



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR. SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
"Al servicio de la justicia
y de la paz social"

S - 28

Procedimiento: Verbal

Demandante: Patricia del Pilar Restrepo Rincón y/o

Demandados: Newport S.A.S y/o

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 008 2018 00606 01

Procedencia: Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Decisión: Revoca sentencia apelada

Medellín, seis (06) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Cuestión: habiendo sido derrotada la ponencia inicialmente presentada por el Magistrado Sustanciador, procede la Suscrita quien le sigue en turno en orden alfabético de apellidos, a presentar la que recoge el criterio de la mayoría de la Sala. Se resuelve, entonces, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín el 2 de noviembre de 2021.

Temas: incumplimiento contractual, causa extraña, resolución sin indemnización de perjuicios.

ANTECEDENTES

Procedente del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín y por virtud de la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia

proferida el 2 de noviembre de 2021, ha llegado a esta Corporación el proceso promovido por los señores Patricia del Pilar Restrepo Rincón y Juan Fernando Vásquez Velázquez, en contra de Newport S.A.S (en adelante la constructora) y la Fiduciaria Corficolombiana S.A (en adelante la fiduciaria), mediante el cual se pretende lo siguiente:

"PRIMERA PRINCIPAL: *que se declare la resolución del contrato de encargo fiduciario suscrito entre NewPort S.A.S, Fiduciaria Corficolombiana y Patricia del Pilar Restrepo Rincón y Juan Fernando Vásquez Velázquez (sic).*

SEGUNDA: *Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a los demandados a restituir la suma de ... \$132.000.000 pagados como parte del precio más los intereses remuneratorios, desde el día 7 marzo de 2016, fecha en la que se recibió el último pago y hasta cuando efectúe la restitución a la tasa máxima legal vigente*

TERCERA: *Ordenar el pago de la cláusula penal establecida en la cláusula décima primera del contrato, consistente en el 20% de las sumas de dinero que se obligó a pagar."*(sic. fl 4 pdf 02)

Todo lo anterior, con fundamento en los hechos que a continuación se sintetizan:

Que el 17 de marzo de 2016 los demandantes celebraron un contrato de encargo fiduciario con Corficolombiana, para la vinculación al fideicomiso Meritage que sería desarrollado a nivel constructivo por la sociedad NewPort S.A.S.

Que el precio pactado de \$132.000.000,00 en efecto fue pagado en su totalidad "a fecha de corte 30 de junio de 2018" (hecho 2º demanda), suma que corresponde al beneficio de área que esperaban recibir, a más tardar, el 31 de marzo de 2017 prorrogable por 12 meses más, cumplidos los cuales tampoco hubo entrega material del proyecto.

Que el proyecto Meritage no tiene establecido un plazo de terminación porque desde el año 2016 es objeto de un proceso de extinción de dominio, con el agravante de que desde el año 2013 las sociedades demandadas tenían dudas *"de que las personas que fueron propietarias del predio donde se iba a desarrollar el proyecto inmobiliario ... pudiera (sic) tener vínculos con el narcotráfico u otras actividades delictivas tanto así que decidieron realizar un estudio de títulos y consultar con la fiscalía sobre los anteriores propietarios, pero que a esa fecha no arrojó resultados (sic)"* (fl 3 pdf 02)

Que el 3 de agosto de 2016 la Fiscalía General de la Nación embargó el predio en mención, en el marco de un proceso de extinción de dominio que ambas sociedades ya conocían, muy a pesar de lo cual decidieron emprender el proyecto recibiendo dinero de personas como los demandantes, mismo que debieron abstenerse de desembolsar a la constructora y que a la fecha no ha sido devuelto por parte de Corficolombiana como administradora del fideicomiso Meritage (hecho 11º demanda).

