

S-2021

**Proceso:** Verbal

**Demandante:** Laboratorio Médico Las Américas Ltda.

**Demandado:** Platinum Superior

**Radicado:** 05001 31 03 002 2017 0204 01

**Asunto:** Confirma sentencia impugnada

**Tema:** La cesión de la posición contractual a la compañía de Leasing en el contrato de fiducia por parte del beneficiario de área da derecho a éste como tercero relativo para reclamar y recibir el pago de los perjuicios por el retardo en la entrega jurídica o tradición del inmueble, interés que legitima al usuario o locatario para demandar perjuicios en contra de la sociedad constructora que suministra el inmueble.

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

Medellín, ocho (08) de octubre del dos mil veintiuno (2021).

Como el proyecto de sentencia que había presentado el Dr. Juan Carlos Sosa no logró mayoría, es por lo que en orden de lista por apellidos le ha correspondido al suscrito magistrado Julián Valencia Castaño asumir la presente ponencia y en ese sentido se resuelve por el Tribunal el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del pasado 29 de octubre del 2018, mediante la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín dirimió la controversia en el proceso verbal con pretensión declarativa de responsabilidad civil contractual promovido por Laboratorio Médico Las Américas Ltda., en contra de Platinum Superior S.A.S. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden,

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones.** El día 27 de abril del 2017, la demandante Laboratorio Médico Las Américas Ltda., presentó demanda con pretensión declarativa de responsabilidad civil, para que, a través del procedimiento verbal, la persona jurídica Platinum Superior SAS como demandada, fuera condenada a pagar los perjuicios ocasionados a aquella, a raíz del retraso en la entrega jurídica o tradición de un consultorio y dos parqueaderos con cuarto útil cada uno, del proyecto Platinum Superior, retraso que ocasionó perjuicios a la demandante.

Así, solicitó declarar el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario celebrado entre las partes el día 11 de noviembre del 2009 y como daño emergente, pidió que sea condenada la demandada a pagar a la demandante

la suma de \$290.363.606, ya que si bien la Fideicomitente y constructora PLATINUM SUPERIOR SAS le hizo entrega material del inmueble, por el contrario, la tradición o entrega jurídica tuvo mucha demora, periodo durante el cual debió, sin embargo, pagar a Leasing Bancolombia S.A. las cuotas o cánones del contrato de Leasing Financiero con opción de compra, sin que en el entretanto se pudiera calcular ninguna amortización o pago anticipado de capital, así también pidió el pago de la anterior suma indexado; además –a modo de lucro cesante-, solicitó condena por una suma de \$42.000.000, como resultado equivalente a dejar de percibir las utilidades que le habría representado el uso y disfrute de los inmuebles en el desarrollo de sus actividades económicas como laboratorio médico, respecto del local comercial 9902 del edificio Platinum Superior S.A.S., ya que no pudo explotar el consultorio en la forma debida, por cuanto no estaba del todo apto para su uso y, por último, deprecó condena por la cláusula penal pactada en la suma de \$19.035.000, más las costas y agencias en derecho.

**1. Fundamentos Fácticos.** Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

**1.1.** Laboratorio Médico las Américas Limitada presenta demanda verbal de responsabilidad civil contractual, para que se declare que Platinum Superior S.A.S. incumplió el contrato de encargo fiduciario celebrado el 11 de noviembre de 2009, por haberse suspendido la construcción de las obras, lo que necesariamente retrasó el tiempo de escrituración y transferencia efectiva o jurídica (se refiere a la titulación y tradición) de los activos objeto del contrato.

**1.2.** Que el día 1 de febrero de 2007 se había celebrado contrato de fiducia mercantil, entre la sociedad Centro Sur S.A. como fideicomitente A y la sociedad Platinum Superior SAS como Fideicomitente B, surgiendo así el Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Platinum Superior, en el que la Fiduciaria Corficolombiana S.A. era su vocera y administradora, pero solamente el Fideicomitente B fue el obligado a construir y desarrollar el proyecto inmobiliario Platinum Superior.

**1.3.** Que el laboratorio Médico las Américas suscribió un contrato de encargo fiduciario individual en calidad de constituyente y/o beneficiario de área respecto del local 9902, contrato en el que figura Platinum Superior S.A.S. como promotor y Corficolombiana S.A. como la Fiduciaria, hecho que obra en documento fechado el 11 de noviembre de 2009 (fl. 12 a 30).

**1.4.** Que el pago total de los activos se haría así: a) \$63.450.000 con recursos propios y, b) \$571.050.000 con un financiamiento otorgado por Leasing Bancolombia S.A., por lo que el 29 de enero del 2010 celebró ese contrato de Leasing con Bancolombia, donde se acordó que ésta entregaría al fideicomiso Platinum Superior -como anticipo-, la suma de \$571.050.000, como monto del valor a financiar por el costo total del activo, cumpliéndose con la etapa del anticipo en la que Leasing Bancolombia pagó el valor del activo, debiendo sobrevenir luego una etapa de ejecución para la amortización en la financiación del activo, pero por la tardanza en la entrega jurídica del inmueble se extendió la etapa de anticipos durante la cual hubo de pagar la demandante intereses sobre los anticipos que generaba el Leasing Financiero.

**1.5.** Que luego de la celebración del contrato de Leasing con Bancolombia, la sociedad laboratorio Médico Las Américas cedió la posición contractual como beneficiaria de área a la Leasing Bancolombia S.A., para que posteriormente a ésta como beneficiaria de área se le transfirieran los bienes singularizados en la preventa y posteriormente, en la etapa de ejecución del contrato de Leasing Financiero, la demandante pudiera hacer uso del derecho de opción de compra, razón por la cual aparece el contrato de cesión de derechos del Fideicomiso Platinum Superior, suscrito entre la cedente -Laboratorio Médico las Américas-, la nueva beneficiaria de área Leasing Bancolombia S.A., la vocera del Fideicomiso y el promotor (fl. 186 a 188), debiéndose destacar que en la cláusula vigésima del contrato se facultaba a la beneficiaria de área para ceder en todo o en parte el encargo fiduciario, previo el visto bueno del promotor (Platinum Superior), aprobación demostrada en el proceso.

**1.6.** Que inicialmente el proyecto estaba diseñado para la construcción de dos torres destinadas a consultorios oficinas y locales, pero el constructor tuvo problemas financieros y se vio obligado a vender a un tercero la estructura física y parqueaderos ya construidos, para que ese tercero terminara el proyecto, lo que generó un retraso considerable en el cumplimiento de las obligaciones, causándose graves perjuicios a los compradores de las unidades privadas del proyecto, entre ellos, consistentes en que parte de la propiedad de la unidad privada y el local 9902, se le transfirió a ese nuevo fideicomiso Alto Tesoro, haciéndose imposible de cumplir la escrituración y transferencia a tiempo del inmueble, a nombre de laboratorio Médicos Las Américas, ya que ésta decidió pagar el valor del anticipo a Leasing Bancolombia y era sólo a ella a quien debía hacerse la titulación y tradición final del inmueble.

**1.7.** Que el proyecto sufrió modificaciones en su estructura y destinaciones de unidades privadas proyectadas inicialmente, a lo que se sumó la insuficiencia de fondos y obras inacabadas de parte de Platinum Superior SAS, lo que impidió que las unidades inmobiliarias fueran recibidas jurídicamente a tiempo por Leasing Bancolombia de parte de Platinum Superior SAS, lo que conllevó un incumplimiento del contrato sobre el beneficiario de área, ya que la Sociedad médica las Américas se vio obligada a soportar cargas económicas excesivas, como fue el pago de intereses de las sumas entregadas por concepto de anticipo que la Leasing Bancolombia había hecho al fideicomiso Platinum Superior, sumas o pagos que precisó en el hecho séptimo de la demanda.

**1.8.** Que, agobiada por el alto costo en el pago de la financiación a la Leasing por los anticipos que había hecho, ya que las cuotas hasta el momento pagadas no contaban como amortización al valor total del activo, sin poder disfrutar a plenitud aún el uso de los inmuebles para su explotación comercial en el ramo de la salud, fue por lo que decidió cancelar o pagar la totalidad de la financiación a Leasing Bancolombia S.A. en agosto del 2015, quedando terminado dicho contrato de Leasing.

**1.9.** Por todo lo anterior, estimó un inobjetable incumplimiento de parte de Platinum Superior SAS, por lo que afirma haberse hecho acreedora a la indemnización y al pago de la cláusula penal, muy a pesar de haber recibido en tenencia el inmueble mucho antes de que se hiciera la tradición, mismo que, sin embargo, no era apto para la explotación requerida, máxime cuando hubo de soportar una evacuación del edificio ante la afectación de dos de las fundaciones de la estructura, debiendo obedecer orden de evacuación del 7 al 25 de marzo del 2014, que le produjo un lucro cesante de \$42.000.000 y tan solo hasta el año 2017 se le hizo la transferencia jurídica de los bienes, mismos que quedaron ubicados en un lugar distinto al inicialmente pactado y también se incumplió con la puesta al servicio de tres parqueaderos de visitantes que se había prometido.

**2. 2. Actuación procesal.** El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda mediante auto del 02 de junio de 2017. La parte demandada fue notificada debidamente y, dentro del término del traslado, contestó la demanda en los siguientes términos:

**3. Contestación a la demanda.** La sociedad Platinum Superior SAS a través de mandatario judicial negó casi la totalidad de los hechos en la forma como fueron presentados en la demanda, pues, aduce que en el contrato de vinculación como beneficiario de área solo se concertó la adquisición del local 9902 sin parqueaderos, previo el pago total de \$634.500.000, de los cuales \$423.000.000 se haría con recursos propios y \$211.500.000 con un préstamo bancario, como reza en la cláusula primera literales A y B del Capítulo Antecedentes, pago que se haría en las fechas señaladas allí, pacto que no cumplió la demandante, como lo confiesa en el hecho tercero de la demanda. Que los cambios técnicos en el diseño y construcción, así como el cambio en la destinación de los mismos, estaban consagrados y permitidos en el contrato, cláusula Décima tercera, proyecto que por su densidad, ubicación y los cambios normativos durante el curso de la obra, debieron hacerse, por lo que no se podía fijar una fecha límite de tiempo de construcción, entrega y titulación, como bien se desprende de la Cláusula Décima Segunda, lo que impide atribuir un incumplimiento al demandado, pero aun así, el demandante

no cumplió con el pago, ya que en ningún momento se condicionó dicho pago a la obtención de un Leasing Financiero o que este sistema fuera a ser utilizado como el medio de pago, sino que dicho pago se haría a través de un préstamo bancario, incumplimiento que no obligaba a la demandada cumplir con los tiempos de entrega y tradición del inmueble, entonces, la mora purgó la mora.

