



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 - 36

Procedimiento: Verbal

Demandante: Ferroflejes S.A.S

Demandados: Fajardo Williamsom S.A.S y otros

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 008 2018 00395 01

Procedencia: Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Decisión: confirma sentencia apelada

Medellín, cuatro (04) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Cuestión: Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2023, por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

Temas: Incumplimiento el contrato, gravedad del incumplimiento, obligaciones de la fiduciaria

ANTECEDENTES

Procedente del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín y por virtud de la apelación interpuesta por la Fiduciaria Corficolombiana S.A, actuando como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens (en adelante la fiduciaria), contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 2023,

ha llegado a esta Corporación el proceso promovido por la sociedad Ferroflejes S.A.S (en adelante la demandante) en contra de la recurrente, Fajardo Williamson S.A.S en liquidación, Andrés Fajardo Valderrama, Promotora Soler Gardens mediante el cual la sociedad actora pretende lo siguiente:

"PRIMERA: *se declare que los demandados ... I) Andrés Fajardo Valderrama en su calidad de Fideicomitente Inicial y actual gerente del proyecto ... II) Fajardo Williamson S.A en su condición de Fideicomitente Inicial y actual constructor del proyecto ... III) Promotora Soler Gardens S.A en su calidad de Fideicomitente cesionaria y Promotora del proyecto ... IV) Fiduciaria Corficolombiana como entidad Fiduciaria del Proyecto y Vocera del patrimonio autónomo Soler Gardens, incumplieron de forma grave y determinante, entre otras, las obligaciones principales, (sic) de traditar y transferir el dominio del inmueble comercial ofrecido al demandante, a saber: oficina 707 de la torre 1 y 2 parqueaderos, así como, (sic) la de realizar diligentemente todos los gastos necesarios para la consecución del objeto Fiduciario, pactados en los contratos denominados encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso Soler Gardens, y plasmadas en la ley comercial (art 1234 nrl 1,4,7) y, por lo tanto, son solidariamente responsables de asumir las consecuencias legales de dicho incumplimiento, tal y como consta en los hechos de esta demanda y los demás que se demuestren durante el trámite del proceso.."* (sic. fls. 220-221 pdf 02)

Lo anterior, para que en consecuencia sea resuelto el contrato de encargo fiduciario y el de "promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio", y los demandados sean condenados a pagar los siguientes perjuicios:

- **\$118.000.000** por concepto de lo pagado a título de precio y/o por descuentos financieros reconocidos por pronto pago.

-**\$17.700.000** equivalente al 15% del valor antes mencionado.

- **\$17.700.000** representados en la cláusula penal pactada en el contrato de “promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio”.

- **\$2.360.000** suma que responde a lo pactado la cláusula décima del contrato de encargo fiduciario, esto es, el 0.5% mensual calculado sobre los aportes entregados.

En subsidio, también, la demandante solicitó el cumplimiento forzado de las obligaciones pactadas en los contratos ya referidos.

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

Que el señor Andrés Fajardo Valderrama obrando en nombre propio y la sociedad Fajardo Williamson S.A en su calidad de fideicomitentes celebraron, por medio de documento privado del 1º de septiembre de 2007, un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración con la sociedad fiduciaria demandada, por virtud del cual nació el patrimonio autónomo Fideicomiso Soler Gardens (en adelante el fideicomiso o simplemente SG).

Que en el contrato en mención quedó claro que Arias y CIA S en C, Gómez Chica y CIA S en C y la señora María Luzmila Arias de Chica eran las propietarias de los inmuebles en los cuales se ejecutaría el proyecto SG (M.I 001-555872, 001-555873, 001-555866, 001-55874 y 001-555867), razón esa por la que esos bienes debían estar a nombre de la fiduciaria.

Que amén de adquirir la propiedad de los bienes, la fiduciaria se obligó a administrar los recursos del patrimonio autónomo que debían ser girados al fideicomitente, transferir las unidades inmobiliarias a los beneficiarios de área, mismas que debía defender en contra de actos de terceros y, en general, realizar todo acto orientado a cumplir con el objeto del fideicomiso.

Que SG fue concebido como un proyecto de cuatro etapas que debía ejecutarse en periodos sucesivos, una vez el fideicomitente decidiera el

número total de unidades con sus especificaciones y así lo comunicara a la fiduciaria. Para esos fines, según el demandante, se diseñaron los periodos pre-operativo y operativo del proyecto. El primero para diseñarlo y celebrar todos los actos jurídicos encaminados a obtener los recursos, representados mínimamente en el 60% del área total disponible para venta y, el segundo, orientado a la construcción que iniciaría una vez la fiduciaria verificara el cumplimiento de todos los requisitos pre-operativos.

Que la demandante se vinculó a SG como beneficiario de área, mediante suscripción de encargo fiduciario del 30 de enero de 2008, por lo que se obligó a pagar \$192.376.295 (inicialmente pagó \$118.000.000) directamente a la fiduciaria a cambio de obtener el beneficio representado en la oficina 707 y sus 2 parqueaderos, amén que también firmó una "promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio", pero el 9 de mayo de 2009 se firmó un otrosí a esos dos contratos para cambiar la nomenclatura de los bienes, denominándolos entonces oficina 709 de la torre 1 con sus 2 parqueaderos.

Que los fideicomitentes – beneficiarios del contrato de fiducia mercantil irrevocable¹- cedieron su participación a favor de Promotora Soler Gardens S.A, quien con autorización de la fiduciaria actuó como cesionaria de los derechos y obligaciones de los otrora fideicomitentes, así como de todos los contratos celebrados con los beneficiarios de área.

Que a pesar de toda la anterior estructuración, la fiduciaria únicamente adquirió el dominio de 4 de los 5 lotes necesarios para la ejecución del proyecto (todos salvo el identificado con MI. 001-555872), lo cual le quitó toda viabilidad y en todo caso poco importó porque la fiduciaria estimó cumplidos los requisitos pre-operativos, permitiendo así el desembolso de los recursos aportados por los beneficiarios de área a favor de los fideicomitentes, tanto como que certificó en el mes de mayo de 2008 un punto de equilibrio que en realidad no existía, tal como lo mostraba la realidad de las ventas

¹ Andrés Fajardo Valderrama y Fajardo Williamson S.A

cercanas al 54% y, en todo caso, un documento del 26 de julio de 2011 firmado por Andrés Fajardo Valderrama en el que quedaba claro que el proyecto debía modificarse sustancialmente, al parecer sin conocimiento de la fiduciaria, para ejecutarlo ya no en 4 sino en 3 etapas.

Que aunada a la falta de técnica para calcular el punto de equilibrio, la fiduciaria permitió el canje de 32 (en algunos apartados de la demanda se mencionan 34) inmuebles a cambio de los honorarios supuestamente causados a favor de los fideicomitentes, lo cual "infló" una vez más el punto de equilibrio porque generó un desfase de \$4.380.000.000 que nunca ingresaron a la fiducia, pues simple y llanamente sirvieron para pagar utilidades anticipadas.

Que, en conclusión, los demandados incumplieron de la siguiente manera:

- no adquirieron la totalidad de los lotes necesarios para construir el proyecto y mantuvieron en error a los beneficiarios, haciéndoles creer que esa operación se había realizado
- dieron por cumplida la etapa pre-operativa sin estarlo.
- vincularon a beneficiarios de área sin estar verificadas las bases jurídicas mínimas para la ejecución, obrando en contra de la buena fe precontractual.
- recibieron recursos de los beneficiarios de área sin informar el estado real de los bienes de mayor extensión.
- reportaron, por lo menos en mayo de 2010, un punto de equilibrio del 92%, ejecutando así una maniobra para seguir percibiendo recursos.
- la fiduciaria giró unos dineros, y los fideicomitentes los recibieron, sin haber alcanzado el proyecto la estabilidad necesaria para ello.

- la fiduciaria recibió 32 encargos fiduciarios pagaderos por canje de honorarios que ascendieron a \$4.380.000.000 que únicamente beneficiaron a los fideicomitentes iniciales.
- se promovió, con anuencia de la fiduciaria, la cesión a título gratuito de la posición contractual de los fideicomitentes originales a favor de la Promotora demandada, muy a pesar de lo cual el señor Andrés Fajardo Valderrama siguió actuando como gerente.

