Señores.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

jurisdiccionales@superfinanciera.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA:	ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO
EXPEDIENTE:	2023-2193
RADICADO:	2023050850
DEMANDANTES:	LA MORELIA S.A. Y CRISTALINDA S.A.
DEMANDADOS:	ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Y FIDEICOMISO FA-3320

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 28 DE AGOSTO DE 2024

SANTIAGO ROJAS BUITRAGO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.015.429.338 de Bogotá, D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 264.396 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sociedad comercial anónima, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, identificada con NIT 800.155.413-6, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., según consta en el poder que obra en el expediente. De manera comedida acudo ante su Despacho dentro del término legal, con el fin de presentar **RECURSO DE APELACIÓN** y precisar en ese sentido de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la sentencia proferida el 28 de agosto de 2024, por medio de la cual se resolvió condenar a mi prohijada al pago de perjuicios en favor de las demandantes. En tal virtud, desde este momento solicito que el recurso de apelación sea concedido ante el superior con el fin de que se revoque integralmente la decisión y en su lugar,

se nieguen la totalidad de las pretensiones propuestas por la parte actora, con fundamento en los reparos que se exponen a continuación y que serán sustentados oportunamente ante el Tribunal Superior de Bogotá:

I. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 28 DE AGOSTO DE 2024

Tal como lo establecen los artículos 321 y 322 del Código General del Proceso, el recurso de apelación procede en contra de las sentencias de primera instancia, el cual podrá ser interpuesto ante el juez que la dictó por fuera de audiencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado. En consecuencia, el recurso de apelación se presenta oportunamente toda vez que la notificación en estado fue el 29 de agosto de 2024, por lo que los tres (3) días establecidos en la norma fenecen el 03 de septiembre de 2024, fecha de presentación del presente escrito.

II. REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. **La sentencia proferida por la SFC inaplicó el artículo 1609 del Código Civil al desconocer que las demandantes incumplieron el contrato de fiducia, pues de acuerdo con dicho artículo ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.**

La sentencia proferida por la SFC pasó por alto aplicar el artículo 1609 del Código Civil, toda vez que, de haber tenido en cuenta el incumplimiento del contrato de fiducia por parte de las demandantes, por sustracción de materia, debió absolver de toda responsabilidad a mi representada. Lo anterior, debido a que, no solo durante el trámite procesal quedó totalmente demostrado que las demandantes recibieron dinero por fuera del patrimonio autónomo y de manera directa de compradores, sino adicionalmente, ya que también se acreditó que fueron las sociedades

Morelia y Cristalinda quienes instruyeron a mi representada para que procediera a escriturar las unidades de vivienda *"sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa"*.

Resulta jurídicamente incorrecto afirmar que la sociedad fiduciaria incumplió el contrato de fiducia al supuestamente no haber verificado el cumplimiento del pago convenido en la promesa de venta, cuando durante el trámite procesal se acreditó que el extremo actor recibió recursos de manera directa de compradores y por fuera del fideicomiso. Específicamente, en la comunicación que data del 09 de marzo de 2020 la parte demandante expresamente indicó que el pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12% según lo establecido en el contrato fiduciario fue cancelado directamente por el propietario a LA MORELIA S.A. y CRISTALINDA S.A. No puede entonces reputarse un incumplimiento contractual de la fiduciaria en supuestamente no haber verificado los pagos del precio del lote, cuando esta obligación se entorpecía como consecuencia del comportamiento de los mismos fideicomitentes. Claramente, si los recursos del proyecto no ingresan al patrimonio autónomo administrado por Acción sino que hacen tránsito directo a las cuentas de los fideicomitentes, se obstruye el cumplimiento de esta obligación como consecuencia del incumplimiento de las sociedades demandantes quienes conocen perfectamente que los recursos del proyecto siempre deben ser recibidos por el patrimonio autónomo. Ello nos ubica claramente en el artículo 1609 del Código Civil respecto a que ninguna parte está en mora de cumplir mientras la otra no cumpla, en tanto, no podía la fiduciaria verificar los pagos que las demandantes recibían por fuera del fideicomiso.

Aunado a lo anterior, no es dable que se predique un incumplimiento por parte de mi representada en lo concerniente al contrato de fiducia habida cuenta que, mediante comunicado del 10 de mayo de 2022, las demandantes dieron la instrucción de escriturar a terceros compradores de buena fe sin la necesidad de que se hubiera efectuado el pago previo de prorrata del lote de terreno. Máxime, cuando en el plenario reposan varias instrucciones en este sentido, como por ejemplo la del 02 de octubre de 2020, a través de la cual se instruyó a la fiduciaria para que escriturara los inmuebles de

la etapa II *"sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa"*. Esto, en el caso de marras se convalida con el interrogatorio de la Representante Legal de las demandantes quien manifestó que la instrucción de escriturar a terceros compradores de buena fe atendió a la necesidad de *"coadyuvar para que el proyecto se llevara a cabo"*, pues de no haberse realizado dichas escrituraciones se habría incumplido con los fines del encargo, en este caso, del proyecto inmobiliario.

