha sido pagada en su totalidad) • Fase 3: 10% del valor comercial de venta de las viviendas (Fase terminada pero no ha sido pagada ni entregada) • Un segundo Pago correspondiente al 20% del valor total de las utilidades del proyecto. (Mismo que no se generó ya que el proyecto no fue terminado).

La demanda dice que la fiduciaria (o sea Acción) a la fecha debe a Morelia y Cristalinda la suma de:

$812.984.871 por el valor mínimo de la tierra

$457.711.613 por intereses moratorios reconocidos mediante Otrosí al contrato de compraventa

$293.779.759 por intereses moratorios restantes causados desde el 01 de octubre de 2020 hasta la fecha por el no pago del valor mínimo de la tierra, teniendo en cuenta que la fase fue terminada y entregada.

En la demanda, dicen que como se había estimado como fecha máxima de punto de equilibrio para las preventas de la Fase 3-2, el día 15 de octubre de 2021 de acuerdo a lo contenido en el punto 6.4. de las consideraciones del otrosi 2 al contrato de promesa, dice la demanda que se incumplió el contrato y no se desarrolló dicha fase del proyecto, así que la morelia y cristalinda soliciaron a fiduciaria la restitución del lote de la fase 3-2, y la misma contestó que conforme a los artículos anteriormente mencionados se procedía con el pago de las mejoras, pero al no existir mejoras no hay lugar al pago (si hay mejoras)

Dice además la demanda que a pesar de las instrucciones dadas relacionadas con verificar los pagos establecidos en la promesa de compraventa en favor de los fideicomitentes inmobiliarios (morelia y cristalinda) o que se haya constituido una garantía sustitutiva según la promesa de compraventa, garantizar que no se transfieran las unidades de vivienda resultantes del proyecto a favor de terceros hasta tanto no se haya pagado el precio a favor de los fideicomitentes inmobiliarios y restituir los lotes de terreno que no hayan sido cancelados en su fideicomitente promotor (Buenavista). Dice la demanda que acción incumplió porque entregó al fideicomitente promotor (Buenavista) dineros sin garantizar el pago de los derechos económicos, permitir la transferencia de unidades de vivienda mediante escrituración a terceros compradores sin que se hubiere realizado el pago del precio a favor de los fideicomitentes inmobiliarios y que, pese a la solicitud, no se restituyó el lote de la fase 3-2, aunque no fue pagado por el fideicomitente promotor.

Estado actual del proyecto: FASE1: Pagada y entregada; FASE 2: tiene un saldo de $1.564.476.178 y FASE3-1: tiene un saldo de $1.303.148.664; la FASE 3 – 2: no fue desarrollada, saldos exigibles y en mora, a favor de Morelia y Cristalinda

Nota: La demanda solo se presentó contra Acción fiduciaria, pero vincularon como litisconsorte necesario por pasiva al Fideicomiso FA 3320 (o sea yo) Lote La morelia Etapa V

* **Recurso de reposición presentado por Acción Sociedad Fiduciaria:**

En el recurso que presentó Acción (no lo hicimos nosotros) a título de Acción fiduciaria y de Fideicomiso FA-3320 Lote La Morelia Etapa V, presentó reparos relativos a (i) La falta del requisito de procedibilidad (ii) Carencia de derecho de postulación por “vicios” en el otorgamiento del poder. (iii) juramento estimatorio de la demanda

* **Contestación Patrimonio Autónomo (Fideicomiso FA 3320 LOTE LA MORELIA ETAPA V**

Lo primero que defendemos es si el Fideicomiso FA 3320 no hace parte del contrato de promesa de compraventa, ni de ningún otro acuerdo privado que hubieran sido celebrados entre Buenavista constructora y promotora S.A. y La morelia y Cirstalinda S.A. (Sin embargo no vamos a preguntar nada sobre esto porque Santiago considera que ya está probado con el documento)

En el pronunciamiento al hecho tercero de la contestación se aclara que la cláusula 2 del contrato de promesa de compraventa, parágrafo 6, estableció que: La promitente compradora celebrará con acción fiduciaria dos tipos de operaciones: 1. Contrato de encargo fiduciario de preventas y 2. Contrato de fiducia mercantil de administración para proyectos inmobiliarios.

En la contestación aclaramos que no es cierto que Acción Fiduciaria y/o el fideicomiso FA 3320 sean los llamados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Fideicomitente promotor, dado que del contrato de Fiducia y del Otrosi reglamentario no se desprende ninguna obligación o instrucción a cargo de Acción o del patrimonio que les exija garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la promotora.

En la contestación se aclara que no es cierto que Acción Fiduciaria o el Fideicomiso FA 3320 hubiesen sufragado valor alguno frente a las obligaciones adquiridas dentro del contrato de promesa de compraventa pluricitado, más allá de que, previa instrucción del fideicomitente desarrollador hubiera realizado giros con destino a las sociedades demandantes, los cuales en todo caso provendrían del patrimonio autónomo FA 2712 Fideicomiso Recursos La Morelia Fase V.