RÉPLICA

Admitido el libelo mediante auto del 8 de octubre de 2018 (fl. 388 pdf 02), y notificados en debida forma los demandados, procedieron a contestar de la siguiente manera:

Corficolombiana como vocera y administradora del fideicomiso SG (pdf 04)

Comenzó por advertir que carecía de legitimación en la causa por pasiva con relación a todo lo vinculado con el llamado contrato de "promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio", pues fue suscrito únicamente entre Andrés Fajardo Valderrama, Fajardo Williamson y la sociedad demandante. Entonces,

"Frente a dicho contrato y en general frente a cualquier contrato o acuerdo celebrado entre la demandante y los codemandados, queremos de antemano manifestar en forma categórica que, FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO SOLER GARDENS no conoció dicho instrumento contractual ni ningún otro acuerdo o contrato privado, no los consintió, ni los avaló (en el sentido más amplio del término) en ningún momento, no siendo oponible a esta, las obligaciones consignadas y contraídas por terceros por completo ajenos a mi representada, en documentos privados. De hecho, mi mandante afirma que dicho contrato de

"PROMESA DE TRANSFERENCIA DEL DOMINIO A TÍTULO DE RESTITUCIÓN DE BENEFICIO DE LOCAL COMERCIAL QUE HACE PARTE DEL PROYECTO SOLER GARDENS", constituye un incumplimiento por parte de sus suscriptores del contrato de encargo fiduciario de vinculación como beneficiario de área al FIDEICOMISO SOLER GARDENS, puesto que aquel establece un precio diferente, una forma de pago diferente y un destinatario del pago diferente a la establecida en éste" (sic respuesta demanda)

Además, aclaró que como vocera y administradora del fideicomiso había cumplido todas sus obligaciones, cosa que no hizo la demandante porque incumplió de forma "protuberante" con el plan de pagos. Por tanto,

"Lo que queremos significar acá es que, hubo una situación primigenia en el tiempo en la cual, la sociedad FERROFLEJES S.A.S. de lo efectivamente adeudado y los aportes a cuya transferencia irrevocable se había comprometido, esto es, de la suma de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO ML (\$134'376.295) Moneda legal, sólo pagó la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60,000,000.00), por lo cual la Beneficiaria de Área incurrió en mora en el pago del valor de la negociación desde el veintiséis (26) de marzo de 2009, dado que al veinticinco (25) de marzo de 2009, debía pagar en forma completa y efectiva Y NO PAGÓ, la suma de SESENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$67.000.000) Moneda legal, adeudando a la fecha al patrimonio autónomo por concepto de capital la suma de SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS (\$63,000,000) más sus respectivos intereses moratorios calculados a la tasa máxima legal" (sic respuesta demanda)

Ahora, después de una extensa introducción, se pronunció sobre los hechos de la demanda aceptando como ciertos los relativos a la fiducia mercantil irrevocable, aclarando que se trata de un contrato sumamente complejo que se no puede analizar a través de citas parciales, comenzando porque la negociación para adquirir los lotes donde se construiría SG debía ser adelantada por los fideicomitentes, pues su obligación únicamente se limitaba

a comparecer para suscribir la escritura pública que consolidara el dominio en su cabeza, máxime cuando no se requería de contar con el 100% de la titularidad de dominio, como quiera que el proyecto pretendía ejecutarse por etapas.

Aceptó que en efecto había adquirido las obligaciones de que da cuenta la demanda. *"No obstante, como ya se advirtió, si se pretende verificar el cumplimiento o no de las obligaciones del contrato, estas deben ser leídas de forma íntegra y sistemática, por lo se (sic) debe revisar todas las manifestaciones de conocimiento, voluntad y aceptación que fueron realizadas a lo largo del mismo"*. Luego, estando limitada su responsabilidad a la culpa leve, en la demanda se omitió la referencia a los apartados del contrato que dejan claro que el resultado del proyecto no estaba bajo su responsabilidad según las cláusulas 1ª, 19 y 27. Además, aseguró que *"el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración era el que facultaba a los Fideicomitentes para que pudieran ceder su posición contractual y no como lo expone la parte demandante "por autorización y venia de Fiduciaria"*, por lo cual la cesión de posición contractual se respaldó en el acuerdo de fiducia original.

Por otro lado, con respecto al punto de equilibrio, manifestó que la construcción de SG estaba proyectada por etapas y cada una de ellas tenía su propia estabilidad, tanto como que una vez terminado el periodo pre-operativo de la etapa 1 *"quedaba a discreción del FIDEICOMITENTE el inicio del periodo preoperativo de las demás etapas (dos, tres y cuatro), razón adicional para entender que el proyecto no era una secuencia inmediata, sucesiva e ininterrumpida. Por el contrario, tal como estaba planteado, los requisitos de cada etapa eran independientes y permitía al Fideicomitente, en desarrollo del proyecto, ir cumpliéndolos en forma separada"*(sic fl 16 pdf 04). Añadió que

"si se cumplió con las condiciones del período preoperativo (sic) estipuladas en la cláusula décimo novena del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN que dio lugar a la creación del FIDEICOMISO SOLER GARDENS y a su vez, también

queremos aclarar que la transferencia de los bienes inmuebles al FIDEICOMISO SOLER GARDENS NO HACÍA PARTE DE LAS CONDICIONES DE PUNTO DE EQUILIBRIO y que debían acreditarse en el período preoperativo, para hacer la transición al período operativo. No obstante, se pone de presente que, contractualmente no se estableció una época cierta y definitiva para que los inmuebles ingresaran al FIDEICOMISO, pero lo cierto y lo concreto es que los otros cuatro inmuebles en parte de los cuales se desarrolló la etapa uno del proyecto fueron transferidos al FIDEICOMISO antes de decretar el punto de equilibrio”

Lo anterior, porque el

“punto de equilibrio del proyecto en lo que atañe a la Etapa 1 o primera etapa, se calculaba teniendo en cuenta que el total del área vendible de esta etapa era de 13.000 m² mientras que el valor total de las ventas, estaba proyectado en la suma de CUARENTA Y OCHO MIL MILLONES DE PESOS (48.000’000.000); siendo estos dos factores, sobre los cuales debería calcularse el 60% para determinar si al primero (01) de abril de 2008, se habría cumplido o no con el punto de equilibrio.

En consonancia con lo anterior, el punto de equilibrio podría estimarse cumplido, única y exclusivamente si, para el día primero (01) de abril del año 2008 que es el período de preventas, se tenían vinculados mediante encargo fiduciario a Beneficiarios de Área que equivalieran bien sea, al sesenta por ciento (60%) del total del área disponible para la venta, o sea, a 7.800 m² (13.000 m² x 60% = 7.800 m²); O también, si se tenían vinculados Beneficiarios de Área que equivalieran en total, al sesenta por ciento (60%) del valor de las ventas de la primera Etapa, esto es, la suma de VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$28’800.000.000.00) (48.000’000.000.00 x 60%= 28’800.000.000.00).”
(sic pdf *ibídem*)

Con base en lo anterior, entonces, propuso las que llamó excepciones de

"ausencia de legitimación en la causa por pasiva por parte de mi defendida, fiduciaria Corficolombiana S.A. como vocera y administradora del fideicomiso Soler Gardens respecto de las pretensiones de la parte demandante", "excepción de contrato no cumplido. incumplimiento contractual de la demandante (mora purga la mora)", "imposibilidad jurídica de escriturar las unidades inmobiliarias por no haberse cumplido las condiciones suspensivas a las que se supeditaba dicha obligación", "inexistencia de solidaridad entre Fiduciaria Corficolombiana S.A, como vocera y administradora del fideicomiso Soler Gardens y Andrés Fajardo Valderrama, Fajardo Williamson S.A., y Promotora Soler Gardens", "diligencia y cuidado. ausencia de culpa", "ausencia de nexo causal", "no procedencia del reconocimiento y pago de intereses remuneratorios ni moratorios en el presente caso", "improcedencia del cobro de cláusula penal", "compensación", "prescripción", "principio de separación patrimonial y proporcionalidad", "doctrina probable de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia aplicable a la legitimación para el éxito e interposición de la pretensión resolutoria del contrato de encargo fiduciario para la vinculación al fideicomiso Soler Gardens, formulada por la parte demandante" y "tasación excesiva de los eventuales perjuicios"

Andrés Fajardo Valderrama y Promotora Soler Gardens S.A. En liquidación

Se notificaron por conducta concluyente y guardaron silencio. Aunque les fue designado curador ad-litem, la situación se aclaró en auto de ponente dictado el pasado 28 de abril de 2023.

Fajardo Williamson S.A.S. en Liquidación

Fue notificada por aviso y guardó silencio.

De los llamamientos en garantía

Fiduciaria Corficolombiana llamó en garantía a Andrés Fajardo Valderrama y a la Promotora Soler Gardens, a lo cual la Sala se referirá cuando sea

oportuno.