El incumplimiento de estas obligaciones por parte de las demandantes, además de las que oportunamente se sustentarán de manera detallada ante el Tribunal, dan lugar a la aplicación del artículo 1609 del Código Civil que permite exonerar de toda responsabilidad a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

2. **La sentencia proferida por la SFC desconoció las reglas de interpretación del contrato de fiducia y la máxima del derecho consistente en que nadie puede ir en contravía de sus propios actos, esto significa, que pasó por alto que las demandantes instruyeron a la fiduciaria para suscribir las escrituras públicas de compraventa e hipoteca "*sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno"*.**

En consonancia con lo expuesto en precedencia, se reitera que fue la misma parte demandante quien instruyó a mi representada en diversas ocasiones para que procediera a escriturar las unidades inmobiliarias sin perjuicio de que no se hubiera realizado el citado pago de la fase correspondiente. Por lo que no podían las demandantes desconocer sus propios actos y aducir un incumplimiento con base en ellos. Maxime, cuando los negocios fiduciarios deben interpretarse teniendo en cuenta los principios previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, es decir, tomando todas las manifestaciones de voluntad proferidas por las partes, sea que consten en un mismo documento o en varios, tales como las instrucciones generales y la aceptación de estas.

En este orden de ideas y según la Circular Básica Jurídica, los contratos fiduciarios deben interpretarse también de conformidad con las instrucciones, mismas que en este caso ordenaron escriturar las unidades de vivienda *"sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa"*. Efectivamente, estas instrucciones dejan en evidencia el error cometido a través de la sentencia toda vez que se declaró un incumplimiento contractual pasando por alto que las demandantes fueron quienes impartieron dirección en este sentido. En tal virtud, no les era dable actuar en contra vía de sus propios actos y solicitar un incumplimiento contractual, cuando durante el trámite se acreditó fehacientemente la existencia de estas instrucciones tanto para la fase 2 como para la fase 3. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

3. **La sentencia proferida por la SFC desconoció totalmente que las demandantes sí fueron debidamente informadas acerca de la existencia de la cascada de pagos que privilegiaba el desarrollo del proyecto y la protección de los derechos de terceros compradores de buena fe sobre el pago del precio de los lotes, toda vez que, además de conocer oportunamente de la existencia del contrato de fiducia FA-2712 que contiene la disposición contractual de prelación de pagos para el desarrollo del proyecto, son consumidores financieros altamente calificados.**

No resulta acertado que el Despacho aduzca que existió un presunto incumplimiento al deber de información, pues se torna imperioso recordar que las demandantes conocían perfectamente de la existencia del contrato de fiducia FA-2712, en donde se pactó cuál era la cascada de pagos. Efectivamente, en la cláusula décimo segunda de este contrato se contempla la prelación de pagos para el desarrollo del proyecto. Ahora, no existe ninguna duda de que este contrato era conocido por las demandantes, pues el precitado negocio jurídico se encuentra relacionado en el contenido del otrosí reglamentario al contrato de fiducia mercantil que fue suscrito por ellas. Es decir, no puede declararse la existencia de un incumplimiento al deber de información, cuando en el proceso reposa

un contrato firmado por las demandantes que expresamente remite al contrato de fiducia FA-2712, en el cual se acordó que los gastos del proyecto tienen prelación sobre todos los demás, lo que incluye por supuesto el pago del precio del lote.

Adicionalmente, debe resaltarse que las demandantes ostentan la calidad de consumidor financiero calificado, en la medida de que durante el trámite procesal se comprobó: (i) que eran socias de la constructora para el desarrollo del proyecto, pues recibían utilidad del mismo y además eran fideicomitentes con facultades de instruir a la fiduciaria, (ii) que para la negociación del contrato de fiducia contaron con un equipo jurídico experto quien las asesoró en todo momento, (iii) que son personas jurídicas que se dedican principalmente al desarrollo de proyectos inmobiliarios, por lo que tienen una amplia experiencia en negocios fiduciarios; y (iv) fueron quienes estructuraron el proyecto a través de la confección del contrato de promesa. Teniendo en cuenta lo anterior, en ningún escenario resulta jurídicamente acertado declarar un incumplimiento al deber de información derivado de la presunta falta de conocimiento de la cascada de pagos, cuando como se explicó, no solo conocían el contrato de fiducia FA-2712, sino además, eran expertos en estructuración de proyectos. Lo que por sustracción de materia significa, que definitivamente conocían que antes de efectuar pagos por concepto del precio del lote debían atenderse los gastos para culminar el desarrollo del proyecto inmobiliario y proteger así los derechos de terceros compradores de buena fe. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