Ahora bien, en lo relacionado con la solicitud de restitución de inmuebles de la Fase 3.2, debe manifestarse que, mediante comunicación del 01 de febrero de 2023, la cual se anexa a la presente contestación, Acción Fiduciaria, en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso FA 3320, les comunicó a las sociedades la Morelia S.A. y Cristalinda S.A., que se podía proceder con la restitución de los lotes de terreno, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 10 de la Clausula Séptima “INSTRUCCIONES” del Contrato de Fiducia, siempre y cuando Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. (en liquidación) y la Morelia S.A. y Cristalinda S.A., se pusieran de acuerdo con relación a las mejoras realizadas sobre el inmueble, siguiendo el procedimiento que ellas mismas acordaron en el contrato de promesa de compraventa y sus respectivas modificaciones.

Adicionalmente, resulta necesario reiterar que las obligaciones de Acción Fiduciaria en virtud del Contrato de Fiducia no incluyen ni contemplan el pago del contrato de promesa de compraventa, pues dicho pago es obligación exclusiva de Buenavista Constructora Y Promotora S.A.S. (En Liquidación). Esta circunstancia fue puesta en conocimiento del extremo demandante mediante comunicación del 30 de enero de 2023, en la que Acción Fiduciaria, en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso FA-3320, le manifestó que no se encuentra en la obligación de efectuar ninguna retención de recursos, teniendo en cuenta que las sociedades fiduciarias en desarrollo de los contratos celebrados actúan de conformidad con las instrucciones que imparta el fideicomitente, en este caso concreto del fideicomitente promotor, es decir, Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., en Liquidación Judicial. Por tal motivo, el giro de recursos y la destinación de los mismos se encuentra determinado por las instrucciones que imparte el fideicomitente promotor, y las indicaciones que emita por escrito en ese sentido.

Ahora bien, respecto a la constitución de la garantía sustitutiva, el obligado a constituirla en virtud del Contrato de Promesa de Compraventa es Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., en Liquidación Judicial. Así las cosas, no es un hecho relacionado con la Fiduciaria, ni con el Fideicomiso FA 3320, teniendo en cuenta que la fiduciaria en nombre propio y como vocera y administradora del fideicomiso no hace parte de los acuerdos privados que hayan sido celebrados entre Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., en Liquidación Judicial, y la Morelia S.A. y Cristalinda S.A.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que mediante comunicaciones del dos (02) de octubre de 2020 y del diez (10) de mayo de 2022, la Morelia S.A. y Cristalinda S.A., en su calidad de Fideicomitentes Inmobiliarios, instruyeron de manera irrevocable a la fiduciaria que podían suscribir las escrituras de compraventa e hipoteca sin requerimiento de pago previo de prorroga correspondiente al lote de terreno, es decir, que una vez se escriturara se podría proceder de manera prioritaria con el pago proporcional a los fideicomitentes inmobiliarios, lo que significa que el pago del lote quedaría de último.

Excepciones:

* Falta de legitimación en la causa del Fideicomiso 3320:

Justamente, lo que no debe perderse de vista es que La Morelia S.A. y Cristalinda S.A. suscribieron con Buenavista Sociedad Promotora y Constructora S.A. un contrato de promesa de compraventa de dos lotes de terreno que serían destinados por este último para la construcción de un proyecto inmobiliario que se desarrollaría en tres fases -contrato del que no hizo parte la fiduciaria ni el Fideicomiso FA 3320. En dicho contrato se pactó que el precio de los inmuebles lotes de terreno sería pagado por el promitente comprador a las promitentes vendedoras en forma de una comisión del 10% de las ventas del proyecto inmobiliario que se construiría en los inmuebles. Y, además, se pactó que, para el desarrollo de dicho proyecto arquitectónico y garantía de pago de la referida comisión, se constituiría un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración; mismo que efectivamente fue suscrito con mi representada y en cuya virtud se constituyeron los patrimonios autónomos FA-3320 y FA-2712.

Así las cosas, ante la aplicación del principio de relatividad de los contratos que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia colombiana, las afirmaciones del demandante sobre la obligación del Fideicomiso FA 3320 de efectuar el pago acordado en la promesa de compraventa, resultan a todas luces improcedentes, puesto que se trata de un negocio jurídico completamente independiente, inoponible y ajeno a mi representado en donde el obligado a efectuar el pago del precio era sin discusión alguna Buenavista Constructora y Promotora S.A. en su calidad de promitente compradora. Por esta razón, resulta palmaria la ausencia de legitimación en la causa por pasiva del Fideicomiso FA 3320, por cuanto no hizo parte del contrato de promesa respecto del cual se reclama el incumplimiento.