Vuelve, en el sentido que la forma de pago no era a través de un contrato de Leasing, por lo que si bien pudo ser cierto que le salió muy costoso ese sistema de financiación a la demandante, ese era un riesgo que debe asumir ella, a lo que se suma que la demandada nunca supo de los intereses de mora y costos de administración que la demandante pagó a la Leasing, contrato del cual nunca se enteró, siendo el deber de aquella gestionar un préstamo financiero ordinario, lo que tampoco cumplió; además, recuerda que en el contrato se pactó, que si el préstamo no se hacía por causa no imputable a la beneficiaria de área, entonces, la promotora debía devolver el dinero recibido como anticipo, pero ese trámite no se solicitó por la demandante y por eso existió incumplimiento de su parte en el contrato.

Se refiere a que, de todas maneras, una vez hecho el pago del inmueble, sí se cumplió con la entrega y así consta en la escritura pública 4921, donde declara a Paz y salvo al Fideicomiso Platinum Superior y se tuvo por recibido el inmueble a entera satisfacción, sin que el cedente, ni la cesionaria del Fideicomiso, hayan hecho reclamo, ni se hayan reservado el derecho a reclamar por daños y perjuicios derivados del encargo fiduciario. Agrega, que, habiendo incumplimiento mutuo, no se podía reclamar la cláusula penal.

De otro lado, en cuanto la cesión contractual del beneficiario de área a Leasing Bancolombia, expone que si todos los derechos fueron cedidos a ésta, entonces, hay falta de legitimación en la causa de la demandante para reclamar incumplimiento del contrato y perjuicios que le hubiere causado el incumplimiento del encargo fiduciario, legitimación que se confirma con la celebración del OTROSÍ, mismo que se adicionó al contrato de encargo fiduciario, siendo la cesionaria quien hizo las declaraciones de Paz y Salvo

en favor de los legítimos tradentes, sin que nada se haya cuestionado sobre el área entregada, calidad de la obra, etc.

Se opuso a las pretensiones y en su favor esgrimió como excepciones de mérito las que nominó: i) Falta de Legitimación en la causa por Pasiva; **ii)** Cumplimiento total del contrato por el promotor y la Fiduciaria y extinción de las obligaciones derivadas del contrato; **iii)** Improcedencia del cobro de intereses a título de daño emergente y lucro cesante por existir pacto de cláusula penal que excluye los dos primeros; **iv)** *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*; v) mala fe de la demandante; vi) Prescripción y Caducidad de la Acción.

**4. La sentencia apelada.** Fenecido el trámite del proceso previsto en el C. G. del P., incluido el decreto de pruebas, el juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad profirió sentencia el pasado 29 de octubre del 2018, en donde concedió parcialmente las pretensiones, pues halló probado el incumplimiento de la demandada y por eso la condenó a pagar la suma de \$290.363.606 a manera de Daño Emergente, perjuicio que se presentó debido a los intereses de plazo pagados en exceso por el incumplimiento de la demandada en hacer la tradición del inmueble y de paso incumplir el contrato de encargo fiduciario. También produjo condena por la suma de \$19.035.000 en que fue pactada la cláusula penal, al tiempo que denegó el resto de pretensiones, pero condenó en costas.

La juez del caso no vio dificultad para fallar de fondo, pues halló existencia del vínculo contractual, mismo que la demandada no negó. Halló prueba del contrato del encargo fiduciario, con un plazo de 26 meses siguientes al punto de equilibrio y 120 días calendario adicionales al plazo de entrega, para un total de 30 meses, cuyo incumplimiento le generaría al promotor pagar a manera de compensación indemnizatoria y durante cuatro meses una suma mensual del 5% durante los primeros cuatro meses que el fideicomisario haya pagado por dicho fideicomiso, pero de continuar el incumplimiento daría paso al pago de la cláusula penal.



También encontró la prueba del contrato donde se demuestra que Leasing Bancolombia adquirió la calidad de beneficiario de área por cesión de la posición contractual, lo que se demuestra con la copia de la cesión de los derechos de fideicomiso aportado con la demanda, aparte de la negociación entre ellas. Resalta cómo en audiencia se aportó por el testigo Santiago Penagos copia de la escritura 11977 del 19 septiembre 2017, mediante la cual la nueva administradora del fideicomiso Alianza Fiduciaria, transfiere el dominio a la sociedad demandante, en cumplimiento de la orden de los fideicomitentes. También resalta cómo el testigo mencionado aportó certificado de registro que identifica el inmueble que recibió la sociedad demandante y la certificación de Bancolombia sobre los intereses recibidos, al tiempo que se aclaró por la contadora de la sociedad demandante, que el monto de los intereses pagados ascendió a la suma de \$336.000.000, pero sólo se exige el pago de \$326.000.000 porque era lo que se había pagado hasta ese momento.

Advierte cómo finalmente no fue la sociedad demandada la que terminó de hacer la construcción, pues al momento de la venta del proyecto a un tercero, solo se había construido el 90% de la obra y que por esa razón la demandada no fue quien entregó el inmueble ni hizo la tradición. Que la demandante hubo de pagar intereses de más a la Leasing Bancolombia, mientras se recibía jurídicamente el local, pero en el entretanto esas cuotas no cubrían el capital. Finalmente, fue el banco quien pagó a la fiduciaria todo el dinero del valor de los inmuebles, mientras que la demandante como beneficiaria de área debió ceder los derechos para que operara el Leasing.

Halló incumplimiento de la demandada y que el acta de entrega de los inmuebles no se admite en su plenitud, porque eran precarias las condiciones del inmueble o local cuando fue entregado, mismo que no se podía explotar de acuerdo a sus destinación comercial y la entrega se hizo sin haberse terminado el proyecto, habiéndose entregado sin acometidas para servicios públicos de acueducto y energía y los parqueaderos que no estaban terminados, sin que fuera la sociedad demandada quien entregara la misma, sino que la transferencia se hizo en el año 2017 por la nueva adquirente, sin



que le quepa ninguna culpa a la Fiduciaria en el retardo de la obra y su entrega, ya que no era ella quien tenía esa responsabilidad, siéndole imposible entregar lo que no se había construido.

Que finalmente la demandante y Leasing Bancolombia tuvieron que terminar el contrato de leasing, sin que exista incumplimiento de la parte demandante en el pago del precio, ya que fue Bancolombia la que pagó todo.

Que el incumplimiento produjo daño a la demandante, por los intereses de plazo que se produjeron por culpa de la promotora, aclarando que había adquirido los recursos en el modelo financiero del Leasing, lo que le impuso ceder los derechos a la Leasing, operación por la cual debió pagar intereses de plazo, sin que pudieran ser abonados a capital.

Que contractualmente el pago podía hacerse por cuotas o con un crédito y por eso la demandante adquirió el crédito Leasing, por lo que, si bien hubo cesión de la posición contractual, no obstante, debe analizarse dentro de la modalidad del crédito por la forma de financiación a través del Leasing, que la misma demandada era quien debía transferir el dominio del bien y no lo hizo, como lo muestra dicho incumplimiento de los plazos, sin que la demandante hubiere incumplido en su obligación de pagar el precio. Que el banco sí pagó 571 millones por el precio y por eso no hay falta de legitimación por activa, representada en los intereses que la demandante debió pagar de más por esos anticipos.

Sobre la cláusula penal dijo la funcionaria que se hace efectiva por el incumplimiento de la cláusula décima segunda y condenó a su pago, pero respecto del cobro de los \$42.000.000 que reclama por lucro cesante pasó a negarlos por falta de prueba.

**5. El recurso de apelación.** Únicamente apeló el apoderado de la demandada, para oponerse a la sentencia, al respecto elevó los siguientes cargos: **a) Que hay falta de legitimación tanto por activa como por pasiva,** pues, de un lado, al existir la cesión contractual de la posición como

beneficiario de área, hecho ocurrido en febrero del 2010, desde ese momento el único habilitado para cualquier reclamación no es otro que la Leasing Bancolombia S.A., al tiempo que la demandada tampoco debe resistir las pretensiones, puesto que para el momento en que debió hacerse la titulación y tradición del local vendido ya ésta no era la promotora en el fideicomiso, puesto que se había vendido el proyecto a la nueva persona jurídica que terminó la construcción, habiéndose constituido una nueva fiducia.

Explica, además, que la inicial compradora y beneficiaria de área se obligó al pago del saldo restante a través de un préstamo bancario y que nunca a través de un contrato de Leasing. Que, al convertirse la Leasing Bancolombia en la beneficiaria de área, luego, ya no podía hacerse la transferencia o entrega directamente a la demandante sino a Bancolombia, convirtiéndose ésta en la única legitimada para pedir la declaración de incumplimiento del contrato y la condigna reclamación de perjuicios, por lo que acusa a la demandante de no estar legitimada por activa. Insiste en que la demandante, para cumplir con el pago del precio, debió tramitar y obtener un préstamo bancario con respaldo en hipoteca y que no a través del sistema Leasing, sin que se haya dado cumplimiento a la cláusula primera b), ya que dentro 30 días siguientes no se solicitó a Bancolombia el crédito y por eso se incumplió, porque si bien se envió un correo electrónico, esto se hizo meses después.

**b) Que la sociedad Laboratorio Médico Las Américas es contratante incumplida**, pues si bien el pago del inmueble por valor de \$634.500 se hizo en forma completa, no obstante, el pago estuvo por fuera del término contractual, puesto que para febrero 26 del 2010 de \$570.050.000 en que se hizo el último pago parcial, esa calenda estaba por fuera del término contractual, lo que traduce un incumplimiento por parte de la sociedad demandante, lo que le quita interés para demandar.