SENTENCIA IMPUGNADA

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

"PRIMERO: Se acogen las pretensiones principales; y en consecuencia se declara que LA PROMOTORA SOLER GARDENS, EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO SOLER GARDENS, Y SU VOCERA FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. incumplieron el contrato de encargo fiduciario de vinculación al Fideicomiso Soler Gardens.

SEGUNDO: En Consecuencia, se declara la resolución de dicho contrato de vinculación al Fideicomiso Soler Gardens al no transferir o traditar el dominio de la oficina 707 de la Torre 1, y 2 parqueaderos.

TERCERO: Se declara que los demandados incumplieron en contrato de promesa de promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio celebrado inicialmente entre FERROFLEJES S.A.S., ANDRES FAJARDO VALDERRAMA, SOCIEDAD FAJARDO WILLIAMSON, con cesión de la posición contractual a la PROMOTORA SOLER GARDENS.

CUARTO: En consecuencia, se declara la resolución del contrato de promesa de promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio mencionado.

QUINTO: Se condena a la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO SOLER GARDENS a pagar a la demandante FERROFLEJES S.A.S., la suma de sesenta millones de pesos, (\$60.000. 000.00) más los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada, a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

SEXTO: Se condena a la PROMOTORA SOLER GARDENS a pagar a la

demandante lo recibido en virtud del contrato de promesa, esto es, la suma de cincuenta y ocho millones (\$58.000. 000.00), más los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada, a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

SEPTIMO: Se desestima el llamamiento en garantía formulado por la fiduciaria CORFICOLOMBIANA S.A. a la PROMOTORA SOLER GARDENS.

OCTAVO: Se desestiman las excepciones.

NOVENO: No hay lugar a derivar sanciones por el juramento estimatorio.

DECIMO: Se condena en costas a los demandados FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y PROMOTORA SOLER GARDENS. Las agencias en derecho serán fijadas en auto aparte.

UNDÉCIMO: En firme esta providencia, archívese el expediente”(pdf 24).

Para decidir de la manera como lo hizo, el *a-quo* partió realizando un recuento de los hechos de la demanda y su contestación, para luego afirmar que se encontraban reunidos los presupuestos procesales. Dicho lo anterior, trajo a estudio la legitimación en la causa de la fiduciaria, punto en el que después de algunas disertaciones jurisprudenciales concluyó que

"Queda claro que, según cada caso, bien puede una Fiduciaria ser demandada bien en causa propia, o bien como vocera y administradora de un fideicomiso, lo que, al menos en principio descarta per se la alegada falta de legitimación en la causa por pasiva. No obstante, es de recordar que en este caso se le endilgó a la Fiduciaria Corficolombiana el desconocimiento de sus deberes y obligaciones como vocera y administradora, y es en tal calidad que se le imputa responsabilidad."

Pasó a referirse a los contratos que se relacionan en la demanda. El primero de ellos la fiducia mercantil irrevocable y, el segundo, el encargo fiduciario

por medio del cual la sociedad demandante se vinculó al fideicomiso SG, con respecto a cuyo incumplimiento por parte de la fiduciaria consideró que

"Este es un aspecto que no se ofrece a mayores discusiones, y sobre el cual la parte demandante ha satisfecho su carga probatoria en los términos del artículo 167 del CGP, acotando que la parte demandada acepta o reconoce tal incumplimiento, con la acotación que hace la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA en el sentido que el mismo no le es imputable, dada la falta de legitimación alegada, derivada de no haber sido parte en los correspondientes contratos que se firmaron por la accionante y los demás demandados, y que en todo caso le son ajenos"

Lo anterior, porque la demandante acreditó haber pagado parte del precio en el marco de la fiducia y otro tanto a Fajardo Williamson, por virtud del contrato de promesa de transferencia de dominio, último en el cual

"el promitente uno (Fajardo Williamson) se comprometía a que la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. en su calidad de vocera y titular jurídica del patrimonio autónomo denominado Soler Gardens, transfiriera a título de restitución de beneficio, en favor del promitente dos, quien a su vez se obliga a adquirir por el mismo título y modo, la oficina 707, con área de 39.21 mts 2 y dos parqueaderos que hacen parte del proyecto Soler Gardens, pactándose en la cláusula séptima de este contrato el precio y la forma de pago: \$192.376. 295"

En todo caso, aseguró el Juez, estaba claro que los demandados habían incumplido sus obligaciones contractuales, y en el caso de la fiduciaria, había descuidado el desarrollo real del proyecto, no tomó medidas para que su avance estuviera a la par con la estructuración financiera. En concreto, el Juez reprochó que Corficolombiana y los constructores, respectivamente

"no estuvo atenta al real desarrollo del proyecto, a que su avance estuviera acorde con la realidad financiera, a proteger los intereses de los beneficiarios de área, observando una conducta pasiva frente a los

comitentes pese a estar enterada de las dificultades del proyecto, de la paralización del proyecto SOLER GARDENS, conociendo incluso que los Fideicomitentes y Beneficiarios no habían adquirido ni aportado al Fideicomiso el denominado quinto lote identificado con la M.I. 001-555872, tal y como se reseñó en los HECHOS DECIMO CUARTO, "14.1" "14.2" Y "14.3", literales (i) (ii) (iii) y (IV) de la demanda; con entrega de dineros a los fideicomitentes, recibidos de los beneficiarios de área; siendo ello factor determinante, nexo causal suficiente, para el daño causado.

El incumplimiento contractual de los cesionarios de la posición contractual, esto es, PROMOTORA SOLER GARDENS S.A., queda claro con lo expuesto, máxime que la esencia misma del contrato no llegó a su fin, esto es, CONSTRUIR EL PROYECTO INMOBILIARIO SOLER GARDENS, debido a fallas administrativas y financieras atribuibles a su conducta contractual, que también determinaron la no tradición y entrega a la demandante beneficiaria de área el local –oficina- 707 y dos parqueaderos, conforme fue pactado en el contrato de encargo fiduciario del 30 de enero de 2008"

Por esas razones despachó negativamente las excepciones y desestimó los llamamientos en garantía, últimos sobre los que dijo no encontrar ninguna disposición de reembolso en el contrato de fiducia mercantil irrevocable.

IMPUGNACIÓN

REPAROS CONCRETOS DE LA FIDUCIARIA, (dentro de los tres días siguientes)

Inconforme con la decisión, fiduciaria se alzó en su contra, alegando como reparos concretos los que de la siguiente manera pueden compendiarse:

PRIMERO: *"por haber incurrido el a quo en errores de hecho en la apreciación de la prueba y a su vez en la interpretación errónea de todos los*

medios de prueba obrantes en el proceso en su conjunto, especialmente en lo que se refiere a la prueba documental, al contrato de encargo fiduciario para vinculación al fideicomiso Soler Gardens y al contrato de fiducia mercantil, desconociendo los principios de unidad, comunidad y necesidad de la prueba". Encuentra su base en que, por ejemplo, la obligación de "escrituración" de los lotes era una obligación condicional en la medida que

"para el surgimiento de la obligación de escrituración por parte del Fideicomiso Soler Gardens, era necesario que se acreditaran determinadas condiciones previas que no dependían ni estaban a cargo del FIDEICOMISO SOLER GARDENS ni de su administradora y vocera, tales como la entrega de la totalidad de recursos por parte de los Beneficiarios de área, la construcción completo de la etapa del proyecto respectiva, la elaboración de la minuta de constitución del reglamento de propiedad horizontal, puesto que de conformidad con la ley 675 de 2001 se somete al régimen de propiedad horizontal solamente un edificio o conjunto cuando esté construido y no antes, el otorgamiento mediante escritura pública del reglamento de Propiedad Horizontal y el mismo se encuentre efectivamente registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva, que permita la individualización del inmueble respectivo y que, cumplido lo anterior, el FIDEICOMITENTE elaborara la minuta de transferencia de dominio del inmueble respectivo, diera las instrucciones sobre la Notaría, fecha y día en la cual se otorgaría la escritura respectiva, condiciones todas que dependían en unos casos de los BENEFICIARIOS DE ÁREA y en otros del FIDEICOMITENTE y que no fueron cumplidas ni por aquel ni por este."

El Juzgado también mal interpretó las cláusulas vigésima tercera y décima cuarta del contrato de encargo fiduciario, pues desconoció que la beneficiaria de área declaró conocer *"y aceptar que no son obligaciones propias de la FIDUCIARIA ni del FIDEICOMISO las propias de la construcción, y enajenación de inmuebles, ni la promoción de ventas de los mismos ..."*, amén de que el fideicomitente podía suspender la construcción de las unidades inmobiliarias.