* Debida diligencia y cumplimiento del contrato de fiducia y su otrosí:

A efectos del desarrollo de esta excepción, dividiré en 4 acápites el análisis del cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la Fiduciaria: i) cumplimiento general de las obligaciones contractuales; ii) cumplimiento de la obligación de verificación del pago de la etapa II del proyecto La Morelia Etapa V; iii) cumplimiento de verificación de la obligación de pago de la etapa III-1 del proyecto La Morelia Etapa V; y iv) cumplimiento de verificación de la obligación de pago de la etapa III-2 del proyecto La Morelia Etapa V.

1. Cumplimiento total de las obligaciones del contrato FA-3320 Antes de abordar de manera específica la forma en que el Fideicomiso FA 3320 ha cumplido con sus obligaciones derivadas del contrato de fiducia, es necesario precisar la forma en que opera la responsabilidad de las entidades fiduciarias en el marco de los contratos de fiducia mercantil para dejar claro que no se cumplen los presupuestos para que, eventualmente, esta llegare a ser condenada. En ese orden de ideas, lo primero que al respecto debe tenerse en cuenta es que las obligaciones de las entidades fiduciarias son de medio y no de resultado y la ejecución de su gestión debe estar encaminada la consecución del fin de la gestión encargada como naturaleza del negocio fiduciario. En ese sentido, fue tan diligente y cumplida la Fiduciaria y, por consiguiente, el Fideicomiso FA 3320, que sus actuaciones se ejecutaron en estricto cumplimiento de la ley, a tal punto, que se privilegió el derecho de los terceros adquirentes sobre el que inicialmente tendrían las demandantes respecto de los recursos que ingresaron al patrimonio autónomo. Ello sin perjuicio de que, como se indicará en detalle en el próximo sub-acápite, además de la vela y garantía del encargo fiduciario, las actuaciones de la fiduciaria y del fideicomiso obedecieron a instrucciones irrevocables de los fideicomitentes. Esto deriva en que el presunto “incumplimiento del pago prioritario de la cuota del 10% correspondiente a las fideicomitentes inmobiliarias” no representó un incumplimiento, sino todo lo contrario, el cumplimiento de los deberes contractuales a la luz del artículo 1234 del Código de Comercio.
2. Cumplimiento de la obligación de verificación de pago de la Fase II del proyecto La Morelia – Etapa V Sea lo primero mencionar que, de acuerdo con el encabezado del Otrosí Reglamentario, es claro que el principal motivo o causa para la celebración del contrato, fue la constitución de un fideicomiso que detentará la propiedad de los lotes para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, mas no para efectuar pago alguno ya que en el marco de las instrucciones impartidas en el Contrato de Fiducia y el Otrosí Reglamentario no se encuentra mención alguna a este tipo de gestiones. Por ello, pretender como lo hace el demandante que, el Fideicomiso FA 3320 efectuara pagos a su favor de manera autónoma, resulta a todas luces una incongruencia en sus funciones, pues las acciones a ser desplegadas por parte del Fideicomiso FA 3320 con base en esta disposición se limitaron expresamente por las partes a gestiones de revisión o chequeo respecto de los pagos que debían ser realizados por el promitente comprador, las cuales fueron desarrolladas exitosamente por mi representado. En ningún aparte del Contrato de Fiducia o de su Otrosí Reglamentario se incorporó como una obligación o instrucción a cargo del Fideicomiso FA 3320 la de realizar pagos o ejercer algún tipo de coerción en caso de que aquellos pactados en la promesa de compraventa no fuesen atendidos por el promitente comprador.
3. Cumplimiento de Instrucciones impartidas al Fideicomiso FA 3320 Las instrucciones impartidas al Fideicomiso FA 3320 en el Contrato de Fiducia y Otrosí Reglamentario fueron atendidas integralmente, para estos efectos se tuvo en cuenta del alcance incorporado en la Cláusula Séptima de este último y adicionalmente las instrucciones que los fideicomitentes remitieron expresamente a Acción Fiduciaria en representación del Fideicomiso FA 3320. Frente a la obligación de pago de la fase III-1 del proyecto debe indicarse que, tal como lo manifiestan las demandantes en el hecho décimo sexto, la Fiduciaria pagó a los fideicomitentes a través del fideicomiso una suma correspondiente a $249.000.0000 por concepto del valor de los inmuebles de acuerdo con el porcentaje de las ventas del proyecto. No obstante, lo que omiten las demandantes es que dicho valor corresponde al porcentaje de las ventas que efectivamente ingresaron al patrimonio autónomo y que en virtud del contrato y las instrucciones irrevocables le correspondían a las empresas La Morelia y Cristalinda.
4. Cumplimiento de la obligación de restitución del inmueble donde se llevaría a cabo la Fase III-2 del proyecto La Morelia – Etapa V Finalmente, con relación a restitución de los lotes de terreno, se reitera que este hecho no configura un incumplimiento del Fideicomiso 3320, sino todo lo contrario. Mi representada no se ha opuesto en ninguna oportunidad a la procedencia de la restitución del inmueble, sin embargo, ha dejado claro que para poder tramitarla es necesario que se haga el respectivo reconocimiento de mejoras tal como lo exige el numeral décimo de la cláusula séptima del contrato de fiducia. En efecto, mediante comunicación del 01 de febrero de 2023, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en su calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo FA-3320 Fideicomiso La Morelia Etapa V, les comunicó a las sociedades la Morelia S.A. y Cristalinda S.A., que podían proceder con la restitución de los lotes de terreno, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 10 de la Clausula Séptima “INSTRUCCIONES” del Contrato de Fiducia Mercantil, siempre y cuando Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., en Liquidación Judicial, y la Morelia S.A. y Cristalinda S.A., se pusieran de acuerdo con relación a las mejoras en atención a los acuerdos privados celebrados.
* No existe responsabilidad del fideicomiso FA 3320 por cuanto no hay nexo causal entre su conducta y el perjuicio sufrido