**c) Que la demandada sí cumplió con la entrega material y jurídica del inmueble al menos hasta donde podía y estaba obligada hacerlo**, porque, en cuanto la entrega material y de cara al suministro de los servicios públicos

estos estaban siendo prestados, pero explica que, en esa clase de ventas de inmuebles nuevos, siempre se hace entrega provisional por la PH, sin que por el hecho de que la lectura del consumo de energía estuviera pendiente, eso pudiera significar que no se estaban prestando los servicios públicos. Que en la Cláusula 9ª del contrato de encargo fiduciario, quedó condicionada la entrega a la existencia de requisitos mínimos y ello prevalece porque el contrato no fue modificado en ese sentido, máxime cuando para agosto del 2010 no se tenían los servicios públicos de la Torre II individualizados.

Que el contrato de compraventa tuvo siempre como objeto el local y nunca los parqueaderos, mismos que hacen parte de otro contrato. Que no es cierto que la oficina no se entregó en buenas condiciones y por eso no se hizo reserva alguna en el acta de entrega por parte de la demandante quien recibió el inmueble.

**d) En cuanto la entrega jurídica,** sostiene que no hay novedad y tampoco frente a la escrituración, misma que sería entregada por la fiduciaria, puesto que el promotor solo podía haberlo hecho en el evento de haber sido quien terminara la construcción y recibido los servicios públicos oficiales de EEPP, lo que sólo era posible si los Paz y Salvos estuvieren vigentes y para expedirlos era catastro la entidad que debía expedirlos. Además, que no se estipuló fecha cierta para la entrega. Que esos son proyectos que no se construyen en uno o dos años, lo que justifica que en la cláusula novena se haya puesto en suspenso el cumplimiento para la entrega, para repetir que la escritura no correspondía otorgarla a la aquí demandada, como tampoco era la encargada de hacer la entrega a la demandante, puesto que desde el año 2010 el beneficiario de área ya no era la demandante sino Leasing Bancolombia. Así se diga por el despacho que era advertible y una forma de adquirir los créditos y no podían el Promotor y la Fiduciaria advertir que se iba hacer por la vía Leasing, sino que se iba contratar con un crédito hipotecario y nunca bajo el esquema de Leasing, sin que en la cláusula primera siquiera se insinúe esa forma de financiación.

**e) Que la demandante no aportó la solicitud de crédito del banco y mucho menos probó cuándo ocurrió el punto de equilibrio,** fecha de referencia para el nacimiento de las obligaciones y su exigibilidad, porque cuando se logra ese punto se desiste del contrato fiduciario. Por ahí mismo repite que a partir de la cesión era el leasing la beneficiaria de área, habiéndose subrogado en todos los derechos, razón por la cual niega que el pago anticipado que la demandante hizo a la Leasing pueda vincular a las demandadas, máxime cuando si bien ese pago pudo causar la readquisición de la posición de beneficiario de área en la demandante, no obstante, ese acto no le fue comunicado ni aceptado por el promotor y tampoco le era posible a la demandada hacer esa titulación y tradición, simplemente porque de acuerdo con la escritura 4921 del 18 de septiembre del 2015, ya la Fiduciaria Corficolombiana le había transferido a la Fiduciaria Alianza todos los derechos sobre el proyecto de construcción vinculado al Fideicomiso PLATINUM y Corficolombiana ya no podía ser receptora de los cambios que surgieran entre la fiduciaria y Leasing Bancolombia. Que a partir de ese momento Corficolombiana no tenía manejo del inmueble ni cómo disponer de las unidades construidas, esto es, que las obligaciones pasaron a la nueva fiduciaria Alianza y para eso se firmó el contrato de compraventa del proyecto, sin que fuera la Fiduciaria Alianza vinculada al proceso. Que el nacimiento de esa nueva Fiducia llamada **“Altos del Tesoro”**, de donde se deduce que para esa celenda el promotor ya no era Platinum Superior y a partir de allí desapreció su facultad de obrar, además que la obligación de traditar era de Corficolombiana y luego de los nuevos adquirentes, por lo que ya no había razón para imputarle incumplimiento a Platinum Superior y no como lo dice el despacho, porque entonces la cesión de ese contrato resultaba inocua. Tampoco la entrega fue simbólica porque no se hizo con servicios, pues sí los tenía.

Que al trámite no fueron vinculadas la Fiduciaria Corficolombiana ni Alianza Fiduciaria, siendo que allí nació el nuevo patrimonio, por lo que estima debieron ser vinculadas.

Expuestos de esa manera los antecedentes, ahora el proceso se pone en punto de definiciones propias de la segunda instancia y a ello se procede, previas las siguientes,

## **I. 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, además, que no se observan irregularidades procesales que tipifiquen una nulidad.

**2. De la falta de legitimación por activa y por pasiva que alega el demandado.** Para despachar el presente cargo, se hace pertinente traer a cita, de manera previa, algunos temas puntuales, mismos que ayudarán a resolver la cuestión.

**2.1.** Sobre la diferencia entre la cesión del contrato o la que algunos llaman cesión de la posición contractual y la cesión del crédito, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

*“En la cesión de contrato, el contratante cedente es sustituido por un tercero (cesionario), en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato. (...). **Por su virtud, el tercero cesionario adquiere del contratante cedente la posición o situación jurídica que le corresponde, sustituyéndolo, en la totalidad o en un segmento de las relaciones jurídicas (...). No se trata de una cesión de crédito, acción, pretensión o derecho, sino de toda o parte de la relación jurídica emanada del contrato y, por consiguiente, de la posición de contratante, en tanto el cesionario sustituye al cedente en los derechos y obligaciones, adquiere la calidad de acreedor y deudor así sea en el fragmento al cual concierne, distinguiéndose así de la cesión de un crédito,***

*derecho, acción o pretensión y de la asunción de la deuda". (...) La cesión del contrato envuelve la posición de parte y, por ende, el tercero cesionario podrá ejercer frente al contratante cedido los derechos, acciones y pretensiones correspondientes al contratante cedente, quien podrá oponer las mismas excepciones y ejercer los mismos derechos, acciones y pretensiones que tenía frente al cedente, salvo las inherentes a la calidad o estado personal de las partes o a causas ajenas al contrato" (Sent. Cas. Civ., 19 de octubre de 2011, Exp. N<sup>o</sup> 2001 00847 01).*

Debe advertirse, entonces, que lo esencial en este tipo de cesión de la posición contractual, para que tenga efectos plenos entre sus celebrantes, es que todos los intervinientes o celebrantes que integran las partes en la cadena contractual cuyo contrato es cedido, tengan conocimiento de la cesión, máxime, en un negocio jurídico como lo es el **encargo fiduciario de vinculación al Fideicomiso**, que encierra una triangulación contractual, entre los beneficiarios de área (constituyente), beneficiario (fideicomitente) y La Fiduciaria (fiduciante), por ello, cuando se trata de la cesión que hace el beneficiario de área a un tercero, la finalidad se cumple mediante la aceptación expresa o tácita de quienes, en últimas, **están vinculados contractualmente al Fideicomiso**, en calidad de beneficiarios fideicomitentes o promotores, por lo que el cesionario viene a ocupar el lugar del beneficiario de área que vendría a quedar desconectado del negocio fiduciario.

**2.2.** De esta forma, a la luz de la jurisprudencia recién citada, dicho negocio jurídico celebrado entre Laboratorio Médico Las Américas Ltda. y la Leasing Bancolombia S.A., debe ser entendido como una cesión del contrato o de la posición contractual, por ende, es dable colegir que lo que se cedió entre la sociedad aquí demandante y la Leasing Bancolombia S.A., en realidad fue la posición de beneficiario de área en el contrato de Fiducia Mercantil de Administración, misma cesión que estaba permitida por la Cláusula VIGÉSIMA del contrato de vinculación al fideicomiso o denominado aquí

ENCARGO FIDUCIARIO INDIVIDUAL, cláusula que reza: ***“CESIÓN. EL CONSTITUYENTE podrá ceder en todo o en parte el presente encargo, previo visto bueno de EL PROMOTOR.”***. Cesión que, para su oponibilidad, según quedó dicho, requería de la aquiescencia del Promotor constructor, consentimiento que éste último otorgó en forma tácita (f. 188), además, con la aquiescencia tácita de la Fiduciaria, como se desprende del documento aportado a f. 188, en el cual a pesar que se les notificó personalmente la cesión, sin embargo, no hicieron ninguna manifestación en contra y por eso se entiende conocida y aceptada la cesión, pues se les notificó para que se pronunciaran sobre dicho negocio y guardaron silencio, esto es, asintieron en la cesión.

**2.3.** Pero muy a pesar de los efectos de la cesión contractual como ha quedado expuesto, ha de verse cómo aquí ocurrió una situación especial, pues el beneficiario de área cedente no se desvinculó en un todo de los efectos del contrato de encargo fiduciario como beneficiario de área, pues la cesión que hizo del contrato fue movida por la decisión de conseguir una forma de financiamiento comercial a través de un contrato de Leasing, donde el locatario es quien escoge el activo que quiere adquirir por el sistema de financiación Leasing y, al tiempo, es quien queda autorizado y hasta obligado a recibir el inmueble para su uso, como más adelante se explicará en detalle, por lo que si aquí la titulación y tradición del inmueble se retardó por razones ajenas a Bancolombia Leasing y al locatario, ha de verse cómo éste al tener una expectativa legítima en el cumplimiento del contrato de Encargo Fiduciario por parte del Promotor y Fideicomitente Platinum Superior SAS frente a la beneficiaria de área Leasing Bancolombia S.A., está legitimado para demandar los perjuicios que el retardo en dicho traspaso y en la irregular entrega de la propiedad le hayan ocasionado.

