

S-2024

Procedimiento:

Demandante:

Demandada:

Radicado:

Asunto:

Verbal

Juan Jacobo Rodríguez Gaviria

Promotora Inmobiliaria Calycanto S.A.S. y otras

05001 31 03 015 2021 00222 01

Revoca parcialmente sentencia impugnada

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN  
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, seis (06) de febrero del dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del pasado 14 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Medellín, dentro del trámite del proceso verbal con pretensión declarativa de nulidad de contrato de “Resciliación” y/o resolución de encargo fiduciario, promovida por Juan Jacobo Rodríguez Gaviria en contra de Promotora Inmobiliaria Calycanto S.A.S., Promotora Inmobiliaria K7 S.A.S., Promotora Inmobiliaria Palmas S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en nombre propio y como vocera del fideicomiso Inmobiliario Palmas K7 SAS. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden,

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones.** Como pretensión principal, solicitó el accionante se declare la nulidad absoluta del “*contrato de adhesión*” denominado “*“RESCILIACIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO PALMAS K7-ACCESS POINT*”, suscrito por las personas jurídicas demandadas, al cual adhirió el señor Juan Jacobo Rodríguez Gaviria, fechado el 15 de julio de 2020.

Solicitó, además, como pretensión subsidiaria, declarar que se han incumplido las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato denominado “*ENCARGO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7 TORRE 3*”, por no efectuar la devolución de los recursos aportados por el señor Juan Jacobo Rodríguez Gaviria. Consecuencialmente, que se declare la resolución judicial de dicho encargo de vinculación y su “*otro sí*” número 01 firmado el 27 de abril de 2019, y se condene de manera solidaria a las demandadas o, de forma subsidiaria a la sociedad Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a restituir o devolver los recursos

económicos aportados por el señor Juan Jacobo Rodríguez Gaviria, para la adquisición de la oficina 730 y parqueadero N° “1” del Fideicomiso Inmobiliaria Palmas K7 Torre 3, Proyecto Access Point, que a la fecha ascienden a la suma de ciento sesenta y cuatro millones novecientos mil pesos **\$164.900.000**. Cifra que deberán restituir y/o pagar con indexación e intereses máximos legales desde el 16 de julio de 2020 hasta la fecha en que se verifique su pago

Solicitó también la condena al pago de la cláusula penal y, a título de daño emergente, por un valor de **\$9.579.427** por concepto de honorarios que tuvo que asumir para el pago o devolución del valor total por él pagado a la Sociedad Dumed Abogados y Consultores S.A.S, durante 9 meses de gestión, para la reclamación prejudicial y/o extrajudicial de cara a la devolución de los aportes a la fiduciaria, la solicitud, pago y el acompañamiento en audiencia de conciliación ante el Centro de Conciliación.

De forma subsidiaria, solicitó se declare el incumplimiento y posterior resolución judicial de la *“RESCILIACIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO PALMAS K7-ACCESS POINT”*, en favor del señor Juan Jacobo Rodríguez Gaviria.

**2. Fundamentos de hecho.** Los hechos en que se fundamenta la demanda admiten el siguiente compendio:

**2.1.** El Señor Juan Jacobo Rodríguez Gaviria, el día 03 de marzo de 2019, suscribió contrato para la vinculación al encargo fiduciario de Referencia 1300083976 del fideicomiso inmobiliario palmas k7 access point – torre 3, con la fiduciaria Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en calidad de Beneficiario de Área de la oficina 330, hoy oficina 730 y parqueadero 1, por acuerdo firmado mediante otro sí del 27 de abril de 2019, por valor total de **\$ 337.733.891.00**.

**2.2.** El señor Rodríguez Gaviria realizó de forma puntual e incluso anticipada durante once (11) meses los respectivos abonos para el pago del beneficio de área prometida en venta, de conformidad con lo estipulado en el plan de pagos elaborado y firmado en la Sala de Ventas del proyecto el día 27 de abril de 2019, acumulando un monto pagado de **\$164.900.000**.

**2.3.** Por circunstancias personales, de forma unilateral y acogíendose a lo estipulado en la cláusula quinta del Encargo de Vinculación, el señor Rodríguez Gaviria solicitó por escrito y de manera formal, mediante documento denominado en su asunto como: “*Desistimiento Negocio Oficina 730 Torre 3, Proyecto Access point*”, fechado del **08 de julio de 2020** y radicado en físico el día **10 de julio de 2020**, escrito en el que solicitó la devolución del dinero pagado hasta el momento de la terminación unilateral, manifestando de forma expresa que asumiría el pago de la cláusula penal en las condiciones y porcentajes estipulados en la cláusula décima octava del precitado contrato (Encargo de vinculación), allanándose a cumplir, esto es, pagando el 5% del valor del inmueble (**\$16.886.694.00**) a título de pena, dado que el dinero aportado satisface íntegramente dicho porcentaje y además arroja un saldo a su favor.

**2.4.** La respuesta de las entidades demandadas fue el envío de un archivo adjunto denominado “*“RESCILIACIÓN” DEL ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO PALMAS K7-ACCESS POINT*”, documento presentado como un contrato de adhesión que fue firmado por el actor y que contiene un clausulado abusivo por cuanto se dejó plasmado que se encontraban a paz y salvo de sus obligaciones, aun cuando ni siquiera habían cumplido el objeto elemental del contrato que era la devolución de los aportes, previo descuento de la cláusula penal, de los recursos entregados en dicho contrato y además, lo obligaban a renunciar, continuar o intentar cualquier acción judicial o extrajudicial, presente o futura, tendiente a buscar el reconocimiento o cumplimiento de cualquier derecho relacionado con el *ENCARGO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7*.

**2.5.** Narró, que las entidades demandadas, abusando de su posición dominante en los contratos de adhesión que había suscrito el señor Rodríguez con ellas, se inventaron un supuesto término de 120 días para realizar la supuesta devolución de los recursos, término que incluso una vez fenecido tampoco cumplieron y que, luego de sendos derechos de petición, a fecha del 21 de diciembre de 2020, cuando habían transcurrido (157) días de la solicitud de devolución de los recursos por parte del señor JUAN JACOBO, no tenían la más mínima intención de proceder de conformidad, ni siquiera habían radicado el contrato de adhesión ante la fiduciaria.

**2.6.** Que para tratar de contrarrestar el abuso que había padecido por cuenta de la negativa a restituirle sus recursos, trató de desistir de la “Resciliación” y la respuesta que obtuvo fue que la solicitud de “Resciliación” se había tramitado desde el momento en el cual se suscribieron los documentos, esto es, desde el 16 de julio de 2020, y no era posible a esa fecha (10 meses después) indicarle el día en que se produciría la devolución.