Ahora bien, sumado a la falta de legitimación en la causa por pasiva del Fideicomiso FA 3320 y a la acreditación de su debida diligencia y cumplimiento contractual, deviene que no existe responsabilidad civil contractual en cabeza de mi representado en la medida en que no hay un vínculo de causalidad entre la actuación diligente y cumplida de éste y el supuesto perjuicio reclamado por las sociedades La Morelia y Cristalinda. Dicho perjuicio, de existir, provendría única y exclusivamente de la actuación del fideicomitente promotor, esto es Buenavista S.A., quien era el obligado a pagar el precio convenido por los inmuebles lotes de terreno en virtud del contrato de promesa. Adicionalmente, tampoco existiría nexo de causalidad en la medida de que la imposibilidad de verificación del pago total de la Fase III-1, devendría exclusivamente de los retrasos y la paralización del proyecto, situación claramente no imputable a mi prohijado.

En efecto, como se ha indicado en este escrito y como se probará durante el curso del proceso, la ausencia de pago del valor convenido por los inmuebles objeto del contrato de promesa obedeció de manera exclusiva a los retrasos y la paralización del proyecto inmobiliario. Bajo ninguna óptica es admisible que la ausencia de pago sea responsabilidad de la fiduciaria, pues esta únicamente se obligó a administrar los recursos del proyecto de acuerdo con las instrucciones impartidas por los fideicomitentes. Instrucciones que se dirigieron a privilegiar el pago de otros gastos del proyecto para procurar su viabilidad y flujo de caja y que, aunque no tuvieron el éxito esperado, fueron acatadas íntegramente por mi representada quien nunca dispuso de manera autónoma y/o independiente de los recursos del patrimonio autónomo. Por supuesto, esto sin perjuicio de que ni mi representada ni los PA administrados por parte suya, eran parte contractual del contrato de promesa y en tal virtud, no se les puede hacer exigibles obligaciones que nunca contrajeron.

* Interpretación adecuada y/o nulidad parcial de las cláusulas del contrato de fiducia:

Es de fundamental importancia que en el presente caso se interpreten adecuadamente las cláusulas que la parte demandante equivocadamente reputa como incumplidas. Si bien las mencionadas cláusulas establecen un privilegio en la cascada de pagos de los fideicomisos, esta prelación crediticia no puede ser interpretada en perjuicio del fin principal del contrato de fiducia. Claramente, mi representada tiene que interpretar el contrato de fiducia no solo por lo dispuesto en él, sino por lo preceptuado por la Circular Básica Jurídica, que expresamente establece que el profesional fiduciario debe velar porque se encuentren dadas las condiciones financieras del proyecto antes de permitir la disposición de los recursos de los futuros compradores por parte de los fideicomitentes. Interpretar el contrato de forma aislada sin tener en cuenta la CBJ, que valga la pena mencionar, resulta de obligatorio cumplimiento al ser un acto administrativo de carácter general, implicaría por sustracción de materia que estas disposiciones que privilegian el pago en favor de las demandantes fueran nulas al contravenir norma de orden público. En otras palabras, sin perjuicio de los argumentos previamente expuestos que dejan absolutamente claro que la fiduciaria y el fideicomiso dieron estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales, vale la pena mencionar que, en todo caso, adoptar la interpretación propuesta por el demandante relativa a obligar a pagar el valor del precio convenido por los inmuebles objeto del contrato de promesa en favor de las demandantes antes de transferir la propiedad de las unidades de vivienda a terceros adquirentes, llevarían a la nulidad parcial del negocio virtud del artículo 899 del Código de Comercio. Por supuesto, esa nulidad sería clara si no se hiciera una interpretación armónica del negocio en donde, antes de pagar a los fideicomitentes, es indispensable atender las obligaciones para llevar a cabo satisfactoriamente el proyecto.