**3. Del leasing Habitacional Financiero.** En cuanto al contrato de Leasing Habitacional, definición que se hace extensiva al Leasing Empresarial Financiero, oportunas e ilustrativas resultan las palabras que citaremos *in extenso* del autorizado tratadista nacional LUIS GONZALO BAENA CÁRDENAS, experto profesor, abogado y litigante en materia Civil y mercantil, destacado profesor de la U. Externado de Colombia, quien –para



lo que nos interesa en esta decisión-, en su obra EL LEASING HABITACIONAL tiene dicho:

**“I. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS EMPRESAS DE LEASING.**

*Siguiendo los lineamientos de los decretos 1787 del 2004 y 913 de 1993, en concordancia con las disposiciones de la convención de Ottawa, podemos decir que en una operación de Leasing habitacional la empresa de Leasing asume el cumplimiento de las obligaciones especiales que se señalan a continuación:*

*1. Por principio, la empresa de leasing está obligada a realizar todos los actos que, como la adquisición del derecho de propiedad del bien objeto de leasing, resultan indispensables para que el usuario pueda ejercer su derecho a usar y gozar del mismo, sin asumir por ese concepto el riesgo de su entrega ni de su incumplimiento o retardo. La adquisición del pleno derecho de propiedad del bien objeto de leasing se efectúa en interés, a instancias y con sujeción a las instrucciones impartidas por el usuario.*

*En todo caso, la empresa de leasing debe conservar el derecho de dominio sobre el inmueble entregado en leasing hasta tanto el cliente usuario ejerza la opción de adquisición y pague su valor. Así lo dispone el art. 8°. Del Decreto 1787 de 2004 en concordancia con el inciso 2°. artículo 2°. del Decreto 913 de 1993.*

*Ahora bien, el “contrato de adquisición” que se celebra entre el proveedor y la empresa de leasing “[...] puede revestir muchas formas, en la medida en que represente la fuente de un derecho para la compañía de leasing de obtener la transferencia del dominio de un bien a su favor, y la obligación correlativa del proveedor del bien de transferir el dominio.*

*“De ordinario el contrato típico de adquisición es el contrato de compraventa, pero también lo puede ser otro tipo contractual [...].*

*Ese contrato de adquisición puede ser cronológicamente anterior o concomitante a la celebración del leasing. No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el Título Tercero, Capítulo Tercero de la Circular Básica*

*jurídica originaria de la superintendencia Bancaria, tratándose de empresas de leasing organizadas como compañías de financiamiento comercial, ese contrato de adquisición debe ser cronológicamente posterior a la celebración del leasing, toda vez que la capacidad jurídica de tales entidades se circunscriben a financiar el uso y goce de los activos objeto del negocio y no a su comercialización; por consiguiente, la adquisición de activos para ser entregados en el leasing única y exclusivamente puede tener como causa la celebración de este género de negocios.*

*Resumiendo, tenemos que las relaciones jurídicas entre el proveedor y la empresa de leasing pueden concentrar su fuente, entre otros, en cualquiera de los siguientes negocios jurídicos:*

- a. Los que constituyan título traslativo de dominio, como, por ejemplo, la compraventa, la permuta, la donación, la adjudicación en remate o subastas públicas, etc.;*
- b. Contratos de sociedad;*
- c. Contratos de fiducia mercantil.*

*Para efectos de nuestro estudio, únicamente nos interesa analizar aquellas relaciones jurídicas entre el proveedor y la empresa de leasing que encuentra su fuente en un contrato de compraventa. En este caso, como se sabe, el vendedor fundamentalmente se obliga a traditar la cosa y sanear los vicios, a tiempo que el comprador se obliga a pagar el precio y recibir la cosa.*

*Por lo que concierne a la obligación de traditar, cuando su objeto lo constituye bienes inmuebles su cumplimiento se lleva a cabo mediante el registro de la correspondiente escritura pública de venta en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y privados del lugar de su ubicación y la entrega material del bien objeto del contrato, tal y como lo disponen el art. 922 del Código de Comercio.*

*De esta suerte, entonces, si únicamente se hace el registro de la correspondiente escritura pública de venta pero no se verifica la entrega o viceversa, no habrá habido tradición válida y, por lo tanto, el vendedor*

*estará frente a una situación del incumplimiento con todas las consecuencias que de ello se derivan.*

*Huelga advertir que en el aspecto que se comenta se encuentra una diferencia entre los ordenamientos comercial y civil. En este último la tradición se efectúa con el respectivo registro del título adquisitivo del dominio en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos y privados del lugar de ubicación del bien, tal y como lo disponen los artículos 756, 12880 del Código Civil.*

*No obstante, la jurisprudencia nacional ha expresado que en la materia es necesario que se verifiquen los dos actos: el registro del título y la entrega material, ya que es de elemental sentido común suponer que “[...] quien pacta con otro para adquirir un inmueble no lo hace jamás con el simple propósito de hacerse a un título sobre la cosa o a un derecho más o menos abstracto sobre ella, sino para tener la cosa misma y poder usarla, gozarla y disfrutarla, pues esa y no otra es la finalidad de la adquisición, [...] y es ese precisamente el motivo y el fundamento económico que mueve la voluntad de quien paga un precio [...] o en cualquier forma legal adquiere un inmueble. De ahí que el Código Civil [...] hubiera establecido que la obligación de dar comprende la de entregar la cosa (art. 1605). Esa regla esencial domina todo el campo de la adquisición del derecho de propiedad, raíz o mueble [...].*

*Ahora bien, como la tradición se materializa a través de la entrega del bien que el deudor se obligó a dar, ella debe efectuarse dentro del plazo estipulado contractualmente y, en su defecto, dentro de las veinticuatro horas siguientes al perfeccionamiento del contrato, salvo que de la naturaleza de este o de la forma como la entrega deba hacerse se concluya que para verificarla se requiere de un plazo mayor (art. 924 C. Comercio).*

*Este aspecto del cumplimiento de la obligación de traditar que comentamos cobra particular importancia en el ámbito de una operación de leasing puesto que siendo el motivo y fundamento económico del cliente usuario el poder usar gozar y disfrutar del bien objeto de la misma, no se remite a duda que al lado de la obligación a cargo del proveedor*

de transferir el dominio debe existir otra obligación de hacerle entrega física de tales bienes al usuario.

**A este respecto, el artículo 10° de la convención de Ottawa señala que las obligaciones del proveedor nacidas del contrato de adquisición también pueden ser exigidas por el cliente, usuario, como si éste hubiere sido parte en este negocio y como si el bien debiera serle entregado directamente a él. (subayas y resaltado del Tribunal)**

En concordancia con este precepto, el artículo 12 ibidem consagra a favor del usuario y frente a la empresa de leasing la facultad de rechazar el bien o de dar por terminado el contrato en caso de falta de entrega, entrega tardía o entrega de un bien que no corresponde a las especificaciones del contrato de adquisición.

Conforme a las disposiciones en comento es posible extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, salvo pacto expreso en contrario, la entrega material del bien debe efectuarla el proveedor directamente al usuario;

En segundo lugar, el incumplimiento de la obligación de traditar faculta a la empresa de leasing y al usuario para demandar al proveedor y exigirle el reconocimiento y pago de los perjuicios causados. En todo caso, el proveedor no podrá ser demandado dos veces por la misma causa;

Finalmente, el usuario puede optar por demandar al proveedor conforme a lo visto en el párrafo anterior, rechazar el bien y devolvérselo directamente a la empresa de leasing, o resiliar el contrato, vale decir, darlo por terminado unilateralmente, caso en el cual podrá recuperar el precio pagado hasta la fecha, previa deducción de una suma razonable por el beneficio obtenido por el uso del bien que se establecerá pericialmente. No obstante, la facultad de rechazar el bien y resiliar es renunciable contractualmente.”

3.1. Para la Sala mayoritaria es perfectamente aplicable y puede extenderse esa misma teoría sobre el Leasing Habitacional para explicar el contrato de Leasing Empresarial -como el que aquí nos convoca-, pues nótese cómo el autor no se apoya en ninguna cláusula especial aplicable solamente al contrato de Leasing habitacional, sino que acogió las reglas generales para el contrato de Leasing que son las únicas que existen, aunque decidió en su artículo tratar en concreto el tema del leasing habitacional, quizás por ser esa práctica de mayor uso en nuestro país, a lo que se suma que la regla de la convención de Ottawa citada por el tratadista, se diseñó para aplicarla en general al contrato de **“leasing financiero internacional”, concebido en el tratado UNIDROIT**, lo que demuestra cómo las precisiones explicadas por Baena Cárdenas en el artículo citado, resultan perfectamente aplicables al presente contrato de LEASING EMPRESARIAL, no sólo frente a la entrega material del inmueble, sino también respecto de la tradición, pues, ha de verse cómo la cesión de la posición contractual en el encargo fiduciario que hizo el Laboratorio Médico Las Américas en favor de Leasing Bancolombia, estuvo precedido de la celebración del contrato de Leasing, en el que se identifica plenamente el objeto del inmueble comercial que como activo siempre pretendió adquirir la demandante, negocio del cual nunca se separó, porque siempre estuvo pendiente de su cumplimiento, pues al fin y al cabo mediante el sistema Leasing iba a ser el usuario o locatario único, porque para eso celebró dicho contrato y el promotor y fiduciario conocía esa circunstancia, porque a él se notificó la cesión del contrato de fiducia individual, en el que constaba ese hecho, tal y cual consta en los ANTECEDENTES y tal cual quedó regulado en la cláusula 4. del contrato de Leasing (f. 31 c. 1),

Por consiguiente, Platinum Superior SAS sí sabía a quién debía hacerse a tiempo la tradición del inmueble construido y a quién debía entregársele finalmente el local 9902 y no era otra persona que a la sociedad aquí demandante, como también por su condición de profesional en la construcción y venta de propiedad inmueble a gran escala, debía saber el funcionamiento del contrato de Leasing, por lo que la demora en la entrega jurídica en cuanto la titulación y tradición, resulta un hecho que debió

producirle perjuicios a la aquí demandante, mismos que aquí se reclaman y eso **se** produce la legitimación por activa.