Que *"en la actualidad se conoce que se pretende una venta anticipada del lote objeto de extinción de dominio por parte de la Fiscalía General de la Nación, por lo que no será posible el desarrollo del proyecto inmobiliario"* (fl 3 *ibídem*)

RÉPLICA

Admitido el libelo mediante auto del 8 de marzo de 2019 (fl. 111 pdf 02), y notificada en debida forma la parte demandada, procedieron a contestar de la siguiente manera:

- La constructora (fls. 253 y siguientes pdf 02):

Comenzó indicando que debía probarse documentalmente la existencia de cualquier contrato que la vincule con los hechos, aunque aceptó haber obrado como desarrolladora del proyecto Meritage al respecto de cuya estructuración dijo atenerse a los documentos, en tanto que por ejemplo la transferencia que los demandantes dijeron haber realizado, tuvo como destino la cuenta de otra

sociedad. Además, aseguró que el contrato de encargo fiduciario aportado con la demanda no aparece firmado por su representante legal, amén que tampoco identifica las áreas privadas del proyecto constructivo.

Sobre las limitaciones que afectan al lote en el que pretendía construirse el proyecto Meritage, aceptó que el proceso penal *"está apenas comenzando pues la Fiscalía practicó unas medidas cautelares de embargo y secuestro ... y según la información que tiene la sociedad ... que no es parte en ese juicio, ni siquiera hay pretensión de extinción de dominio aún admitida por el Juez"* (sic fl 254 *ibídem*). Empero, aclaró que no conocía de antemano ninguna situación que pudiera afectar la construcción, pues en su momento era una operación avaluada en \$300.000.000.000 y *"era el proyecto más grande en Colombia para Corficolombiana. No había duda alguna de parte de Newport S.A.S"* (respuesta a hechos 7º y 9º). Por ende, lo afirmado en la demanda parte de simples rumores, en todo caso no probados.

Así las cosas, se opuso a la prosperidad de las pretensiones proponiendo las que llamó "excepciones" de "hecho de un tercero" e "imposibilidad de resolver el contrato de encargo fiduciario".

- La fiduciaria (fls. 345 y siguientes pdf 02):

Comenzó afirmando que se oponía a la prosperidad de las pretensiones, en tanto que concurre en el caso una absoluta falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que fue convocada en posición propia y no como vocera y administradora del fideicomiso Meritage. Por tanto, aunque aceptó la existencia del contrato base de las pretensiones, insistió en que sus obligaciones se limitaban a las que naturalmente le corresponden a todo administrador fiduciario.

Con respecto a lo pagado por los demandantes, aceptó que en efecto había recibido los \$132.000.000 a que se refería el hecho tercero de la demanda, muy a pesar de lo cual nunca pudieron entregarse materialmente los inmuebles con ocasión de una causa extraña, concretamente representada en el hecho exclusivo de un tercero (Fiscalía General de la Nación) que sacó los

bienes del comercio con una medida cautelar, amén que como administradora de los recursos naturalmente no le correspondía la construcción del proyecto.

Con respecto al estudio realizado para la estructuración del desarrollo inmobiliario, negó haber tenido “dudas” al respecto. Por el contrario, indicó que había realizado un estudio de títulos a través de la firma Otero & Palacio Abogados en asocio con Royal Realty S.A.S, quienes mediante estudio de la escritura pública número 807 del 5 de junio de 2005 otorgaron inicialmente un concepto “favorable condicionado”, el cual complementaron el 23 de julio de 2013 en términos de “favorable”, debido al exitoso análisis de los documentos que sustentan la tradición del inmueble objeto de estudio.

Además, adujo haber contratado al *“reconocido abogado Francisco José Sinutra”* (sic contestación demanda) para que elevara petición ante la Fiscalía General, en punto a verificar si alguna de las personas vinculadas con la titularidad del dominio sobre el inmueble figuraban en la base de datos de investigados, recibiendo como respuesta que no existía investigación en contra de ninguna de ellas. Añadió al respecto, que a través del sistema SARLAFT pudo verificar que ninguno de los involucrados estaba incluido en la lista OFAC, más conocida como “lista Clinton”. De modo que se enteró sobre la limitación al dominio apenas el 3 de agosto de 2016, cuando se llevó a cabo la diligencia de secuestro.