**NOTAS AUDIENCIA**

* **Instalación de la audiencia** y reconocimiento de personería
* **Conciliación:** Fallida
* **Excepciones previas:** ya decididas
* **Interrogatorio Martha Luz – R Legal La Morelia y Cristalinda**

Pregunta Despacho:

* ¿Ustedes como sociedades como se hacen parte de este contrato?

R// La morelia y cristalinda son sociedades de la familia Aristizábal que fungen como vendedores de predios, propietarios de los terrenos que se denominaron la morelia etapa V

* ¿Quién la abordó para ese contrato?

R// la constructora aportó al RL Jorge Alberto Aristizábal en el año 2013, lo abordó Manuel Reyes Solarte RL de Buenavista y desde allí nació la negociación de compraventa del terreno para el desarrollo del proyecto

* ¿Cómo fueron las condiciones?

Separaron el predio con 200.000.000 la idea era desarrollarlo en tres fases: fase 1 que estaba compuesta por la torre A y B, fase dos las torres C y D, fase 3 que luego se subdividió en fase 3.1 y fase 3.2. Dentro del desarrollo de ese proyecto se estableció que al llegar al punto de equilibrio se iniciaba el plan de pagos sin amortización que estaba tasado dependiendo cada etapa. Etapa 1: 12% y fue totalmente cancelada. Etapa 2: 10% y sobre esa fase todavía adeudan un saldo y para la fase 3.1. de la torre H se tasó en el 10% sobre el valor de las ventas totales de comercialización del proyecto.

* Ustedes como saben a cuanto ascendió el valor de las ventas de la fase 2 y cuando se dio ese punto de equilibrio:

En el año 2019 ellos ya tuvieron que haber cumplido con el pago, pero nos dimos cuenta que ellos ya habían hecho las subrogaciones sin haber pedido permiso a la morelia y cristalinda. Desde allí nació la negociación con el gerente de la fiduciaria el Dr. José Tomas para poder negociar con buena vista y buena vista nos pagó a nosotros en especie con el apartamento 201c 301H y la casa 47 de pangola, quedando un salgo pendiente de 800millones aproximadamente.

* Pero como saben a cuanto ascendió el valor de las ventas de la fase 2 y cuando se dio ese punto de equilibrio:

Buena vista nos pasaba un reporte de ventas mensuales y allí está el valor que se había vendido para ese entonces y me di cuenta que el punto de equilibrio se había alcanzado. Nos reunimos con Germán Barreto y reclamamos. Eso fue en 2019, luego tuvimos reuniones en enero y febrero de 2020.

* Frente a esas reuniones en las que se hizo una reunión, ¿esos apartamentos hacían parte del desarrollo del proyecto y la casa?

El apartamento 201C si, correspondía a la fase 2. El apartamento 301H hacía parte del desarrollo de la fase 3.1 y la casa de Pangola hacía parte de otro proyecto que ellos estaban desarrollando en Jamundí.

* Una vez efectuada esta negociación ¿se modificó algo del contrato de fiducia?

No señor. En ese otrosí solo se modificó la forma de pago de la fase 2. Respecto al contrato de fiducia no se modificó nada.

* Explíqueme si ustedes se dan cuenta que no estaba cumpliéndose la instrucción de la garantía para la escrituración ¿Qué se dijo en esa negociación sobre eso?

A ellos se les compartió la copia del otrosí, adicionalmente acción fiduciaria de ahí en adelante tomó el correctivo de indicar que antes de cualquier subrogación debían acudir a la morelia y cristalinda.

* ¿En desarrollo de esa fase 2 Acción fiduciaria frente a las subrogaciones que se hicieron con posterioridad a esa negociación les siguió consultando?

Si hasta que estuvo el Dr. José Tomás, luego ya no hubo más consulta.

* ¿Qué sucedió con la fase 3?

Se decidió subdividirla en 3.1 y 3.2 porque buena vista no contaba con los recursos suficientes para iniciar todo el proyecto en general, por eso solo empezaron con la torre H de la fase 3.1 y de ahí nació que el 501H que estaba como garantía lo abonáramos en parte de pago para esa fase 3.1. Posteriormente de esa fase 3.1 también nació la propuesta por parte de la constructora, que el apartamento 401H fuera parte de pago para ir amortizando esa deuda. Luego ese apartamento tuvo unas inconsistencias porque pese a que lo habían comprometido con La morelia, también lo comprometieron con un cliente, entonces tenían duplicidad de propietario.

* ¿Explíqueme por que no se cristalizaron?