**2.7.** Concluyó señalando, que tanto la Fiduciaria, como las Promotoras K7, Palmas Y Calykanto S.A.S., así como La Gerencia, han actuado de mala fe, han abusado de su posición dominante, han hecho uso indebido de las estipulaciones contractuales y han sido negligentes en atender la solicitud de devolución de los recursos de propiedad del señor Juan Jacobo Rodríguez, materializando con ello un evidente incumplimiento contractual y la generación de los perjuicios cuya indemnización se solicitó.

**3. Actuación procesal.** Admitida la demanda el 20 de agosto de 2021 y notificados los accionados, éstos se pronunciaron a través de apoderado judicial.

**3.1.** La Promotora Inmobiliaria Calycanto S.A.S., y Promotora Inmobiliaria K7 S.A.S., llegaron al proceso a través de apoderado común, para señalar que el día 03 de marzo de 2019 se celebró con el demandante fue un *Contrato De Encargo Fiduciario De Vinculación Al Fideicomiso Inmobiliaria Palmas K7*, y nunca un contrato de vinculación al encargo fiduciario. Que eran ciertos los pagos realizados por el demandante para adquirir una unidad inmobiliaria, los cuales totalizaban la suma de **\$164.900.000**.

Advirtió, que mediante comunicación escrita denominada “*desistimiento negocio oficina 730 torre 3, proyecto Access Point*”, el demandante dio por terminado el contrato de forma unilateral e indicó que asumiría el pago de la cláusula penal en los términos de la cláusula 18 del encargo fiduciario, frente a lo cual, al demandante le fue enviado vía correo electrónico el documento de “Resciliación”, que no fue presentado como un contrato de adhesión, no contiene cláusulas abusivas y que él estaba en libertad de discutirlo, proponer cambios, suscribirlo o no. Agregaron, que es falso que hayan obrado con desidia, por cuanto la devolución de los recursos se encontraba en trámite ante las dificultades generadas por la pandemia del Covid 19.

Seguidamente, se opusieron a las pretensiones principales y subsidiarias y blandieron las excepciones de mérito que se dieron en llamar: **i)** terminación del contrato de encargo por decisión del demandante; **ii)** ausencia de incumplimiento contractual de mis poderdantes y cumplimiento del contrato por mis poderdantes hasta el momento de la terminación unilateral; **iii)** aplicación de la cláusula penal por desistimiento y terminación unilateral; **iv)** ausencia de vicio de lugar a la nulidad de contrato; **v)** imposibilidad de resolución judicial del contrato ya terminado previamente por el demandante; **vi)** improcedencia del cobro de los intereses; **vii)** improcedencia del cobro de perjuicios imprevisibles.

**3.2.** Por su parte, la sociedad **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.** ejerció su derecho de defensa aduciendo que cumplió con sus deberes legales y contractuales, en tanto no cometió ningún hecho culposo proveniente del contrato o la Ley. Asintió que, tal y como se desprende de la lectura del plan de pagos aportado por el mismo demandante, el contrato se encuentra incumplido por el demandante mismo, puesto que de la suma total de **\$337.733.891** -a la fecha-, sólo ha realizado aportes por la suma de **\$164.900.000**, como el mismo demandante reconoce en los hechos.

Que de la redacción misma del hecho se evidencia la comunicación fechada del 08 de julio de 2020 y radicada en físico el día 10 de julio de 2020 por el demandante, misma que no fue radicada ante la entidad Fiduciaria, e inclusive, ni ésta ni el Fideicomiso son destinatarios de la misma, en lo demás, señaló, que lo narrado por el demandante son apreciaciones subjetivas que carecen de fundamento fáctico y jurídico, por demás ajenos a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a nombre propio ni como vocera del Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7.

Como excepciones formuló las que se dio en llamar: **i)** Cumplimiento Del Objeto Del Contrato De Encargo De Vinculación Al Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7 - Torre 3; **ii)** Acción Sociedad Fiduciaria S.A. identificada con nit 800.155.413-6 que no es parte integrante de la relación contractual derivada del contrato de encargo fiduciario de vinculación cuyo incumplimiento se reclama; **iii)** falta de legitimación en la causa por activa del aquí demandante y por pasiva de acción sociedad fiduciaria S.A. a nombre propio, al no haber suscrito el contrato de vinculación; **iv)** falta de legitimación en la causa por

activa del aquí demandante y por pasiva de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. como vocera del fideicomiso inmobiliario palmas k7, al no haber suscrito contrato de “Resciliación” de encargo fiduciario; **v)** la parte incumplida no puede solicitar el cumplimiento de las obligaciones de los demás contratantes. – contrato no cumplido; **vi)** ni Acción Sociedad Fiduciaria S.A. ni el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7 han suscrito el documento de “Resciliación” de contrato de encargo fiduciario de vinculación cuya nulidad se persigue; **vii)** ausencia de responsabilidad solidaria; **viii)** ausencia de responsabilidad; **ix)** inexistencia de nexo causal y, la **x)** innominada.

**3.3.** La demandada **Promotora Palmas S.A.S.**, no contestó la demanda.

**4. De la sentencia impugnada.** Fenecido el trámite del proceso previsto en el CGP, incluido el decreto y práctica de pruebas, el Juzgado Décimo Quinto Civil del Circuito de Medellín profirió sentencia el pasado 14 de febrero de 2023, en la que resolvió:

PRIMERO: DESESTIMAR la pretensión primera relativa a la declaración de nulidad absoluta del Contrato de Adhesión, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído el cual considera que aquella se utilizó como instrumentos para el incumplimiento del contrato principal.

SEGUNDO: DECLARAR que la sociedad PROMOTORA INMOBILIARIA K7 SAS, PROMOTORA PALMAS S.A.S, PROMOTORA INMOBILIARIA CALYCANTO SAS, Y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. incumplieron las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato denominado ENCARGO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO INMOBILIARIA PALMAS K7 TORRE 3.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaratoria se ordena el pago de las siguientes sumas indexadas así: La indexación de la suma de \$148.006.000, desde la fecha en que debía realizarse la entrega, treinta (30) días, contados desde la solicitud del desistimiento hasta el momento efectivo de la entrega de los dineros al demandante en enero de 2022. La devolución e indexación de la suma de \$16.886.694 y a partir de esta última fecha hasta el pago efectivo de aquel valor.



CUARTO: Se condena a los demandados en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales.