Por lo demás, aseguró que los demandantes fundaron sus peticiones en consideraciones subjetivas, por lo que propuso las que llamó “excepciones” de “esquema fiduciario empleado en el proyecto Meritage”, “ausencia de legitimación en la causa por pasiva”, “cumplimiento de las obligaciones de fiduciaria Corficolombiana, tanto en su condición de administradora y vocera del fideicomiso Meritage, como en posición propia”, “inexistencia de solidaridad entre fiduciaria Corficolombiana como vocera y administradora del fideicomiso Meritage y NewPort S.A.S”, “diligencia y cuidado. Ausencia de culpa”, “ausencia de nexo causal”, “improcedencia del cobro de cláusula penal”, “causa extraña bajo la modalidad de hecho exclusivo de un tercero”, “no procedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios ni moratorios” y “tasación excesiva de los eventuales perjuicios”.

SENTENCIA IMPUGNADA

Trabada entonces la relación procesal, se dictó sentencia escrita en la que se resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: DECLARAR Probada la excepción de causa extraña propuesta por las demandadas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida por PATRICIA DEL PILAR RESTREPO RINCÓN y JUAN FERNANDO VASQUEZ VELÁSQUEZ en contra NEWPORT S.A.S. y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA como vocera, administradora y representante del FIDEICOMISO MERITAGE.

TERCERO: CONDENAR a los demandantes al pago de las costas, las cuales serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad procesal pertinente, de conformidad con lo establecido el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho, se fija la suma de 1 SMLMV".

Para decidir de la manera como lo hizo, la *a-quo* partió planteando como problema jurídico el consistente en determinar si se reunían o no los presupuestos de la pretensión resolutoria, en punto a lo cual dijo que en efecto estaba acreditada la existencia y validez del contrato bilateral de encargo fiduciario, así como el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los demandantes, consistente en pagar al fideicomiso la suma de \$132.000.000, según lo previsto en la cláusula primera y tercera del aludido contrato.

Frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo de Newport S.A.S y la Fiduciaria Corficolombiana S.A., indicó la funcionaria que a cargo de aquella sociedad se encontraba como obligación principal la construcción material de la unidad inmobiliaria a los beneficiarios de área, misma que debió terminar el 31 de marzo de 2017 o a más tardar el 31 de marzo de 2018. Empero, como reconocieron ambas demandadas desde la fijación del litigio, esa

entrega nunca tuvo lugar.

No obstante, advirtió que era menester analizar si se había acreditado culpa alguna por parte de los demandados, pues el incumplimiento debe ser imputable a título de culpa o dolo. Al respecto, indicó que nada de ello concurría en el caso concreto y, por el contrario, encontró acreditada una causa extraña en la modalidad de fuerza mayor consistente en la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación, quien el 22 de julio de 2016, en el curso de una investigación orientada a la extinción de dominio, decretó el embargo y secuestro del inmueble en el cual se estaba desarrollando el proyecto Meritage.

Esa medida cautelar, afirmó la *a-quo*, fue irresistible e imprevisible en tanto no quedó acreditado que las demandadas conocieran de ella con anterioridad a la práctica del secuestro ocurrido el 3 de agosto de 2016, o por lo menos antes de que fuera inscrito el embargo el primer día de ese mismo mes y año. Además, resaltó la diligencia empleada en la estructuración del proyecto, en curso de la cual se verificaron las condiciones legales del lote a través de un estudio de títulos del inmueble de mayor extensión que arrojó un concepto favorable, al que se sumó la averiguación realizada ante la autoridad penal - Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio-, en el marco de la cual se confirmó que ninguna de las personas naturales y jurídicas involucradas aparecía en registro alguno que comprometiera la extinción de su derecho de dominio.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante se alzó en su contra alegando como reparo concreto el que pasa a individualizarse (**dentro de los tres días siguientes a la audiencia**).

ÚNICO: *"la causa extraña La causa extraña es el punto álgido de la discusión que hemos propuesto".* Dijo entonces que se conocían cuatro tipologías de causa extraña, a saber: "caso fortuito y la fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho de la víctima" (sic pdf 22 reparos). Citó en el punto una

sentencia del Consejo de Estado¹ que acompañó posturas doctrinales² según las cuales "(L)a causa extraña es el efecto irresistible y jurídicamente ajeno al deudor o agente causante del daño y que constituyen causa extraña la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima". De suerte que toda causa extraña implica la ocurrencia de hechos irresistibles, lo cual no ocurre cuando se trata de hechos previsibles.