El apto 201 si me lo entregaron y se cristalizó, se vendió y se abonó a la deuda, lo mismo con la casa de pangola. El apto 301 si se vendió, pero buena vista no escrituró al cliente, pese a que la instrucción de buena vista al cliente era que diera la plata en efectivo a la morelia y cristalida. El apto 401 que tenía la condición de garantía no se pudo cristalizar por la duplicidad que había de comprador.

* Además de la entrega de esos inmuebles. ¿se entregaba algún aporte en dinero?

Para la fase 2 no nos volvieron a abonar nada y por eso nos quedaron debiendo más de 800 millones. En la fase 3 si nos daban abono, del 10% de las ventas reportadas. Para ese entonces las ventas reportadas eran de más de 9mil millones y tenían recaudo de 5mil millones, nos tenían que dar aproximadamente 500 millones y solo nos dieron 249. Esa es la diferencia que les reclamamos después y negaron tenerla que pagar.

* Ese apartamento 501H ¿Cuál es la razón por la que no se ha podido escriturar?

Pese a que nosotros tenemos la promesa de compraventa firmada por las dos partes, hubo una fecha de escrituración pactada, pero se aplazó, partiendo de la buena fe quedó de fijar una nueva fecha de escrituración y no la fijó porque luego entraron en insolvencia

* ¿Las sociedades han sido citadas al proceso que se adelanta por parte de esta sociedad promotora, con ocasión a este proceso de escrituración?

Si. Ya nos hicimos parte de la liquidación, hemos tenido reuniones con el liquidador, presentamos la solicitud de entrega de los aptos 501 y 401 los cuales todavía no han podido ser resueltos y está pendiente que el superintendente defina la adjudicación de los mismos.

* Frente al terreno que corresponde a la fase 3.2 que no tuvo desarrollo ¿Qué ha sucedido?

Yo hice realizar una topografía para empezar un cerramiento para ejercer mi derecho como propietaria y nos dimos cuenta de la apropiación que Buenavista hizo de aproximadamente 187m2, de inmediato informamos a la fiduciaria y nos dijeron que no tenían responsabilidad de monitorear o vigilar que el terreno hubiere sido invadido. Fue cercado sin nuestro permiso y entregado a la copropiedad sin nuestro permiso.

* ¿Esa franja hoy está invadida por parte de la copropiedad de la fase 3.1?

Se lo entregaron a la fase 2 como parte de las zonas verdes \*\*Muestra planos

* ¿Sabe si la fiduciaria hizo algún requerimiento para recuperar esta franja?

No señor, al revés nos dijeron que no tenían responsabilidad.

* ¿De parte de Cristalinda y la morelia hicieron alguna acción para recuperar esta franja?

Le pedimos al liquidador y nos dijo que no le correspondía, por eso lo incluimos como parte de los perjuicios.

* ¿Se ha presentado alguna acción contra el promotor por esta situación?

No, por lo que están en liquidación. A la copropiedad le pedimos ayuda y luego descubrieron que eso no era problema de ellos.

Pregunta apoderado Acción Fiduciaria:

* Estado actual del proyecto

El proyecto se encuentra en proceso de liquidación, pendiente de restitución del predio fase 3.2

* Físicamente ¿usted ha presenciado el proyecto?

Si la torre H se construyó en su totalidad, la fase 1 y 2 se terminó en su totalidad

* ¿El proyecto tuvo dificultades financieras?

Si, tuvo dificultades económicas incluso desde la primera fase, construcción de torre A y B pero para la fase B tuvieron más inconvenientes porque fiduciaria permitió que se hicieran las subrogaciones, que los dineros se fueran al proyecto sin haber pagado al dueño de la tierra, que era la morelia y cristalinda.

* ¿Acción fiduciaria destinó los recursos al desarrollo del proceso?

Si la fase 2 se había terminado y subrogado, sin dinero para los de la morelia, seguramente el dinero se fue al desarrollo, pero eso no lo sé.

* Informe cuales fueron las medidas que afrontaron para afrontar las dificultades financieras que menciona.

Con respecto a la fase 2, lo que mencioné anteriormente. El Dr. José Tomás ayudó para que entre buena vista y nosotros concertáramos unos apartamentos en parte de pago. Frente a la fase 3.1 nosotros empezamos a informar a la fiduciaria que nos estaban debiendo un dinero correspondiente a los recaudos y es allí cuando nos responden que no son responsables de la disposición de esos recursos.

* Es cierto o no que una de las medidas que adoptaron consistió en reducir el factor del precio del lote del 12% al 10%

Es cierto.

* Con base en esa respuesta informe si es cierto o no, que la adopción de estas medidas fue la intención de privilegiar el desarrollo del proyecto inmobiliario.

Es cierto.

* ¿Es cierto o no que ustedes dieron la instrucción de escriturar?