4. **La sentencia proferida por la SFC desconoció la naturaleza de las obligaciones de la fiduciaria y además valoró equivocadamente las pruebas practicadas dentro del proceso que indiscutiblemente acreditan el cumplimiento del contrato de fiducia por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**

El numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio y el artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, establecen la obligación de las fiduciarias de defender los bienes del fideicomiso aun en

contra de los actos del mismo constituyente. Lo que debe analizarse en concordancia con la directriz y prohibición contenida en el numeral 5.2.1.4. de la Circular Básica Jurídica, cuya regla establece que, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores, deben verificarse que están dadas las condiciones técnicas para que el proyecto llegue a término.

Por lo que, lejos de representar un incumplimiento el hecho de que mi procurada privilegió la administración de los recursos para la culminación del desarrollo del proyecto sobre el pago del precio del lote, ese hecho así concebido simboliza el cumplimiento total de las obligaciones que Acción adquirió como fiduciaria. En otras palabras y en cumplimiento de la prohibición contenida en el numeral 5.2.1.4. de la CBJ, la fiduciaria tenía la obligación de abstenerse de enviar recursos a los socios desarrolladores del proyecto hasta tanto estuvieran dadas las condiciones técnicas para que el mismo llegara a buen término. Por supuesto, más aún, cuando la fiduciaria tenía la obligación de proteger los recursos de los terceros compradores de buena fe. Efectivamente y contrario a lo indicado por la parte demandante y por la sentencia recurrida, la fiduciaria honró sus compromisos convencionales y legales toda vez que es imperativo que durante la administración de los negocios fiduciarios proteja los recursos fideicomitidos aun en contra de los actos del mismo constituyente, privilegiando el cumplimiento del encargo. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

5. **La sentencia proferida por la SFC no tomó en consideración que aún no se ha cumplido la condición suspensiva para efectuar el pago del precio del lote correspondiente a la fase 3-1 del proyecto, debido a que, como se demostró en el proceso, aún no ha operado "*la subrogación legal de los créditos sobre los inmuebles*" de la torre H.**

Para presentar este reparo, se debe traer nuevamente a colación la instrucción irrevocable que data del 10 de mayo de 2022, a través de la cual las demandantes ordenaron a la fiduciaria: (i) para que escriturara las unidades de vivienda *"sin requerimiento de pago previo de prorrata correspondiente*

al lote de terreno previsto en los términos del contrato de promesa de compraventa", y (ii) para que *"**una vez se cumpla con la subrogación legal de los créditos** sobre los inmuebles que se liberan, la fiduciaria deberá proceder al pago prioritario de la cuota parte proporcional que le corresponde a los fideicomitentes inmobiliarios"*. Esto quiere decir que, antes de efectuar el pago en favor de las demandantes, debía cumplirse con la condición suspensiva consistente en el pago del crédito constructor.

Ahora bien, tal y como se acreditó en el curso del proceso, principalmente a través del testimonio de la funcionaria del Banco Itaú, actualmente no se ha pagado en su totalidad el referido crédito. Lo que por sustracción de materia significa, que no se ha cumplido con la condición suspensiva para proceder con el pago en favor de las demandantes de la cuota proporcional del precio del lote. En consecuencia, ningún incumplimiento puede endilgársele a la fiduciaria por la presunta falta de verificación del referido pago, toda vez que aun no se ha hecho exigible el mismo en virtud de que no se ha cumplido la condición suspensiva creada por la propia parte demandante a través de sus instrucciones irrevocables. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

6. **La sentencia proferida por la SFC condenó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a asumir en posición propia las obligaciones derivadas del contrato de promesa celebrado entre las demandantes y la constructora Buenavista, pasando por alto la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva pues la fiduciaria no hizo parte de tal negocio jurídico.**

La sentencia proferida por la SFC declaró equivocadamente que la sociedad fiduciaria tiene la obligación de pagar en favor de las demandantes el precio del lote en el marco del contrato de promesa en el que figura como promitente comprador la constructora Buenavista. En otras palabras, aunque la fiduciaria no hizo parte de ese negocio y pese a que ni siquiera adquirió en posición propia los referidos inmuebles, fue condenada a pagar el precio de aquellos.

Esto significa, que a través de la sentencia se pasó por alto la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva, pues verdaderamente se está condenando a la fiduciaria para que asuma con su propio peculio una obligación en el marco de un contrato de promesa del que ni siquiera hizo parte. Debe reiterarse que es jurídicamente desacertado que se conmine a Acción a pagar el precio de unos bienes que no compró y que mucho menos son de su propiedad. Efectivamente, la sentencia desconoce que el único que puede ser obligado al pago de la promesa de venta es quien ostente la calidad de parte contractual, lo que significa que definitivamente no puede ser la fiduciaria pues no tiene la calidad de promitente comprador.