**3.2.** En cuanto la legitimación en la causa citamos a la CSJ<sup>1</sup> en lo que interesa.

*3.La legitimación en la causa, o sea, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), tiene sentado la reiterada jurisprudencia de la Sala, “es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste” (Cas. Civ. sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), en tanto, “según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la ‘legitimatío ad causam’ consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)” (CXXXVIII, 364/65), por lo cual, “el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular” (Cas. Civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01).*

**3.3.** Y es que la legitimación en la causa tanto por activa y por pasiva resulta siendo un presupuesto de la sentencia que habilita al juez a despachar de fondo las pretensiones de la demanda y las excepciones del demandado, puesto que, como es pacífico en la jurisprudencia de la Corte, cuyo precedente es reiterado en la SC16279-2016: “La prosperidad de la pretensión depende, entre otros requisitos, según la jurisprudencia de esta Sala, de que «se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho

<sup>1</sup> CSJ SC 14 de octubre del 2010 Referencia: 11001-3101-003-2001-00855-01, MP William Namén Vargas.



*puede ser reclamado (...). Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628, reiterado en CSJ SC, 26 Jul. 2013, Rad. 2004-00263-01).*

**3.4.** En cuanto a la legitimación en la causa frente a la responsabilidad contractual -en ocasiones-, puede romperse el principio de la relatividad de los contratos, en el sentido que es posible que haya terceros con interés en el cumplimiento del mismo, por lo que también frente a estos y claro está, en determinados casos puntuales, es un hecho admitir la legitimación cuando demuestren esos terceros relativos tener un interés real y cierto, como, por ejemplo, la que tiene el que ha demandado a otro para que se declare en su favor un derecho o se profiera una condena, como, puede ocurrir en el contrato de Leasing financiero, pues, como ya hubo ocasión de anunciarlo, no estamos frente a un caso de falta de interés jurídico para actuar, tema frente al cual en la misma SC16279-2016 atrás citada, con Radicación n° 05001-31-10-013-2004-00197-01, del 11 de noviembre de dos mil dieciséis, la Sala de Casación Civil de la Corte recordó su precedente en cuanto:

*“Modernamente la expresión «interés para obrar» ha sido sustituida por la de «interés jurídico para obrar», a fin de evitar confusiones con el interés general en el ejercicio de las acciones judiciales como instrumento de composición de las controversias (interés para accionar).*

*A ella refirió esta Corporación para destacar que:*

*(...) ‘en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés’; es más, con ese perjuicio ‘...es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas, o porque sufran desmedro en su integridad’. Así se ha expresado ésta Corporación, añadiendo que ‘el derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mismo que el perjuicio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro ... en las acciones de esa naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan*



*en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir un estado de hecho contrario al derecho' (G. J. LXII P. 431)' (Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016;...).*

*Vistas así las cosas, es pertinente añadir que el interés por el que se indaga 'no es distinto al presupuesto material del interés para obrar que debe exhibir cualquier demandante, entendiendo por este el beneficio o utilidad que se derivaría del despacho favorable de la pretensión, el cual se traduce en el motivo o causa privada que determina la necesidad de demandar, que además de la relevancia jurídico sustancial, debe ser concreto, o sea existir para el caso particular y con referencia a una determinada relación sustancial; serio en tanto la sentencia favorable confiera un beneficio económico o moral... y actual, porque el interés debe existir para el momento de la demanda, descartándose por consiguiente las meras expectativas o las eventualidades, tales como los derechos futuros' (Cas. Civ., sentencia 031 del 2 de agosto de 1999, expediente No. 4937;...) (CSJ SC, 18 Sep. 2013, Rad. 200500027-01, citada en CSJ SC2379, 26 Feb. 2016, Rad. 2002-00897-01; el subrayado es propio)."*

**3.5. En conclusión, no es cierto que haya falta de legitimación de la demandante, por el mero hecho de haber hecho la cesión de la posición contractual en favor de la fiducia Bancolombia S.A., y para el efecto explica la Sala:**

Debe hacer claridad la Sala Mayoritaria que jurídicamente los efectos de la cesión de la posición contractual, debería producir la desvinculación del contratante cedente, cuyas obligaciones y expectativas en el contrato pasarían por entero al cesionario, previa la aceptación del contratante cedido; sin embargo, aquí estamos en presencia de una especie de contratos coligados, pues nadie discute que el contrato de Leasing, a pesar de ser autónomo, de todas maneras conlleva cierta interdependencia con el contrato de Encargo Fiduciario y la posterior adquisición por compraventa del inmueble, pues nadie puede discutir que aquí la Leasing Bancolombia no podía adquirir un inmueble distinto que el local o consultorio 9902 del Proyecto PLATINUM SUPERIOR, porque así se lo ordenó a través de un

mandato el locatario “**Laboratorio Médico Las Américas**”, mismo que quedó obligado a recibir el inmueble para usarlo, dentro de la ejecución del arrendamiento Financiero Empresarial con opción de compra, como quedó consignado en el punto 4. Del contrato de Leasing (f. 21 c. 1), lo que implica que el cumplimiento de los demás contratos de Encargo Fiduciario individual y la posterior compraventa, hacían depender en gran medida que pudiera ejecutarse el contrato de Leasing Financiero Empresarial –como el que aquí se celebró-; luego, ese periodo en que el demandante abandonó su condición de beneficiario de área para cedérsela a la Leasing Bancolombia, no lo convirtió en un extraño absoluto o tercero absoluto en el contrato, sino que lo convirtió en un tercero relativo, gracias a la coligación ya mencionada y es por eso que en forma contundente debe concluir la Sala del Tribunal en forma Mayoritaria, que la demandante sí tenía un interés legítimo en el contrato para pedir la indemnización de perjuicios, tanto por la demora en la titulación y tradición del inmueble, como por la entrega deficiente del inmueble antes de su tradición para poderlo explotar en forma debida.

Pero es que finalmente la misma locataria decidió pagar a la Leasing el valor de los anticipos o del precio que había pagado Bancolombia por la compra del inmueble, y tanto fue así que a la demandante se le hizo directamente la escritura pública de compraventa, hecho que confirma cómo nunca estuvo desvinculada de las resultas de la entrega material ni jurídica del inmueble y por eso la legitimación por activa nadie debe ponerla en duda.

**3.6.** Dicho de otro modo, en cuanto la supuesta falta de legitimación por activa que alega la demandada, hay que decir que en el presente caso sí existe un interés de la sociedad demandante en pedir la declaración del incumplimiento contractual por la tardía construcción y mala entrega del inmueble, así como por la tardanza en la titulación y tradición del inmueble, hechos que derivaron perjuicios económicos para ella, puesto que si bien hubo cesión de la posición contractual que hizo la demandante a Leasing Bancolombia -respecto del contrato de Encargo Fiduciario Individual que produjo la vinculación de Laboratorio Médico Las Américas como beneficiario de área-, no obstante, esa fue una estrategia para cumplir con el pago y por eso el contrato de

Leasing Empresarial no es otra cosa que una modalidad exclusiva del mercado financiero sobre un sofisticado modo de financiación de activos empresariales, actividad controlada por el Estado a través de la Superfinanciera, para la financiación y adquisición de activos del comerciante, habida cuenta que lo importante era pagar el valor de los inmuebles, sin importar que en principio y para asegurar el pago del resto del precio sobre el inmueble, la sociedad demandante Laboratorio médico Las Américas se hubiere comprometido a conseguir un préstamo bancario ordinario o hipotecario, aunque finalmente acogiera el sistema de fiducia mercantil o arriendo financiero con opción de compra, método que en el fondo también le permitiría cumplir con el pago, como realmente se hizo y sin que la demandada pueda reprochar nada acerca de esa forma de financiación para enrostrar incumplimiento a la demandante.

**3.7.** Es que, a riesgo de ser reiterativos, aquí la demandante nunca quiso separarse de los efectos del contrato de compraventa para quedar como un tercero totalmente ajeno o extraño a la compraventa que finalmente se produjo entre la demandada y la Leasing Bancolombia, pues nótese cómo finalmente si bien Leasing Bancolombia pagó el valor de los inmuebles, sin embargo, condicionó a la vendedora para hacer la entrega a Laboratorio médico Las Américas y, tanto fue así, que a ésta y solo a ésta fue a quien el nuevo fiduciario le terminó haciendo la transferencia de la propiedad, lo que demuestra que nunca la demandante se quiso desprender o marginarse del negocio jurídico de encargo fiduciario, pues siempre estuvo allí para cumplir, así fuese a través de la modalidad del leasing Financiero, al punto que finalmente resultó como la única dueña de esas unidades comerciales inmobiliarias.

En corolario de lo expuesto, no se remite a duda el interés que siempre mantuvo la sociedad demandante en que se llevara a cabo la compraventa, así durante el trayecto de la negociación haya terminado cediendo su posición contractual en el contrato de vinculación fiduciaria donde adquirió la calidad de beneficiaria de área, posición que cedió a Leasing Bancolombia, pero siempre con el conocimiento y la aceptación del constructor y por eso se

explica que finalmente la entrega se hizo a la demandante, pues por un lado u otro era a ésta a quien debía hacerse la entrega y por esa razón no puede salir a flote la excepción de falta de legitimación alegada por la constructora demandada.