Lo mismo, a su juicio, sucedió con la cláusula vigésima tercera numeral 13 del contrato de fiducia mercantil irrevocable, según la cual la construcción no corría por cuenta de la fiduciaria y

"sobre todo por cuanto deja de interpretar que la construcción es necesaria para poder someter un inmueble al régimen de propiedad horizontal, mal interpreta o deja de considerar que el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA conforme a la cláusula vigésima cuarta que le otorgaba la gerencia del proyecto era el responsable, en tal calidad de contratar la elaboración del reglamento de propiedad horizontal correspondiente a EL PROYECTO SOLER GARDENS"

SEGUNDO: *"ausencia de los presupuestos axiológicos para declarar el incumplimiento por parte del fideicomiso Soler Gardens, el cual actúa a través de su administradora y vocera fiduciaria Cofricolombiana S.A., del encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso Soler Gardens"*(sic reparos concretos). Lo anterior, porque el Juzgado interpretó de forma subjetiva los medios de prueba y desconoció *"que se cumplieron con las obligaciones contractuales y en consecuencia con la prestación impuesta. Ya se explicó por lo demás porque, respecto del otorgamiento de la escritura pública de transferencia del dominio, no se cumplieron las condiciones previas que no dependían ni del FIDEICOMISO ni de mi mandante y por ende porque no se le puede endilgar ningún reproche por este aspecto"*.

TERCERO: *"el fallo de primera instancia atenta contra el principio de congruencia de las decisiones judiciales (arts. 281), no estando la decisión recurrida en consonancia con las excepciones propuestas por el demandado"*, entre ellas la de prescripción. Ese reparo se fundó en que el Juez no tuvo por probadas las excepciones de fondo a pesar de estarlo.

CUARTO: *"imponer al fideicomiso Soler Gardenes, el cual actúa a través de su vocera y administradora, la devolución de la suma de \$60'000.000, que a su vez fueron girados por la sociedad fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera del fideicomiso al fideicomitente promotora Soler Gardens S.A.S. en*

liquidación, por el cumplimiento (sic) de las condiciones de giro de recursos - esta obligación de devolución o restitución de estos recursos se debe imponer al fideicomitente promotora Soler Gardens y al señor Andrés Fajardo Valderrama y a la sociedad Fajardo Williamson S.A., como fideicomitentes iniciales y como gerente y constructor del proyecto (calidad que nunca cedieron ni perdieron). enriquecimiento sin causa en favor de los codemandados y en detrimento del fideicomiso Soler Gardens” (sic escrito reparos). Bajo ese extenso título se alegó que los \$60.000.000 a que se refiere la condena fueron girados a la Promotora porque se cumplían las condiciones para ello, por lo cual su obligación se extinguió con la entrega de los recursos cuando y a quien correspondía.

QUINTO: *"ausencia de nexo causal para declarar el incumplimiento contractual”, puesto que no existe conexión alguna entre el actuar de la fiduciaria y el perjuicio supuestamente causado.*

SEXTO: *"la sentencia frente a la valoración del incumplimiento de la fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera y administradora del fideicomiso Soler Gardens, en virtud de la ausencia de inclusión del quinto lote”. En el punto se alegó*

"Se aduce erróneamente por parte del a quo que Fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens, mantuvo una postura pasiva frente a los Fideicomitentes, incluso pese a conocer que estos no habían adquirido ni aportado al Fideicomiso el denominado "quinto lote”, afirmación que desconoce completamente el acervo probatorio existente dentro del expediente, el cual da fe que el lote de lote identificado con la Matricula Inmobiliaria 001-555872 sí fue inicialmente adquirido por parte de los Fideicomitentes como denota la Escritura Pública del mismo, pero posteriormente, sin el conocimiento o participación de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. (como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens), se resilió la misma por los Fideicomitentes, quedando así por fuera del Patrimonio Autónomo.”

SÉPTIMO: *"reparo concreto respecto a la sentencia por violación de normas sustanciales del código civil, el código de comercio, la (sic) circulares externas de la superintendencia financiera y otros cuerpos normativos, reglamentos y estatutos aplicables al caso concreto".*

OCTAVO: *"reparo concreto respecto a la condena en costas y agencias en derecho proferida en la sentencia de primera instancia",* pues la considera improcedente.

NOVENO: *"reparo concreto frente a no estimar las pretensiones revérsicas contenidas en los llamamientos en garantía formulados. procedencia de los llamamientos en garantía formulados frente a los co-demandados".* La recurrente alega que debieron triunfar los llamamientos formulados, pues en realidad lo que desencadenó el fracaso del proyecto fue el incumplimiento de los llamados.

DÉCIMO: *"non reformatio in peius, imposibilidad de agravar la condena contra la Fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens".* De este reparo se sirvió para recordar al Tribunal que no debía agravarse su situación como apelante única.

DE LA SUSTENTACIÓN EN ESTA INSTANCIA (LEY 2213)

El recurso de apelación fue admitido mediante auto fechado el 11 de octubre de 2023. Dentro del término a que se refiere el artículo 12 de la ley 2213, la parte recurrente allegó escrito para sustentar su recurso, y como no acreditó haber compartido copia a su contraparte se fijó traslado secretarial. En esa oportunidad insistió en los reparos formulados al momento de introducir el recurso, ahondando en que el Juez erró al no declarar la prescripción de la acción ordinaria, desconociendo así el término de 10 años consagrado en la ley 791 de 2022 y en atención que

"la fecha máxima para la entrega material de los bienes inmuebles

correspondía al 30 de julio de 2010, conforme se dispuso en el Contrato de Fiducia Mercantil y el Encargo Fiduciario de Vinculación. Así, queda en evidencia que el demandante no cumplió con la carga que el ordenamiento jurídico le impone para demandar el cumplimiento de una obligación, por lo cual, mal haría en premiarse a quienes no actuaron dentro del término establecido”

Además, sobre la valoración de los contratos aquí comprometidos, alegó que

"En el caso concreto, el a quo pasó por alto sin siquiera valorar lo excepcionado por mi representada en la contestación y evidenciado en la práctica probatoria: los contratos paralelos suscritos por los adquirentes de unidades inmobiliarias con FAJARDO WILLIAMSON S.A., PROMOTORA SOLER GARDENS S.A.S. y/o ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA y particularmente, el supuesto contrato de promesa de compraventa suscrito por el demandante y las personas en comento sin participación de mi representada, tuvieron una incidencia fundamental en la afectación del flujo de caja del proyecto Soler Gardens y para la relación contractual entre el patrimonio autónomo y el Beneficiario de Área, aquella que representó la génesis del incumplimiento por parte de este, incumplimiento que, como se ampliará más adelante, priva a la demandante de la condición de contratante cumplido, cuestión que también pasó por alto el sentenciador

Lo más importante es comprender, inicialmente, que los contratos paralelos celebrados entre FERROFLEJES S.A.S., por una parte, y ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA y FAJARDO WILLIAMSON S.A., de otra, fueron el primer incumplimiento contractual registrado por la demandante, ello por cuanto en el contrato de encargo fiduciario válido

...

Adicional a lo anterior, en el Contrato de Encargo Fiduciario para la vinculación al FIDEICOMISO SOLER GARDENS suscrito con la sociedad

FERROFLEJES S.A.S., se dejó plasmada la voluntad de las partes y constituye el mismo, el único instrumento que regula las relaciones entre la sociedad demandante y el FIDEICOMISO SOLER GARDENS"

Entonces, las pretensiones no pueden prosperar, porque la demandante estuvo pagando unas sumas de dinero por fuera del encargo fiduciario, y "este desvío de recursos, del cual el FIDEICOMISO SOLER GARDENS no tuvo conocimiento, fue la causa primigenia de la no culminación del proyecto, ello en razón de la doble contabilidad registrada". De modo que el Juez erró al no atender que el demandante fue el primero en incumplir el contrato por falta de pago, por lo cual no puede tratarse como contratante cumplido.

Por otro lado, insistió en que el fideicomiso SG verificó de manera diligente el cumplimiento del punto de equilibrio. "En efecto, de una lectura acuciosa del Contrato de Fiducia Mercantil se extrae que, para el giro de recursos al Fideicomitente debían acreditarse una serie de condiciones que fueron efectiva y diligentemente verificadas por la administración del fideicomiso en cumplimiento de sus obligaciones, condiciones que daban cierre al periodo preoperativo descrito en la misma cláusula Décima Novena".

De suerte que el saldo acordado para el punto de equilibrio sí fue alcanzado, tal y como lo confirmó el testimonio del señor Jaime Andrés Toro Aristizábal, razón esa por la que no existe ningún nexo causal entre la actuación de la fiduciaria y los perjuicios reclamados.