Luego entonces, no puede ordenarse a mi poderdante para que efectué el pago de un lote que no compró y que hace parte de un contrato en el cual no participó, pues se estaría desconociendo la separación de bienes que existe entre los que son propiedad de la fiduciaria y los que hacen parte del fideicomiso, habida cuenta que la exigencia de la separación de los «bienes fideicomitidos» del resto del activo de una fiduciaria, busca que ese patrimonio no se confunda con el del fiduciario ni con otros patrimonios igualmente constituidos. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

7. **La sentencia proferida por la SFC desconoce la naturaleza del fideicomiso FA-3320 en la medida de que no puede exigírsele a la fiduciaria en virtud del citado contrato, que garantice el cumplimiento de un contrato de promesa celebrado entre particulares.**

Para todos los efectos, debe precisarse que el fideicomiso FA-3320 no fue creado para garantizar el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, sino para administrar los bienes y recursos destinados para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, el cual para el caso particular se denominó “La Morelia – Etapa V”. Obsérvese entonces como la Circular Básica Jurídica hace la distinción entre una fiducia inmobiliaria y una fiducia de garantía, determinando que, mientras la primera tiene por objeto el desarrollo de un proyecto inmobiliario, la segunda se constituye con la

finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros.

En este orden de ideas, debe decirse que la sentencia desnaturaliza la fiducia inmobiliaria, toda vez que le imputa un incumplimiento contractual al fiduciario derivado de la supuesta falta de verificación de los pagos del contrato de promesa. Esto quiere decir, que prácticamente se le está exigiendo a la fiduciaria que garantice el cumplimiento de un contrato celebrado entre terceros, lo que de entrada permite evidenciar un error toda vez que el contrato de fiducia materia de litigio no tenía la finalidad de garantizar el cumplimiento de esas obligaciones.

Efectivamente, la naturaleza del contrato de fiducia FA-3320 al ser inmobiliaria, desprende obligaciones para Acción de ejecutar todos los actos tendientes al desarrollo del proyecto, previendo incluso, la protección del fideicomiso aun en contra del mismo constituyente (privilegiando el pago de los costos del proyecto sobre el pago del precio del lote). Lo que quiere decir, que no es jurídicamente acertado declarar un incumplimiento contractual del fiduciario al supuestamente no haber verificado los pagos del contrato de promesa, debido a que eso sería equivalente a modificar a través de una providencia judicial, la naturaleza que las partes le otorgaron al negocio fiduciario, que para este caso no es de garantía sino inmobiliario. En consecuencia, no puede reputarse un incumplimiento contractual del fiduciario ante la presunta falta de pago del precio del lote por parte del promitente comprador “constructora Buenavista”, debido a que se reitera, no se está ante una fiducia en garantía por lo que esa obligación es inexistente. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

8. **La sentencia proferida por la SFC desconoció la naturaleza y concepción del negocio en la medida de que las partes del contrato de fiducia en ningún momento acordaron el aporte de bienes obteniendo como contraprestación derechos fiduciarios ni mucho menos esperando el alcance de rentabilidades.**

Sobre este reparo, resulta imperioso señalar que el juzgador le dio una concepción diferente al

negocio fiduciario materia del presente proceso. Lo anterior, en la medida de que equivocadamente determinó que las demandantes aportaron el terreno y en contraprestación percibían derechos fiduciarios, entendiendo estos como una compensación de cara a la financiación del proyecto inmobiliario con réditos que se obtienen tras la ejecución del negocio. Sin embargo, en el caso concreto las demandantes en calidad de socios del proyecto aportaron un inmueble que se pagaría con un porcentaje del valor total de las ventas brutas y de utilidades en caso de que estas existieran. En otras palabras, el negocio fiduciario no se estructuró como un vehículo para garantizar una rentabilidad mínima a los fideicomitentes aportantes, sino como una herramienta jurídica para desarrollar un proyecto inmobiliario.

De esta manera, dado que el contrato de fiducia inmobiliaria se constituyó para llevar a cabo un proyecto, los socios del mismo, en este caso las demandantes, no solo deben participar cuando el proyecto genera utilidades, sino que además, dado que no se trata de derechos fiduciarios, deben asumir con su propio peculio cuando el negocio da pérdidas. Por ese motivo, teniendo en cuenta los factores externos que se acreditaron durante el curso procesal, como lo fueron la pandemia y el estallido social en la ciudad de Cali, son las demandantes quienes deben asumir la presunta falta de pago del precio del lote. Se reitera, que al ser socias del constructor en la ejecución del proyecto denominado “La Morelia – Etapa V” deben asumir en posición propia las dificultades financieras del mismo. En consecuencia, la indebida concepción del negocio llevó a la SFC a condenar a mi representada cuando en realidad debió absolverla declarando fundado el argumento relativo a que los socios asumen las pérdidas del proyecto. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

