**REPÚBLICA DE COLOMBIA**
**RAMA JUDICIAL**
**JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO**

Santiago de Cali, dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023)
Radicado 760013103008-2020-00141-00

**DEMANDANTE:** **SHAHAB PARVIS**
**DEMANDADOS:** **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**
**FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Meritage**
**NEWPORT SAS**

**SENTENCIA N° 024**

## I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia, en el cual la parte actora pretende principalmente se declaren resueltos dos acuerdos de voluntades suscritos por el demandante y la sociedad demandada Newport SAS, e igualmente la resolución de dos contratos de encargo fiduciario suscritos por el actor, la demandada en cita y la fiduciaria Corficolombiana S.A. el 29 de diciembre de 2015, además de las pretensiones de condena.

## II. DE LA DEMANDA

Conforme el libelo genitor formulado por el demandante y sus pretensiones se tiene que la misma admite el siguiente compendio:

La demandada Newport SAS se comprometió a desarrollar el proyecto denominado *"Meritage Lexury Community"* en el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 001-930485 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín. Del cual el demandante Shahab Parvis suscribió con la citada sociedad dos acuerdos de voluntades el 29 de diciembre de 2015, cuyo objeto era la adquisición de dos unidades inmobiliarias, la primera de ellas consistente en *"el aparta – suite No. 1033 + Deck 1033 + dos (2) parqueaderos*

*sencillos + cuarto útil ubicado en la Torre 7 Etapa 1, por un valor total de CUATROCIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS ($404.761.457)"* y la segunda un "*Local Comercial No. 9 + terraza No 9 y un (1) parqueadero lineal ubicado en la etapa 1 del mismo proyecto, por un valor total de SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS ($752.979.000)"*.

En los acuerdos de voluntades, específicamente en la cláusula sexta, se pactó que el señor Parviz tenía un plazo de quince días calendario para suscribir un contrato de "*encargo fiduciario*" con la Fiduciaria Corficolombiana S.A., en calidad de "*beneficiario de área*". En efecto, el 29 de diciembre de 2015 el demandante suscribió dos documentos con la fiduciaria; uno es el 220030003271, correspondiente al "*aparta – suite No. 1033 + Deck 1033 + dos (2) parqueaderos sencillos + cuarto útil ubicado en la Torre 7*" y el otro es el 220030003268 correspondiente al "*Local Comercial No. 9 + terraza No 9 y un (1) parqueadero lineal ubicado en la etapa 1 del mismo proyecto*".

Aduce haber pagado las siete cuotas atinentes al ciento por ciento del precio de los inmuebles a adquirir tal como consta en los recibos "*expedidos por Meritage*", quedando cumplidas las obligaciones a su cargo ya que la entrega de los bienes estaba fijada para el 31 de marzo de 2017, lo cual no aconteció, ni siquiera en la prórroga pactada en el contrato, es decir, la constructora contaba con doce meses adicionales a la fecha estipulada, esto es, hasta el 31 de marzo de 2018 para la entrega, pero tampoco cumplió.

Refiere un comunicado por parte de Newport SAS emitido el 12 de abril de 2017 en el cual informa que la Fiscalía General de la Nación decidió continuar con el proyecto de extinción de dominio sobre los inmuebles a desarrollarse el proyecto "*Meritage*" y, posteriormente, comunica la imposibilidad de devolver las sumas entregadas por los beneficiarios de área ya que los recursos fueron invertidos en el proyecto.

Soportado en ese marco fáctico las peticiones se encaminan a obtener la declaratoria de resolución de los 2 acuerdos de voluntad y los 2 encargos fiduciarios, lo que implica retrotraer las cosas a su estado inicial.

Consecuente con lo anterior, solicita condenar a Fiduciaria Corficolombiana S.A. y a Newport SAS a; i) restituir a favor del señor Shahab Parviz la suma de MIL CIENTO SESENTA MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL

VEINTIDOS PESOS ($1.160'790.022), por concepto del capital por él entregado al fideicomiso MERITAGE; ii) el pago de la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVENTA Y UN PESOS ($231'548.091), por concepto de la cláusula penal; iii) el pago de la suma de CIEN MILLONES SETECIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS ($100'723.438), por concepto de intereses equivalentes al 0.3% mensual sobre el capital entregado, derivado del retardo en la entrega de las unidades inmobiliarias.

**De la contestación**.

El escrito inaugural fue notificado a los demandados bajo la formalidad establecida en el Decreto 820 de 2020, quienes contestaron la demanda así:

i) Fiduciaria Corficolombiana S.A. contestó el libelo genitor oponiéndose a todas las pretensiones, a algunos hechos y aceptando otros parcialmente o en su totalidad.

Además propuso como excepciones de mérito denominadas *"Diligencia y cuidado y cumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Corficolombiana SA., en su condición de administradora y vocera del fideicomiso MERITAGE – tanto respecto de los deberes precontractuales, como de las obligaciones contractuales y legales, y defensa de bienes fideicomitidos"*, *"Excepción de causa extraña bajo la modalidad de hecho exclusivo de un tercero, esto es, la Fiscalía General de la Nación"*, *"Obligación de suscribir la escritura pública mediante la cual se transfiere a cada beneficiario de área la unidad que le corresponde"*, *"Obligaciones que no recaen en cabeza de la fiduciaria"*, *"Conclusión sobre las obligaciones de la fiduciaria"*, *"Precedente judicial"*, *"Inexistencia de solidaridad entre Fiduciaria Corficolombiana S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO MERITAGE y NEWPORT SAS."*, *"Improcedencia del cobro de cláusula penal respecto a la Fiduciaria Corficolombiana S.A."*, *"No procedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios ni moratorios en el presente caso"*, *"Excepción de contrato no cumplido: la mora purga la mora"* y *"Tasación excesiva de los eventuales perjuicios. Objeción al juramento estimatorio en los términos de que trata el artículo 206 del código general del proceso"*.

Su fundamento radica, en síntesis, haber cumplido con las obligaciones contractuales a ella asignadas en calidad de Fiduciaria, ya que los retrasos en el desarrollo del proyecto Meritage se debió a una causa extraña proveniente de un hecho exclusivo de un tercero que en este caso es la Fiscalía General de la Nación que adelantó un proceso de extinción de dominio sobre el inmueble en donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario. Aunado a que las obligaciones

contraídas son distintas y no ameritan solidaridad con la demandada Newport SAS y menos está obligada a pagar la cláusula penal ni réditos de capital alguno. Señala igualmente que el demandante se encuentra en mora respecto de los pagos que debía hacer al fideicomiso para adquirir los dos inmuebles objeto de encargo fiduciario. Finaliza objetando los perjuicios reclamados.

ii) Fiduciaria Corficolombiana S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado *"Meritage"*, quien fue vinculada por el Despacho Judicial en calidad de litisconsorte necesario, también contestó el libelo genitor oponiéndose a todas las pretensiones, a algunos hechos y aceptando otros parcialmente o en su totalidad.

Igualmente propuso las siguientes excepciones de mérito: *"Diligencia y cuidado y cumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Corficolombiana SA., en su condición de administradora y vocera del fideicomiso MERITAGE – tanto respecto de los deberes precontractuales, como de las obligaciones contractuales y legales, y defensa de bienes fideicomitidos"*, *"Excepción de causa extraña bajo la modalidad de hecho exclusivo de un tercero, esto es, la Fiscalía General de la Nación"*, *"Obligación de suscribir la escritura pública mediante la cual se transfiere a cada beneficiario de área la unidad que le corresponde"*, *"Obligaciones que no recaen en cabeza de la fiduciaria"*, *"Conclusión sobre las obligaciones de la fiduciaria"*, *"Precedente judicial"*, *"Inexistencia de solidaridad entre el patrimonio autónomo denominado como "Fideicomiso Meritage" administrado por Fiduciaria Corficolombiana S.A. del Fideicomiso Meritage y la sociedad NEWPORT SAS"*, *"Improcedencia del cobro de cláusula penal respecto al Fideicomiso Meritage administrado por Fiduciaria Corficolombiana S.A."*, *"No procedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios ni moratorios en el presente caso"*, *"Excepción de contrato no cumplido: la mora purga la mora"*, *"Tasación excesiva de los eventuales perjuicios. Objeción al juramento estimatorio en los términos de que trata el artículo 206 del código general del proceso"*. Los medios defensivos tienen sustento similar a los de la demandada Fiduciaria Corficolombiana S.A.

Así mismo, presentó llamamiento en garantía a la sociedad también demandada Newport SAS con fundamento en la suscripción del contrato denominado *"contrato de fiducia mercantil irrevocable inmobiliaria de administración y pagos"* mediante el cual se constituyó el fideicomiso *"Meritage"* cuyo fideicomitente es la sociedad llamada en garantía.

iii) Newport SAS contestó el libelo genitor oponiéndose a todas las pretensiones, a algunos hechos y aceptando otros parcialmente o en su totalidad, proponiendo las excepciones denominadas *"cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Newport SAS"; "buena fe exenta de culpa"* y

*"hecho exclusivo de un tercero";* las cuales, en síntesis, se basan en haber cumplido con sus obligaciones contractuales tanto como promotor del proyecto inmobiliario como las correspondientes a la de fideicomitente con la clara convicción de actuar con buena fe a través de las diligencias mínimas que exige el ordenamiento jurídico colombiano. Además, la parálisis de la construcción se debió a la medida cautelar de embargo y secuestro del predio objeto del proyecto por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Frente al llamamiento que le hiciere Fiduciaria Corficolombiana S.A. en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Meritage aceptó la mayoría de los hechos y adujo que otros no son fundamentos fácticos sino apreciaciones subjetivas del apoderado judicial.

Finalmente propuso como excepciones de mérito las llamadas *"cumplimiento de las obligaciones"; "ausencia del nexo causal"* e *"improcedencia cláusula de indemnidad"*, cuyo fundamento básicamente se ciñe a indicar el cumplimiento por parte de la sociedad como gerente del proyecto inmobiliario sin que hubiese incurrido en culpa o dolo y que la cláusula de indemnidad no es de aplicación irrestricta porque primero debe demostrarse la culpabilidad por parte de Newport SAS, la cual no recae en esta sino en el hecho de un tercero.

## III CONSIDERACIONES.

### 1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y demanda en forma se cumplen en esta ocasión en la que las partes, se encuentran igualmente legitimadas en la causa tanto por activa como por pasiva respectivamente, pues tanto demandante como demandadas hacen parte del contrato de encargo fiduciario para la adquisición de dos unidades inmobiliarias del proyecto Meritage Luxury Community.