Así las cosas, insistió en que a través del análisis de la prueba recaudada la Juez debió concluir que no se estructuraba la causa extraña para el caso,

"por cuanto el proceso de extinción de dominio que derivo en la suspensión de las obras constructiva era previsible para las partes desde el año 2014, cuando el reclamante presento denuncia penal que finalmente termina con una investigación y apertura de proceso de extinción de dominio y una medida cautelar de embargo sobre el predio donde se desarrollaba el proyecto, conforme obra en el expediente el proceso penal adelantado por la fiscalía inicio con una denuncia presentada por el señor IVAN LÓPEZ, quien había estado vinculado a múltiples procesos judiciales por relación con narcotráfico, por lo anterior consideramos respetuosamente que de haber contado con el suficiente cuidado y diligencia por parte de los contratantes, no hubieses invertido los recursos de los inversionistas hasta tanto no se tuviera claridad sobre el proceso adelantado por el señor López ante la Fiscalía General de la Nación" (fl 4 *ibídem*)

DE LA SUSTENTACIÓN EN ESTA INSTANCIA (LEY 2213)

El recurso de apelación fue admitido mediante auto fechado el 11 de enero de 2022 (notificado por estados del día siguiente). Dentro del término a que se refiere el artículo 12 de la ley 2213, se allegó memorial radicado el 21 de enero del año pasado para sustentar la alzada, con constancia sobre el efectivo agotamiento del trámite previsto en el parágrafo del artículo 9º de la ley *ibídem*.

¹ Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008.

² Tamayo Jaramillo, Javier; López Mesa y Trigo Represas.

En esta oportunidad, los apelantes reiteraron básicamente los mismos argumentos enarbolados al momento de introducir el recurso, añadiendo que

"...tal como lo expuso el señor ANGEL SAMUEL SEDA, en el año 2014, esto es, dos años antes de que se iniciara el proceso constructivo y se les notificara la medida cautelar practicada sobre el lote donde se desarrollaría el proyecto MERITAGE, tuvo conocimiento de la existencia de un tercero que manifestaba que se le había sustraído de su patrimonio el lote mediante un acto delictivo que fue una presunta extorsión por parte de una persona vinculada con bandas criminales, tales hechos fueron denunciados por el tercero ante la fiscalía 24 especializada el 3 de julio de 2014, se reitera, un año antes de la entrega de recursos por parte de la fiduciaria y de conocerse la medida cautelar, esta situación, fue declarada por el señor Seda, quien manifestó también que se le informó a la fiduciaria en su momento esta situación, sin embargo al respecto hicieron caso omiso a tales hechos y la fiduciaria entregó los recursos e iniciaron el desarrollo del proyecto viéndose suspendido este, en el año 2016 con la medida cautelar practicada por la Fiscalía General de la Nación, desde la fecha el proyecto se encuentra suspendido y no se ha definido a ninguno de los inversionistas el futuro del proyecto..."
(fl 4 pdf 09 segunda instancia)

Por su parte, la fiduciaria Corficolombiana alegó lo siguiente:

"(C)onforme al devenir del proceso, consideramos oportuno reiterar que la vinculación que se hace de FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., a este proceso, lo es, únicamente en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO MERITAGE.

En otras palabras, el sujeto pasivo de la acción es el FIDEICOMISO MERITAGE que actúa en este acto a través de su vocera y administradora FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., esto es así, por cuanto así lo preciso la señora Juez, entre otros autos:

- Mediante el proferido el día 26 de abril de 2021, por medio del cual, en

el numeral segundo de la parte resolutive del mismo, se indicó que "la vinculación de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. en el proceso de la referencia, lo es en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO MERITAGE de acuerdo con las consideraciones expuestas. Este auto no fue objeto de recurso, ni de solicitud alguna por la parte demandante.