Para insistir en su cumplimiento, en lo relativo al denominado "quinto lote", aseguró que en rendición de cuentas de diciembre de 2011 informó que este no se encontraba en su patrimonio. Acotó, entonces,

"De esta manera, no le asiste la razón al juzgador respecto a la ausencia de cumplimiento del deber de información, en virtud que, de acuerdo con el documento expuesto, Fiduciaria Corficolombiana S.A., en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens, diligente dejó de incluir dentro de las Rendiciones de Cuentas el bien resciliado dentro

de los inmuebles que conformaban el Patrimonio, demostrando la diligencia y cuidado exigida.

En segundo lugar, queremos nuevamente precisar que la afirmación según la cual, la no inclusión del quinto lote, así como el giro de recursos realizados en cumplimiento del Contrato de Fiducia sirvieron de nexo causal con el daño predicado por la demandante, no se compadece con los hechos objeto de litigio ni con la realidad, dado que, el quinto lote no se colegía como un factor fundamental o necesario para la construcción y desarrollo de la primera etapa (etapa a la cual se encontraban vinculado el demandante), en tanto la misma únicamente se desarrollaría en los demás predios, los cuales sí se encontraban debidamente aportados al Patrimonio Autónomo. En este sentido, igualmente encuentra soporte en el hecho que los cimientos de dicha etapa se encuentran, aún a día de hoy, contruidos dentro del Proyecto, incluso pese a la resciliación del contrato de dicho bien inmueble, conforme es claro del estado actual del negocio”

Ya en lo relativo a los llamamientos en garantía, insistió en que de un estudio del contrato de fiducia mercantil irrevocable se derivaba una garantía a su favor,

"es decir luego de ser decretado el punto de equilibrio, era exclusivamente continuar con la recepción de los aportes que los Beneficiarios continuaran realizando al Patrimonio Autónomo y girar estos a los Fideicomitentes, quienes eran los verdaderos encargados de realizar la construcción y desarrollo del Proyecto conforme se vislumbra dentro de la cláusula décima novena del negocio jurídico

...

De este modo, el Fideicomiso Soler Gardens, no debe ser la entidad llamada a restituir los aportes entregados por los Beneficiarios de área, en tanto, la institución cumplió el deber que contractual y legalmente le correspondía y giró los recursos luego de decretarse el punto de

equilibrio en abril de 2008 a los Fideicomitente con miras a que estos desarrollaran el Proyecto. Toda vez lo anterior, deben ser los Fideicomitentes quienes se vean acometidos a restituir los aportes, en tanto, conforme se denota en el flagrante desinterés de los mismos al no compadecer al litigio y allanarse completamente a las pretensiones objeto de la demanda, fueron estos quienes incumplieron su obligación de construir y desarrollar el Proyecto a la par que ellos son quienes finalmente recibieron los aportes que aquí se reclaman”

Los no apelantes guardaron silencio.

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:

¿Prescribió en este caso la acción ordinaria?

De ser negativa la respuesta al anterior interrogante, debe la Sala determinar si

¿En realidad están reunidos los presupuestos axiológicos de la pretensión resolutoria, como lo concluyó el *a-quo*? o, por el contrario ¿debe negarse la pretensión por no estar reunidos esos presupuestos?

Responder ese interrogante implica necesariamente determinar

¿Fue indebidamente valorada la prueba documental, especialmente los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario?

¿Erró el Juez al resolver el contrato de encargo fiduciario, olvidando que la demandante incumplió con los pagos y considerando que la apelante tenía obligación de garantizar la adquisición de todos los lotes que se

requerían para la ejecución del proyecto SG?

Según la respuesta a los anterior interrogantes, debe la Sala preguntarse:

¿Deben prosperar los llamamientos en garantía?

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

CONSIDERACIONES

1. Del incumplimiento contractual, su gravedad y el decaimiento de la pretensión resolutoria.

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

Remedios que dependen de 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 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, es la que tiene el

contratante que cumplió o se allanó a satisfacer las 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 a su 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 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 no todo incumplimiento da lugar a la resolución del contrato, pues es sabido que ese remedio del acreedor se abre paso por desatención absoluta del programa obligacional, su cumplimiento defectuoso o tardío. Lo anterior es así

"toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesorio, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la

trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento², determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato.”³

La jurisprudencia, de hecho, no ha sido ajena al fenómeno de la gravedad del incumplimiento en tanto no ha pasado por alto que

"[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra" (...). Y en esa misma providencia se señaló que la gravedad del incumplimiento debe ser analizada de manera específica según el asunto particular objeto de estudio, para lo cual "[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.”⁴

² El artículo 1455 del Código Civil italiano establece que "[e]l contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra". En sentido semejante el canon 325 del Código Civil alemán. Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, De las obligaciones. Págs. 178 y 179. Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Pág. 153. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999. En el mismo sentido para el derecho español, Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Pág. 710. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 18 de diciembre de 2009*. Rad. 41001-3103-004-1996-09616-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

⁴ Sentencia *ibíd*, citando además G.J., CLXXVI, p. 247.

Por razones como las explicadas, no se desconoce que el cumplimiento tardío tiene efectos resolutivos, por lo menos en principio, *"particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato"*⁵. De ese razonamiento se valió la Corte para casar la sentencia del Tribunal y posteriormente revocar la sentencia de primera instancia que acogió la pretensión resolutive, dado que en el caso se evidenció que la base de la resolución consistía en que una sociedad había desatendido el compromiso de pagar una suma de dinero que otra sociedad, la demandante, debía a una persona natural. Agregó la Corte que

*"(S)e ha indicado que de los medios de prueba arimados al expediente se desprende que la mencionada demandada, debiendo cancelar la citada obligación inmediatamente –por no haberse pactado expresamente un plazo y ser, por ende, una obligación pura y simple- o, a más tardar, el día 18 de marzo siguiente –fecha de vencimiento de los títulos valores que incorporaban dicho crédito, según ya se ha señalado-, terminó atendiéndola el día 14 de abril de 1987 –un mes después-, fecha en la cual el beneficiario de los instrumentos que incorporaban la mencionada cantidad de dinero los endosó sin responsabilidad cambiaria a favor de quien le pagó las sumas adeudadas –la sociedad XXXX y su representante legal-, documentos éstos que, además, según afirma la propia demandante, fueron cancelados –formalmente, se entiende- el día 29 de enero de 1988."*⁶

Ahora bien, para el caso también fue importante el hecho de que la demanda se presentó más de 9 años después de ocurrido el cumplimiento tardío, lo que aunado al efectivo pago de la suma adeudada llevaron a la Sala Civil

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem

*"a concluir que la pretensión de resolución del negocio jurídico, radicada en el incumplimiento de la precitada obligación dineraria -claramente inexistente en virtud de su pago cuando se inició el proceso varios años después- no tiene, en realidad, un fundamento atendible o plausible, pues, según ya se reseñó, para el cumplimiento de ese específico compromiso económico no se estipuló un plazo que se pueda considerar esencial, y no se advierte, ciertamente, que la citada tardanza hubiera desquiciado seriamente la economía del negocio celebrado o alterado el fin perseguido por las partes, como quiera que la propia sociedad vendedora -presunta afectada con ese comportamiento- continuó recaudando con posterioridad los pagos estipulados en su favor."*⁷

Posteriormente, en la relevante sentencia del 20 de abril de 2018 que sirvió para rectificar la doctrina jurisprudencial, la Corte precisó que en los eventos de cumplimiento tardío de la obligación, en especial cuando la obligación inicialmente insoluta es la consistente en firmar la escritura pública en el marco de los negocios inmobiliarios, el simple acatamiento tardío de esa obligación de hacer no lleva indefectiblemente a la resolución. En el caso particular se consideró que

"se alcanzó la satisfacción de la tradición y la entrega del predio libre de gravámenes, aunque derivara de la intervención de los demandantes y después de dos años de tardanza de los accionados, razón para desvirtuar la resolución pedida, habida cuenta que deja al descubierto la carencia de interés resolutorio de los promotores para la fecha en que incoaron la presente acción, ante la ejecución del contrato con su beneplácito, al margen de que fuera extemporánea"

En consecuencia, *"desapareció la facultad para reclamar la resolución que yacía en los accionantes, como contratantes cumplidos, porque con su consentimiento fue ejecutada la prestación que añoraban, aunque de manera*

⁷ Ibídem

tardía". Esa mutación, esto es, poseer potestad resolutoria con base en el incumplimiento de la contraparte y luego resultar desprovisto de ella, "deriva del consentimiento que expresaron para que fuera acatada la promesa de permuta de forma atrasada, al punto que actuaron activamente para alcanzar este resultado." Por ende, concluyó la Corporación, "la resolución deprecada en la primera pretensión del libelo genitor del litigio era inviable, puesto que la infracción en que incurrieron los demandados fue subsanada con posterioridad y con el consentimiento de los reclamantes, mas no porque hubiera existido incumplimiento mutuo como desacertadamente lo consideró el juez ad-quem".⁸