### 2. NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN.

### 2.1. RESOLUCIÓN DE CONTRATO.

Conforme lo ha explicado la literatura especializada, la Resolución es el término genérico que se utiliza para indicar la disolución de un contrato por causas posteriores a su formación, mientras que la resolución por mutuo disentimiento de las partes toma el nombre resiliación.

Sobre el tema, brevemente señalaremos que la jurisprudencia ha destacado en forma sostenida lo siguiente:

"*En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución que por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo*.

*(…) lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que "el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contraatacante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor*"[1].

Sin embargo, en la providencia SC1662-2019 la Corte Suprema de Justicia realizó una corrección doctrinaria frente a los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, para precisar que ante el incumplimiento recíproco de las obligaciones pactadas por los contratantes cualquiera de ellos puede demandar la resolución del negocio jurídico, **pero sin indemnización de perjuicios**, en otras palabras, devolver las cosas a su estado inicial. (Negrillas por el Despacho Judicial).

**2.2. DE LA FIDUCIA MERCANTIL Y EN ESPECIAL LA INMOBILIARIA.**

La Fiducia Mercantil se encuentra regulada en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, definiéndola como un negocio jurídico en virtual del cual "*una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario*"[2].

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 20 de abril de 2.018, M. P., Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Rad SC 1209-2018

[2] Artículo 1226 del Código de Comercio.

Empero, la Fiducia mercantil para el desarrollo de proyectos inmobiliarios consistentes en compra anticipada no tienen regulación legal específica en el ordenamiento jurídico colombiano, por tanto, debe regirse por las disposiciones generales del estatuto mercantil, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las Circulares Básicas Jurídicas de la Superintendencia Financiera.

Se trata entonces de un negocio fiduciario por virtud del cual un constructor o promotor de un proyecto constructivo en calidad de fideicomitente le transfiere la propiedad del inmueble en el que se desarrollará el proyecto a una sociedad fiduciaria para que administre y adelante las acciones pertinentes para la ejecución y una vez terminado, transmita las unidades inmobiliarias bien sea al fideicomitente o a los vinculados como beneficiarios.

Aunado a lo anterior, la circular externa 029 de 2014, vigente para la época de celebración de los contratos, en su numeral 8.2. establece la Fiducia Inmobiliaria como "*…el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato. Puede presentar varias modalidades:*

*8.2.1. De administración y pagos*

*En virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.*

*En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.*

*8.2.2. De tesorería*

*Tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.*

*8.2.3. De preventas*

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

Establecidas las diversas clases de Fiducia Inmobiliaria, se infiere que las obligaciones de la sociedad fiduciaria emergen de las cláusulas contenidas en el acto constitutivo de la fiducia, derivando en ley para las partes conforme el principio de la autonomía de la voluntad.

Ahora, desde el punto de vista legal, el artículo 1234 del Código de Comercio dispone los deberes indelegables del fiduciario, además de los señalados en el acto de constitución, los siguientes:

*1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;*

*2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;*

*3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;*

*4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;*

*5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;*
*6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;*

*7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y*

*8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses".*

La anterior normativa nos permite reiterar que la fuente principal de las obligaciones a cargo de la fiduciaria se halla en el acto de constitución y se adiciona con los deberes indelegables contenidos en la norma en cita; sin embargo, debe destacarse que las obligaciones del fiduciario son de medios más no de resultado conforme lo señalado en el artículo 29.3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ello significa que la Fiduciaria se compromete a proporcionar los medios para la consecución del fin del contrato que en el caso de no haberse obtenido el resultado esperado y dicho incumplimiento se le atribuya, esta se podrá exonerar de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado, la cual debe ser de un grado máximo, de un experto en negocios fiduciarios.

**3. PROBLEMA JURÍDICO.**

El problema jurídico que surge en el presente asunto está encaminado a establecer si en efecto se configuran los presupuestos de la acción resolutoria que son: a) Que el contrato sea válido, b) que el contratante que proponga la acción haya cumplido o allanado a cumplir las obligaciones que asumió, y c) que el contratante demandado haya incumplido lo pactado o exista una causa que lo exonere del cumplimiento.

De hallarse cumplidos los anteriores presupuestos se decidirá conforme la procedencia o no de la solicitud de condena respecto de las sanciones por incumplimiento pactadas en los contratos materia de controversia y del llamamiento que hiciere la sociedad fiduciaria en calidad de vocera y administradora al fideicomitente.

**4. CASO CONCRETO.**

Las pretensiones de la demanda se encaminan a la resolución de dos contratos denominados *"acuerdo de voluntades"* correspondientes al aparta suite 1033, Deck, cuarto útil y dos parqueaderos por valor de $418.157.876 y al local comercial Nº 9 más terraza y un parqueadero por valor de $752.979.000, y a dos contratos rotulados *"encargo fiduciario para vinculación al fideicomiso Meritage"* sobre los inmuebles anteriormente señalados, con la consecuente restitución de los dineros entregados por el comprador, el pago de la cláusula penal y los intereses pactados por retraso en la entrega de los bienes.

Con el libelo demandatario se acude la figura de la resolución aduciendo el incumplimiento imputable a las deudoras demandadas, y el cumplimiento de la parte actora, en términos generales, esta figura está contenida en el Artículo 1546 del Código Civil.

Bajo el anterior presupuesto normativo se tiene entonces que en aquellos compromisos donde las partes deben ejecutar de forma simultánea sus obligaciones, para el buen suceso del reclamo del demandante cuando se basa en el desacato de su contraparte, debió asumir una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto con indemnización de perjuicios, pues ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla o se allane a cumplir lo acordado. Excepto ambos contratantes se hallen en mora de ejecutar sus obligaciones, siendo precisamente este tema del que se ocupó la Corte Suprema de Justicia en el año 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, se proceden a resolver los problemas jurídicos propuestos en precedencia por el Despacho judicial, así:

**a) Que el contrato sea válido**; de las probanzas del plenario resulta palmario que el demandante suscribió el 29 de diciembre de 2015 dos documentos objeto de debate para adquirir el aparta suite Nº 1033, un depósito y dos parqueaderos por valor de $418.157.876 y el local comercial Nº 9 más terraza y un parqueadero por valor de $752.979.000 del proyecto *"Meritage Luxury Community"* promovido por la sociedad Newport SAS.

Se estableció el pago de los inmuebles de la siguiente manera:
**Para el aparta suite**:

| CUOTA | FECHA | VALOR |
|---|---|---|
| 1 | 30 enero de 2016 | $75.297.900 |
| 2 | 29 febrero de 2016 | $112.946.850 |
| 3 | 31 marzo de 2016 | $112.946.850 |
| 4 | 30 abril de 2016 | $112.946.850 |
| 5 | 31 mayo de 2016 | $112.946.850 |
| 6 | 30 junio de 2016 | $112.946.850 |
| 7 | 31 julio 2016 | $112.946.850 |

**Para el local y terraza**:

| CUOTA | FECHA | VALOR |
|---|---|---|
| 1 | 30 enero de 2016 | $40.352.235 |
| 2 | 29 febrero de 2016 | $60.528.353 |

| | | |
|---|---|---|
| 3 | 31 marzo de 2016 | $60.528.353 |
| 4 | 30 abril de 2016 | $60.528.353 |
| 5 | 31 mayo de 2016 | $60.528.353 |
| 6 | 30 junio de 2016 | $60.528.353 |
| 7 | 31 julio 2016 | $60.528.353 |

Los anteriores pagos eran de obligación exclusiva por parte del beneficiario de área pues así quedó refrendado en los contratos de *"encargo fiduciaria para la vinculación al Fideicomiso Meritage"* al señalar *"las obligaciones del Beneficiario de Área se limitan a realizar los aportes y a recibir a título de Beneficio el (los) inmueble(s) antes identificado(s)".*

Adicionalmente, el demandante suscribió dos contratos más denominados *"encargo fiduciario para vinculación al fideicomiso meritage"* para el aparta suite y el local comercial más terraza por tratarse de una obligación pactada en los acuerdos de voluntades referidos con anterioridad.

En los contratos de encargo fiduciario, quedó pactado expresamente que el Fideicomitente (Newport SAS) *"desarrollará un proyecto inmobiliario sobre el inmueble de mayor extensión Nº 001-930485 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, ubicado en el municipio de Envigado, el(los) cual(es) será(n) transferido(s) para el desarrollo de la respectiva Etapa de forma firme e irresoluble a el Fideicomiso".* También se indicó que dicho *"proyecto será desarrollado por cuenta, riesgo y con plena autonomía jurídica, financiera y administrativa por el Fideicomitente en el inmueble…una vez se cumplan las condiciones para la entrega de recursos para cada Etapa del Proyecto, el cual consta de ocho (8) etapas…"*

Se atestó en los documentos que el fideicomitente celebró un contrato de Encargo Fiduciario de Preventas el 17 de octubre de 2013, *"con la finalidad que durante la Etapa preliminar, Preoperativa o de Preventas del Proyecto, el Fideicomitente elabore los estudios y la celebración de todos los actos jurídicos necesarios o convenientes para la adecuada obtención de recursos dirigidos a la realización de El Proyecto y a la promoción de vinculaciones al mismo de personas denominadas "Beneficiarios de Área". Una vez el Fideicomitente cumpla las Condiciones de Entrega de los Recursos, los recursos serán trasladados por la Fiduciaria al Constructor y administrados por el Fideicomiso Meritage durante la Etapa Operativa y de Liquidación del Proyecto".*

En cuanto a los recursos invertidos por el beneficiario de área, según los contratos de encargo fiduciario, se *"mantendrán invertidos en un Encargo Fiduciario Individual, mientras el proyecto se encuentra en etapa Preoperativa,*

*manteniéndose el objeto del presente Encargo Fiduciario sujeto a la condición suspensiva de cumplirse las Condiciones para la Entrega de Recursos de Proyecto Inmobiliario Meritage…".*

Y, respecto de las *"Condiciones de Entrega de Recursos"* fueron estipuladas en el numeral 6º del acápite de *"Antecedentes"* las siguientes:

*"6. Las Condiciones de Entrega de Recursos consisten en lo siguiente:*

*INFORMACIÓN DEL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS FECHA DE CELEBRACION DEL CONTRATO: 17 de Octubre de 2013 CONDICIONES PARA LA TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FIDEICOMITENTE:*

- *Vinculación de un número plural de Inversionistas de la respectiva Etapa del Proyecto, cuya vinculación sea equivalente al sesenta por ciento (60%) del valor total de las ventas de la respectiva Etapa del Proyecto, de acuerdo con la Etapa que se encuentre en el Periodo Preoperativo. Dicho valor total de las ventas de la respectiva Etapa será Certificado a la Fiduciaria por el Fideicomitente antes de iniciarse la Etapa Preoperativa de cada etapa del Proyecto.*