**3.8.** Tampoco existe falta de legitimación en la parte demandada, pues si bien el Fideicomiso Platinum Superior fue creado por Centro Sur S.A. como fideicomitente A y por Platinum Superior S.A. hoy Platinum Superior SAS como Fideicomitente B, se dejó muy en claro que sería esta última la constructora –en su calidad de Fideicomitente B-, la única responsable frente al proyecto Platinum Superior, razón por la cual aquélla no está siendo demandada sino que lo fue sólo Platinum Superior SAS, quien contestó la demanda sin protestar nada al respecto. Entre tanto, el contrato de fiducia PLATINUM SUPERIOR que se había celebrado con CORFICOLOMBIANA S.A., más adelante hubo de darse por terminado debido a las dificultades económicas y financieras del PROMOTOR, terminación que se hizo sin que culminara la construcción cuyos derechos fueron cedidos a la fiducia ALTO TESORO, misma que se creó como una nueva fiducia, la cual terminó de construir y entregar el proyecto, sin embargo y de todas maneras, aquí se acusa principalmente a Platinum Superior SAS es de haber causado el retraso en la entrega jurídica del inmueble, lo que generó perjuicios a la locataria en el leasing, que aunque tercera frente al contrato de encargo fiduciario, no obstante era apenas una tercera relativa por la coligación de contratos ya referida, sin que la demandada haya presentado prueba de que en la transferencia por venta de la fiducia Platinum Superior a la nueva Fiducia Alto tesoro, constructora que vino a terminar el proyecto, sin que se hiciera cargo de cualquier responsabilidad contractual en el retardo de las obras y que esa cesión hubiere sido aceptada por los beneficiarios de área, luego, debe responder la demandada frente al incumplimiento que haya generado perjuicios a los beneficiarios de área y frente a los terceros que demuestren el daño que se les haya ocasionado con la demora en la construcción y el incumplimiento de parte de PLATINUM SUPERIOR SAS, máxime cuando en el Parágrafo de la cláusula Séptima en el contrato de Transferencia de la fiducia mercantil se dice que la Fideicomitente B garantiza

a partir de la entrega y durante los 12 meses siguientes el buen funcionamiento del inmueble y atenderá las reclamaciones que se presenten durante dicho lapso por hechos que sean de su responsabilidad. (ver. F.198 vto. y 199 fte. Cuaderno 1)

**3.9.** No tiene tampoco eco en el proceso, la afirmación de la demandada cuando se apoya en que la nueva fiducia adquirente del proyecto declaró a paz y salvo al promotor y la fiduciaria que le transfirieron el proyecto, pues esa relación entre ellos nada tiene que ver con el incumplimiento que se hubiere presentado de antes frente a los beneficiarios de área y frente a terceros perjudicados, como ya habrá oportunidad de describirlo más adelante.

**4. Delimitación de la competencia del Tribunal.** 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 del apelante siempre deberá ir vinculado a lo desfavorable del fallo**, 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 del demandado recurrente, por ende, no se extenderá la revisión a lo que no fue tema de apelación<sup>2</sup>, por lo que, concretamente, el análisis de segunda instancia versará acerca de la responsabilidad declarada y los perjuicios a que fue condenada la sociedad PLATINUM SUPERIOR S.A., por la tardanza en relación con la escrituración y tradición tardía de la propiedad inmueble o local 9902.

---

<sup>2</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....”

Para desatar el recurso de apelación resulta útil referir algunos temas acerca del tipo de contratos que desataron el presente litigio.

**4.1. Del contrato de Fiducia Mercantil.** Destacamos del **contrato de fiducia mercantil**, que el legislador lo 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”*; mientras que de esa modalidad de fiducia puede surgir la directamente vinculada con la industria de la construcción como un ENCARGO FIDUCIARIO a modo de BENEFICIARIO DE ÁREA, con la finalidad de captar recursos en dinero de terceras personas interesadas en adquirir unidades privadas en forma de preventa, recursos que son administrados por la Fiduciaria, siendo esa una forma de negocio que brinda cierta garantía para los consumidores.

El contrato de fiducia mercantil implica, como aspecto esencial, la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de la finalidad determinada que, comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario sujeto a dicha finalidad.

**4.2.** 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>3</sup>.

**4.3.** 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 y Fiduciaria-**, tiene en el proyecto inmobiliario, se determinará la responsabilidad.

Así, por ejemplo, si el reclamo tiene que ver con fallas en la construcción o retardo en la construcción de la obra que genere por ahí mismo un retardo considerable en la entrega material y la tradición de las unidades privadas a los beneficiarios de área, el primer responsable es el constructor, por ser la persona bajo cuya responsabilidad se adelantó la construcción del proyecto y de las unidades privadas, por lo que como muy bien lo destacó la juez del caso, que si la construcción no estaba terminada a tiempo, luego, no era responsabilidad de la fiduciaria, quien apenas fungía como administradora del patrimonio autónomo, por lo que si aquí el retardo en la construcción, que provocó el retardo en la titulación y transferencia de los derechos de propiedad a los beneficiarios de área resultó de culpa exclusiva del constructor, luego, eso fue lo que impidió a la Fiduciaria hacer a tiempo la

<sup>3</sup> Cir. Ext. 007/96, tít. V, cap. I, num. 1., subnumeral 1.1



tradición, entonces, no hay razón para que tuviera que demandarse también a la Fiduciaria, como vanamente lo alega aquí el demandado.

**5. Del caso concreto.** En lo que viene al caso comentar, para efectos de impartir mérito al recurso de apelación, de la revisión de la situación probatoria del proceso, pronto se advierte que entre la sociedad demandante **Laboratorio Médico Las Américas** (denominada contractualmente beneficiaria de área), la demandada **PLATINUM SUPERIOR SAS**, (denominado contractualmente la beneficiaria Promotora y **FIDEICOMITENTE**), y la fiduciaria **CORFICOLOMBIANA S.A.** (denominada contractualmente la Fiduciaria), se celebró un contrato de Encargo Fiduciario Individual Platinum Superior, donde se dejó consignado como antecedentes lo siguiente: “**3. EL CONSTITUYENTE tiene la intención de vincularse al proyecto como BENEFICIARIO DE ÁREA del mencionado fideicomiso, con miras a que a la terminación de EL PROYECTO EL PROMOTOR le haga entrega material de las unidades que más adelante se identifican, y que la FIDUCIARIA le efectúe la transferencia de las mismas en los términos y condiciones previstas en el presente contrato.**” (cfr. fl. 13).

**5.1. De la prueba del Encargo Fiduciario y de la cesión del mismo.** En efecto, el contrato de **Fiducia Mercantil** a que alude el anterior encargo de Vinculación al Fideicomiso **PLATINUM SUPERIOR**, se celebró entre **PLATINUM SUPERIOR S.A.**, luego llamada o convertida en **PLATINUM SUPERIOR SAS**, siendo éste el **PROMOTOR, FIDEICOMITENTE Y CONSTRUCTOR DE LA OBRA**, y la sociedad **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**, la vocera del patrimonio autónomo, de donde se observa que, el patrimonio autónomo, en principio, estuvo conformado por los recursos provenientes de las preventas realizadas por el fideicomitente, en cuyo designio, como se lo menciona en el punto 6. del capítulo de antecedentes, surgió la obligación para el **FIDEICOMITENTE** de construir y entregar los inmuebles adquiridos a través de la preventa: “**... de manera que lo que a EL BENEFICIARIO DE AREA corresponda por todo concepto en razón de la vinculación a EL FIDEICOMISO, le será cubierto**

***exclusivamente, al momento de la transferencia, en esas determinadas unidades y en los derechos en la copropiedad, siendo en todo caso EL PROMOTOR responsable frente a EL BENEFICIARIO DE ÁREA por el desarrollo y terminación de EL PROYECTO...”, obligación que se repite con vehemencia en la cláusula: “NOVENA. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA. La escritura pública mediante la cual se transfiere el derecho de dominio y la posesión de las unidades a la que se refiere la cláusula sexta, junto con el coeficiente de copropiedad que a estas les corresponda de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal, será otorgada por LA FIDUCIARIA, como vocera de EL FIDEICOMISO, y por EL BENEFICIARIO DE ÁREA o por sus cesionarios, en la Notaría Doce /(12) de Medellín, una vez se haya cumplido por EL CONSTITUYENTE 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 EL PROMOTOR (sic), se encuentre registrado el reglamento de propiedad horizontal de EL PROYECTO y sus aclaraciones en caso de que las haya, y se hayan obtenido los paz y salvos correspondientes a las unidades que se transferirán.”***

Ahora bien, muy a propósito se cita el anterior compromiso obligacional pactado por los contratantes en el Encargo Fiduciario, pues uno de los puntos esenciales de la controversia está contenido en el acuerdo privado celebrado el **18 de septiembre del 2015**, en donde previa aceptación de **EL FIDEICOMITENTE PLATINUM SUPERIOR SAS**, la Fiduciaria CORFICOLOMBIANA como vocera del patrimonio autónomo PLATINUM SUPERIOR, transfirió a título de beneficio en Fiducia mercantil a favor de la Fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO TORRE TESORO ALTO, el derecho y la posesión material sobre los inmuebles que hacían parte del fideicomiso cedente, quedando el nuevo Fideicomiso en calidad de cesionario. A su turno, ese nuevo adquirente terminó de construir la obra e hizo la titulación y tradición en favor de la demandante Laboratorio Médico las Américas Ltda, como aparece a fl. 252 a 262 del cuaderno principal, hecho ocurrido el 19 de septiembre del 2017,

obligación que originariamente debía cumplir la anterior Fiduciaria, previo el cumplimiento del Promotor y fideicomitente en la construcción de la obra, cosa que Platinum Superior SAS no cumplió, sin que le diera la posibilidad a la Fiduciaria que hiciera la titulación y transferencia a los beneficiarios de área, en los términos consignados en el Contrato de Encargo Fiduciario individual Platinum Superior, cláusulas Novena y ss.

**5.2. Del incumplimiento del demandado y que no del demandante.** Frente a dicho incumplimiento ya mencionado del demandado, el recurrente encuentra efectos liberatorios de responsabilidad contractual ora extracontractual frente a la demandante, quien cedió su posición contractual como beneficiaria de área en favor de Leasing Bancolombia SA, no obstante, aunque aquí hubo notificación y aceptación del Fideicomitente y Promotor, por lo que tampoco sobra advertir que la H. Corte Suprema de Justicia tiene bien explicado que el consentimiento no es un requisito de validez de la cesión entre el cedente y el cesionario, pero sirve para medir sus consecuencias (artículo 894 del Código de Comercio), pues “...*una cosa es la aceptación como condición de validez (...), y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre el cedente y el cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, estos sólo se producen ‘desde la notificación o aceptación’*”<sup>4</sup>, aceptación que como vimos, se produjo a través de la notificación, sin que el Fideicomitente hubiere hecho uso de la reserva de no liberar al cedente beneficiario de área de sus efectos, que de todas maneras no parece que pudiera hacer, ya que en el mismo contrato de Encargo Fiduciario estaba permitida la cesión, como consta en la cláusula vigésima.