- Mediante el proferido el día 10 de agosto de 2021, mediante el cual resolvió la solicitud de aclaración presentada por el suscrito respecto del auto anterior citado. Allí señaló la señora Juez que no era viable la aclaración, pues de la parte resolutive del auto en mención, no existían conceptos o frases que ofrecieran dudas, "ya que es diáfano el numeral donde se precisa que, FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., quien es demandada, se encuentra vinculada al presente proceso únicamente como vocera y administradora del FIDEICOMISO MERITAGE"(fl 1 pdf 13 segunda instancia)

Dicho todo lo anterior, solicitó que la sentencia fuera confirmada por encontrarla ajusta a la dogmática que gobierna la materia. **Lo mismo solicitó NewPort S.A.S**, argumentando que había puesto toda la diligencia exigible en la estructuración y desarrollo del proyecto, a través del estudio de títulos y riesgo legal. Por tanto, fue por causa extraña que las unidades inmobiliarias nunca pudieron ser entregadas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con lo decidido y argumentado por el juzgador de Primer Grado y los reproches de la apelante, en los siguientes términos puede plantearse el problema jurídico que debe abordar la Sala en esta ocasión:

¿En realidad están reunidos los presupuestos axiológicos de la pretensión resolutoria, como lo sostienen los apelantes? o, por el contrario ¿debe negarse la pretensión por estar acreditada la causa extraña justificante del incumplimiento?

Lo anterior implica resolver si

¿la causa extraña que justifica el incumplimiento del contrato es motivo suficiente para negar la pretensión resolutoria?

Agotado el trámite correspondiente al recurso se entra a resolver y en orden a ello se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Del incumplimiento contractual y el acogimiento de la pretensión resolutoria, sin indemnización perjuicios.

Cuando en un acuerdo de voluntades generador de efectos jurídicos alguna de las partes deshonra su compromiso, esa situación de suyo produce consecuencias negativas en la relación negocial habilitando al contratante cumplido **para** ejercer los remedios que la ley contempla en aquellos casos.

Esa pluralidad de remedios se explica justamente en la multiplicidad de intereses que produce la desatención contractual; cuanto más son los intereses que genera el contrato, son en igual medida los remedios que el contratante cumplido válidamente puede poner en marcha. Desde luego que su interés principal es el cumplimiento de la obligación de la cual es acreedor (céntrica), no de otra manera se explica la celebración de ese acto jurídico y los efectos que frente a ellos irradia, pero hay otros casos, en realidad no pocos, en los que ese incumplimiento hace perder todo interés de seguir atado a ese vínculo contractual. Si la desatención de un contrato únicamente habilitara su cumplimiento forzado o *in natura*, el otro contratante ciertamente nunca podría aspirar a restarle sus efectos por vía de la resolución o, al menos, a la indemnización de perjuicios propiamente dicha.

He allí entonces de forma prístina la fuente de la condición resolutoria tácita, la cual a términos del artículo 1546 del Código Civil, faculta al contratante que cumplió o se allanó a satisfacer sus obligaciones, para demandar el rompimiento del vínculo cuando el otro, dentro del plazo previsto, no acató

las que tenía a su cargo; mecanismo legal este que trae como inexorable consecuencia, de acaecer esa ruptura contractual, la consistente en que las cosas necesariamente deben volver al estado precontractual.

De acuerdo con el anterior panorama, para que la resolución del contrato se abra paso, es preciso que el demandante acredite: i) la existencia de un contrato bilateral válido que sea fuente de la obligación; ii) que cumplió con las obligaciones que le imponía la convención, o al menos, se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debido y; iii) la afirmación de que el deudor incumplió con las obligaciones a su cargo.

Ahora, modernos entendimientos jurisprudenciales han servido para precisar que el incumplimiento recíproco de las partes no es motivo para que ambas permanezcan atadas al contrato de forma indefinida. En otras palabras, aunque ha sido doctrina constante que sólo el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir puede solicitar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios³, la Corte ha construido una completa visión que propende porque los acuerdos bilaterales no queden “definitivamente estancados”⁴. En concreto, esa postura desembocó en la sentencia SC1662-2019⁵ en la que se determinó *"que la recíproca desatención de los compromisos negociales no era óbice para que cualquiera de los contratantes intentara la resolución del convenio, pero sin indemnización de perjuicios"*.

Por su importancia, la Sala considera imperioso citar un pasaje extenso que explica las razones que sostienen la anterior conclusión, de la siguiente manera:

"... el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal. En tal orden de ideas, colígese la plena aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 [...] Así las cosas, son

³ CSJ SC de 12 de agosto de 1974.