- *En caso de requerirse, radicación de los documentos necesarios para adelantar actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.*

- *Entrega a la Fiduciaria de la licencia de construcción de la respectiva Etapa del Proyecto, debidamente ejecutoriada expedida por la autoridad competente.*

- *Certificado de tradición donde conste que la porción para el desarrollo de la respectiva Etapa del Proyecto, resultante del desenglobe del inmueble de mayor extensión, es de propiedad del Fideicomitente o de un Patrimonio Autónomo constituido para el desarrollo del proyecto.*

- *Que los Inversionistas Compradores hayan depositado de manera conjunta, por lo menos el quince por ciento (15%) de las sumas relacionadas en los Encargos de Vinculación de la respectiva Etapa del Proyecto en las Carteras Colectivas que administra.*

- *Cuando el Fideicomitente entregue a la Fiduciaria la carta de aprobación de crédito constructor para la respectiva Etapa del Proyecto otorgada por una entidad bancaria vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o un concepto favorable del cierre financiero de la respectiva Etapa del proyecto por*

*parte de un interventor administrativo y financiero aprobado por la Fiduciaria y contratado por el Fideicomitente para tal fin.*

- *Certificación del representante legal y del revisor fiscal en la que indique que ha cumplido todos estos requisitos, de la respectiva Etapa".*

A renglón seguido, el numeral 7º señala *"si durante la vigencia del Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas se cumplen las Condiciones para la Entrega de Recursos de la respectiva Etapa del Proyecto, la Fiduciaria entregará al Fideicomitente los Recursos entregados por el Beneficiario de área y los rendimientos que se hubiesen causado y, en el evento en que no se cumplan las Condiciones para la Entrega de Recursos de la respectiva Etapa del Proyecto, la Fiduciaria entregará a los Beneficiarios de Área los recursos y sus respectivos rendimientos que hubiesen causado mientras los mismos estaban en las carteras colectivas".*

Entonces, revisados los cuatro contratos que se pretenden resolver con sus respectivas cláusulas las cuales revisten claridad frente a las obligaciones de cada contratante, además de haber sido aceptadas por ellas y de cara a las pruebas decretadas y practicadas en el presente asunto se establece su validez sin que sea menester realizar elucubraciones al respecto, además no emerge controversia planteada por los contendientes en ese sentido.

**b) Que el contratante que proponga la acción haya cumplido o allanado a cumplir las obligaciones que asumió.**

Frente a los pagos que debe hacer el beneficiario de área se estipuló en la cláusula primera parágrafo quinto del contrato de *"encargo fiduciaria para la vinculación al Fideicomiso Meritage""* que se harían a la Fiduciaria directamente y, en caso de incumplimiento está facultada para exigirlos judicial o extrajudicialmente sin necesidad de requerimiento alguno.

Por su parte, la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad le endilga un incumplimiento al demandante en los pagos de los aportes, quien en efecto, en el interrogatorio de parte oficioso confesó haber pagado únicamente el 50% del valor total de los dos inmuebles bajo el argumento del noticiamiento del inconveniente existente con el lote donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario[3], empero, no acreditó que le indicaran por parte de Newport SAS o la misma Fiduciaria en su doble calidad suspender el pago de las cuotas fijadas en el plan de pagos anexados a la demanda. Por el contrario, el testigo Jaime

[3] Audiencia inicial del , hora 1:47:21 seg

Andrés Toro Aristizabal trajo a colación la obligación de los beneficiarios de área de continuar con los pagos estipulados; incluso ante la pregunta *"¿Hubo autorización por parte de Corficolombiana…para que se suspendieran algún tipo de pago?,* contestó: *"No señor, Fiduciaria Corficolombiana no hizo esa autorización o concesión, entre otras cosas porque no podía hacerlo ".*

Lo anterior fue ratificado por la fiduciaria a través de apoderado judicial al momento de contestar la demanda y por el Representante legal de la misma durante su interrogatorio de parte, al indicar que los pagos realizados por el señor Shahab Parviz ascendieron a:

*"ENCARGO FIDUCIARIO SUITE 1033 ETAPA 1 (…)- Valor aportes: DOSCIENTOS NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHO MIL SETECIENTOS ONCE PESOS M/CTE (209.808.711 COP)(…)".*

*"ENCARGO FIDUCIARIO LOCAL 9 ETAPA 1 - Valor aportes: TRECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($376.489.500 COP) (…)".*

En el interrogatorio, Juan Carlos Pertuz en su calidad de Representante Legal de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. indicó: *"El señor Parviz entra como adherente a la fiducia inmobiliaria a través de dos encargos fiduciarios, esos dos encargos fiduciarios cada uno correspondía a una de las dos unidades inmobiliarias que él estaba adquiriendo…estos dos encargos fiduciarios se celebraron el 29 de diciembre de 2015…el tenía la obligación de hacer el pago completo de las dos unidades bajo el plan de pagos que está estipulado en cada uno de esos encargos fiduciarios ".* Frente a la pregunta formulada por el suscrito *"¿Incumplió el señor Shahab Parviz alguna de sus obligaciones con el encargo fiduciario?*, el interrogado contestó: *"Desde el punto de vista fiduciario sí…para el encargo fiduciario de la suite…el valor de los aportes fue de $209.808.711…para el segundo encargo del local comercial entró en la contabilidad $376.489.500…el plan de pagos se debe cumplir de manera completa".*

Seguidamente se le pregunta: *"¿Con las cifras que usted nos ha indicado que entregó el señor Parviz y al momento de la intervención del Estado a través de las medidas cautelares se encontraba él en mora?*, contestó: *"El encargo de vinculación correspondiente a la suite…para el 31 de julio de 2016, eso fue antes de que se dictase la medida de embargo y secuestro él ya tenía que haber cancelado la totalidad…y para el segundo encargo de vinculación…el del local comercial 9 de la etapa 1…para el 31 de julio de 2016 ya debía haber pagado la obligación".*

La anterior afirmación resulta responsiva con lo indicado por el testigo Sebastián Restrepo Arboleda quien funge como Director Jurídico de la Fiduciaria Corficolombiana S.A., pues aseguró que el demandante no pagó la totalidad de las unidades inmobiliarias.

De lo anterior es claro que la prueba de los pagos afirmados por el demandante en el escrito introductor radicaba en él, pues al tenor del artículo 1757 del Código Civil, *"incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta"*, pero dicha afirmación fue desvirtuada en el decurso probatorio ya que él mismo confesó haber pagado sólo el 50% del total de cada una de las unidades inmobiliarias a adquirir, pese a que en los acuerdos de voluntad suscritos con Newport SAS claramente se estableció un plan de pagos, cuya cuota final debía cancelarse el 31 de julio de 2016, data en la cual ni siquiera se había registrado la medida de embargo y suspensión del poder dispositivo sobre el inmueble donde se construiría el proyecto inmobiliario, pues de ello da cuenta el certificado de tradición en su anotación Nº 004, ya que la inscripción de la cautela se efectuó el 1º de agosto de 2016 ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín. Aunado a que el Representante Legal de Fiduciaria Corficolombiana S.A. manifestó que la notificación de la cautela a la entidad que representa fue el 3 de agosto de esa misma anualidad.

De manera que le correspondía al demandante acreditar que para la fecha en que tuvo conocimiento de la paralización del proyecto había cumplido con las obligaciones a su cargo o que el incumplimiento en el pago de las cuotas estaba justificada por el otorgamiento de nuevos plazos o por previo incumplimiento de las demandadas, lo cual no ocurrió, pues pese a que el señor Parviz en su interrogatorio adujera que la vendedora del proyecto le indicó suspender el pago de los abonos, lo cierto es que dicha manifestación da al traste con la cronología del proyecto, el plan de pagos y la inscripción de la medida cautelar, porque la información transmitida al demandante por obvias razones no pudo haberse surtido antes del 31 de julio de 2016 (fecha en que debía hacerse el pago del último abono) ya que la medida cautelar se registró el 1º de agosto de esa misma anualidad en el folio de matrícula inmobiliaria del predio donde se estaba construyendo el proyecto constructivo.

Bajo esa arista es claro que el señor Parviz no cumplió con la carga correspondiente para ejercer la acción resolutoria con resarcimiento de perjuicios y cobro de la cláusula penal e intereses por mora, pues omitió aportar pruebas del pago diferentes al alegado por Fiduciaria Corficolombiana S.A., tales como consignaciones, recibos de pago, comprobante de transacciones bancarias realizadas a favor de Newport SAS o a la misma Fiduciaria, ya que en

los contratos se estipuló las fechas para honrar los pagos, lo cual, se reitera, no fue acreditado por el demandante, ni siquiera al momento de descorrer las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, ya que remitió el correo electrónico sin anexo alguno.

En ese entendido se tiene como probada las excepciones denominadas *"Excepción de contrato no cumplido: la mora purga la mora"* y *"Obligaciones que no recaen en cabeza de la fiduciaria"*, propuesta por la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad.

**c) que el contratante demandado haya incumplido lo pactado o exista una causa que lo exonere del cumplimiento**.

Primeramente, ha de indicarse que en los contratos de encargo fiduciario individual se estipuló en la cláusula tercera que la Fiduciaria como vocera del Fideicomiso "*Meritage*" y el Fideicomitente harán la transferencia del derecho de dominio y la posesión sobre las unidades objeto de compra. Respecto de la entrega material se estipuló en la cláusula séptima lo siguiente *"la entrega material de la(s) unidad(es) de las etapas 1 y 4 la efectuará directamente el fideicomitente al beneficiario de área, y está prevista para que se realice antes del 31 de marzo del año 2017… transcurrido este plazo, sin que se produzca la entrega efectiva…, el Fideicomitente tendrá doce (12) meses de plazo adicionales para efectuar la entrega material, durante el mencionado plazo El Fideicomitente pagará al Beneficiario de área una suma equivalente al 0.3% mes vencido del valor total de las unidades por concepto de intereses moratorios. Si transcurrido este último período no se produce la entrega efectiva de las unidades se entiende que hay incumplimiento del Fideicomitente y, el beneficiario de área podrá exigir la aplicación de la cláusula penal pactada…"*.

Lo anterior permite inferir que la fecha máxima para la entrega de los bienes adquiridos era el 31 de marzo de 2017 prorrogable doce meses más, es decir, hasta el 31 de marzo de 2018, sin embargo, ello no ocurrió, configurándose un incumplimiento sustancial por parte de Newport SAS encargada de desarrollar el proyecto y entregar las unidades inmobiliarias y que imposibilitaba la transferencia del dominio por parte de la vocera y administradora del fideicomiso. Esto es así, porque en los contratos de encargo fiduciario se estipuló que la sociedad desarrollaría el proyecto Meritage *"por cuenta, riesgo y con plena autonomía jurídica, financiera y administrativa"*.