Luego, estando aquí demostrada la notificación de la cesión que hizo la demandante a Leasing Bancolombia como beneficiaria de área, es por lo que a la Promotora o Beneficiaria o Fiduciante dicha cesión de la posición contractual no le resultaba inoponible a la demandada Platinum Superior SAS, figura que no traduce aquí la **ausencia de sus efectos respecto de o**

<sup>4</sup> CSJ. Civil. Sentencia 063 de 4 de abril de 2001, expediente 5628. Citada en sentencia CSJ SC9680-2015 Radicación n.º 11001-31-03-027-2004-00469-01 M. P. Luis Armando Tolosa Villabona

**en contra de alguien**, en este caso de la Fiduciante, ya que, obviamente al serle notificado el acto de cesión, su ejercicio del derecho a la aceptación o no de la cesión nunca le fue desconocido, de ahí que no le asiste razón a la demandada cuando quiere desconocer su conocimiento sobre dicha cesión, pero lo más importante, es que no puede negarse a reconocer que la cedente continuó atada al negocio fiduciario en calidad de usuaria o locataria del Leasing y por esa potísima razón es que podía reclamar de la Fideicomitente los daños recibidos por la tardanza en la entrega material y jurídica de la obra.

Y es que tampoco hubo incumplimiento en el pago por parte de la beneficiaria de área Leasing Bancolombia S.A., porque la forma de pago fue modificada (ver f. 176 a 177 y 178 a 180 cuaderno principal), donde claramente la misma demandada admitió cambiar la forma de pago y esa modificación la hizo nada menos que con el cesionario Leasing Bancolombia, luego, entonces, cómo va a desconocer la demandada que conocía la existencia del contrato de Leasing y que además venga alegar que los pagos del beneficiario de área fueron incumplidos, cuando eso no fue así, razones suficientes para que no pudiera prosperar la excepción de contrato no cumplido.

**5.3. No importancia de la entrega material que no se discute.** Tampoco es de recibo por el Tribunal la defensa del demandado, cuando quiere desviar el debate hacia la cláusula décimo segunda del Encargo Fiduciario, que según él le permitía no poner una fecha cierta sobre la entrega, debido a las dificultades que encierra una construcción de esa magnitud, pues resulta que esa supuesta razón que justifica el incumplimiento en la entrega jurídica, viene a resultar inocua e inane aquí, pues la sociedad demandante no lo acusa de haber incumplido o retardado la entrega material, sino que se refiere es a la entrega jurídica de titulación y tradición, pues nunca se discutió que la entrega material y física del inmueble no haya ocurrido el 9 de septiembre del 2010 o que esa entrega material de al menos la tenencia resultara tardía, según acta de entrega (cfr. fl.182 a 185), misma que si bien no contiene la fecha del acto, no obstante así fue admitida por las partes, esto es, que se hizo el 9 de septiembre del 2010 y así está contenida en la cita para la entrega

enviada mediante correo certificado, la cual obra a folio 181 del cuaderno principal.

Pero es que no se discute la certeza de la entrega material, debido a que, la generante de graves perjuicios a la demandante fue la demora en la titulación y la transferencia jurídica o tradición del inmueble, que tan solo vino a hacerse el 19 de septiembre del 2017 mediante la escritura pública N° 11977, de la notaría Quince de Medellín, transferencia que fue hecha en forma directa a la demandante por CREARCIMIENTOS PROPIEDAD RAÍZ SAS, ALTERNATIVAS MODULARES ARQUITECTOS SAS, PROYECTO COINSTRUCTOR SAS, SANTA JUANA INMOBILIARIA SA E INVERSIONES COLIS SAS. (Ver folios del 252 al 262 c. 1)

Aquí se puede ver cómo la entrega material a manera de mera tenencia se hizo en septiembre del 2010, mientras que la transferencia jurídica de la propiedad con su título y modo vino a efectuarse en septiembre del 2017, esto es, siete años después de la entrega, mientras que en el entretanto ya La sociedad Leasing Bancolombia SA había hecho el pago total del inmueble, lo que ocurrió en febrero del 2010, anticipos por los cuales la demandante hubo de cubrir cuotas mensuales de intereses a Leasing Bancolombia, sin que se justificara que tan sólo en septiembre del 2017 se haya hecho la transferencia de la propiedad al comprador, tardanza que sin duda causó perjuicios a la aquí demandante como tercero con interés en el cumplimiento del contrato de Encargo Fiduciario, que empezó siendo la beneficiaria de área para luego convertirse en locataria en el contrato de Leasing Financiero y, pasando así a ser una tercera relativa en el contrato de Encargo Fiduciario, habilitada como se vio, demandar lo perjuicios que reclama.

**5.4. La tardanza en la titulación y transferencia jurídica del inmueble sí trajo perjuicios a la sociedad demandante.** Pero, como si fuera poco, el locatario firmó y aceptó la modificación de la forma de pago (ver f.178 al 180 c. 1), pero además, la misma demandada PLATINUM SUPERIOR S.A. como constructor y PROMOTOR del proyecto PLATINUM SUPERIOR, fue quien hizo la entrega del inmueble al Representante legal de Laboratorio Médico

Las Américas (f. 182 a 185 Cuaderno principal), lo que demuestra que la demandada siempre supo del interés de la demandante en hacerse a dicha propiedad, sin importar que durante el desarrollo de la vinculación a la fiducia como beneficiario de área, hubiese cedido su posición contractual a Leasing Bancolombia, pues esa era una forma de financiamiento comercial y que no simplemente un arriendo sin opción de compra, por lo que la demora o retardo en la entrega jurídica del inmueble perjudicó solamente al locatario o usuario Laboratorio Médico Las Américas, quien como ya se expuso de antes, tenía interés en el cumplimiento del contrato que llevaba aparejada la entrega jurídica del inmueble, como una obligación exclusiva de la administradora de la Fiducia, obligación que dependía necesariamente del cumplimiento del PROMOTOR en la construcción a tiempo de la obra, lo que iba permitir titular y traditar el inmueble, pero esa obligación solo vino a cumplirse en forma tardía y por un tercero adquirente del proyecto, ya que como la sociedad Platinum Superior entró en crisis Financiera, debió ceder sus derechos a una nueva constructora y la fiducia junto con el patrimonio autónomo fue liquidada y se entregó o transfirió a título de beneficio en Fiducia Mercantil (f. 195 a 200), transacción en la que la fiduciaria Corficolombiana como administradora del fideicomiso Platinum Superior, cedió todos sus derechos a la Alianza Fiduciaria, para que esta administrara esos recursos como patrimonio autónomo de una naciente fiducia mercantil de administración denominada Alto Tesoro, transacción de la cual se destaca: ***“CLÁUSULA SÉPTIMA. A la fecha de la firma de la presente escritura LA FIDEICOMITENTE B ya ha hecho entrega real y material al ADQUIRENTE del inmueble objeto de la presente transferencia, quien por medio del presente instrumento ratifica haberlo recibido a entera y completa satisfacción y por los linderos expresados. PARÁGRAFO: LA FIDEICOMITENTE B garantiza por doce (12) meses, contados a partir de la fecha de entrega de los bienes, los acabados y el buen funcionamiento de los mismos, y se obliga a atender las reclamaciones que se le presentaran durante dicho plazo por hechos que sean de responsabilidad de ella”***; que no era otra que la aquí demandada, pero como ésta incumplió con la entrega, por las razones que fueran y que no están justificadas, deberá de todas maneras indemnizar a ese tercero locatario o usuario del inmueble.



### 5.5. El precio sí se pagó a tiempo y en la forma acordada.

Pero tampoco convence la defensa del demandado cuando se escuda en que el demandante fue incumplido porque no pagó a tiempo, pues, se olvida que en la cesión de la posición contractual que él aceptó vino a celebrarse un OTROSÍ en marzo 3 del 2010 (fl. 176 y 177), entre la Leasing Bancolombia - que ya era la beneficiaria de área-, Corficolombiana como vocera y Platinum Superior como Fideicomitente, en el cual se expresó **“Hemos decidido modificar el contrato de encargo de vinculación mencionado, con las cláusulas que adelante se incluyen, modificación que regirá a partir de la fecha del presente documento, de la siguiente forma: PRIMERA: Se modifica la cláusula PRIMERA del citado contrato, la cual quedará así: EL CONSTITUYENTE se obliga irrevocablemente a entregar a la FIDUCIARIA la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$634.500.000.00) así: a) En dinero en efectivo o cheque la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$634.500.000.00) en las siguientes fechas: 1. \$571.050.000 cuota inicial a la firma del presente. 2. \$63.450.000.00 contra escritura registrada.”**

Pero, además, el 10 de septiembre del 2013, vino a firmarse un segundo OTROSÍ, por las mismas partes, donde intervino el representante legal de Laboratorio Médico Las Américas Ltda., para expresar su conocimiento y la aceptación de la modificación del Encargo Fiduciario en ese punto, precisamente en lo relacionado con la forma de pago que quedó así: **“PRIMERA. Las partes del contrato acuerdan modificar la cláusula PRIMERA del contrato de Encargo Fiduciario de Vinculación al Fideicomiso PLATINUM, únicamente en cuanto a la forma de pago del saldo adeudado por el BENEFICIARIO DE ÁREA para la adquisición de la unidad inmobiliaria por la que se vincula y que asciende a la suma de sesenta y tres millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$63.450.000), será cancelado por éste una vez se verifique la transferencia de la unidad inmobiliaria a favor del fideicomiso Alto Tesoro administrado por Alianza Fiduciaria, en el certificado de registro expedido por la oficina de instrumentos públicos respectiva. Por lo anterior para la suscripción del presente documento el BENEFICIARIO DE ÁREA instruye irrevocablemente a la Fiduciaria para, una vez que cumplan los requisitos para tal fin, transfiera a favor de fideicomiso Alto tesoro**



***administrado por Alianza Fiduciaria, las unidades fiduciarias por las que se vincularon al mismo.” (fl. 178 al 180 c. 1)***

Siendo entonces una verdad inconcusa el contrato de vinculación o encargo fiduciario que inicialmente celebró Laboratorio Médico Las Américas y como quiera que una vez ocurrida la cesión de la posición contractual de beneficiario de área en favor de Leasing Bancolombia, vino ésta a celebrar una modificación en la cláusula primera para el pago, acuerdo hecho tanto con la administradora de la fiducia como con el Fideicomitente, en cuanto el pago de \$571.500 se hizo de una sola vez y así lo admitió el demandado; luego, cómo podría admitirse un incumplimiento del contrato cuando esa cláusula fue modificada por las partes contratantes y el precio se pagó como finalmente fue convenido. Se cae así por su propio peso lo alegado por la demandada, en cuanto un supuesto incumplimiento de la beneficiaria de área, pues no se puede desconocer que aunque la original beneficiaria de área –como lo era Laboratorio Médico Las Américas-, no haya cumplido estrictamente con la forma de pago, de todas maneras vino la cesionaria Leasing Bancolombia y modificó concertadamente con el promotor y la Fiduciaria la forma de pago y por eso hizo el desembolso inmediato de lo que se adeudaba, lo que impide admitir un incumplimiento contractual de la beneficiaria de área, que ya lo era Leasing Bancolombia.