9. **La sentencia proferida por la SFC desconoció que la interpretación adecuada del contrato de fiducia exige que se privilegie la terminación del proyecto y la protección de terceros compradores de buena fe, sobre el pago del precio del terreno en favor de los socios del proyecto inmobiliario.**

La sentencia proferida por la SFC desconoció la correcta interpretación del contrato que hubiera llevado a la conclusión que debía absolverse de toda responsabilidad a mi representada. Es de fundamental importancia que en el presente caso se interpreten adecuadamente las cláusulas que la SFC 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 dio estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales, vale la pena mencionar que, en todo caso, adoptar la interpretación propuesta por la SFC 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.

Justamente, una interpretación como la que se propone a través de la sentencia va en contra del principio de ejecución y viabilidad del proyecto. Lo mencionado, porque le da prevalencia a los derechos de los socios y desarrolladores sobre la viabilidad del proyecto y sobre los recursos de los compradores que resultan siendo el consumidor financiero final y el eslabón más débil en la relación

de consumo. Sin mayor análisis, la decisión de mi procurada de privilegiar el desarrollo del proyecto antes de permitir el desembolso de recursos en favor de las demandantes, es una conducta que no representa un incumplimiento sino todo lo contrario, la debida diligencia del fiduciario para llevar a buen término el proyecto y proteger a su vez los derechos de los terceros adquirentes de buena fe. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

10. **La sentencia proferida por la SFC contabilizó equivocadamente el término prescriptivo para solicitar la nulidad absoluta de una disposición contractual, pues aplicó el término de 2 años contenido en el artículo 900 del Código de Comercio predicable respecto de la nulidad relativa y no el de 10 años contenido en el artículo 2536 del Código Civil predicable respecto de nulidades absolutas.**

Sin perjuicio de que la interpretación adecuada del contrato de fiducia lleva a la conclusión de que, antes de permitir la disposición de los recursos por parte del socio del proyecto, es necesario que esté garantizada la viabilidad del mismo. En tal virtud, debe decirse que una interpretación diferente a la previamente planteada llevaría a que la prelación de pagos pactada en el contrato de fiducia fuera nula absolutamente, precisamente porque en la administración del fideicomiso debe privilegiarse la terminación del proyecto sobre el pago en favor de los fideicomitentes desarrolladores.

En este orden de ideas, dado que la interpretación del Juzgador se alejó de la debida concepción del negocio, reiterando que esa no fue la voluntad de las partes, entonces debió, en los términos de los artículos 6 y 1742 del C.C. y 899 del C.Co. declarar la nulidad absoluta de las citadas cláusulas contractuales y de esa manera absolver de toda responsabilidad a mi representada. Sin embargo, de forma antitécnica, en la sentencia se invoca el término prescriptivo predicable respecto de nulidades relativas, pese a que en este caso se trataría de una nulidad absoluta con una prescripción de 10 años.

En otras palabras, dado que en la sentencia se optó por alejarse de la interpretación adecuada del negocio fiduciario, debió entonces declarar la nulidad absoluta de las cláusulas y de ese modo, aplicar el término prescriptivo inherente a las nulidades absolutas que se encuentra consagrado en el artículo 2356 del C.C. aplicable por remisión del 822 del C.Co. Es más, aun cuando se considerara que se está ante una nulidad relativa, el juzgador no se encontraba jurídicamente habilitado para declarar de oficio la prescripción, pues por mandato del artículo 282 del C.G.P., la prescripción no es susceptible de ser reconocida de oficio. De esa manera, dado que el extremo actor no invocó en su favor la citada prescripción, la sentencia se equivoca al declararla probada de oficio.

Por lo tanto, no se encuentra fundado el argumento atinente a que en el asunto que nos ocupa se encuentra prescrita la acción de nulidad, en tanto se aplicó erradamente el término de 2 años contenido en el artículo 900 del Código de Comercio predicable respecto de la nulidad relativa y no el de 10 años contenido en el artículo 2536 del Código Civil predicable respecto de nulidades absolutas. Sobre este particular, se debe señalar que el citado término prescriptivo no ha operado, en tanto se materializaría en el mes de septiembre del año 2025, sin perjuicio de que con la presentación de la contestación de la demanda se interrumpió el precitado término prescriptivo. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

11. **La sentencia proferida por la SFC desconoció las disposiciones contenidas en el artículo 1742 del Código Civil pues la nulidad absoluta no es susceptible de ser "*ratificada*" por acuerdo entre las partes.**

Siguiendo la línea argumentativa referente a que el contrato de fiducia debe ser interpretado adecuadamente so pena de que la cláusula de prelación de pagos en favor de las demandantes sea declarada nula absolutamente, debe decirse que, como esta fue la interpretación escogida por

el juzgador, entonces debió declarar la nulidad absoluta en los términos de los artículos 6 y 1742 del C.C. y 899 del C.Co.