Los anteriores acuerdos contractuales, devienen o están coligados al *"contrato de encargo fiduciario de preventas"* del proyecto *"Meritage"* suscrito el 17 de octubre de 2013 por Newport SAS en calidad de "Fideicomitente" y Fiduciaria

Corficolombiana S.A. en calidad de "Fiduciaria" para administrar las preventas de cada etapa del proyecto. En este contrato se establecen las condiciones primigenias para adelantar el proyecto inmobiliario, destacándose la del numeral sexto del acápite de *"antecedentes"*, que indica:

*6. Que en el proyecto "MERITAGE" la Fiduciaria no tiene ni tendrá participación alguna en relación con la construcción, comercialización, venta o supervisión del mismo y su actividad durante el desarrollo de este contrato y en esta etapa del proyecto se limita a recaudar y administrar los dineros entregados por los Inversionistas Compradores que se vinculen al Proyecto "MERITAGE" durante la etapa de preventas"* (Subrayado por el Despacho Judicial).

En el clausulado, el numeral 4 establece las condiciones para la entrega de los recursos para la etapa 1 que es la que concierne a los inmuebles objeto de los contratos a resolver, así:.

*"CLAUSULA 4. CONDICIONES PARA LA ENTREGA DE RECURSOS*

*4.1. El presente contrato tendrá un término de vigencia independiente para cumplir las Condiciones de Entrega de Recursos de cada una de las Etapas del proyecto, el cual será y comenzará a correr para cada una de ellas de la siguiente forma:*

*a. Etapa 1: El término de vigencia de la Etapa Preoperativa de esta Etapa será de doce (12) meses, contados a partir de la suscripción del presente Contrato, prorrogables automáticamente por una sola vez por el término inicialmente pactado de doce (12) meses si el ENCARGANTE lo requiere para el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente cláusula.*

(…)

*4.2. Durante el término referido en el numeral anterior, se deberán cumplir las Condiciones de Entrega de Recursos de cada Etapa del Proyecto, las cuales se entenderán alcanzadas cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones para cada Etapa del Proyecto:*

*a) Vinculación de un número plural de Inversionistas Compradores de la respectiva Etapa del Proyecto, cuya vinculación sea equivalente al sesenta por ciento (60%) del valor total de las ventas de la respectiva Etapa del Proyecto, de acuerdo con la Etapa que se encuentre en el Periodo Preoperativo. Dicho valor total de las ventas de la respectiva Etapa será Certificado a la Fiduciaria por el Encargante antes de iniciarse la Etapa Preoperativa de cada etapa del Proyecto.*

*En ningún caso se entenderán incluidos dentro de este porcentaje los Encargos Fiduciarios Individuales constituidos por el Constructor o Encargante y/o sus vinculados o subsidiarias, ni los activos y/o servicios relacionados con la construcción, los cuales si bien podrán recibirse no podrán tenerse en cuenta para determinar el porcentaje antes indicado.*

*b. Cuando Inversionistas Compradores hayan depositado de forma conjunta por lo menos el quince por ciento (15%) de las sumas relacionadas en los Encargos Fiduciarios Individuales de la respectiva Etapa del Proyecto en las Carteras Colectivas qué administra.*

*c. Cuando el Encargante entregue a la Fiduciaria certificación escrita firmada por su Representante Legal y por su Revisor Fiscal en la que se deje constancia del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la presente cláusula de la respectiva Etapa.*

*d. Cuando el Encargante haga entrega a la Fiduciaria de la licencia de construcción de la respectiva Etapa debidamente ejecutoriada expedida por la autoridad competente.*

*e. Cuando el Encargante entregue a la Fiduciaria la carta de aprobación de crédito constructor para la respectiva Etapa del Proyecto otorgada por una entidad bancaria vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o un concepto favorable del cierre financiero de la respectiva Etapa del proyecto por parte de un interventor administrativo y financiero aprobado por la Fiduciaria y contratado por el Encargante para tal fin.*

*f. En caso de requerirse, cuando el Encargante entregue a la Fiduciaria copia del radicado del permiso de ventas expedido por la autoridad competente o los documentos que hagan sus veces de acuerdo con las leyes vigentes. Este requisito se considera cumplido únicamente a partir de los quince (15) días hábiles posteriores a la radicación de los documentos pertinentes ante la autoridad competente (artículo 1, Decreto 2180 de 2006 y articulo 2, Decreto Ley 2610 de 1979).*

*g. Certificado de tradición de la porción para el desarrollo de la respectiva Etapa del Proyecto, resultante del desenglobe del inmueble de mayor extensión, con una vigencia no superior a tres (3) días en la cual conste que los inmuebles son propiedad del Encargante o del Patrimonio autónomo que se constituya en una sociedad Fiduciaria para el desarrollo del proyecto y, que el mismo se encuentre libre de gravámenes o limitaciones al dominio, a excepción de la hipoteca por crédito constructor para el desarrollo del proyecto "MERITAGE*, si hubiere lugar, la cual deberá ser certificada*

*por el representante legal y contador o revisor fiscal del Encargante y por quien otorgue el crédito constructor.*
*h. Si durante el término a que hace referencia la presente Cláusula o en su prórroga se cumplen las Condiciones de Entrega de Recursos del Proyecto, la Fiduciaria trasladará al Encargante los aportes realizados por los Inversionistas Compradores, en cualquiera de las Carteras Colectivas, al igual que los rendimientos que dichos Recursos hayan generado, los cuales serán destinados por el Encargante para la construcción del Proyecto.*

*4.3. En caso de no lograrse el cumplimiento de las Condiciones para la Entrega de Recursos dentro del período aquí indicado, se procederá a la liquidación de la respectiva Etapa, para lo cual la Fiduciaria restituirá a los Inversionistas Compradores los Recursos transferidos a través de los Encargos Fiduciarios Individuales que se encuentren en las Carteras Colectivas, sin que este evento genere a favor de los Inversionistas Compradores Rendimientos distintos de aquellos generados por la administración de los Recursos en las Carteras Colectivas.*

*4.4. En todo caso, la Fiduciaria no adquiere responsabilidad alguna por la definición del porcentaje de unidades, el cierre financiero, ni por la realización del Proyecto, ya que su labor se circunscribe única y exclusivamente a recaudar y administrar durante la Etapa de Preventas del Proyecto los Recursos entregados a través de los Encargos Fiduciarios Individuales, por tanto, si una vez cumplidas las Condiciones para la Entrega de Recursos, el Proyecto no se lleva a cabo, no habrá lugar a reclamación alguna por parte de los Inversiones Compradores o del Encargante a la Fiduciaria* (Subrayado fuera del original).

Ahora bien, conforme la cláusula 11, las obligaciones del encargante, este es, Newport SAS, se destacan:

*"Además de las otras obligaciones contenidas en el presente Contrato, el Encargante deberá cumplir las siguientes:*

*(a) Pagar la remuneración a la Fiduciaria según la tarifa establecida en el presente Contrato y suministrar los recursos necesarios para atender los gastos y costos de este Contrato, en caso de que no existan Recursos disponibles o que habiéndolos, su naturaleza demande que sean asumidos directamente por el Encargante.*

*(b) Suministrar toda la información y documentación requerida por la Fiduciaria y ampliar las instrucciones cuando se necesite para dar cumplimiento al presente Contrato y Cumplir con las Condiciones establecidas en la cláusula cuarta del presente Contrato.*

*Certificar a la Fiduciaria el valor total de las ventas de la respectiva Etapa del Proyecto antes de dar inicio a la Etapa Preoperativa de cada Etapa del Proyecto".*

Y como declaraciones especiales de los contratantes, se dispuso en la cláusula 17, lo siguiente:

*"El Encargante declara de manera especial conocer y aceptar que:*

*(…)*
*(e) La Fiduciaria no es vendedora, ni constructora, ni interventora, ni gerente del Proyecto, y no es responsable por la venta, terminación, calidad de la obra o precio de las unidades que conforman dicho proyecto, ni demás aspectos técnicos, operativos, administrativos o económicos que hayan determinado la viabilidad para su realización.*

*(f) Una vez los recursos sean entregados al Encargante la responsabilidad por la administración, utilización y destinación de los mismos es exclusiva de dicha sociedad"* (Subrayado por el Despacho).

El anterior contrato fue modificado a través de cuatro otro sí, sin embargo, el Despacho judicial no ahondará en los mismos ya que cada documento refiere a cambios que no afectan la Etapa 1 del proyecto en donde estarían ubicadas las unidades inmobiliarias del señor Shahab Parviz.

Concomitante con el anterior contrato, Newport SAS y Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Meritage, suscribieron el documento denominado *"contrato de fiducia mercantil irrevocable inmobiliaria de administración y pagos"*, en el cual se estipula que los bienes fideicomitidos son los recursos y el lote (cláusula 6º).

Respecto del lote se dispuso en la cláusula 9º lo siguiente:

*"El Fideicomitente en virtud del presente Contrato de Fiducia Mercantil transferirá por su cuenta y riesgo a favor de la Fiduciaria para la constitución del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso MERITAGE, las porciones resultantes del inmueble de mayor extensión identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 001-930485 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, cuya denominación, área y linderos se describirán en la Escritura Pública por medio de la cual se transfieran los inmuebles".*

Las obligaciones a cargo de la fiduciaria consistieron en:

*1. Suscribir como vocera del Fideicomiso y junto con el Fideicomitente, la Escritura Pública por medio de la cual se transfiera el Lote sobre el que se desarrollará el Proyecto, incrementando el presente Fideicomiso.*

*2. Suscribir como vocera del Fideicomiso y junto con el Fideicomitente, los Encargos de Vinculación con los Beneficiarios de Área interesados en adquirir Unidades del Proyecto de Construcción.*

*3. Recibir las sumas de dinero que transfieran los Beneficiarios de Área, efecto para el cual la Fiduciaria como vocera del FIDEICOMISO, constituirá una participación en la Cartera Colectiva específica para el Proyecto de Construcción.*

*4. Proceder a la devolución de los recursos transferidos por los Beneficiarios de Área en caso de que los Encargos de Vinculación se terminen o se resuelvan, según cada evento, siempre y cuando el Fideicomiso cuente con recursos para esto.*

*5. Realizar los pagos y desembolsos descritos en el presente contrato con los recursos del Fideicomiso, de acuerdo con la prelación establecida, hasta el monto de los recursos existentes y disponibles para ello en el Fideicomiso, para lo cual deberá contar con la aprobación previa y escrita del Interventor.*

*6. Revisar y otorgar como vocera del Fideicomiso con cargo al mismo, junto con El Fideicomitente la escritura pública del reglamento de propiedad horizontal del Proyecto de Construcción la cual debe ser proyectada, y tramitada por el Fideicomitente.*

*7) Las demás que resulten de las disposiciones de este contrato".*

En la cláusula 21 establece la responsabilidad de la fiduciaria y en su parágrafo segundo, señala

*"PARAGRAFO SEGUNDO: La Fiduciaria se obliga a realizar diligentemente todos los actos necesarios para la cumplida ejecución del objeto de este contrato, y no será responsable por caso fortuito, fuerza mayor, el hecho de un tercero o la violación de deberes legales o contractuales por parte del Fideicomitente".*

El anterior contrato de encargo fiduciario también fue modificado por 4 otro sí conforme un requerimiento que hiciere el Banco de Bogotá, entidad que otorgaría el crédito constructor a Newport SAS; pero tales modificaciones no tuvieron injerencia en los acuerdos suscritos entre el demandante y las demandadas ya que la etapa 1 no sufrió alteración alguna.