2. De la carga de la prueba

Por regla general es al demandante a quien compete probar cada uno de los elementos atrás analizados, habida cuenta que así lo impone la regla de juzgamiento prevista por el artículo 167 del C.G.P, pues si bien por virtud del principio de comunidad de la prueba, esta se adquiere para el proceso, pudiendo entonces beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, va ínsito allí que es la parte que no cumplió la respectiva carga quien debe soportar las consecuencias adversas de que la prueba no llegue al plenario. Sobre el particular viene al caso el siguiente pasaje doctrinal:

"no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte. (...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que constituye su objeto, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba, ésta surte todos sus efectos quienquiera que la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado. Al juez le basta para

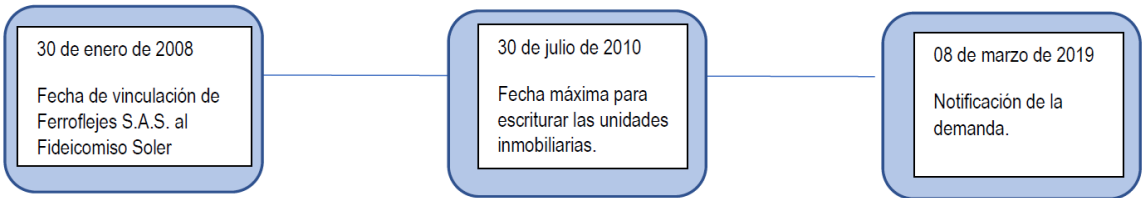
⁸ Citas hasta aquí de Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 20 de abril de 2018*. Rad. 11001-31-03-025-2004-00602-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

*decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte”.*⁹

CASO CONCRETO

Abordaje preliminar y necesario de la prescripción –reparo tercero parcial-

Es apenas obvio que la sala debe comenzar por precisar lo relativo a la prescripción de la acción ordinaria, pues de prosperar reparo semejante nada quedaría por resolver de fondo. La recurrente insiste en que el Juez debió declarar probada la mentada excepción atendiendo a que pasaron más de 10 años de inacción, y presenta la situación gráficamente así:



Al respecto, valga preciar que según el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8º de la ley 791 de 2002 regla que *"la acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10)"*. A su turno, el artículo inmediatamente anterior prevé que *"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. **Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible**"*(negrillas fuera

⁹ Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I, pág. 484.

del texto original). Luego, no se requiere ningún esfuerzo para concluir que el término de prescripción debe contarse desde el día siguiente al incumplimiento, lo que amerita alguna discusión por las prórrogas previstas, pero la parte fija el 30 de julio de 2010.

De modo que presentada la demanda el 13 de agosto de 2018 (el auto admisorio fue notificado a la demandante por estados del 17 de octubre de 2018) y notificada la demandada el 8 de marzo de 2019, no entiende la Sala el alegato de prescripción, pues evidente que en aquella fecha quedó interrumpido el término que venía corriendo (artículo 94 C.G.P), y que no se había consumado para entonces. Pero es que, además, revisado el contrato de encargo fiduciario la indeterminación es tal que no permite concluir una fecha exacta para el cumplimiento de la obligación. La cláusula séptima de ese acuerdo tiene el siguiente texto:

SEPTIMA: OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA. La escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión de la(s) unidad(es) a la(s) que se refiere la cláusula cuarta, junto con el coeficiente de copropiedad que a ésta(s) le(s) corresponda de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal, será otorgada por **LA FIDUCIARIA**, como vocera de **EL FIDEICOMISO**, y por **LOS BENEFICIARIOS DE AREA** o por sus cesionarios, en la Notaría que oportunamente indicarán **LOS BENEFICIARIOS**, una vez se haya cumplido por **EL BENEFICIARIO DE AREA** con la entrega de los recursos a los cuales se obliga en virtud del presente contrato, y una vez haya sido terminada la obra por parte **LOS BENEFICIARIOS**, se encuentre registrado el reglamento de propiedad horizontal de **EL PROYECTO** y sus aclaraciones, en caso de que las haya, lo cual deberá darse en un plazo máximo de treinta (30) meses contado a partir de la firma del presente contrato.

En adición, según el testimonio del señor Jaime Andrés Toro Aristizábal (que se analizará más adelante) se infiere que para los años 2011 y 2012 estaba en marcha lo que se llamó “plan de contingencia” previsto en la cláusula 28 del contrato de fiducia, lo que implicó iniciar el proceso de amigable composición ante la Cámara de Comercio que finalmente fracasó cuando corrían más o menos los años 2013-2014. Todo ello, sumado a lo antes dicho, no se puede desconocer de cara al conteo del término prescriptivo y lleva a concluir que no está estructurado en este caso el fenómeno de la prescripción de la acción ordinaria alegado por la apelante.

Precisión previa sobre la congruencia de la sentencia, la condena en costas y la no reforma en peor – reparos tercero, octavo y décimo-

La sala estima conveniente despachar anticipadamente los tres “reparos” de que trata el título, pues no son estrictamente reparos según pasa a explicarse. Recordar que el “(E)l juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único ...” (artículo 328 C.G.P) no resulta ser la expresión de ningún reparo en contra de la sentencia, de esa insistencia, por demás impertinente porque la Sala conoce perfectamente su obligación como Juez de segunda instancia, no se desprende ataque alguno con respecto a las razones que sirvieron al *a-quo* para resolver como lo hizo.

Por otra parte, la queja de la parte demandada en punto a la supuesta incongruencia consiste en que en la sentencia no fueron acogidas la totalidad de las excepciones propuestas, cuando en realidad ese no es uno de los eventos en que el sentenciador incurre en incongruencia, en tanto que no se resolvió nada por fuera de los extremos de la litis, como tampoco se pretermitió la instancia al no resolver sobre las pretensiones, las excepciones o cualquier otro punto que la ley obligara a abordar.

Para la Sala está claro, entonces, que la inconformidad del apelante radica en que el Juez no declaró probados ninguno de los medios de defensa, lo que de forma inequívoca indica que se trata de una sentencia condenatoria, más no incongruente.

En lo vinculado con la condena en costas, basta citar el artículo 365.1 del C.G.P según el cual: “(S)e condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

Es decir, la condena en costas es la consecuencia natural, y además esperable, de salir vencido en juicio. Es quien no sale avante en sus pretensiones o no presenta una defensa exitosa a través de las excepciones, según se trate de demandante o demandado respectivamente, el destinatario natural de esa condena que deviene como simple consecuencia del proceso perdido. Tanto es así, que la misma norma en comento, mediante su numeral 2º es clara al

disponer que "(L)a condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella", con la única condición de que en "el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (numeral 8º *ibídem*)".

La condena en costas, entonces, es la derivación lógica de haber sido vencido en juicio, por lo que cualquier reproche al respecto no es más que una inconformidad general con la condena, pero en nada ataca argumentos del Juez para disponerla pues, se insiste, lo dispuesto sobre costas no responde más que una decisión necesaria y posterior a la declaratoria de incumplimiento.

CASO CONCRETO REPAROS PRIMERO, SEGUNDO, QUINTO, SEXTO Y SÉPTIMO – de la obligación de la apelante relativa a la adquisición de los lotes-

Previo a entrar en la materia de que da cuenta este apartado, la Sala debe considerar que en esos reparos también se reprocha que la demandante no hubiera cumplido con el plan de pagos. Sin embargo, tal como lo entendió el Juez de primer grado, ese asunto a lo sumo sería óbice para resolver el contrato **con indemnización de perjuicios**, pues la jurisprudencia citada en el respectivo acápite deja claro que el incumplimiento mutuo no impide la acción resolutoria.

Además, el supuesto incumplimiento de la demandante se debió a que le indujeron a firmar un contrato paralelo de promesa de restitución, mismo que suscribió con la esperanza de salvar su inversión, y no solamente eso, ese reproche de incumplimiento en el caso concreto es absolutamente insustancial y ninguna gravedad comporta, si se tiene en cuenta el contexto en el que habría ocurrido y que en todo caso estuvo dominado por una negligencia absoluta de la fiduciaria y los fideicomitentes, por cuenta de quienes naufragó el proyecto. Entonces, alegar que la demandante incumplió un plan de pagos en el marco de un proyecto fracasado, equivaldría a sostener que fue un error no seguir pagando el precio para sostener un proyecto constructivo

anticipadamente sin futuro, es decir, se toleraría interpretación odiosa que defiende el recaudo de recursos que a la postre se dilapidarían junto con los que sí fueron pagados.