⁴ Sentencia de casación del 29 de abril de 1978

⁵ Proferida el 5 de julio de 2019. Radicado n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico [...] De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes [...] Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato. Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo. Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predicable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil. Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual

[...]

En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido [...] En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem. La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales”.

Todo lo anterior se analiza con el fin de significar que una cosa resulta ser la resolución del contrato y otra, bien diferente, la indemnización de perjuicios. Tanto es así, que la teoría de la resolución contractual ha sido edificada sobre una interpretación del artículo 1546 del Código Civil, mientras que para la determinación de la cuantía y extensión de los perjuicios, se ha acudido de forma sistemática a los preceptos contenidos en los artículos 1613 a 1616 *ibídem*. En esa última labor la culpa o el dolo no han sido más que determinadores del tipo de perjuicios por los cuales debe responder el demandado, pues el artículo 1616 regla lo siguiente:

"(S)i no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato;

pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios” (negrillas fuera del texto original).

Esta visión sistemática del asunto permite ver claramente la escisión entre la resolución contractual, con sus naturales consecuencias, y la indemnización de perjuicios. Por ende, en el abordaje concreto del caso la Sala explicará las consecuencias prácticas que la presente regla de derecho supone para el contrato celebrado entre las partes.

CASO CONCRETO ÚNICO REPARO

Los apelantes insisten en que la Juez se equivocó al negar la resolución contractual por la concurrencia de una causa extraña que, en su entender, justificaba el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario. Luego, y aunque la apelación se afinsa en que los demandados conocían la posibilidad de que se iniciara un proceso de extinción de dominio que finalmente comprometería el lote en que se estaba edificando el proyecto Meritage, para la mayoría de la Sala lo importante es que ninguna de las sociedades que conforma el extremo pasivo negó el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario. Asunto diferente, que ahora sí se vincula íntimamente con la causa extraña, es el que toca con la indemnización de perjuicios.

En otras palabras, la medida cautelar de embargo decretada por la Fiscalía General de la Nación, que para la *a-quo* constituyó una causa extraña con virtud para negar la pretensión resolutoria, en realidad importa únicamente en el campo resarcitorio y como tal toma importancia de cara a la aplicación del artículo 1616 *ibídem*, para determinar si alguno de los demandados debe ser condenado al pago de perjuicios, ya previsibles, ora estos e imprevisibles, según (se trate) hay actuado con (de) culpa o dolo.

Es que para la mayoría de la Sala está claro que si en efecto debe abrirse

paso, sin indemnización de perjuicios, la resolución del contrato que ha sido incumplido por ambas partes, no existe motivo alguno para ofrecer solución diversa cuando es una de las partes la que incumple fundada en un motivo irresistible e imprevisible, como en efecto lo es la causa extraña. Mantener a las partes atadas a un contrato que está definitivamente estancado no se acompasa de manera alguna con el criterio doctrinal de que da cuenta el desarrollo jurisprudencial antes explicado.

Y que no se diga, por ingenuidad, que la medida decretada al interior del proceso de extinción de dominio es apenas transitoria, porque la experiencia enseña que esos trámites pueden tomar décadas en desembocar en una sentencia y, lo más importante, nada de ello elimina el hecho objetivo del incumplimiento porque los demandantes en este caso, quíerese que no, están privados del disfrute material del beneficio de área al que esperaban acceder y ya transcurrieron con creces los términos contractuales estipulados para que ello sucediera. Es más, está claro que el artículo 1546 de la regulación civil no condiciona la posibilidad de pedir alguna de las dos opciones allí previstas (resolución o cumplimiento forzado), al supuesto de que el incumplimiento sea doloso o culposo, sino, se reitera, al incumplimiento simple y llano, pues el aspecto subjetivo (dolo o culpa) sólo entra en juego una vez triunfa la pretensión resolutoria, de cara a determinar la eventual indemnización de perjuicios.

Además, como cualquier contrato, el de encargo fiduciario tiene una finalidad que no es otra diferente a la de vincular personas al fideicomiso como beneficiarias de área, para que estas financien la construcción del proyecto y al final del camino se hagan con el dominio de determinadas unidades inmobiliarias. Esa finalidad se busca a través de contratos preliminares porque las partes no pueden celebrar directamente un contrato de compraventa, lo que habla de la naturaleza apenas prenegocial de un encargo fiduciario con respecto al acto final de transferencia de dominio, tanto como que es apenas un mandato para la vinculación al proyecto constructivo final.