El 25 de noviembre de 2014 se suscribió un documento denominado "*contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración Fideicomiso Meritage La Palma Argentina*", cuyas partes son Newport SAS en calidad de "*beneficiario*", La Palma Argentina y Cía. SAS como "*Fideicomitente*" y Fiduciaria Corficolombiana S.A. que funge como "*la Fiduciaria*", cuyo objeto principal es que la Fiduciaria detente la propiedad del bien fideicomitido, es decir, del lote 001-930485 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, lo administre y lo ponga a disposición del Beneficiario para el desarrollo del proyecto urbanístico, quien debía subdividir el bien inmueble en mención para la construcción de las diversas etapas y sub etapas, lo que en efecto aconteció ya que de la matrícula inmobiliaria matriz se abrieron las matrículas 001-1198464, 001-1198465, 001-1198466, 001-1198467, 001-1198468, 001- 1198469, 001-1198470, 001-1198471, 001-1198472, 001-1198473, 001-1198474 y 001- 1198475. Hasta este punto debe relievarse que cada una de las partes suscriptoras de los encargos fiduciarios dejaron la atestación de estarse desarrollando con normalidad sin obstáculo alguno las etapas para llevar a cabo el proyecto urbanístico. Además así fue confirmado por el testigo Jaime Andrés Toro Aristizabal quien adujo que al momento de la medida cautelar el proceso constructivo se estaba desarrollando con normalidad, incluso afirmó que estaba adelantado en un 30%. Igualmente, el testigo Sebastián Restrepo Arboleda manifestó que durante el proceso constructivo no evidenció alguna anomalía en el proyecto. Por su parte la testigo Margarita María Betancourt Guzmán indicó "*el proceso se venía desarrollando normal con su cronograma de obra, con los recursos destinados al proyecto… el proyecto se ejecutó en condiciones normales hasta que llegó la medida*".

Establecidas las obligaciones de la demandada Fiduciaria Corficolombiana S.A en su doble calidad y las de Newport SAS, procede este Despacho Judicial a verificar su cumplimiento conforme el contrato de "*encargo fiduciario de preventas*" y el "*contrato de fiducia mercantil irrevocable inmobiliaria de administración y pagos*". Como se dejó sentado líneas atrás la Fiduciaria aparte de cumplir las obligaciones de los contratos de fiducia también le asiste el cumplimiento de las referidas para el fiduciario por el estatuto mercantil y la circular básica jurídica que, de cara a las probanzas de la litis podemos advertir su cumplimiento por lo siguiente:

1) Mantuvo separado el bien fideicomitido de sus bienes propios, pues conforme la escritura pública Nº 361 del 12 de febrero de 2015 y el certificado de tradición del inmueble 001-1198464 donde se desarrollaría la primera etapa del proyecto se transfirió el dominio a título de beneficio

en fiducia Mercantil del Fideicomiso Meritage La Palma Argentina al Fideicomiso Meritage.

2) Administró el inmueble con diligencia y cuidado hasta que se hicieron efectivas las medidas de embargo y secuestro decretadas por la Fiscalía General de la Nación.

3) En aras de atender sus obligaciones en la etapa precontractual le solicitó a Newport SAS la elaboración de un estudio de títulos global del inmueble en el que se pretendía desarrollar la totalidad del proyecto, recomendándole a firma Otero & Palacios Abogados SAS. El estudio fue expedido el 7 de marzo de 2013 cuyo concepto fue favorable condicionado a la revisión de la Escritura Pública Nº 807 del 5 de junio de 2005, otorgada en la Notaría 2 de Envigado. Lo anterior fue confirmado por el Representante Legal de Newport SAS en su interrogatorio y por los testigos, en especial por la abogada Ana María Palacio Bedoya quien fue la profesional del derecho que incidió en el concepto favorable del estudio de la tradición del folio de matrícula.

   Posteriormente, el estudio fue complementado el 23 de julio de esa misma anualidad por la firma de abogados, quienes concluyeron ser favorable el estudio de títulos. Igualmente la fiduciaria aportó los Formatos Únicos de Conocimiento de Clientes de las personas jurídicas (Newport SAS y La Palma Argentina y Cia. SAS) que pretendían vincularse a la entidad a través de los negocios fiduciarios con la finalidad de verificar su situación en el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo – Sarlaft.

4) Además, la Fiduciaria atendiendo la obligación de previsión del negocio y en virtud al hecho de que la zona donde se construiría el proyecto urbanístico ha tenido diversos inconvenientes surgidos por la actividad delictiva del narcotráfico, contrató la firma Francisco Sintura Varela Abogados Asociados en aras de establecer si el predio 001-930485, sus anteriores y actuales propietarios están incursos en alguna investigación por parte de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho y contra el Lavado de Activos o trámite de Extinción de Dominio. Para lo anterior, el abogado Francisco Sintura Varela elevó derecho de petición ante la Fiscalía General de la Nación, entidad que a través del Fiscal Jefe Unidad Nacional, Dr. Danny Julián Quintana Torres en Oficio Nº 1993 J-UNEDLA del 9 de septiembre de 2013 respondió:

*"Con la finalidad de dar respuesta a la solicitud de la referencia, me permito manifestar lo siguiente:*
*Que consultado el sistema de información consolidado interno que administra esta unidad A LA FECHA NO aparece registro de las personas naturales y jurídicas …)".*

De lo anterior emergió una confianza legítima frente a la respuesta del ente investigador que permitió dar continuidad con el proyecto urbanístico amparado por el manto de la confianza al tratarse de una entidad estatal encargada de las investigaciones provenientes de conductas delictivas que pudieren interferir en el desarrollo del proyecto, pero sucedió todo lo contrario según las pruebas documentales y testimoniales practicadas en la presente Litis.

5) A la fecha, la Fiduciaria Corficolombiana S.A. continúa con la atención que amerita el proceso de extinción de dominio que se sigue al lote objeto del proyecto urbanístico, cuya defensa la ejerce el abogado Francisco José Sintura Varela[4]; remitiendo aún periódicamente un informe de los avances del proceso de extinción de dominio al señor Shahab Parviz, quien lo manifestó en su interrogatorio de parte.

   Lo anterior concuerda plenamente con lo ampliamente explicado por el testigo el abogado Santiago Sierra Angulo y en especial el apoderado actual de la Fiduciaria Corficolombiana, el Dr. Francisco José Sintura Varela quien hizo una exposición vasta, completa y absolutamente detallada de todas las actuaciones emprendidas antes de llevarse a cabo la suscripción de los contratos fiduciarios entre Fiduciaria Corficolombiana en su doble calidad y Newport SAS y las diligencias desplegadas en el proceso de extinción de dominio.

6) Verificó el cumplimiento de los requisitos para la transferencia de los recursos al Fideicomitente. Lo cual fue reiterado por la Directora Jurídica para ese momento la testigo Margarita María, además de haber sido acreditado por el fideicomitente ya que en él recaía la carga de probar su acatamiento.

[4] Se destaca dentro del material probatorio las diversas diligencias adelantadas por el profesional del derecho contratado por la Fiduciaria Corficolombiana S.A. ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio y la Sociedad de Activos Especiales –SAE, incluso la interposición de la Acción Pública de nulidad ante la Sección Primera del Consejo de Estado para obtener la nulidad del acto administrativo de carácter particular proferido por la SAE para la enajenación temprana del lote donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario.

Hasta aquí, es posible inferir que la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble condición cumplió con las obligaciones precontractuales, legales y normativas del encargo fiduciario, excepto la de transferir el dominio a los beneficiarios de área por las medidas cautelares practicadas por la Fiscalía General de la Nación que impidió continuar el proceso constructivo, siendo explicado hasta la saciedad por los Representantes Legales de las sociedades demandadas y los testigos Sebastián Restrepo Arboleda, Margarita María Betancourth Guzmán, Santiago Sierra Angulo y Francisco José Sintura.

Es menester relievar que la obligación de transferir el dominio al beneficiario de área por parte de la Fiduciaria Corficolombiana S.A como vocera y administradora del fideicomiso Meritage, esto es la escrituración de las unidades inmobiliarias, estaba indudablemente condicionada al previo cumplimiento de los contratantes, es decir, el pago total de los bienes y la construcción de los mismos.

Adicionalmente, la Fiduciaria Corficolombiana S.A. demostró la diligencia y cuidado previo a la suscripción del contrato de Encargo de preventas desplegando diversas actividades encaminadas a prever futuras anomalías o irregularidades con el predio y las personas integrantes del fideicomiso y propietarias del lote, al igual que todas las actuaciones adelantadas ante las autoridades judiciales.

Por consiguiente se tiene que las excepciones denominadas *"Diligencia y cuidado y cumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Corficolombiana SA., en su condición de administradora y vocera del fideicomiso MERITAGE – tanto respecto de los deberes precontractuales, como de las obligaciones contractuales y legales, y defensa de bienes fideicomitidos"*, *"Obligación de suscribir la escritura pública mediante la cual se transfiere a cada beneficiario de área la unidad que le corresponde"*, *"Conclusión sobre las obligaciones de la fiduciaria"* e *"Inexistencia de solidaridad entre el patrimonio autónomo denominado como "Fideicomiso Meritage" administrado por Fiduciaria Corficolombiana S.A. del Fideicomiso Meritage y la sociedad NEWPORT SAS",*, propuesta por Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble condición se encuentran acreditadas al haber cumplido las obligaciones que le conciernen, ya que el proyecto inmobiliario quedó absolutamente paralizado por la práctica de una medida cautelar decretada por la Fiscalía General de la Nación y por ende no puede endilgárseles incumplimiento derivada de la falta de escrituración de las unidades inmobiliarias.