Luego de una semblanza de los hechos y pretensiones de la demanda, el funcionario de primera instancia estableció la diferenciación entre un encargo fiduciario y la fiducia mercantil, donde la transferencia del inmueble marcaba la pauta para la conformación de un patrimonio autónomo. Seguidamente, de forma antelada anotó que existió un contrato de adhesión cuya *“...elaboración de este contrato y el acto voluntario de desistimiento fueron meros actos de la parte para evitar el cumplimiento del encargo fiduciario, por lo que necesariamente la pretensión a ocupar para este juzgador, será lo relativo al cumplimiento de la obligación...”* (mnto. 21:23 pdf. 59). En virtud de lo anterior, pasó a hacer referencia a los presupuestos axiológicos que integran la responsabilidad civil contractual, destacando la condición contenida en el contrato de fiducia mercantil, para explicar hasta dónde se extendía la responsabilidad de la fiduciaria, que lo sería por culpa leve en la administración de los recursos.

En esencia, la argumentación del cognoscente se centró en analizar el contrato de fiducia mercantil, sobre el cual estimó había que volver para observar que la Fiduciaria estaba en la obligación de regresar los recursos 30 días siguientes a aquel en que el beneficiario de área lo solicitara, previo descuento de la cláusula penal, bajo ese entendido, anotó que la fiduciaria estaba llamada a afrontar la responsabilidad civil alegada en forma solidaria con las entidades demandadas, punto frente al cual anotó *“...obsérvese cómo es inexplicable que por una proforma donde se solicitó la devolución de unos dineros entregados por el beneficiario de área, aquellos se tornaron en todo un suceso o calvario para la devolución, máxime cuando dentro del encargo fiduciario, dentro de aquel que aludimos, se había generado para la devolución de unos dineros o algunos recursos 30 días, así se anuncia en aquella condición, pese a que no se contempló el término en el contrato con el beneficiario, luego generar un contrato de “Resciliación”, del cual se advierte este juzgador, aludiendo pues a las condiciones de la ley 1420 de que no se puede aludir al estatuto del consumidor, el Despacho necesariamente tiene que tener en cuenta esa condición y más también en el estatuto financiero, en el cual se determina en este caso por el artículo 43, que son ineficaces las cláusulas que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor (...) y el numeral 2 que implican renuncia del derecho del consumidor que por Ley correspondan, en estas condiciones pues el Despacho considera conforme a esta condición y frente a esta interpretación de los contratos la ley exige*

*cuestionarlo a favor del beneficiario, deducción jurisprudencial y contractual respecto de los contratos que finalicen un incumplimiento de aquel encargo fiduciario, es por ello que necesariamente debe dar lugar a la indemnización de perjuicios, declarando la responsabilidad de los fideicomitentes, del administrador del patrimonio autónomo y por supuesto de la sociedad fiduciaria que administra el encargo fiduciario...”.*

Con fundamento en lo anterior, concluyó, que el “...*Despacho necesariamente tendrá en cuenta la devolución total de los dineros, esto es, lo que falta por entregar, puesto que solo se había entregado parte de ella, esto es, la suma de \$148.006.000, posterior a la presentación de la demanda, porque se había descontado el 5% como parte del desistimiento previo, es decir la suma de \$16.886.694 a lo que no había lugar de tal descuento, porque si bien en principio se había generado el desistimiento y había lugar a ello, quien incumplió frente a lo pactado resultó ser los fideicomitentes al no hacer la devolución oportunamente y la fiducia, por ende, debe proceder la devolución del dinero equivalente al 5%...*”. Agregó, que no había lugar al pago de la cláusula penal, por cuanto lo incumplido fue la devolución en tiempo de los dineros y no del contrato de encargo fiduciario.

Tras ordenar la indexación de las sumas y la devolución como se anotó en la parte resolutive, negó el pago de intereses y lo pretendido por daño emergente, advirtiendo que la contratación de un abogado hacía parte de las costas del proceso.

**5. De la impugnación.** El grupo de personas jurídicas que conforman la parte demandada apelaron la sentencia. Así, concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por este Tribunal, seguidamente, se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrió la parte recurrente de la manera como pasa a compendiarse.

**5.1. Promotora Inmobiliaria Calycanto S.A.S. y Promotora Inmobiliaria K7 S.A.S.** No aceptan que el juez de primera instancia haya hecho referencia a la ley 1480 de 2011, para establecer que en el contrato de “Resciliación” tomado como de adhesión haya existido abuso, que conllevara una invalidez que el juez no sustentó, sin explicar tampoco cuál era la fuente de nulidad del contrato. Agrega, que aquel estatuto deviene inaplicable por cuanto el señor Juan Jacobo Rodríguez, demandante en el proceso, no cumplía los presupuestos para predicar que detentaba la calidad de consumidor, pues, él



mismo confesó que adquirió el inmueble con la finalidad de obtener rentas o frutos civiles del mismo.

Advierte, así mismo, que el juez de primera instancia tomó la decisión sin resolver la pretensión respecto de la validez del negocio jurídico independiente celebrado entre las partes y que constaba en el contrato de “Resciliación” al encargo fiduciario, celebrado el 15 de julio de 2020, siendo que a ello apuntaba la pretensión principal elevada por el demandante, tildando entonces la sentencia de incongruente.

Refiriéndose a la “Resciliación”, donde surgieron obligaciones nuevas y totalmente disimiles a las consagradas en el contrato de encargo fiduciario, destacó que *“...aún encontrándose que respecto de alguna de las cláusulas (obligaciones) del contrato, existía un vicio, no podría pensarse que por ello queda viciado todo el contrato, pues partiendo del principio de conservación de los contratos consagrado en los artículos 865 y 871 del código de comercio, el que una cláusula sea hallada viciada no significa que se libere a las partes del fin común que los ha unido y que no es otro que el cumplimiento del contrato celebrado...”*.

Que a partir de dicho vínculo contractual *“...la obligación de devolución era pura y simple, si es que el demandante quería reclamar perjuicios moratorios, debía constituir en mora a las sociedades demandadas, y específicamente al fideicomiso quien era el obligado a restituirle las sumas de dinero, esta constitución en mora por el tipo de obligación debía realizarse conforme al artículo 94 del Código General del Proceso y el 1615 del código civil, solo los perjuicios moratorios causados posterior a la constitución en mora podrían ser objeto de reclamo por el demandante, entendiendo con ello además que por ser la obligación de devolución una obligación dineraria, la mora se entendía plenamente indemnizatoria y en ella ya iba incluida la indexación, razón por la cual no podía ser reconocida nuevamente por el señor Juez en su sentencia...”*.