Pues bien, el caso que a simple vista parece complejo por los extensos pronunciamientos de la fiduciaria, termina resolviéndose con una mirada detenida a los contratos y a su respectivo programa obligacional que permite colegir una situación inequívoca: la fiduciaria incumplió tanto el contrato de fiducia mercantil irrevocable como el encargo fiduciario, y lo hizo de una manera flagrante.

Lo anterior, porque la estructuración y éxito del proyecto dependía de la consecución de los lotes para su construcción, eso es apenas obvio y así queda claro en la consideración primera del contrato de fiducia en la que se lee que los bienes necesarios para construir SG eran los identificados con la MI. 001-555872, 001-555873, 001-555866, 001-55874 y 001-555867 . Luego, en aras de la brevedad y de abordar los reparos concretos con los argumentos que justamente corresponden, no queda duda de que el origen de este asunto gira en torno al lote con matrícula inmobiliaria 001-555872, que según la apelante *"sí fue inicialmente adquirido por parte de los Fideicomitentes como denota la Escritura Pública del mismo, pero posteriormente, sin el conocimiento o participación de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. (como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens), se resilió la misma por los Fideicomitentes, quedando así por fuera del Patrimonio Autónomo"*

El punto lo justificó en los negocios contenidos en las siguientes escrituras:

"11. Escritura de compraventa folio de matrícula inmobiliaria 001-555872 de fecha 28 de julio de 2008, suscrita entre Maria Luzmila Arias de Chica – Andrés Fajardo Valderrama – Fajardo Williamson, en la cual se realizó una compraventa de derechos hereditarios y gananciales.

12. Escritura pública de resciliación 2.316 del 25 de julio de 2011 suscrita entre Maria Luzmila Arias de Chica – Andrés Fajardo Valderrama –

Fajardo Williamson, la cual fue conocida con posterioridad por mi mandante y en la cual no participó en forma alguna"

Esas escrituras no cambian el panorama porque en la primera de ellas se instrumentalizó la compra de derechos hereditarios y gananciales a la señora Arias de Chica y, en la segunda, se rescilió ese acuerdo. Ninguno de esos negocios jurídicos hizo propietario al patrimonio autónomo y las razones son tan evidentes que el Tribunal no se detendrá en explicaciones, salvo para decir que una cosa es el título (escritura de supuesta compraventa) que no puede ser la compra de unos derechos herenciales y otra bien diferente es el dominio que únicamente se consolida con la inscripción en el registro del respectivo título.

Insiste entonces el apelante en que *"el Fideicomiso Soler Gardens, no debe ser la entidad llamada a restituir los aportes entregados por los Beneficiarios de área, en tanto, la institución cumplió el deber que contractual y legalmente le correspondía y giró los recursos luego de decretarse el punto de equilibrio en abril de 2008"*. Nótese que para abril de 2008 ni siquiera se había firmado la escritura con la señora Arias de Chica antes mencionada, punto en el que ninguna lógica tiene sostener que los puntos de equilibrio se estructuraban por etapas constructivas, pues valdría preguntarse, si así se estructuró el cálculo de equilibrio financiero, por qué no entregaron a la demandante su oficina si supuestamente se ubicaba en una etapa del proyecto con perfecto equilibrio.

Por otro lado, es apenas evidente que de la adquisición de la totalidad de los lotes dependía el éxito integral del proyecto y la fiduciaria no se preocupó por ello, salvo cuando muy avanzado el incumplimiento comenzaron los reclamos de los beneficiarios. Manejar los recursos con esa ligereza es una absoluta irresponsabilidad que en términos contractuales significa el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato de fiducia mercantil irrevocable, en la forma que pasa a explicarse.

Según la cláusula 1ª de ese contrato *"El objeto ... consiste en que LA*

FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO que por este medio constituye:
1) suscriba la escritura pública a través de la cual LOS PROPIETARIOS,
transfieran a EL FIDEICOMISO la propiedad de LOS INMUEBLES, y LA
*FIDUCIARIA **mantenga la titularidad de los mismos y de aquellos que***
en ejecución del presente contrato sean transferidos a EL
***FIDEICOMISO, junto con los incrementos que se realicen”**(negrillas*
fuera del texto fl 91 PDF 02). La cláusula 7ª, por su parte, es del siguiente
tenor “LA FIDUCIARIA seguirá las siguientes instrucciones para el desarrollo
del presente fideicomiso: 1. Mantendrá la titularidad jurídica de los bienes. 2.
Exigirá la responsabilidad respecto al saneamiento de los bienes
fideicomitidos”.

De esas dos disposiciones se deduce claramente que la titularidad de los bienes en cabeza del patrimonio autónomo no era una simple formalidad como lo quiere hacer ver la apelante, pues constituía la obligación primigenia, central y transversal para que el proyecto mantuviera su estabilidad, muy a pesar de que se fuera a ejecutar por etapas en tanto no resulta prudente iniciar la construcción sin asegurar siquiera la totalidad de los lotes. En el cálculo de cualquier hombre de negocios debe estar la previsión de que el terreno es la condición *sine qua non* para la existencia del edificio.

Además, según la cláusula 9ª *“son obligaciones de la FIDUCIARIA ... 1. Realizar los actos necesarios para cumplir con el objeto”,* y aunque en la apelación se insiste en que su obligación únicamente era de la firmar la escritura pública, para lo cual dependía de gestiones de los fideicomitentes, lo que se le reprocha es haber desembolsado el dinero sin garantizar la correcta adquisición de lotes. Dicho de otra manera, cierto o no que su obligación únicamente consistiera en firmar la escritura con miras a adquirir el dominio, lo que se fustiga es que a pesar de que nunca fue convocada para tales efectos siguió adelante con la administración del proyecto SG, y lo más grave, con los desembolsos.

Ese proceder lo justifica la fiduciaria en que para abril de 2008 la primera o primeras etapas habían llegado a su punto de equilibrio, y cita el siguiente

apartado de la cláusula décima 9ª:

PRIMER PERÍODO (PREOPERATIVO). Tiene por objeto la elaboración de los estudios y la celebración de todos los actos jurídicos necesarios o convenientes para la adecuada obtención de recursos por parte de **EL FIDEICOMITENTE** dirigidos a la realización de **EL PROYECTO** y a la vinculación al mismo de personas denominadas **BENEFICIARIOS DE AREA**, para un número no inferior al sesenta por ciento (60%) del total del área disponible para la venta o del sesenta por ciento (60%) del valor de las ventas, lo que primero ocurra, para cada etapa, la cual se estima en: Para la primera Etapa 13.000 metros cuadrados por un valor total de cuarenta y ocho mil Millones de Pesos Mcte (\$48.000.000.000) ; Para la segunda Etapa 5.000 metros cuadrados por un valor total de Doce mil millones de Pesos Mcte (\$12.000.000.000), Para la tercera Etapa 5.000 metros cuadrados por un valor total de Doce mil quinientos millones de Pesos Mcte (\$12.500.000.000) y para la última Etapa 5.000 metros cuadrados por un valor total de veintiún mil millones de Pesos Mcte (\$21.000.000.000) **EL PROYECTO**, que se considera el punto de equilibrio de **EL PROYECTO**, de conformidad con lo establecido en el presente contrato. En consecuencia, este período Preoperativo se aplica así: la preventa comienza a realizarse a partir del primero(1) de Septiembre de 2007 y hasta el 1 de Abril de 2008, para la primera Etapa, las otras etapas tendrán un plazo para alcanzar el punto de equilibrio de siete (7) meses a partir del inicio de las preventas, las cuales se podrán iniciar en cualquier momento a consideración de **EL FIDEICOMITENTE**. Durante este plazo, deberá haberse suscrito un número de encargos fiduciarios individuales (para cada comprador llamado **BENEFICIARIO DE AREA**), que representen el porcentaje mencionado. **EL FIDEICOMITENTE** podrá solicitar a **LA FIDUCIARIA** la ampliación de este término por uno igual, con la sola comunicación que en dicho sentido le allegue a ésta. **EL FIDEICOMITENTE** conoce y acepta que no es labor de **LA FIDUCIARIA** realizar cobros jurídicos o prejurídicos a **LOS BENEFICIARIOS DE AREA**, cuando estos incumplan los pagos a que se obligarán.