Ahora, se pasa a verificar el acatamiento de las cargas establecidas a Newport SAS conforme los convenios privados con la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad y de estos frente al señor Shahab Parviz.

Como obligación principal y de mayor relevancia para desatar este asunto radica en el cumplimiento de las exigencias por parte de Newport SAS para que le fuesen transferidos los recursos económicos (incluidos los del demandante) para iniciar la etapa operativa del proyecto.

Sobre este particular, los requisitos establecidos inicialmente para la transferencia de los recursos reposan en el contrato denominado *"encargo fiduciario de preventas"*, los cuales son recopilados en los contratos de Encargo Fiduciario de vinculación suscrito con el señor Parviz, que en síntesis son:

1. Vinculación de un número plural de inversionistas compradores equivalente al 60% del valor total de las ventas de la respectiva etapa. Tal requisito debe ser acreditado por el Encargante o fideicomitente, es decir, Newport SAS.

2. Cuando los inversionistas compradores hubiesen depositado de manera conjunta por lo menos el 15% de las sumas relacionadas en los Encargos Fiduciarios Individuales.
3. Cuando Newport SAS le entregue a la Fiduciaria certificación suscrita por el Representante legal y su Revisor Fiscal donde se deje la atestación de cumplimiento de los requisitos de entrega de los recursos.

4. Que Newport SAS entregue la licencia de construcción de la respectiva etapa.

5. Entrega de la carta de aprobación del crédito constructor para la etapa correspondiente.

6. Certificado de tradición de la porción para el desarrollo de la respectiva etapa resultante del desenglobe del predio de mayor extensión, con vigencia no mayor a tres días y con la inscripción de propiedad del Encargante o del patrimonio autónomo.

Los anteriores requerimientos fueron acreditados en el decurso procesal por parte de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad que allegó prueba documental suficiente al respecto y testigos que ratificaron lo allí

consignado, destacándose el documento expedido el 6 de abril de 2015 en el que la Fiduciaria le informa a Newport SAS del cumplimiento de las condiciones para el punto de equilibrio de la primera etapa en marzo de 2015, siendo ratificado en el informe semestral de enero a junio de 2016. Y es que lo anterior resulta ser así porque Newport SAS a través de documento calendado 9 de febrero de 2015 dirigido a la Fiduciaria Corficolombiana S.A. acreditó cada una de las exigencias establecidas por esta para la transferencia de los recursos.
En todo caso, la fecha del decreto del punto de equilibrio como el cumplimiento de los requisitos tampoco inciden en la vinculación del señor Shahab Parviz en calidad de beneficiario de área como quiera que esta se surtió el 29 de diciembre de 2015, es decir, aproximadamente 9 meses y medio después, data en la cual, estaban cumplidas las condiciones para la transferencia de los recursos, tal como ocurrió, quedando en cabeza de la promotora y desarrolladora del proyecto adelantar la construcción a través de la empresa Ménsula Ingenieros S.A.

Además el Representante Legal de Newport SAS en su interrogatorio adujo que al momento de la medida de embargo y secuestro el proyecto se estaba desarrollando con normalidad, incluso en el acta de secuestro fechada 3 de agosto de 2016 se dejó consignado que se trataba de un *"lote en construcción"* con el servicio público de agua. Concordante con la anterior declaración, el testigo Jaime Andrés Toro Aristizábal manifestó que el proyecto se venía desarrollando con normalidad para la fecha de la práctica de la medida cautelar, refirió estar en un 30% de desarrollo constructivo.

Lo anterior permite inferir que lo indicado por las sociedades demandadas respecto al desarrollo normal de la obra hasta el momento de la medida de embargo, es decir, hasta el 3 de agosto de 2016 es cierto.

Ahora bien, con la paralización del proyecto a partir de la data en comento, impidió el cumplimiento de Newport SAS de entregar las unidades inmobiliarias en marzo de 2017, prorrogable doce meses más y que a la fecha de emisión de la sentencia aún no se ha resuelto definitivamente la situación del lote objeto de desarrollo de la etapa 1, ya que los testigos Jaime Andrés Toro Aristizabal, Santiago Sierra Angulo y Francisco José Sintura indicaron que el inconveniente legal del lote global objeto del proyecto urbanístico aún pervive sin una solución cercana.

En este punto debe transliterarse lo señalado por el último testigo en mención quien expresó: *"hasta la fecha no se ha podido iniciar aún siquiera el desarrollo del*

*debate probatorio…no se ha definido aún esa acción de extinción de dominio, tardará un tiempo adicional para que ello se cumpla"*. Además, de los testimonios recaudados se puede extraer la inviabilidad del proyecto aparejado con la falta de recursos del Fideicomiso para proseguir con la construcción en el hipotético caso que sean levantadas las medidas cautelares.

Bajo los anteriores presupuestos de imposibilidad de continuar el proyecto urbanístico por una fuerza mayor proveniente de una actuación de la Fiscalía General de la Nación, que en modo alguno, derivó en el incumplimiento por parte de Newport SAS en entregar los inmuebles a los beneficiarios de área en las fechas estipuladas y de contera la transferencia del dominio, se torna forzoso traer a colación lo señalado por el jurista Fernando Canosa Torrado en su libro "*La resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso*", séptima edición, editorial Ediciones Doctrina y Ley, quien señala:

"*La resolución…es el efecto que se produce en presencia de las cuatro causales siguientes:*

1. *El mutuo acuerdo de las partes, dirigido a destruir el contrato.*
2. *El incumplimiento voluntario.*
3. *El incumplimiento involuntario, y*
4. *La excesiva onerosidad de la prestación a cargo de unos de los contratantes"*

Frente a la resolución por incumplimiento no imputable al deudor, el tratadista en cita indicó:

"*El fundamento jurídico de la resolución por incumplimiento no imputable al deudor, es decir, el producido por imposibilidad subsiguiente (fuerza mayor o caso fortuito), se encuentra en el principio que pregona que a nadie se puede constreñir a que cumpla lo que a nadie puede cumplir, en aplicación de la teoría de los riesgos.*
*(…)* ***el incumplimiento no imputable al deudor origina también la resolución pero con efectos diferentes. Así, en caso de imposibilidad absoluta la resolución se da, por regla general, de pleno derecho, y no podrán demandarse los efectos de la mora, es decir, la cláusula penal o la indemnización de perjuicios,*** *a menos que el deudor se haya constituido en ella, de conformidad con lo establecido en el artículo 1604, inciso 2º del Código Civil.*

*Lo primero, es decir, el efecto de la resolución, se debe a que el artículo 1546, al hablar de incumplimiento no diferencia entre culpable y el inculpable; y lo segundo, esto es,* ***la exoneración de indemnizar perjuicios, se debe a que la fuerza mayor o caso fortuito son causales de irresponsabilidad contractual*** *(art. 1604 del C.C.)*

*(…) Cuando la inejecución proviene de caso fortuito o fuerza mayor –explica Antonio De La Vega-, el incumplimiento no puede ya imputarse al obligado, quien queda inmunizado de responsabilidad y exonerado de la obligación de indemnizar los perjuicios que sufra el acreedor (…). Para que proceda la indemnización compensatoria se necesita, entre otras condiciones, que la violación del compromiso sea imputable al deudor. No pudiéndolo ser, por tener aquel incumplimiento origen en un caso fortuito, ajeno a la voluntad del obligado, lo que ha de venir jurídicamente es una obvia exoneración"* (Subrayado y negrillas por el Despacho).

De lo transliterado es posible inferir que la fuerza mayor o caso fortuito exonera de responsabilidad al deudor de indemnizar a su contraparte por el incumplimiento acaecido involuntariamente, salvo:

*"a) Cuando, mediante una estipulación expresa, se ha comprometido a ello con su acreedor (C.C., art. 1604, inciso final, y 1732).*

*b) Cuando la ley dispone expresamente que el incumplimiento que proviene de caso fortuito o fuerza mayor, sean de cargo del deudor (Ibídem, arts. 106, inciso final, y 1735).*

*c) Cuando el caso fortuito sobreviene de la mora del deudor (C.C., arts. 1731 y 1604, inciso 2º).*

*En estos últimos tres casos, al ejercerse la pretensión de la resolución, podrá el demandante exigir indemnización de perjuicios, a pesar de invocarse como causal de disolución el incumplimiento no imputable al deudor"*[5]

Frente a las anteriores excepciones denota este operador judicial que no fueron pactados en ninguno de los documentos objeto de resolución que obligue de manera inopinada a las demandadas indemnizar a la parte actora, máxime que la cláusula penal y el pago de intereses por mora en la entrega de las unidades inmobiliarias únicamente fueron pactadas entre Newport SAS y Shahab Parviz, lo que de suyo implica la exoneración de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad y como consecuencia de ello la prosperidad de las excepciones denominadas "*Improcedencia del cobro de cláusula penal respecto al Fideicomiso Meritage administrado por Fiduciaria Corficolombiana S.A.*", "*No procedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios ni moratorios en el presente caso*".

De manera que todo este andamiaje probatorio, si bien, permite concluir que las obligaciones de Newport SAS no fueron cumplidas a cabalidad, no puede

---

5 Fernando Canosa Torrado, La Resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso, 7ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, pág. 368.

echarse de menos que esto se debió a una fuerza mayor, que como pudo verse resultó imprevisible e irresistible y a la fecha lo sigue siendo sin tener certeza respecto de la temporalidad de esta situación, por tanto, "*si la imposibilidad de la prestación fuese solamente temporaria, no produce la extinción de la obligación, sino que ésta queda en suspenso*"[6].

"*Lo anterior se explica por la necesidad de constituir en mora al deudor como requisito indispensable para el ejercicio de la pretensión de la resolución, puesto que la mora refleja un incumplimiento definitivo y, entonces, razón por la cual el temporal, originado por caso fortuito o fuerza mayor, no es suficiente para justificar una acción de resolución*"[7].