Por esos motivos, no es razonable concluir que los actores están obligados a permanecer a la espera de que el asunto de la extinción de dominio se

resuelva, primero, porque su vinculación al fideicomiso la realizaron con el único fin de obtener un beneficio de área, segundo, porque la SAE, precisamente en atención a lo extenso que suelen ser los procesos, tiene facultades incluso de enajenación (artículo 93 ley 1708) que darían al bien una disposición definitiva diferente y, tercero, porque quien debe asumir el riesgo y el resultado de un proceso de tal magnitud es precisamente quien figura inscrito como titular del derecho de dominio, en punto a lo que resulta ciertamente inequitativo que un beneficiario de área cargue con las consecuencias de un proceso que no lo vincula y que, en un indeterminado tiempo, podría significarle impactos patrimoniales que en principio sólo debe sufrir la o las personas que cometieron el delito.

En tal orden, asiste razón a los apelantes cuando alegan que en este caso la causa extraña no implica la negativa de la pretensión resolutoria porque, se insiste, ambas demandadas al contestar el libelo aceptaron que superadas las fechas pactadas para la materialización del encargo fiduciario, no habían podido ser honradas todas las obligaciones con cuyo cumplimiento se esperaba hacer realidad el proyecto Meritage, lo cual es suficiente para la mayoría de la Sala en punto a la primera parte del resultado buscado por los demandantes: la resolución y sus naturales restituciones mutuas.

Siendo así las cosas, Corficolombiana no pudo cumplir con sus obligaciones como fiduciaria y Newport S.A.S no ejecutó materialmente la obra, lo que imposibilitó que los demandantes recibieran la unidad inmobiliaria a la que aspiraban acceder por vía del encargo fiduciario. Es decir, ambas sociedades incumplieron el contrato de encargo fiduciario en su respectiva posición, lo que *per se* da lugar a la resolución, que no automáticamente a la indemnización de perjuicios como ya se explicó con suficiencia.

Empero, aclárese, las razones para llegar a tal conclusión no tienen que ver con el supuesto conocimiento previo que ambas demandadas hubieran tenido sobre los líos legales del lote en que se pretendía construir el proyecto, porque lo cierto del caso es que la prueba da cuenta de un oportuno estudio de títulos y de riesgo legal previo a la estructuración del desarrollo inmobiliario, máxime que fue la misma Fiscalía General de la Nación la que certificó que ninguno

de los involucrados con el bien registraba investigación o pendiente con la justicia especializada en extinción de dominio.

Lo que declaró el señor Ángel Seda, vinculado con una información que obtuvo sobre un supuesto tercero que desde 2014 estaba denunciando que el lote le había sido sustraído de su patrimonio a través de un acto extorsivo, en cualquier caso es posterior a lo que respondió la Fiscalía General de la Nación a petición elevada por un apoderado de Corficolombiana, pues mediante oficio del 9 de septiembre de 2013 (fl 260 y siguientes pdf 03) esa entidad certificó que con relación a los antiguos y actuales propietarios (por lo menos para esa fecha), no cursaba investigación alguna en la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra Lavado de Activos.

Luego, la Sala no encuentra inverosímil la afirmación según la cual las sociedades demandadas se enteraron sobre el embargo del lote cuando este fue inscrito en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o, según afirmó Corficolombiana, cuando se llevó a cabo la diligencia de secuestro. Lo anterior, porque indagar en el fuero estrictamente interior de las personas naturales al servicio directivo de ambas sociedades, para concluir que conocían sobre el riesgo de que una medida de ese tipo en algún momento se materializaría, máxime cuando su conducta da cuenta de actos diligentes encaminados a la prevención del riesgo legal, es cuestión prácticamente imposible por lo subjetiva que resulta ser cualquier disquisición al respecto.