Que no se fundamenta jurídicamente la solidaridad, en tanto que *“...si el contrato de “Resciliación” dejó sin efectos jurídicos el contrato de encargo fiduciario y surge de la naturaleza del mismo que las sumas de dinero entregadas por el demandante le fueran restituidas, esta debe ser una obligación únicamente imputable al **FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7**, quien fue el patrimonio autónomo en cabeza de quien figuraba la administración y destinación de los recursos entregados por el demandante. Finalizó señalando que la sentencia de*

segunda instancia no puede desmejorar la situación definida en primera instancia, toda vez que la parte demandante no apeló la sentencia.

**5.2.** La inconformidad de la codemandada **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, radicó principalmente en que el Despacho al momento de emitir fallo no procedió a pronunciarse de manera expresa sobre cada una de las excepciones planteadas, así mismo, advierte que dentro del contrato de encargo de vinculación jamás se estableció solidaridad entre los co-contratantes.

Tildó la sentencia de incongruente por desviarse del objeto del proceso, pues nunca fue objeto del debate procesal la existencia de relación de consumo, bajo los parámetros de la ley 1480, además, tampoco logró acreditarse que Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en calidad propia o como vocera del Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7, incumpliese las obligaciones emanadas del contrato de encargo de vinculación, como que *“...no encuentra sustento lo manifestado por el A-quo respecto a incumplimiento en el deber de devolución por parte de la entidad Fiduciaria ante la “Resciliación” presentada por el demandante ante la Gerencia del proyecto por cuanto esta no tuvo conocimiento de la misma sino hasta el último trimestre del año 2021...”*, situación que también vulnera el debido proceso de la entidad fiduciaria.

Finalizó arguyendo que *“...si el documento por el cual los Fideicomitentes y el demandante optaron por resciliar el negocio jurídico a través del cual este último se vinculó en calidad de beneficiario de área al proyecto inmobiliario ACCES POINT, no adolece de vicios o nulidades que puedan desmeritar la validez jurídica del mismo, entendiéndose de tal manera que a través de la suscripción de dicho documento las partes optan por dar por terminado el negocio jurídico en mención ¿cómo puede el juzgado de primera instancia entonces decretar el incumplimiento de un contrato que ya se encontraba válidamente terminado por las partes vinculadas al mismo, a través de la “Resciliación” suscrita por el demandante y presentada ante la Gerencia del Proyecto en julio del año 2020? Máxime cuando para el momento de proferir sentencia los recursos entregados por el demandante ya le habían sido reintegrados en las condiciones aceptadas por este al momento de solicitar desvincularse del proyecto inmobiliario.*

**5.3.** Por su parte, la **Promotora Inmobiliaria Palmas S.A.S.** adujo desde la primera instancia que la devolución de los dineros está sometida a la

disponibilidad de los recursos, sin embargo, se remite a un contrato de fiducia mercantil que es inoponible el beneficiario-demandante y, por ende, establece un plazo de 30 días totalmente ajeno a este proceso y que no hace parte del contrato de encargo fiduciario.

Que el juzgado omite aplicar el principio del respeto por el hecho propio, siendo que está claro que fue una decisión unilateral dar por terminado el contrato aceptando que le descontaran el valor de la cláusula penal.

Aludió finalmente a que en el proceso nunca se debatió una relación de consumo sino la aplicación de las normas comerciales. Destaca el Tribunal, aunque esta entidad no allegó escrito de sustentación, que, en esta instancia se atenderá lo planteado desde la primera, en aplicación del precedente vertical de la Corte Constitucional, en sentencia **T-310 de 2023**.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

## II. CONSIDERACIONES

**1. Presupuestos procesales.** Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la parte demandada, de igual manera, no se observa que en el transcurso del proceso se haya irrumpido en alguna causal de nulidad, además, se les ha permitido a los apoderados de las partes exponer las razones que los llevan a sustentar su tesis dentro del término de sustentación y traslado del recurso de apelación.

**1.1. Delimitación de competencia.** Averiguado está que la competencia del juez de segunda instancia, en línea de principio, está enmarcada por los reparos que el apelante haya hecho a la providencia cuestionada, al tiempo que el interés de este siempre deberá ir vinculado a lo desfavorable de la providencia, sin que sea posible al juez de segunda instancia adentrarse en otros asuntos, salvo que ello sea vinculante con la repulsa planteada.

En consecuencia, la decisión del recurso se tomará conforme las disposiciones que sobre el tema indica el artículo 328 del C. G. del P., esto es, la decisión de segunda instancia cobijará sólo el motivo de inconformidad de los recurrentes, por ende, no se extenderá la revisión a lo que no fue objeto de repulsa<sup>1</sup>, concretamente, no se pronunciará el Tribunal acerca de los motivos que condujeron al *a quo* a negar los perjuicios solicitados por el demandante a modo de daño emergente y el pago de la cláusula penal a cargo de las demandadas contenida en el *Encargo De Vinculación Al Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7 Torre 3*, lo que demuestra la conformidad de la parte interesada sobre lo decidido frente a tales tópicos, estableciéndose de esta manera un infranqueable lindero para la segunda instancia.

**1.2. De la legitimación en la causa.** Se conoce con suficiencia que los patrimonios autónomos no son personas, sino un conjunto o universalidad de bienes, que de manera unificada se han admitido como sujetos con capacidad para comparecer ante un litigio como demandantes o como demandados, y para ello necesariamente deben contar con un representante legal que para todos los efectos será el encargado de la administración y cumplimiento del objeto para el cual fueron afectados.

Uno de los escenarios donde esa ficción jurídica cobra vigor, es al interior del **contrato de fiducia mercantil**, que el legislador define en el art. 1226 del C de Comercio: *“como un negocio jurídico en virtud 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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”*.

El contrato de fiducia mercantil implica, como aspecto esencial, la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de la finalidad

---

<sup>1</sup> Ello encuentra asidero, además, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia fechada el 8 de septiembre de 2009, con ponencia del Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, en la que se dijo en parte pertinente, que: “...El recurso de apelación tiene un "objeto" delimitado, de modo que la inclusión de las "razones de la inconformidad", deja zonas del litigio fuera de la impugnación, a las cuales el juez no puede acceder mediante una actividad inquisitiva que le permita sustituir al recurrente en la delimitación del "objeto" del recurso...”

determinada que, comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario sujeto a dicha finalidad.

## 2.1. Sobre esta transferencia la SUPERFINANCIERA ha conceptuado:

“...**Concepto de Negocios Fiduciarios.** (...) se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. **Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio**, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes”.