Sin embargo, en la sentencia el juzgador se abstiene de declarar la nulidad absoluta indicando que la misma fue saneada a través de la ratificación de las partes. No obstante, esa consideración así presentada omite aplicar debidamente el artículo 1742 del C.C. que expresamente indica que *"Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes"*. Es decir que, al estar ante una nulidad absoluta, no resulta jurídicamente viable declarar el saneamiento de la misma por ratificación de los extremos contractuales.

En consecuencia, se reitera, que ningún incumplimiento puede predicarse respecto de la fiduciaria debido a que la adecuada interpretación del contrato permite evidenciar que es jurídicamente correcto, en primer lugar, atender los costos del proyecto antes de permitir la disposición de los recursos por parte de los fideicomitentes desarrolladores/constructores. Sin embargo, dado que esta no fue la interpretación que el juzgador de primera instancia le dio al contrato de fiducia, su análisis conllevaría a la conclusión de que las cláusulas de prelación de pagos deben ser declaradas nulas absolutamente por contravenir la CBJ. Caso en el cual, la sentencia se equivoca pues omite tener en cuenta que la nulidad absoluta no es saneable por ratificación de las partes, tal como el artículo 1742 del C.C. lo dispone. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

12. La sentencia proferida por la SFC desconoció que no existe un nexo causal entre la conducta de la fiduciaria y la presunta falta de pago del precio de los lotes de terreno.

En el caso de marras no se puede pasar por alto las dificultades financieras del proyecto inmobiliario, por lo que era natural que los socios no recibieran las utilidades esperadas. Empero, de ninguna manera puede pretenderse que la fiduciaria subsidiara las dificultades financieras que tuvo el proyecto, pues al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC5430-2021,

ponderó que la responsabilidad de la fiduciaria es directa derivada de su falta de diligencia y no de los retrasos y paralizaciones del proyecto, mucho menos de los sobrecostos que obedecen a causas externas como lo fue en este caso la pandemia y el estallido social en la ciudad de Cali.

Por lo tanto, es claro que no existe responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por cuanto no hay nexo de causalidad entre su conducta y el supuesto perjuicio sufrido por las demandantes respecto a la falta de pago del precio de los lotes de terreno. Lo mencionado, habida cuenta de que dicho perjuicio, de existir, provendría única y exclusivamente de la actuación del fideicomitente promotor, esto es Buenavista Constructora y Promotora S.A., quien era la obligada a pagar el precio convenido por los inmuebles lotes de terreno en virtud del contrato de promesa de compraventa y no mi procurada. Además de que la causa adecuada de la presunta falta de pago en el precio de los lotes fueron los sobrecostos del proyecto, que como se explicó, deben ser asumidos exclusivamente por los socios quienes deben acudir cuando hay pérdidas, no solo cuando hay ganancias. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

13. **La sentencia proferida por la SFC desconoció la máxima del derecho consistente en que, sin daño, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad civil y contractual.**

La sentencia proferida por la SFC declaró la existencia de responsabilidad civil y contractual, pese a que durante el trámite procesal el extremo actor no demostró un daño cierto. Sobre este particular, se ruega tener en cuenta, por un lado, que el perjuicio no es presumible y por el otro, que sin daño no hay responsabilidad. Ahora bien, en el caso concreto el juzgador indicó que el daño que presuntamente causó mi representada se deriva de la falta de pago del constructor del precio de la promesa de venta. Sin embargo, esta consideración representa un error, en la medida de que se están confundiendo en la sentencia las obligaciones que tiene el constructor en virtud del contrato de promesa y las que ostenta la fiduciaria en el marco del contrato de fiducia.

No resulta jurídicamente acertado que el juzgador de instancia tome como daño el incumplimiento de pago de una obligación cuyo titular es un tercero ajeno a la fiduciaria. Lo anterior, debido a que esa argumentación así presentada llevaría al ilógico de que potencialmente pueda indemnizarse dos veces el mismo perjuicio. Precisamente y según lo confesado en el interrogatorio de parte, las demandantes se hicieron parte en el proceso concursal de la constructora solicitando el mismo perjuicio que acá equivocadamente les fue reconocido. En ese sentido, en el evento en el que en el trámite ante la Superintendencia de Sociedades se les reconozca en su favor la acreencia, estarían obteniendo una doble indemnización por el mismo hecho.