Y es que del concepto de fuerza mayor "*se ha dicho que es el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, entre otros según lo enseña el artículo 1° de la Ley 95 de 1890.*

*Según Alessandri, un hecho de esas connotaciones ha de ser «imprevisto e irresistible en sí mismo, es decir, que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar habría podido preverlo y resistirlo. Se requiere una imposibilidad absoluta (1). Una simple dificultad (2) o una imposibilidad relativa, personal al agente (3), no bastan; la culpa se aprecia in abstracto. Un hecho que se hubiera podido prever y evitar con mayor diligencia o a costa de un mayor esfuerzo o sacrificio no es caso fortuito; un hombre prudente lo habría previsto y evitado. Esto es suficiente para privarlo de ese carácter.*

*La determinación de si un suceso constituye o no caso fortuito depende, pues, de su naturaleza y de las circunstancias.*

*(...)*

*Para que el caso fortuito o la fuerza mayor exima de responsabilidad, es menester que sea la causa única del daño. Si el caso fortuito sobreviene por culpa del agente, si éste lo provocó o contribuyó a producirlo, sea por acción o por omisión -como si estando obligado a tomar ciertas medidas que lo habrían evitado, no las tomó, - su responsabilidad subsiste íntegramente*"[8]

---

6 Antonio de la Vega Vélez, Bases del derecho de obligaciones, 3ª edición, Bogotá, editorial Temis, 1978 Nº 101, págs. 138 y 139.

7 Fernando Canosa Torrado, La Resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso, 7ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, página 368.

8 Sentencia SC11822-2015 del 3 de septiembre de 2015.

Así las cosas, no es posible aducir que el incumplimiento involuntario de la sociedad Newport SAS es temporal, pues quedó establecido pender de una decisión judicial, la cual, además de tardar un tiempo más, resulta ser un alea para el demandante porque en el hipotético caso de prosperar la pretensión de extinción de dominio, el señor Shahab Parviz no podría adquirir las unidades inmobiliarias objeto de los contratos de encargo fiduciario; y en el evento de denegarse la pretensión extintiva no se pudo establecer en esta Litis la posibilidad material de continuar con el proceso constructivo.

En suma, se concederá la pretensión resolutoria deprecada por el señor Shahab Parvis por hallarse un incumplimiento de ambas partes, pero sin condena en perjuicios, ni cláusula penal y menos intereses moratorios, ordenándose la devolución de lo pagados por aquel, pues así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia al indicar "*conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio*"[9].

Entonces, bajo las anteriores derroteros jurisprudenciales y doctrinales, se hallan prósperas las excepciones denominadas "*Excepción de causa extraña bajo la modalidad de hecho exclusivo de un tercero, esto es, la Fiscalía General de la Nación*" propuesta por Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad y las excepciones "*buena fe exenta de culpa*" y "*hecho exclusivo de un tercero*" propuesta por Newport SAS. Empero, al hallarse un incumplimiento involuntario por parte de esa sociedad respecto de la entrega de las unidades inmobiliarias en el mes de marzo de 2017 o en su defecto marzo de 2018, se tiene por no probada la excepción "*cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Newport SAS*".

En cuanto a la excepción denominada "*Precedente judicial*" tiene su sustento en un laudo arbitral proferido dentro de la demanda instaurada por Pinturas Prime S.A., Jorge Mario Cogollo Zuleta, Juana Omaira Zuleta de Cogollo, Andrés Felipe Cogollo Zuleta, María Paulina Cogollo Zuleta, Jairo de Jesús Henao Cuartas, Luis Sebastián Villegas Ramírez y Ana María Villegas Ramírez contra Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad y Newport SAS, ante la Cámara de Comercio de Medellín, cuya decisión fue denegar las pretensiones principales y subsidiarias deprecadas por los actores consistentes

[9] Sentencia SC5430-2021 del 7 de diciembre de 2021.

en la resolución de los contratos de encargo fiduciario, la restitución de los aportes y la consecuente condena en perjuicios.

No obstante, debe precisarse que, de acuerdo con lo que el ordenamiento jurídico colombiano entiende por jurisprudencia, sólo pueden constituir precedente jurisprudencial las sentencias judiciales proferidas por las altas cortes. De esta manera, el concepto de precedente jurisprudencial puede definirse más precisamente como el conjunto de sentencias judiciales proferidas por las altas cortes que, debido a la similitud fáctica entre sí y la similitud de los problemas jurídicos resueltos en ellas, son obligatorias para los demás jueces. Por ende, los laudos arbitrales emitidos dentro de un trámite arbitral no constituyen precedente para la jurisdicción ordinaria.

Además, entre los fundamentos adoptados por el Tribunal de Arbitramento se destaca que en su entender la paralización del proyecto es transitoria y que podrían reanudarse las construcciones al salir avante la defensa esgrimida por las sociedades demandadas; frente a lo cual este operador judicial disiente de dicho argumento como quiera que conforme las pruebas practicadas en el presente asunto se arribó a conclusión diferente dado que las construcciones se hallan abandonadas y no se cuenta con los recursos económicos para reactivar precisamente el proyecto constructivo en su totalidad. Por tanto, tal medio defensivo no puede salir avante ante este estrado judicial.

Finalmente, el Despacho entra a decidir la excepción denominada *"Tasación excesiva de los eventuales perjuicios. Objeción al juramento estimatorio en los términos de que trata el artículo 206 del código general del proceso"* propuesta por Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad, entidades que aseguraron y acreditaron las sumas realmente pagadas por el señor Shahab Parviz, por tanto, al retrotraernos al escrito de subsanación de la demanda, se tiene que el actor a través de su apoderado judicial tasó los perjuicios relativos al pago de las dos unidades inmobiliarias en la suma de Mil Ciento Sesenta Millones Setecientos Noventa Mil Veintidós pesos ($1.160.790.022); pero en el decurso procesal se probó únicamente la suma de Quinientos Ochenta y Seis Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Doscientos Once pesos ($586.298.211), lo cual implica que la suma estimada bajo la gravedad del juramento no excedió el 50% más de lo acreditado ($1.172.596.422).

En cuanto a las otras cifras correspondientes a la cláusula penal e intereses por mora en la entrega de las unidades inmobiliarias, lo cierto es que no se tienen en cuenta en la resolución de la presente excepción dado que su frustración no

se debe a la falta de demostración sino a aspectos particulares y propios de la resolución de contratos cuando se avizora un incumplimiento recíproco.

Conforme lo anterior, este operador judicial concluye inaplicar las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

## 5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A NEWPORT SAS.

Fiduciaria Corficolombiana S.A. en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado *"fideicomiso meritage"* llamó en garantía a la sociedad demandada Newport SAS en caso que se determine alguna condena en su contra por hallársele responsable de las pretensiones de la demanda y deba restituir las sumas deprecadas por el demandante.

Sustentó el llamamiento en garantía en lo pactado en la cláusula trigésimo novena (39) del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable Inmobiliaria de Administración y Pagos por medio del cual se constituyó el fideicomiso, en dicha cláusula se estipuló la obligación del fideicomitente en pagar las sumas de dinero por concepto de contingencias, reclamaciones, agencias en derecho y costas en que se condenase a la fiduciaria en su doble calidad.

Teniendo en cuenta el soporte fáctico del llamamiento en garantía se advierte en efecto que en el contrato en mención se pactó en la cláusula 39º lo esgrimido por la fiduciaria actora, al señalar:

*"1. El Fideicomitente se obliga a mantener indemne a la Fiduciaria frente a las reclamaciones judiciales, administrativas y de cualquier otra naturaleza que sean presentadas en contra de la Fiduciaria directamente o como vocera del Fideicomiso, derivadas del presente Contrato.*

*2. Asi mismo, el Fideicomitente mantendrá indemne a la Fiduciaria por cualquier condena judicial o extrajudicial que se imponga a ésta o el Fideicomiso y que se derive de las relaciones contractuales o extracontractuales que el Fideicomitente tenga con terceros.*

*3. En el evento que en cualquier proceso pretenda hacerse efectiva responsabilidad alguna frente a la Fiduciaria o al Fideicomiso, la Fiduciaria se reserva la facultad de efectuar el correspondiente llamamiento procesal en garantía frente al Fideicomitente, quien con la suscripción del presente Contrato se obliga a hacerse parte dentro del correspondiente proceso y a salir en defensa de la Fiduciaria y del Fideicomiso según sea el caso.*

*4. La indemnidad a que hace referencia la presente Cláusula se extiende a cualquier tipo de responsabilidad que se pretenda endilgar a la Fiduciaria o al Fideicomiso por el cumplimiento de la normatividad cambiaria o fiscal aplicable en relación con los pagos que deba efectuar el Fideicomitente. Por lo anterior, el Fideicomitente se obliga de manera incondicional, irrevocable y a la orden de la Fiduciaria a cancelar el valor de las respectivas contingencias y reclamaciones, así como las agencias en derecho y las costas de los eventuales procesos que pudieran originarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del requerimiento efectuado por la Fiduciaria en tal sentido al Fideicomitente"* (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, en el contrato de Encargo de Preventas las partes estipularon una cláusula de indemnidad, la cual indica:

*"CLÁUSULA 33. INDEMNIDAD*

*33.1. El Encargante defenderá, indemnizará y mantendrá libre de responsabilidad a la Fiduciaria, sus directores, empleados y agentes de toda pérdida, responsabilidad, acción, demanda, daños y perjuicios que surjan como resultado de cualquier reclamo, acción o proceso efectuado o entablado contra de la Fiduciaria por un tercero como resultado de una violación de las obligaciones del Encargante aquí estipuladas, o que se relacione con las mismas, o del cumplimiento por parte de la Fiduciaria de las instrucciones dadas por el Encargante, durante el desarrollo del presente contrato y aún después de su cancelación terminación y liquidación.*

*33.2. En el evento de presentarse durante la vigencia del presente Contrato y aún después de su terminación, demandas y/o litigios contra la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del Encargo Fiduciario y contra la Fiduciaria misma, el Encargante se obliga a asumir con recursos propios, incluyendo pero sin limitarse a ello, los gastos, costos, costas derivadas del proceso que se requieran para la defensa del Encargo Fiduciario, así como honorarios de abogados y los demás requeridos para una adecuada defensa.*

*33.3 En el evento de que en cualquier proceso pretenda hacerse efectiva responsabilidad alguna frente a la Fiduciaria o al presente encargo, la Fiduciaria se reserva la facultad de efectuar el correspondiente llamamiento procesal en garantía frente al Encargante, quien con la suscripción del presente Contrato se obliga a hacerse parte dentro del correspondiente proceso y a salir en defensa de la Fiduciaria y del presente Encargo según sea el caso"* (Subrayado fuera de texto).

De manera que al revisar el contenido de lo convenido entre las partes en los contratos referidos y de cara a los hechos acaecidos con el proyecto urbanístico -relievando la entrega de los recursos por parte de la Fiduciaria antes de la adhesión del señor Shahab Parvis-, la responsabilidad de la entrega material de las unidades inmobiliarias recaía únicamente en Newport SAS, pues contaba con los recursos para continuar desarrollando el proceso constructivo inmobiliario, despojando a la Fiduciaria de sus obligaciones contractuales; pero perviviendo la obligación de aquella salir en defensa de esta, sin que ello implique sustraer de tajo la defensa que pudiese enarbolar la llamada en garantía.