Como puede deducirse de lo anterior, **la diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil estriba en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos** que se da para la segunda, la cual es inexistente para el primero. Adicionalmente, conforme a los artículos 1227, 1233, 1234 numerales 2° y 4°, y 1236 del Código de Comercio, la fiducia mercantil tiene, entre otras, las siguientes características: **los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio autónomo**; deben mantenerse separados de los propios de la fiduciaria, así como también de los correspondientes a otros negocios fiduciarios; deben figurar o registrarse en contabilidad separada; no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante posteriores a la constitución del patrimonio autónomo, y tampoco pueden ser de libre disposición por el constituyente o fideicomitente<sup>2</sup>

**2.2.** Por consiguiente, de acuerdo a la naturaleza del reclamo judicial y sobre todo atendiendo a las diferentes funciones y actividades que cada uno de los sujetos intervinientes -Constituyente o beneficiario de Área, Fideicomitente o beneficiario y la Fiduciaria-, tiene en el proyecto inmobiliario, se determinará la responsabilidad. Así, por ejemplo, si el reclamo tiene que ver con fallas en la construcción, el primer responsable es el constructor, por ser la persona

<sup>2</sup> Cir. Ext. 007/96, tít. V, cap. I, num. 1., subnumeral 1.1

bajo cuya responsabilidad se adelantó la construcción de las viviendas. Eso sí, habrá que ver bajo qué modalidad. De otro lado, si el reclamo tiene que ver con el no pago del salario de los obreros, el primer obligado es la constructora que los contrató. Finalmente, si el reclamo tiene que ver con inconsistencias en los pagos efectuados por los adquirentes o en las imputaciones de los pagos conforme la viabilidad y avance del proyecto, devolución de los aportes que había hecho el demandante con motivo del contrato de vinculación que según lo pactado en el encargo fiduciario correspondía al “Fidecomiso”... la responsable será la fiduciaria.

Según la H. Corte Suprema existe un principio de separación patrimonial por la conformación del patrimonio autónomo y el de la Fiduciaria, pero esta ficción jurídica se rompe en determinadas hipótesis, prevaleciendo su responsabilidad personal, a saber: “...*La inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los **cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión**, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, **compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados...***”<sup>3</sup>

De un modo u otro, aflora la legitimación de la entidad Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en este caso.

**2. Interpretación de la demanda.** En la actualidad no se discute que al sentenciador le asiste una prerrogativa -deber si se quiere- de interpretar la demanda “...*cuando esta es oscura e imprecisa, en aras de desentrañar la pretensión en ella contenida, sin que tal facultad llegue al extremo de enmendar desaciertos de fondo, o de resolver pretensiones no propuestas o decidir sobre hechos no invocados...*”<sup>4</sup>, ello, con el fin examinar el contenido integral de aquella pieza, para identificar la razón y la naturaleza del derecho sustancial que se quiere hacer valer, ya que, en ciertas ocasiones, puede evidenciarse que el *petitum* contiene proposiciones jurídicas contradictorias o

<sup>3</sup> Ibídem. CSJ. Sentencia del 01 de julio de 2009. M.P. William Namén Vargas. Expediente 11001-3103-039-2000-00310-01

<sup>4</sup> Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en el fallo de 21 de enero de 2000, expediente 5346.



incompatibles con la intención del demandante, las cuales vienen relacionadas en los presupuestos fácticos del libelo *-causa petendi-*, lo cual es disipable acudiendo al sentido normativo, lógico y racional que les corresponde, todo, **independiente de que aquel salga favorecido o no en la labor hermenéutica de rigor.**

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó que: “...en razón del postulado *“da mihi factum et dabo tibi ius”* los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, **porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda -la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso-, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial**”. (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)<sup>5</sup> –se resalta-.

**2.1.** En este caso, se estima que los actos procesales de la parte demandante no tienen una formulación precisa, exacta, ni determinada, sobre el tipo de acción que se ejerce, pues, por un lado y si se atiende la semántica del rótulo de la demanda, se debe afirmar que la acción incoada es la “...**nulidad absoluta del contrato de adhesión** denominado “**“RESCILIACIÓN” DEL ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO PALMAS K7-ACCESS POINT...**”, punto frente al cual debe señalarse sucintamente que, en el derecho colombiano, son causales de nulidad absoluta el objeto ilícito, la causa ilícita, la falta de solemnidades puestas por el legislador en consideración a la naturaleza del negocio, la falta de legitimación negocial (o inhabilidad) cuando la norma protege intereses generales, públicos o sociales y la incapacidad que impida expresar la voluntad -sopesando si absoluta o relativa según las modificaciones introducidas por la Ley 1996 de 2019-.

Ninguna de las aludidas causales de nulidad fue invocada en la estructura pretensional ni se otea en la profundidad fáctica del escrito genitor del proceso, no obstante tildarse de abusivo por el demandante y que se le haya obligado firmar un acuerdo de “*Resciliación*” y, por ahí mismo, se le obligara a renunciar a reclamar perjuicios, punto que merece mención aparte y por ello, más adelante se abordará.

<sup>5</sup> Citada en sentencia de tutela CSJ STC 6507-2017 M. P. Ariel Salazar Ramírez.

**2.2.** Ahora, si en efecto se atiende el sustento fáctico de las pretensiones, podría elucubrarse *a priori* con el funcionario de primer grado, que van encaminadas a que aflore el incumplimiento de las “...obligaciones legales y contractuales derivadas del CONTRATO denominado “ENCARGO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7 TORRE 3...”, para que se declare su resolución judicial a fin de restituir o devolver los recursos económicos aportados por el señor Juan Jacobo Rodríguez Gaviria, para la adquisición de la oficina 730 y parqueadero N° “1” del Fideicomiso Inmobiliaria Palmas K7 Torre 3, Proyecto Access Point, que a la fecha ascendían a **\$164.900.000** y al pago de la cláusula penal contenida en este último vínculo contractual; sin embargo, se anuncia desde ya, que esa no es realmente una pretensión que deba estimarse como posible, toda vez que ya el contrato de encargo de vinculación fiduciaria había terminado en forma unilateral, sin que pueda declararse una resolución de un contrato legalmente terminado.

**2.3.** Como se dijo, la demanda no es un dechado de técnica y claridad, por lo que, al admitirla, el juzgado no se dio cuenta de las imprecisiones de la misma, pues algunos litigantes y jueces no dan cabal cumplimiento al artículo 82 del Código General del Proceso, mismo que al enlistar los requisitos de la demanda, exige no solo que se describa “...**lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad...**” sino que, se señalen “...**los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones...**”, por lo cual debe haber un enlace entre unos y otras. Si no hay esa coherencia, la demanda debe ser inadmitida para que el redactor cambie o armonice, o bien los hechos, o bien las pretensiones, para conformar un todo armónico y coincidente. De igual forma, si hay diversas pretensiones, sea porque son acumulables, sea porque se proponen como principales y subsidiarias, **debe el demandante indicar también los hechos que sirven de soporte a unas y otras.** Pero a estas alturas, como tal labor de depuración no se hizo, no queda más alternativa que realizar una interpretación genuina de la demanda que más se acerque al querer del demandante, sin que se llegue al extremo de cambiar sus pretensiones.