Si

* Las sociedades que usted representa sabían que detener la escrituración implicaba perjudicar a los compradores

No señor. El propósito era ayudar a que se llevara a cabo el propósito pero la intención era cuidar nuestros intereses.

* Informe al despacho si las pretensiones que ustedes tienen en el proceso liquidatorio de buena vista, son las mismas que tienen aquí

No señor

* Informe al Despacho si su intención aquí y allá es que se les reconozca el dinero del valor que ustedes aportaron

Solicitamos que nos reconozcan los inmuebles que estaban prometidos como parte de pago.

* Informe si la sociedad que usted representa recibía dinero directo de los compradores

Si. El 301h por instrucción de buena vista nos pagó de manera directa el apartamento. Fue el único inmueble del cual recibimos dinero, porque ese bien había sido prometido como dación en pago. No hay más.

* Se le puso de presente el documento en el que se menciona que el pago de la cuota del apto 202C fue cancelado directamente por el propietario a favor de la morelia y cristalinda. Manifiéstese al respecto.

El 202C no fue pagado, seguramente fue un error de caligrafía porque el único apto que nos entregaron y pagaron directo fue el 201C, fue Buenavista la que nos entregó el inmueble como parte de pago, pero no hemos recibido más dinero.

* Entonces aclare que pasó con el 301h.

Ese hacía parte de la fase 2 y si recibimos pago. Pero el único que recibimos pago directo por instrucción de buena vista, el 201C nos lo entregaron directamente a nosotros.

* ¿La negociación de la dación en pago se presentó de forma concomitante con el otrosí No? 2?

Los inmuebles relacionados en dación en pago si hacen parte del otrosí No. 2.

* ¿Si la fecha de la instrucción es del 09 de marzo de 2020 y la negociación del apartamento que usted menciona se hace en septiembre de 2020, por qué la instrucción es anterior?

El hecho de que el otro si se haya firmado de manera posterior no quiere decir que a lo largo del tiempo no hayamos hecho negociaciones para poder subsanar el error cometido por la fiduciaria

* ¿Para la fecha de negociación la fiduciaria ya había recibido los inmuebles\_?

No lo recuerdo

* ¿Ese inmueble se recibió en dación en pago antes o después de suscribir el otrosí No? 2?

No recuerdo.

* Muestra fotos y pregunta sobre si es ese el terreno donde se construyó el proyecto

Indica que si, porque vio la vía.

* ¿Antes de iniciar el proceso constructivo el lote ya contaba con esa vía?

No. Permitimos que se hiciera una vía carreteable sobre nuestro lote mientras se desarrollaba el proyecto.

* ¿Cuál era la utilidad que las sociedades que usted representa esperaban recibir cuando terminara este proyecto?

Se esperaba que si el proyecto daba utilidad pudiéramos esperar el 20% pero eso nunca se dio.

* Que los llevó a suscribir un contrato de fiducia

Hace parte de las garantías.

* ¿Cuál era la finalidad?

La protección de los recursos.

* Teniendo en cuenta la esperada participación de las utilidades, indique si las sociedades que usted representa se asociaron con buena vista.

No señor.

* **Interrogatorio Sebastián Barón Cardozo**
* ¿Qué acciones o procedimientos adelantó Acción Fiduciaria previo al giro de los dineros al Promotor o que garantías se otorgaron para el pago de los predios?

El año 2020 fue un año en el que hubo vicisitudes que desaceleraron afectó el desarrollo del proyecto: la pandemia, el paro de Cali y el incremento del precio de materias primas y también pararon las obras. Había unos créditos y se presentó una disyuntiva entre las obligaciones derivadas de los créditos y las obligaciones con el propietario del lote, entonces para separar el riesgo del lote se optó por la escrituración para pagar prorratas, detener intereses y para proteger los intereses de los compradores y del propietario del lote, porque tenían derecho a percibir unos recursos conforme lo que establecía en el contrato de fiducia. A raíz de esto se toman unas decisiones, por ello también se firmaron unos otrosí, por eso cuando La Morelia los requiere para suspender la escrituración , se suspende y se realizan unas reuniones para establecer el destino del proyecto, y finalmente se autoriza para seguir a delante con la escrituración.

En septiembre de 2020 se firma Otrosí 2 al contrato de promesa de compraventa donde hay una declaración de La Morelia y Cristalinda de haber recibido en efectivo y en obra civil más o menos la suma de 3 mil millones de pesos. Hecho que le daba tranquilidad a la Fiduciaria de que Buenavista estuviera pagando el lote por fuera del Fideicomiso porque la obligación estaba a cargo de Buenavista porque en ella recaía la obligación de pago.

Entonces, hubo acuerdos de pago, pagos en especie con inmuebles a favor de la morelia y garantías sustitutivas. Pero también hubo pagos por parte de Buenavista. El propósito ha sido terminar el proyecto, como en efecto se logró.