Es así, como la presunta falta de pago en el precio de los lotes no puede ser tomada como un perjuicio exigible respecto de mi representada, pues se reitera, ella no ostenta la calidad de promitente compradora en el contrato de promesa. Por esa razón se repara la sentencia puesto que durante el proceso no se probó ningún tipo de daño sufrido por el extremo actor. Máxime, cuando la única prueba que la Morelia y Cristalinda aportaron al proceso para probar los supuestos perjuicios, fue un dictamen pericial que además de ser extemporáneo, no cumplió con los requisitos del artículo 226 del C.G.P. tal y como quedó acreditado en la audiencia de fecha del 24 de junio de 2024. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

14. **La sentencia proferida por la SFC omitió tomar en consideración los pagos que se hicieron en favor de las demandantes, además de descontar a su vez del valor del supuesto perjuicio, el rubro recibido por fuera del fideicomiso por concepto del apartamento 202C.**

Nótese que no es cierto que en la fase 3-1 del proyecto no se hayan efectuado pagos a las demandantes. Lo mencionado, pues de conformidad con el dictamen pericial y con las pruebas documentales que se allegaron a través del mismo, en especial los comprobantes de pago del 03

de octubre de 2019, del 19 de diciembre de 2019 y con el Formato de Orden de Giro fechado del 27 de julio de 2022, se evidencia que la fiduciaria efectuó pagos a las actoras que ascendieron a la suma de $192.038.251. En consecuencia, en el hipotético y remoto evento en el que se declare la responsabilidad civil y contractual en cabeza de mi representada, del monto de la eventual indemnización deberá descontarse la suma previamente referenciada.

En igual medida, con la comunicación que data del 09 de marzo de 2020 la parte demandante expresamente indicó que el pago de la cuota sobre la parte proporcional del 12% por concepto del apartamento 202C, le fue cancelado directamente por el propietario y por fuera del fideicomiso. Valores que a todas luces debían haberse descontado del valor tasado por el supuesto perjuicio. Por ese motivo, ruego al juzgador de segunda instancia que descuente del valor de la eventual indemnización, tanto los pagos como el rubro que fue recibido directamente por las demandantes por el apartamento 202C según la anterior comunicación que obra en el expediente. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

15. **La sentencia proferida por la SFC omitió reducir la cuantificación del daño en razón de la participación de las demandantes en su causación. El daño está sujeto a reducción, si quien lo ha sufrido, se ha expuesto a él imprudentemente.**

En síntesis, tanto la SFC como la Corte Suprema de Justicia en sus lineamientos jurisprudenciales han delimitado que el daño debe reducirse si quien lo ha sufrido, se ha expuesto a él imprudentemente, incluso en tratándose de responsabilidad civil contractual. Bajo dicho derrotero, debe indicarse que las aquí demandantes se expusieron imprudentemente al daño, entre muchas otras razones, (i) por haber autorizado escriturar a terceros compradores de buena fe sin la necesidad de que se hubiera efectuado el pago previo de prorrata del lote de terreno, (ii) por haber recibido pagos por fuera del fideicomiso; y, (iii) por no haber contemplado las disposiciones del contrato de fiducia FA-2712, especialmente en lo referente a la prelación de pagos para el desarrollo

del proyecto. Por lo tanto, no podía desconocerse su margen de participación en el presunto daño reprochado y en consecuencia debe efectuarse la respectiva reducción en el valor estimado para el mismo. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

16. **La sentencia proferida por la SFC está provocando un enriquecimiento sin justa causa en favor de las demandantes, debido a que, con la condena proferida, está obligando a la fiduciaria a asumir los riesgos financieros del proyecto inmobiliario, aun cuando esta carga le corresponde expresamente a los socios desarrolladores e inmobiliarios.**

Los sustentos expuestos en la sentencia recurrida desconocen la finalidad por la cual se suscribió el contrato de fiducia, que como ya se mencionó, no son las relativas al pago o a la garantía del cumplimiento de una obligación principal, sino las meramente administrativas y de custodia para la finalización del proyecto inmobiliario. Por lo que se torna improcedente que se busque con la condena impuesta favorecer y enriquecer injustificadamente al extremo actor de litis, en la medida de que se está exigiendo a la fiduciaria el asumir riesgos financieros que no le son imputables y que atañen única y exclusivamente a los socios desarrolladores e inmobiliarios. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

17. **La SFC a través de la sentencia excedió las facultades conferidas a través del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 y el artículo 24 del Código General del Proceso, en la medida de que declaró la existencia de un daño cuya fuente es la presunta falta de pago del contrato de promesa suscrito entre particulares no vigilados, máxime cuando en el trámite procesal impidió la práctica de pruebas relacionadas con el citado contrato.**

La SFC a través de su sentencia excedió totalmente los limites de su competencia debido a que condenó a la fiduciaria al pago de un contrato de promesa celebrado entre particulares.