**3. Planteamiento del caso.** Al dar ese paso que el juzgado no dio, la Sala destaca de la revisión de la situación contractual del proceso, que no puede haber discusión acerca de la existencia formal del contrato de encargo

fiduciario, pues, en efecto, lo primero que se advierte es que entre el demandante Juan Jacobo Rodríguez Gaviria (denominado contractualmente constituyente o beneficiario de área) y las personas jurídicas codemandadas (denominadas contractualmente beneficiarios o fideicomitentes), se celebró un contrato denominado **“Encargo de Vinculación al Fideicomiso Inmobiliaria Palmas K7 Torre 3...”**, con la finalidad futura de aquél lograr la adquisición del derecho inmueble sobre la unidad resultante del proyecto “Access Point” identificada como oficina 330 y parqueadero número 1, modificada mediante otro sí del 27 de abril de 2019 a la oficina 730 y parqueadero 1, por valor total de **\$337.733.891.00** (cfr. pdf. 12).

**3.1.** No hacía falta elucubrar a profundidad, para entender que “...**la cuestión de hecho que se sometió a la consideración del órgano judicial...**” frente a dicha relación contractual se limitó, como lo manifestó con suficiencia el actor en el acontecer fáctico por él narrado, a la **no entrega oportuna** de los recursos económicos aportados hasta cuando optó por terminarlo unilateralmente, pagos parciales que, según sus cuentas, ascendían a la suma de **\$164.900.000**, esto y nada diverso deviene cuando se suscribe y registra un documento en las instalaciones físicas de las entidades contratantes del **10 de julio de 2020**, con la intención inequívoca, no solo de terminar el contrato de encargo fiduciario, sino de asumir las sanciones que le imponía esa terminación unilateral, cuando expresó:

Cordial saludo,

Mediante la presente yo Juan Jacobo Rodríguez Gaviria identificado con cedula de ciudadanía 71782547 de Medellín, inversionista del proyecto Access Point, oficina 730 ubicada en la torre 3, expreso mi decisión de desistir del negocio y dar por terminado el encargo fiduciario con referencia 001300083976, de acuerdo con lo establecido en la cláusula vigésima primera, numeral 6 (Terminación) del encargo fiduciario.

En este sentido y de acuerdo con la cláusula quinta (Devolución Recursos) del encargo, solicito la devolución de la totalidad de los recursos aportados a la fecha equivalentes a COP\$ 164.900.000 y los rendimientos generados por anticipo de pagos en relación con el plan acordado. De igual manera, se deberá realizar el respectivo descuento descrito en la cláusula penal equivalente al 5% del total del encargo fiduciario, de acuerdo con la cláusula octava del encargo.

Por último, agradezco que la devolución de los recursos se realice a la cuenta de ahorros Bancolombia 1027-2575-789, a mi nombre.

**3.2.** Por supuesto, al ser de naturaleza bilateral, este negocio jurídico lleva implícita la condición resolutoria, consistente en que ante el incumplimiento contractual puede solicitar el contratante cumplido, bien el cumplimiento, bien

la resolución contractual, todo con indemnización de perjuicios (art. 1546 C.C). Pero en este particular, ocurrió que el mismo clausulado del contrato facultaba al beneficiario de área para declarar la terminación unilateral **por la mera solicitud de devolución de los recursos**, evento en el que operaría la cláusula quinta del encargo fiduciario, redactada como sigue:

QUINTA. DEVOLUCIÓN RECURSOS. Si el(los) **CONSTITUYENTE(S) Y/O BENEFICIARIO(S) DE ÁREA** solicita(n) los recursos aportados conforme al plan de pagos del presente contrato, el **FIDEICOMISO** descontará de los dineros entregados a la misma, el valor de la cláusula penal del valor total previsto en la cláusula tercera (El Plan De Pagos) del presente contrato, los que serán entregados a la **GERENCIA** y restituirá el excedente a el(los) **CONSTITUYENTE(S) Y/O BENEFICIARIO(S) DE ÁREA**, previa deducción de la comisión de la **FIDUCIARIA**.

**3.3.** Fue bajo este contexto que el demandante procedió a efectuar el ajuste final de cuentas y asumió *motu proprio* el pago de la sanción penal, perdurando únicamente la inconformidad motivada **por la no devolución temporánea de los recursos**, lo que condujo a elevar sucesivas reclamaciones para efectos de que dichos conceptos fueran devueltos a su patrimonio, tal como se evidencia en los respectivos cruces epistolares allegados al proceso (cfr. pdf. 18-30 expediente digital).

**3.4.** En tal virtud, es claro que el contrato de encargo de vinculación fiduciaria ya había terminado en forma unilateral, terminación que obedeció a la ley del contrato y por esa potísima razón no podía ser desconocida por ninguno de los contratantes, como para siquiera aceptar que después de su terminación podría imponerse una segunda terminación bilateral, que mal se dieron en llamar las partes como “*Resciliación*”, acuerdo que resulta ineficaz, inoperante e inane, sin efecto alguno frente a la terminación unilateral.

**3.5.** Por consiguiente, al recibir y firmar con posterioridad el documento en el que se decía que las partes acordaban terminar el contrato de mutuo acuerdo por “*Resciliación*”, entonces, es ahí donde aprovechó el demandante para interpretar de manera equivocada, que esa era una cláusula de adhesión al contrato que ya había terminado, creyendo que había perdido toda validez la terminación unilateral, entendimiento bajo el cual quiere hacer ver que podía regresarse para alegar una resolución por incumplimiento del contrato de encargo fiduciario por parte de los demandados, debido a que aún no se le había devuelto o pagado el precio que ya él había entregado por cuotas, cuando la realidad, se itera, es que el contrato estaba terminado, solamente

que subsistió la obligación de la fiduciaria en devolverle el dinero, cosa que nada tiene que ver con que se pueda desconocer la terminación del contrato para pedir su resolución por incumplimiento, por contera, lo que correspondía era estudiar la devolución de los aportes a manera del dinero indexado y los eventuales perjuicios que hubieran podido resultar por esa mora.