* Previo al Otrosí de 2020, se hicieron unas daciones de pago ¿en qué consistió esa negociación?

Esas negociaciones incluyeron el pago incluso de inmueble que no hacía parte del proyecto. Pero dos inmuebles que hicieron parte del proyecto, participó la Fiduciaria que era la que tenía que firmar como administradora del Fideicomiso.

* ¿Cada fase tenía un punto de equilibrio, un valor diferente?

Cada fase tenían puntos de equilibrio diferentes y que se cumplieron diferentes.

* ¿Qué acciones adelantó la Fiduciaria para legalizar ese gasto (respecto de los dineros que se recibieron por fuera del fideicomiso)?

Se legalizaron costos que el Fideicomitente certificó para legalizarlos como gastos como fideicomisos. Esas legalizaciones fueron allegadas por el promotor.

* ¿En esa modificación del 12 % al 10 %, se modificó algo más del contrato de fiducia?

No hubo modificación salvo instrucciones para modificar la graduación de esas sumas que se debían girar a favor de la Morelia. No recuerda más modificaciones.

* ¿Esas modificaciones tuvieron incidencia frente a las obligaciones de la Fiduciaria?

No. Fueron modificaciones enfocadas hacia el punto de equilibrio y una modificación de 2020 por giro electrónica.

* ¿Frente a la Fase 3 qué acciones adoptó Acción Fiduciaria de cara a que no se presentara la misma situación, es decir, que se giraran recursos o se escrituraran inmuebles son el visto bueno del Fideicomitente Inmobiliaria?

De la fase 3 surge la garantía sustitutiva del apartamento 501 H y con base en las instrucciones de los fideicomitentes inmobiliarios se escrituró lo que hacía aparte de esta fase. Hay unos sin escriturar y hay obligaciones pendientes con el Banco, pero lo que se escrituró fue bajo la instrucción de los mismos fideicomitentes inmobiliarios.

Todos los recursos ingresaron al Fideicomiso, todos los recursos de la fase 3 se canalizaron a través del Fideicomiso.

* ¿El apartamento 501 H no se ha entregado porque hay una obligación con el crédito constructor?

Sí así es.

* ¿El proceso de liquidación es de la sociedad promotora o tiene relación con el PA?

Buenavista entró en liquidación en el 2023, pero aún no ha finalizado.

* ¿Han hecho parte del proceso de liquidación en representación del PA?

Sí. Por el tema de impuestos

* ¿Hay orden del juez concursal tendiente a paralizar las acciones o escriturar con ocasión al proyecto?

No.

* Indique quién redacto el texto del contrato de fiducia objeto de debate

El abogado de la oficina que firmó el contrato. No conozco el nombre

* ¿El contrato fue redactado por Acción Fiduciaria?

El contrato de fiducia sí. Era una proforma con posibilidad de que sea discutido por las partes.

* Indique si el contrato de fiducia se encuentra vigente?

Sí.

* Indique al Despacho, ¿qué acciones tomó la Fiduciaria adelantó para restituir los recursos al PA?

No se realizaron. Se verificó que los recursos que se recibieron por fuera hayan sido destinados al desarrollo de la obra.

* ¿Esos recursos recibidos por Buenavista no debieron destinarse al pago de la tierra?

No necesariamente porque los recursos tenían como fin principal al desarrollo de la obra.

* Indique al Despacho, si su calidad de profesional Acción Fiduciaria desarrolló modalidades de gestión de riesgo?

Sí, pues desde la estructuración del negocio se analiza el riesgo.

* ¿Cómo tal no hay un documento del análisis, dónde aparece ese análisis?

Pues ese análisis reposa en la causa del contrato de fiducia.

* ¿Indique si en el desarrollo de la operación se analizó el riesgo del pago de los lotes al patrimonio autónomo?

Sí eso hacía parte de análisis de la estructuración y del cierre del análisis financiero del proyecto para efectos del punto de equilibrio.

* ¿Indique si Acción Fiduciaria advirtió a las demandantes la imposibilidad de riesgo de impago’

Sobre el riesgo de impago. Perro había conciencia del riesgo dadas las condiciones de coyuntura del proyecto.

* ¿La sociedad fiduciaria tiene un documento que certifique la cesión del apartamento 401 H ¿

Hay un contrato de vinculación de beneficiario de área.

* ¿Qué acciones se adelantaron frente a la queja de impago luego de la salida de José Tomás Jaramillo?

Se dieron traslado al promotor. Se dieron respuesta a todas las comunicaciones y siempre se manifestó la posibilidad de restituir el lote, previo acuerdo del valor de las mejoras.

* ¿Puede explicar para efectos del contrato qué se entiende por garantías sustitutivas?

La garantía respalda una obligación, en ese orden de ideas una garantía sustituta es una obligación que se puede cumplir con un bien sustituto.