Efectivamente, el juzgador de instancia declaró la existencia de un supuesto perjuicio derivado de la presunta falta de pago del constructor del precio mínimo de los inmuebles correspondientes a la fase 3-1 del proyecto inmobiliario. Sin embargo, es claro que esta Superintendencia no tiene facultades para declarar la falta o no de pago de un negocio celebrado entre particulares, tan es así, que el mismo juzgador en la audiencia llevada a cabo el 26 de enero de 2024, impidió al suscrito realizar preguntas a la parte demandante relacionadas con el contrato de promesa de venta que hoy utiliza de fundamento del supuesto perjuicio.

En consecuencia, dado que la fuente del perjuicio declarado reside en la presunta falta de pago del constructor del precio acordado en la promesa de venta, claramente la sentencia excede las facultades conferidas por el legislador que expresamente le exigen que únicamente pueda resolver controversias derivadas de contratos de entidades vigiladas. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

18. **La sentencia proferida por la SFC pasó por alto que no resulta jurídicamente acertado condenar al fiduciario a asumir en posición propia obligaciones que eventualmente y de comprobarse la existencia de algún derecho serían de cargo exclusivo del fideicomiso.**

La sentencia proferida por la SFC desconoció el principio de separación patrimonial entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio del fiduciario. Lo anterior, toda vez que, de existir alguna obligación en favor de las demandantes que se derive del negocio fiduciario, aquella debe ser atendida con cargo a los recursos del fideicomiso y no en posición propia por la fiduciaria. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

19. La sentencia proferida por la SFC no tomó en consideración los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que permiten exonerar de toda responsabilidad civil y contractual a Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

En todo caso, deberá el superior jerárquico entrar a valorar los fundamentos facticos, jurídicos y probatorios que permiten exonerar de toda responsabilidad civil y contractual a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., sin perjuicio de los reparos aquí expuestos y lo ya debatido en el proceso. Lo anterior, toda vez que en la sentencia se analizó equivocadamente el régimen de responsabilidad predicable respecto de las fiduciarias imponiéndole a mi representada cargas que exceden las disposiciones contenidas en el C.C., C.Co., Ley 1328 del 2009, Ley 1480 del 2011, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 2555 del 2010 y la CBJ. Además, incurrió en defectos facticos durante la valoración probatoria que de haber sido analizados adecuadamente habrían llevado a la inexorable conclusión de exonerar de toda responsabilidad a la fiduciaria. Por ese motivo, se solicita la sentencia sea revocada en su totalidad y se proceda a absolver de toda responsabilidad a mi representada.

20. La sentencia proferida por la SFC desconoció el artículo 282 del C.G.P. que obliga al juez a reconocer de oficio excepciones de mérito cuando halle probados los hechos que constituyan una excepción.

Como se sustentará ante el juzgador de segunda instancia, la sentencia proferida por la SFC vulneró el artículo 282 del C.G.P. Lo anterior, toda vez que, aun cuando encontró probados varios hechos que constituían excepciones de mérito, omitió reconocerlas oficiosamente en la sentencia.

III. PETICIÓN

Comedidamente solicito al Despacho se sirva **CONCEDER** el recurso de apelación solicitado a fin de que el superior jerárquico, esto es, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

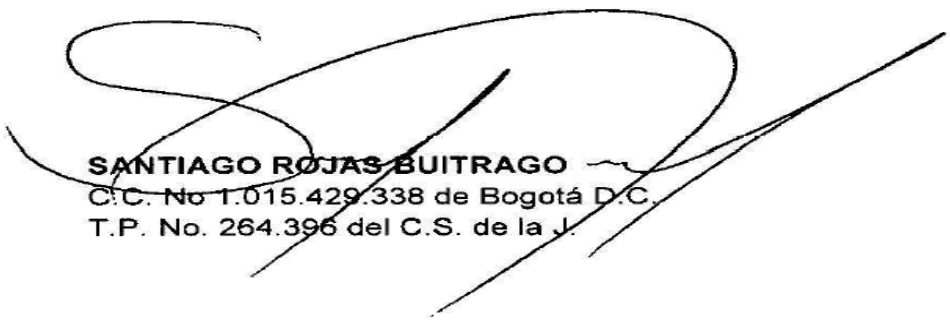
BOGOTÁ, resuelva lo expuesto en el presente recurso, con el fin de que sea REVOCADA la sentencia de primera instancia proferida el día 28 de agosto de 2024, mediante la cual la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA declaró civil y contractualmente responsable a mi procurada y accedió favorablemente a las pretensiones del extremo actor, para que en su lugar se niegue la totalidad de las pretensiones de la demanda.

IV. NOTIFICACIONES

Mi representado y el suscrito en la Calle 69 No. 4 - 48, Oficina 502 de la ciudad de Bogotá D.C.

Correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Atentamente,



SANTIAGO ROJAS BUITRAGO
C.C. No 1.015.429.338 de Bogotá D.C.
T.P. No. 264.396 del C.S. de la J.