Así las cosas, al no resultar condenada la Fiduciaria en calidad propia ni como vocera, mal haría este fallador en conceder las pretensiones del llamamiento y en su lugar se denegarán las pretensiones sin condena en costas por no hallarse causadas.

**6. LOS ALEGATOS**

Sea lo primero resaltar que en las consideraciones de esta sentencia se da respuesta a cada uno de los argumentos planteados por los apoderados de las partes; siendo necesario señalar que el mandatario judicial de la actora se ratifica en cada uno de los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda e insiste en que debe condenarse a las demandadas pagar todos y cada uno de los conceptos vertidos en las pretensiones al encontrarse plenamente acreditados a través de los diversos medios probatorios allegados al proceso.

Por su parte, los procuradores judiciales de las sociedades demandadas recalcan e insisten en la causa extraña consistente en la medida cautelar de embargo y secuestro decretada por la Fiscalía General de la nación que impidió la continuidad del proyecto inmobiliario y que en la actualidad pervive la cautela a la espera de la decisión por parte del Juez especializado en extinción de dominio, conllevando a una exoneración de la responsabilidad endilgada en la demanda y a su vez el incumplimiento de los presupuestos axiológicos de la resolución de contrato.

En ese sentido, sentados los alegatos de las partes se señala nuevamente que estos fueron estudiados y decantados en el discurrir de la providencia en tanto que claramente este Despacho Judicial entendió desde la presentación de la demanda que la pretensión es resolutoria y no de responsabilidad contractual

como también lo quiso hacer ver el mandatario judicial de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad.

## 7. CONCLUSIÓN.

Al evidenciar un incumplimiento recíproco de las partes en contienda (Shahab Parviz y Newport SAS), se declarará la Resolución de los cuatro (4) contratos denominados: 1. "*Acuerdo de voluntades #*" para la adquisición del Aparta Suite Nº 1033, Deck, cuarto útil y 2 parqueaderos; 2. "*Acuerdo de voluntades #*" para la adquisición del Local 9, terraza 9 y parqueadero sencillo; 3. "*Encargo fiduciario para vinculación al Fideicomiso Meritage*" correspondiente al Aparta Suite Nº 1033, Deck cuarto útil y 2 parqueaderos; y 4. "*Encargo fiduciario para vinculación al Fideicomiso Meritage*" para la unidad inmobiliaria Local 9, terraza 9 y parqueadero sencillo, todos suscritos el 29 de diciembre de 2015, sin reconocimiento de los intereses moratorios ni cláusula penal deprecados por el actor.

A manera de restituciones mutas se ordenará la devolución de las sumas pagadas por el demandante Shahab Parviz a Newport SAS, debidamente indexadas a la fecha de este fallo, aplicando la fórmula:

$$VA: VH \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

Como fecha inicial, conforme el plan de pagos y el estado de cuenta arrimado al plenario por la demandada Fiduciaria Corficolombiana S.A. en du doble condición se tendrá el 30 de enero de 2016, que corresponde a un IPC de 1.29%[10]; y como IPC final (31 de enero de 2023)[11] es 1,78%[12] al efectuar la fórmula descrita, se obtiene lo siguiente:

---

[10] https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc/ipc-historico#variaciones-ipc-base-2008

[11] http://www.dane.gov.co/index.php/actualidad-dane/5525-publicacion-de-resultados-del-ipc-cambia-de-horario
Hasta el pasado martes 5 de julio los resultados del Índice de Precios al Consumidor (IPC) se divulgaron al público en general a las 7:00 de la noche. A partir del viernes 5 de agosto, la publicación se hará los días 5 de cada mes a las 6:00 de la mañana, siguiendo con las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional (FMI), en el documento Manual, concepts and methods 2020, que dice que "el IPC debe ser divulgado mes vencido tan pronto como sea posible".

Anticipar la hora de difusión del IPC se encuentra en armonía con el principio de pertinencia, que hace referencia a la oportunidad y conveniencia de las estadísticas oficiales, en cumplimiento a los estándares internacionales y en razón a las necesidades de los usuarios que garantiza el acceso oportuno e igualitario de la información. De hecho, la gran mayoría de los países publican su Índice de Precios al Consumidor IPC en horarios de la mañana.

Vale la pena resaltar que si el 5 cae un día no hábil (sábado, domingo o festivo), la publicación se hará a las 12:00 del mediodía. Este cambio permitirá un mayor margen de decisión a los agentes económicos, de hecho, la información estará disponible antes de la apertura de las operaciones bursátiles en la Bolsa de Valores de Colombia.

[12] https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc/ipc-historico

| **Unidad Inmobiliaria** | **Suma pagada** | **Valor actualizado** |
|---|---|---|
| Aparte Suite | $209.808.711 | $289.503.492 |
| Local comercial | $376.489.500 | $519.497.139 |

Ahora, conforme a los numerales 5 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, atendiendo la decisión en el presente asunto derivada de un mutuo incumplimiento, no se impondrá condena en costas ya que prosperó parcialmente la demanda y no se hallaron causados los emolumentos procesales, como tampoco por la frustración del llamamiento en garantía por cuanto frente a estos no existe constancia de que se hayan causado.

Para finalizar y como quiera que por disposición normativa del Código General del Proceso es un deber del Juez calificar la conducta procesal de las partes a fin de establecer si hay lugar a deducir indicios de ella, encuentra este operador judicial que todas actuaron con lealtad, probidad y buena fe por ende no hay lugar a deducir algún indicio en contra.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *"Excepción de contrato no cumplido: la mora purga la mora"* y *"Obligaciones que no recaen en cabeza de la fiduciaria" "Diligencia y cuidado y cumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Corficolombiana SA., en su condición de administradora y vocera del fideicomiso MERITAGE – tanto respecto de los deberes precontractuales, como de las obligaciones contractuales y legales, y defensa de bienes fideicomitidos"*, *"Obligación de suscribir la escritura pública mediante la cual se transfiere a cada beneficiario de área la unidad que le corresponde"*, *"Conclusión sobre las obligaciones de la fiduciaria"* e *"Inexistencia de solidaridad entre el patrimonio autónomo denominado como "Fideicomiso Meritage" administrado por Fiduciaria Corficolombiana S.A. del Fideicomiso Meritage y la sociedad NEWPORT SAS" "Improcedencia del cobro de cláusula penal respecto al Fideicomiso Meritage administrado por Fiduciaria Corficolombiana S.A."*, *"No procedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios ni moratorios en el presente caso" "Excepción de causa extraña bajo la modalidad de hecho exclusivo de un tercero, esto es, la Fiscalía General de la Nación"*, propuesta por Fiduciaria Corficolombiana S.A. en condición propia y como vocera y administradora del fideicomiso *"Meritage"* y las excepciones *"buena fe exenta de culpa"* y *"hecho exclusivo de un tercero"* propuesta por Newport SAS.

**SEGUNDO:** NEGAR las pretensiones en contra de Fiduciaria Corficolombiana S.A. en condición propia y como vocera y administradora del fideicomiso "Meritage".

**TERCERO:** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas *"cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Newport SAS"* enarbolada por Newport SAS*; "Precedente judicial"* y *"Tasación excesiva de los eventuales perjuicios. Objeción al juramento estimatorio en los términos de que trata el artículo 206 del código general del proceso"* propuesta por la Fiduciaria Corficolombiana en su doble condición, por lo esbozado en esta providencia.

**CUARTO:** DECLARAR LA RESOLUCIÓN de los dos (2) contratos denominados *"acuerdo de voluntad"* celebrados por el señor Shahab Parviz como beneficiario de área y Newport SAS en calidad de Promotora, respecto de *"el aparta – suite No. 1033 + Deck 1033 + dos (2) parqueaderos sencillos + cuarto útil ubicado en la Torre 7 Etapa 1, por un valor total de CUATROCIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS ($404.761.457)"* y un *"Local Comercial No. 9 + terraza No 9 y un (1) parqueadero lineal ubicado en la etapa 1 del mismo proyecto, por un valor total de SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS ($752.979.000)"*.

**QUINTO**: DECLARAR LA RESOLUCIÓN de los dos contratos denominados *"encargo Fiduciario para vinculación al fideicomiso Meritage"* celebrados por Shahab Parviz como beneficiario de área, Fiduciaria Corficolombiana S.A. en calidad de vocera y administradora del fideicomiso Meritage y Newport SAS, respecto de *"el aparta – suite No. 1033 + Deck 1033 + dos (2) parqueaderos sencillos + cuarto útil ubicado en la Torre 7 Etapa 1, por un valor total de CUATROCIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS ($404.761.457)"* y un *"Local Comercial No. 9 + terraza No 9 y un (1) parqueadero lineal ubicado en la etapa 1 del mismo proyecto, por un valor total de SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS ($752.979.000)"*.

**SEXTO**: NEGAR las pretensiones consistentes en el pago de la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVENTA Y UN PESOS ($231'548.091), por concepto de la cláusula penal; y el pago de la suma de CIEN MILLONES SETECIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS ($100'723.438), por concepto de intereses equivalentes al 0.3% mensual sobre el capital entregado.

**SÉPTIMO:** CONDENAR a Newport SAS a restituir al demandante las sumas pagadas como parte del precio de los bienes prometidos, por su valor actualizado a la fecha de esta providencia, así; por el aparta – suite Nº 1033 + Deck 1033 + 2 parqueaderos sencillos + cuarto útil ubicado en la Torre 7 Etapa 1 la suma de $289.503.492 y por el Local comercial No. 9 + terraza No 9 y un (1) parqueadero lineal la suma de $519.497.139, ubicado en la etapa 1 del mismo proyecto. El pago deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, vencidos, se generarán intereses comerciales moratorios sobre dichas sumas.

**OCTAVO**: DESESTIMAR el llamamiento en garantía efectuado por Fiduciaria Corficolombiana S.A. en contra de Newport SAS.

**NOVENO:** ABSTENERSE de condenar en costas respecto de las partes Shahab Parviz y Newports SAS por haber prosperado parcialmente la demanda.

**DÉCIMO:** CONDENAR EN COSTAS al demandante Shahab Parviz a favor de Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su doble calidad. LIQUIDENSE conforme lo dispone el artículo 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de $16.200.000.oo mcte.

**DECIMO PRIMERO:** CONCLUIDA la presente actuación, archívese el expediente

**NOTIFIQUESE**

**LEONARDO LENIS**

**JUEZ**

760013103008-2020-00141-00