Así las cosas, aplicando la regla de derecho que compone la parte motiva de esta providencia, la sentencia será revocada y en su lugar se declarará resuelto el contrato de encargo fiduciario firmado por los demandantes, como beneficiarios de área, de un lado, y por Corficolombiana como vocera y administradora del fideicomiso Meritage y NewPort S.A.S, del otro. No habrá lugar al pago de la cláusula penal consagrada en el pacto décimo primero de ese contrato, porque las partes acordaron esa pena como indemnización anticipada de perjuicios de conformidad con los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, a los cuales no hay lugar en este caso por las razones que antes se ofrecieron.

Por tanto, Corficolombiana como vocera y administradora del fideicomiso Meritage será la obligada al reembolso de los \$132.000.000 abonados por los demandantes, pues lo cierto del caso es que fue esa sociedad en esa calidad, la que recibió los dineros de los señores Patricia del Pilar Restrepo Rincón y Juan Fernando Vásquez Velázquez, amén que en ello ha insistido la demandada desde que contestó la demanda e incluso en la apelación, aclarando que en la fijación del litigio (minuto 6:00) las partes convinieron que era en esa calidad que quedaba vinculada la sociedad fiduciaria.

Con respecto a los intereses, la mayoría de la Sala considera que no hay lugar a ellos, a más de las razones que acaban de explicarse, porque los pedidos por los demandantes fueron los “remuneratorios” (pretensión segunda, fl 4 pdf 02), mismos que claramente no fueron pactados entre las partes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 884 del Código de Comercio. El reembolso, entonces, se hará indexado teniendo como índice inicial el correspondiente al IPC de junio de 2018 (fecha en que los demandantes pagaron el precio acordado, según aceptó la fiduciaria (fl 348 pdf 02, respuesta a hecho tercero de la demanda).

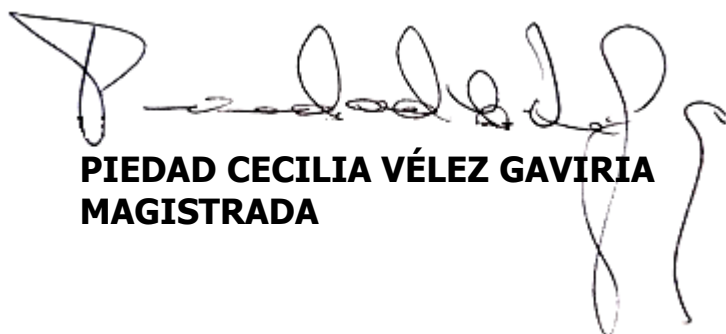
DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de fecha y procedencia indicadas, y en su lugar **DECLARA RESUELTO** el contrato de encargo fiduciario celebrado por Patricia del Pilar Restrepo Rincón y Juan Fernando Vásquez Velázquez, como beneficiarios de área, de un lado, y por la Fiduciaria Corficolombiana como vocera y administradora del fideicomiso Meritage y Newport S.A.S, del otro, cuyo objeto era la vinculación de los demandantes al fideicomiso Meritage. Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** a la Fiduciaria Corficolombiana, en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Meritage, a **reembolsar** a los demandantes \$132.000.000 debidamente indexados, teniendo como índice inicial el IPC de junio de 2018. **Costas** en ambas instancias a cargo de **las**

demandadas - **reducidas en un 30% dado el éxito apenas parcial de las pretensiones (art. 365-5 C.G.P.)**-, y en proporciones iguales, y a favor de los demandantes.

Ejecutoriada la sentencia, el expediente ingresará al Despacho del ponente original para que resuelva lo relativo a las agencias en derecho.

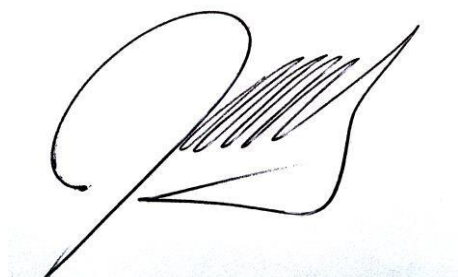
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
MAGISTRADO



Con salvamento de voto
JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO

Firmado Por:
Piedad Cecilia Velez Gaviria
Magistrada
Sala 002 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **1b0a7becb69fef2caae72cd62464df947ffd435a78330796905633524322275f**

Documento generado en 06/03/2023 02:00:01 PM

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