También, para fundar su postura, citó la declaración testimonial del señor Jaime Andrés Toro Aristizábal, empleado de Corficolombiana por más de 23 años que entre 2011 y 2014 asumió el cargo de gerente regional Medellín, conociendo por ello de cerca el desarrollo de SG. Sin embargo, esa prueba apoya la teoría de la parte demandante y ningún beneficio reporta a la defensa, pues el declarante Toro Aristizábal narró que *"el proyecto inició preventas ... con un éxito importante ... inicia construcción y principio del año 2011 se da una suspensión de las obras constructivas, según mi entendimiento y lo que pude revisar ... por incumplimiento por parte de los beneficiarios de área, así como por falta de aporte de la sociedad fideicomitente ... **la construcción se para por falta de recursos**"* (min 16:50)

Fue precisamente en atención a esas dificultades que le encomendaron encargarse de la operación, por lo que procedió a explorar *"alternativas de solución en términos de la vinculación de una entidad financiera a la luz de lo*

*que contractualmente está estipulado ... sostuve varias reuniones ... se activó un mecanismo ... de la amigable composición ... **a día de hoy es lo que hay, hay una torre construida en un porcentaje importante de construcción de obra gris, le falta mucho y en un tema de abandono desde el punto de vista constructivo**" (min 17:30)*

Aunque los beneficiarios de área fueron informados, según dijo, en el caso de la demandante *"al momento que se paran las obras tenía una cartera en mora"* (min 22:00), por lo que el Juez le preguntó si ante tan difíciles circunstancias de caja que podían afectar el proyecto no había elevado algún reclamo a los fideicomitentes, a lo cual respondió que *"sí, pero no tenían acceso a recursos propios ni a financiación para el proyecto"* (min 24:10). Con todo y lo que conocía la fiduciaria autorizó la continuidad de la construcción y le inyectó recursos, obviando que en la cláusula citada (19ª) se pactó que para el desembolso de dineros administrados no solo se requería la venta de determinados metros cuadrados, sino también, en lo pertinente, *"presupuesto y flujo de caja aprobados por EL FIDEICOMITENTE ... aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, si de acuerdo a la planeación financiera del negocio se requiere"*, pero en este caso no existía ninguna de esas dos condiciones: el fideicomitente no tenía flujo de caja y tampoco acceso a crédito, según lo confirmó el propio testigo mencionado en la apelación.

Siendo así las cosas, el punto de equilibrio se certificó de manera artificial porque, como si todo lo anterior no fuera suficiente, también está planteada la discusión sobre la cesión de numerosas unidades (más de 30) a cambio de honorarios a favor de los fideicomitentes, lo cual a la postre llevó a que nunca ingresara dinero a la fiduciaria y restó flujo de caja al proyecto. Ese punto nunca ha tenido una explicación satisfactoria por parte de la apelante.

Así las cosas, ha quedado suficientemente acreditado que la fiduciaria actuó con ligereza y por fuera de lo pactado en el contrato de fiducia mercantil y, claro, con ello incumplió lo que le correspondía con respecto al encargo fiduciario a través del cual se vinculó la sociedad demandante, en virtud de

las consideraciones 6 y 7 de ese acuerdo (fl 145 PDF 02), pues esos contratos sin duda están coligados. Luego, verificado el incumplimiento por parte de la fiduciaria, no tiene ningún sentido el **reparo séptimo** en el que se acusa el Juez de inaplicar el *"Código de Comercio, (así) como en el Código Civil, las Circulares Externas vigentes para la época de la Superintendencia Financiera y demás normas aplicables que determina la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos y el papel o funciones de las sociedad fiduciarias administradoras de los mismos"*. Lo dicho, porque en ese punto nada se sustenta y se trata de una afirmación apenas general sin virtud para introducir modificaciones en la decisión apelada.

CASO CONCRETO REPAROS CUARTO Y NOVENO – de la pretensión revérsica -

La recurrente sustenta este par de reparos así:

"... es pertinente poner de presente como un yerro en la sentencia de primera instancia, la determinación del a quo de desestimar las pretensiones revérsicas de los llamamientos en garantía oportunamente formulados, máxime cuando se acreditó que fue a estos a quienes se realizó el giro de recursos por parte de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. una vez se cumplieron las condiciones para el decreto del punto de equilibrio, en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens, y que el actuar ajeno a derecho y a la buena fe ejercido por los FIDEICOMITENTES, en concordancia con el incumplimiento en los pagos por parte de los beneficiarios de área, lo que desencadenó en la no culminación del proyecto, conforme se denota en las actuaciones de mala fe realizadas en virtud de los contratos de promesa de compraventa celebrados por la Promotora Soler Gardens S.A.S., Andrés Fajardo Valderrama y/o FAJARDO WILLIAMSON S.A. con la sociedad FERROFLEJES S.A.S., sin el conocimiento o aquiescencia de la Fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens.

Consideramos que, Promotora Soler Gardens S.A.S., Andrés Fajardo Valderrama y/o FAJARDO WILLIAMSON S.A. deben responder en su calidad de fideicomitentes, beneficiarios, constructores y gerentes del proyecto SOLER GARDENS de forma total con cualquier condena que pueda llegar a imponerse a mi representado en virtud del presente proceso (reparo noveno)

...

imponer al fideicomiso Soler Gardenes, el cual actúa a través de su vocera y administradora, la devolución de la suma de \$60'000.000, que a su vez fueron girados por la sociedad fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera del fideicomiso al fideicomitente promotora Soler Gardens S.A.S. en liquidación, por el cumplimiento (sic) de las condiciones de giro de recursos - esta obligación de devolución o restitución de estos recursos se debe imponer al fideicomitente promotora Soler Gardens y al señor Andrés Fajardo Valderrama y a la sociedad Fajardo Williamson S.A., como fideicomitentes iniciales y como gerente y constructor del proyecto (calidad que nunca cedieron ni perdieron). enriquecimiento sin causa en favor de los codemandados y en detrimento del fideicomiso Soler Gardens" (reparo cuarto)

La Sala tiene que hacer un esfuerzo considerable para encontrar el desarrollo del punto relativo a la obligación de pago a que fue condenada la fiduciaria y la supuesta carga de reembolso de los codemandados, que pareciera más bien falta de desarrollo en este grado. En todo caso, en honor a la poca pero existente sustentación, se abordarán los dos asuntos para despacharlos desfavorablemente en tanto que, según los postulados del artículo 64 del C.G.P, el llamamiento en garantía parte de la existencia de un "*derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva*"¹⁰.

¹⁰ También para los casos de saneamiento por evicción que aquí no vienen a estudio

Como se advierte, ninguna relación legal o contractual entre las partes da cuenta de cláusula de reembolso o indemnidad, y por eso es que el reparo se funda en que en opinión del apoderado sí debe proceder la estimación de la pretensión revérsica, nada más. Por el contrario, el contrato de fiducia mercantil irrevocable deja ver una situación diferente, pues según la cláusula 28, que consagra el plan de contingencia,

"en el evento en que las obras sean suspendidas por autoridad competente o cuando las mismas no puedan ser culminadas, por culpa de EL FIDEICOMITENTE, culpa que dictaminará el amigable componedor designado por la Cámara de Comercio de Medellín, LA FIDUCIARIA podrá adelantar las gestiones tendientes a la venta total o parcial de los bienes EL FIDEICOMISO, con el fin de restituir los recursos entregados por los BENEFICIARIOS DE ÁREA"(fl. 107 PDF 02).

Nótese que esa estipulación no es sólo argumento en contra de la pretensión revérsica, sino a favor del incumplimiento de la fiduciaria debido a que, dicho sea de paso, tampoco activó el plan de contingencia en su integridad para tratar de recuperar los recursos. Además, es evidente que las partes pactaron un mecanismo para resolver las dificultades que surgieran en su relación interna, que no equivale en ningún caso a indemnidad o garantía de reembolso.

Entonces, que los recursos los hubieran recibido los fideicomitentes únicamente se explica por la conducta negligente de la fiduciaria en la administración de estos, debido a que esa es precisamente la garantía que para el beneficiario de área representa la fiduciaria. De lo contrario, los proyectos se estructurarían para que el constructor recibiera directamente el dinero y no se justificaría el pago de honorarios a la sociedad fiduciaria. En otras palabras, no se castiga en este caso, por lo menos no en contra de la única apelante, el hecho de que los promotores no invirtieran los recursos, pues lo que se le imputa es una omisión a nombre propio por entregarlos cuando no estaban dadas las condiciones para ello.

DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de fecha y procedencia indicadas. **Sin costas** en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA

BENJAMÍN DE J. YEPES PUERTA
MAGISTRADO

JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO

Firmado Por:

Piedad Cecilia Velez Gaviria
Magistrada

Sala 002 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Benjamin De Jesus Yepes Puerta
Magistrado
Sala 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: **03b91d651c6a256fc513ad7e78861063b1054058b6c05e42b304ac4db937b40e**

Documento generado en 05/03/2024 08:41:24 AM

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