**3.6.** Desde lo jurídico, entonces, omitió el dispensador de justicia hacer un análisis global, sistemático, de la demanda y sus anexos, lo que le hubiera permitido concluir que no obstante y en apariencia estar las pretensiones dirigidas a la declaratoria de un incumplimiento contractual de dicho *“Encargo de Vinculación al Fideicomiso Inmobiliaria Palmas K7 Torre 3...”* y la consecuente activación de la cláusula penal, pero las pruebas apuntaban hacia la nulidad o ineficacia del negocio jurídico denominado *“Resciliación”*, asunto sobre el cual se pronunció el juez en forma muy confusa.

**4.** Ante ello, un punto de la controversia que nunca se tuvo como pacífico, es si la denominada *“Resciliación”* es en verdad un contrato de adhesión que contiene clausulado abusivo, según el actor, por cuanto lo dejó en un estado de indefensión al establecerse que todas las partes (Gerencia, Promotoras y Fiduciaria) estaban a paz y salvo de sus obligaciones ***“...aun cuando ni siquiera habían cumplido el objeto elemental del contrato que era la devolución de los recursos aportados por el DEMANDANTE...”***, además, limitaron cualquier reclamación frente al encargo de vinculación al fideicomiso.

**4.1.** Debe indicarse que no comulga la Sala con la tesis del funcionario de primer grado respecto a la forma en que calificó como de adhesión abusiva el llamado contrato de ***““RESCILIACIÓN” DEL ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO PALMAS K7-ACCESS POINT”***, al considerar que se trataba de un contrato celebrado ***“...para evitar el cumplimiento del encargo fiduciario...”***, tesis que la Sala estima equivocada por lo siguiente:

**4.2.** Antes de explicar, lo primero que hay que precisar es que el a quo se situó argumentativamente en el ámbito del estatuto del consumidor y del estatuto financiero, quizás para atribuir la calidad de consumidor al señor Juan Jacobo Rodríguez Gaviria, aunque por la manera como lo dijo, más parece que haya empleado esas referencias como criterios orientadores



sobre lo que se entiende por un contrato de adhesión y la utilización de cláusulas abusivas en estos. Incluso, la cláusula vigésima cuarta del contrato de fiducia mercantil también se refiere a dichos estatutos en ese sentido, pudiéndose admitir que el comprador en la industria de la construcción es un verdadero consumidor, aunque eso no impide que pueda renunciar algunos beneficios.

**4.3.** Ahora bien, no llama a dudas que la mal denominada “*Resciliación del encargo fiduciario*”, tiene los efectos de un contrato de adhesión en el que una de las partes no intervino en su redacción, ni en la elaboración del clausulado y, aun así, se le hacen extensibles los efectos de sus estipulaciones. Pero, en razón a esto, dicho contrato no desaparece del mundo jurídico por “*arte de birlibirloque*”, como mal lo entiende el funcionario, sino que a dicho contrato debe aplicársele la regla contenida en el artículo 1624 del Código Civil, que invita a una interpretación favorable a la parte más débil del negocio, tesis que sirve de báculo a las reglas establecidas en la jurisprudencia: **i)** La de la prevalencia de la cláusula particular en vez de una general, cuando exista discrepancia; **ii)** la de la condición más beneficiosa al adherente y más importante para el adherente; **iii)** la de contra proferentem - en contra del predisponente- de aquellas cláusulas oscuras, ambiguas, confusas o abusivas; y **iv)** la de que entre dos cláusulas incompatibles se debe preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente.

**4.4.** Pero, al margen de que el Tribunal indague su clausulado y llegue a concluir que existan en su tenor cláusulas que se pueda calificar de abusivas y, por tanto, no tenga efectos esperados por los redactores del mismo para el beneficiario de área, la equivocación del juzgado surge con nitidez, pues la razón para negarle eficacia jurídica a lo que las partes denominaron “*Resciliación del encargo fiduciario*”, en estricto sentido contractual, concierne a que la **terminación del encargo fiduciario** no se dio por ese mutuo disenso expreso sobreviniente, **sino por la decisión unilateral del constituyente de hacer uso de la causal 6° de dicho encargo** y a ello debemos estarnos, según los criterios de interpretación hasta aquí analizados, por lo que al dejar de existir el contrato de vinculación al fideicomiso porque había existido una terminación unilateral previa y válida que le antecedió a la supuesta “*Resciliación*”, es lo que explica por qué ya ningún sentido tenía que terminado dicho contrato como lo estaba, pudiera



tener validez una segunda terminación bilateral, la cual resultaba inútil e inocua, como en efecto los mismos demandados apelantes lo aceptan.

**4.5.** A la postre, tampoco podía impedirse que entre las partes se celebrara un nuevo negocio jurídico para renunciar a reclamaciones, mismas que hasta la terminación unilateral del contrato no existían, ya que el mismo demandante fue quien voluntariamente terminó el contrato, con apoyo en la ley contractual y, por consiguiente, antes de sufrir perjuicios, lo que hizo cabalmente fue reconocer que debía él pagar la cláusula penal, como sanción prevista frente a la terminación unilateral del contrato y así lo hizo, sin que se otee abusiva la renuncia que hizo para reclamar “...*el reconocimiento o cumplimiento de **derechos derivados del encargo fiduciario**...*”, pues aunque así no se hubiera pactado, no era otra la consecuencia lógica y jurídica de la terminación unilateral ejercida.

**4.6.** En suma, si bien es cierto que el distracto contractual era una prerrogativa que tenían los contratantes del encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso palmas k7-Access Point, según se observa en el numeral 1° de la cláusula vigésima primera (cfr. pdf. 12), sin embargo, las cosas conforme aparecen en el proceso, no pueden sino mostrar que debe prevalecer la conducta desplegada por el beneficiario de área cuando dio por terminado el contrato de encargo fiduciario, **al solicitar la devolución de recursos**, conducta concluyente en demostrar ese inequívoco designio unilateral de anonadar su fuerza obligatoria a través de una terminación unilateral permitida en el mismo clausulado del contrato.

**5. A la terminación del contrato en forma unilateral subsistió para la fiduciaria la obligación de devolver los recursos del vinculado.** Llegados a este punto, surge un inconveniente, más bien de orden interpretativo, relacionado con el supuesto plazo de 120 días en que debía hacerse la devolución de los recursos solicitados y que el demandante tilda como un abuso de la posición dominante. Vemos que el funcionario de primer grado se extendió hasta el contrato marco de fiducia mercantil para inferir que en realidad el plazo era de 30 días, pero, evidentemente, no había necesidad de extenderse hasta esas honduras contractuales, amén que del tejido negocial que quiso ultimarse por la propia parte actora, se logran extraer los perfiles

temporales con que contaban las entidades empresariales para la devolución de los recursos.

**5.1.** En efecto, si bien la cláusula décima séptima del encargo de vinculación alude al evento de incumplimiento del constituyente o beneficiario de área, allí ese establece un **término de quince (15) días siguientes a la respectiva notificación**, para devolver las sumas recibidas como anticipo del negocio fiduciario. En esa misma línea, en el punto número 2 del anexo, para el evento de la no solicitud oportuna del crédito por parte del constituyente o beneficiario de área, se consigna la posibilidad para los fideicomitentes de deshacer el negocio y se estipula, igualmente, **el plazo de quince (15) días siguientes a la respectiva notificación**, para devolver las sumas recibidas como anticipo del negocio fiduciario, luego, lo condigno era traslapar esa constante como plazo concedido a los fideicomitentes para que procedieran a la devolución de los dineros conforme lo solicitó el beneficiario de área, lo cual arroja como fecha el **25 de julio de 2020**, merced a que la carta de terminación unilateral fue recibida el 10 de julio de 2020 (cfr. pdf. 14) y los días convencionales se entienden comunes por disposición del par. 1° del artículo 829 Código De Comercio.

**5.2.** La parte actora evoca y confiesa en su interrogatorio que, en el mes de enero del 2022, recibió una consignación por parte de la fiduciaria por valor de **\$148.006.000**, (cfr. fl. mnto 41:30 pdf. 55.5), lo que muestra que la tan esperada devolución de las sumas recibidas como anticipo del negocio fiduciario, se configuró con posterioridad a la presentación de la demanda, de modo que, el conocimiento que de su acaecimiento impone al juez el deber de aplicar lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 281 del C. G. del P., que ordena tener en cuenta a la hora de dictar sentencia, cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, o que la ley permita considerarlo de oficio.

**5.3.** Esto es lo que ocurre en el caso de marras, en atención a que, con posterioridad a la presentación de la demanda el 19 de julio de 2021, el demandante confesó que en el mes de enero del año 2022, se le había restituido el dinero que había entregado con ocasión del proyecto inmobiliario,

por tanto, puede la Sala considerar que se cumplió con la restitución del dinero sobre la que versa la presente contienda, que por supuesto **no** comprende la devolución de la suma de **\$16.886.694** como mal lo entendió el *a quo*, pues ésta corresponde a la sanción del 5% del precio total del encargo fiduciario de **\$337.733.891.00** y que el demandante asintió a que le fuera aplicada honrando lo pactado en el encargo fiduciario para el evento de que tomara la determinación de solicitar, por el motivo que fuera, la devolución de los recursos.

**5.4.** Por último, no huelga aclarar que no debe confundirse la exigibilidad de la obligación, que se produce por el **simple retardo o incumplimiento en un plazo determinado** y a partir del vencimiento de este, con el concepto de **mora del deudor** “...que consiste en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél...”<sup>6</sup>, la cual, para configurarse, exige efectuar el requerimiento previo para constituir al deudor en mora, lo que tiene una clara significancia punitiva e indemnizatoria de perjuicios que, a la postre, se quedaron en las meras afirmaciones del demandante sobre la imposibilidad de adquirir una vivienda o el incremento de los costos de un crédito hipotecario por la no devolución oportuna de los recursos, por eso, bien hizo el funcionario al ordenar únicamente la indexación de las sumas, para reeditar o compensar el costo del dinero mientras el beneficiario de área no lo tuvo a disposición, decisión con la cual estuvo de acuerdo el demandante, quien no apeló la sentencia.

**6.** Saliendo avante parcialmente las súplicas del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, será condenada en costas de forma proporcional, conforme lo ordena el artículo 366 del C. G. del P.

De esta manera y con fundamento en las precedentes consideraciones, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, Sala Cuarta de Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### III. FALLA:

<sup>6</sup> CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de julio de 1936. G.J. T. XLIV, pág. 65.

**PRIMERO:** Se **REVOCA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Medellín, el pasado 14 de febrero de 2023, dentro de la presente causa contractual, en primer lugar, para **ACLARAR** el numeral **PRIMERO** de la resolutive, en el sentido que la desestimación de la pretensión primera relativa a la declaración de nulidad absoluta de lo que las partes denominaron “...”*RESCILIACIÓN*” *DEL ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO PALMAS K7- ACCESS POINT...*” obedece a las razones vertidas en el respectivo acápite motivacional de esta providencia.

**SEGUNDO:** Se **REVOCA** el numeral **SEGUNDO** para, en su lugar, **DECLARAR** conforme el genuino sentido de la demanda en conjunción con los hechos probados, en cuanto que el *ENCARGO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7 TORRE 3*”, se terminó por decisión unilateral del demandante, estando a cargo de las personas jurídicas demandadas la devolución de las sumas recibidas como anticipo del negocio fiduciario.

**TERCERO:** Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral **TERCERO** en cuanto ordenó a cargo de las personas jurídicas demandadas y, a favor del demandante, la devolución e indexación de la suma de **\$16.886.694**, de conformidad con las razones esbozadas en este proveído. De igual manera, modifica este numeral en el sentido que la indexación de la suma de **\$148.006.000** se hará desde el **25 de julio de 2020**, fecha en que vencía el plazo para la devolución de las sumas recibidas como anticipo del negocio fiduciario y hasta el momento efectivo de la entrega de los dineros al demandante en **enero de 2022**.

**CUARTO:** Se **MODIFICA PARCIALMENTE** el numeral **CUARTO** para, en su lugar, ordenar la reducción de la condena en costas a cargo de los demandados y, a favor del demandante, en un 50% tras la prosperidad parcial del recurso y, por ende, de la demanda. La misma reducción se aplicará a las de segunda instancia, incluyendo las agencias en derecho, y serán fijadas en su momento por el Magistrado Sustanciador.

**QUINTO:** Cumplida la ritualidad secretarial, remítase el expediente al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,**

  
**JULIAN VALENCIA CASTAÑO**  
**Magistrado**

**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**  
**Magistrada**

**BENJAMIN DE J. YEPES PUERTA**  
**Magistrado**

Firmado Por:

Julian Valencia Castaño  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 010 Civil  
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Benjamin De Jesus Yepes Puerta  
Magistrado  
Sala Civil  
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Piedad Cecilia Velez Gaviria  
Magistrada  
Sala 002 Civil  
Tribunal Superior De Medellín - 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: **042205a24e16b6770ff25d667f9919f28ea5dfb63ce8244115969e83316ff4a9**

Documento generado en 04/03/2024 09:26:23 AM

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