**5.6.** También probada está la cesión por venta del proyecto FIDEICOMISO PLATINUM SUPERIOR a unas nuevas constructoras y para eso se creó una nueva Fiducia llamada Alto tesoro administrada por Alianza Fiduciaria, pero nada demostró el demandado de que los nuevos adquirentes del proyecto hayan asumido la responsabilidad que podría venirse sobre su incumplimiento por la tardanza en la construcción y posterior escrituración y tradición de los inmuebles a los beneficiarios de área, debiéndose presumir que en cabeza de la cedente siguió proyectándose la responsabilidad frente a los reclamos por su incumplimiento, sin importar por ahora la responsabilidad solidaria que pudieron asumir también los nuevos adquirentes, quienes terminaron la construcción y otorgaron la escritura

pública e hicieron el traspaso jurídico de la propiedad a la sociedad aquí demandante.

Conforme lo anterior, es preciso advertir al recurrente, quien argumenta que no es llamado a responder contractualmente ante la Beneficiaria de Área, que la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en veces, es indiferente en orden a deducir responsabilidad que surge cuando se causa un daño, la consideración de que su fuente **sea contractual o extracontractual**, pues: *“...ocurre ello en los casos en que aún sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de **la consumación de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro, por causa de haberse ejecutado con malicia o negligencia.** (...). En tales circunstancias no se consagra una acumulación de responsabilidades; **únicamente se persigue la culpa en el campo en que se destaque con mejor relieve.** Se ha cometido una culpa; luego si no aparece con claridad que con ella se haya violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, **no importa cuál sea el origen de la culpa**” (sentencia del 29 de agosto de 1947)...”<sup>5</sup>*

Conclusión que cobra fuerza o sube de punto, en singular, cuando se estudia el asunto bajo la óptica de protección al consumidor, pues los diversos criterios en torno al punto, incluyendo el legal (ley 1480 de 2011), siempre se han inspirado en su prístino derrotero de restablecer el equilibrio alterado con sujeción a claros parámetros normativos de justicia, simetría, y equidad, como que a voces de la H. Corte Suprema: *“(...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el “derecho generado” “derecho común” y los “regímenes especiales de responsabilidad civil”, ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, **precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección “no puede verse restringida o limitada por el principio de la***

<sup>5</sup>. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de julio de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No.1997 00457 01

**relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante...**" (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01 [SC-016-} 2007])<sup>6</sup>.

Medida tuitiva que no es de poca monta y se enmarca dentro de la orientación propia del derecho de comienzos de siglo XXI que tiende a dar garantías a la parte débil en el contrato, **así como a proteger al consumidor**, es decir, a quien, **por las necesidades propias del mundo moderno, se ve compelido a celebrar contratos que han sido diseñados para la captación masiva de clientes.**

**5.7.** Y es que cuando la demandada contestó la demanda admitió nada menos que: *"En dicho contrato cada parte contractual tenía unas obligaciones y derechos así: La construcción y entrega: EL PROMOTOR; La tradición y entrega jurídica. LA FIDUCIARIA. Y el pago puntual del precio: EL CONSTITUYENTE-BENEFICIARIO DE AREA."* Afirmación que está acorde con el contrato de vinculación como beneficiario de área al Fideicomiso de la demandante Laboratorio médico Las Américas, pero no es menos cierto que en el desarrollo del contrato existió un contrato de Leasing o Arrendamiento financiero (fl. 31 a 39) conocido tanto por el promotor o **"Fideicomitente B"**, como por la fiduciaria Corficolombiana S.A., al cual prosiguió necesariamente la cesión de la posición contractual que la demandante Laboratorio Médico Las Américas Limitada hizo de su condición contractual de beneficiario de área a Leasing Bancolombia S.A., el que le fue notificado a la Fiduciaria Corficolombiana y nada menos que al representante legal de PLATINUM SUPERIOR S.A., quien guardó silencio en señal de aceptación (ver f. 186 a 188 cuaderno principal.); luego, cómo puede negar el demandado que conoció de dicha cesión contractual y del contrato de Leasing celebrado entre cedente y cesionario, cuando en el mismo texto de la cesión figura esa novedad que él conoció o hubo de conocer. Y siendo que ellos ya conocían

<sup>6</sup> Citada en sentencia Cas. Civ. sentencia de 4 de mayo de 2009, exp. 05001-3103-002- 2002-00099-01.

el contrato de Leasing, además, por ser profesionales en ese tipo de negocios de la construcción y venta de bienes inmuebles nuevos, no debía ser extraño para ellos que en ese tipo de contratos es el locatario la persona a la cual debe hacerse entrega del inmueble, quedando con vocación final de adquirir ese activo empresarial, y por eso en la cláusula 4. Del contrato de Leasing (f.31 cd. 1) se dice textualmente: ***“ENTREGA. La entrega de el(los) bien(es) objeto del contrato la realizará el fabricante, constructor o proveedor de el(los) bien(es) que constituye(n) el objeto de este, en los términos señalados para la adquisición de los mismos por el LOCATARIO. El fabricante, constructor, proveedor o en su caso EL LOCATARIO comunicará a LEASING BANCOLOMBIA que se ha entregado el(los) bien(es) objeto del contrato.”***

En concordancia, en la parte XI del contrato sobre los datos generales, acerca de los bienes y proveedores se expresa: PROVEEDOR PATRIMONIO AUTONOMO FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., descripción del activo LOCAL 9902 UBICADO EN EL CENTRO COMERCIAL PLATINUM SUPERIOR. (cfr. fl. 35 c. 1)

**5.8.** Ahora, se pregunta la Sala en forma mayoritaria, cómo es que la demandada PLATINUM SUPERIOR S.A. puede alegar que no conocía de la celebración del contrato de Leasing entre el beneficiario de área Laboratorio Médico Las Américas Ltda. y Leasing Bancolombia S.A. y que tampoco sabía de la cesión de la posición contractual, o que al menos no le interesaba y que ese hecho no tiene importancia para las resultas del proceso, cuando alega falta de legitimación de la demandante y ausencia de perjuicios, si precisamente ella como CONSTRUCTORA Y PROMOTORA DE LA FIDUCIA PLATINUM SUPERIOR, suscribió la notificación del contrato de la cesión contractual, documento que, por ahí mismo, tiene consignados en los antecedentes los siguientes hechos que no tachó de falsos la demandada. ***“ANTECEDENTES: 1- EL CEDENTE celebró con la CESIONARIA una operación de Arrendamiento Financiero Leasing que tiene por objeto el consultorio 9902 en el proyecto PLATINUM SUPERIOR, ubicado en el municipio de Medellín, en el Paraje El Tesoro Fracción de El Poblado Transversal Superior con la Loma El tesoro de Medellín en la Carrera 25 con calle 1 Sur, sobre los lotes con Matrícula inmobiliaria N° 001-69989 y 001-***

**112233. Para la adquisición de los referidos inmuebles de acuerdo con las instrucciones impartidas por EL CEDENTE LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO procede a suscribir la presente cesión y asume frente a FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. la posición de BENEFICIARIO DE ÁREA en el FIDEICOMISO PLATINUM SUPERIOR, cuyo texto y condiciones EL CESIONARIO declara conocer y aceptar íntegramente.”** Luego, cómo no iba ser importante que tanto la fiduciaria como el promotor de la fiducia Platinum Superior conocieran el contrato de Leasing celebrado entre cedente y cesionario de la posición contractual de vinculación al fideicomiso como beneficiario de área que hizo la aquí demandante a Leasing Bancolombia, si precisamente el objeto de dicho contrato era la adquisición financiera de dicho inmueble para el uso y goce del LOCATARIO, a quien se debía hacer entrega de dicho inmueble, como así terminó ocurriendo finalmente.

**5.9.** Fuera de lo anterior, también urgía que la demandada cumpliera con la construcción del inmueble, para que, por ahí mismo, pudiera la Fiduciaria como administradora del Fideicomiso PLATINUM SUPERIOR cumplir con la titulación y tradición del inmueble local 9902 a Leasing Bancolombia, ya que entre ésta y Laboratorio Médico Las Américas limitada se había celebrado un contrato de Leasing Empresarial Financiero, mismo que exigía la tradición del inmueble para que pudiera empezar a ejecutarse realmente el contrato, pues en el entretanto y como ya la Leasing Bancolombia S.A. había desembolsado los dineros en forma de anticipos, ergo, debía la locataria iniciar el pago de las cuotas mensuales, mismas que solamente fueron compensatorias hasta cuando se dio por terminado el contrato de Leasing, costos que debió asumir la locataria, sin que tuviera culpa en la tardanza de la construcción y entrega jurídica del inmueble.

Como viene de verse, es apenas obvio que el retardo en la titulación y tradición del inmueble –por las razones que fueran-, causó costos inesperados al locatario, quien en el entretanto debió pagar las cuotas a la Leasing, sin que en el pago de esas cuotas se hubiere empezado a incluir un factor de amortización para rebajar el precio en la expectativa final de adquisición del activo, cuya titulación y tradición como entrega jurídica se

retardó mucho, sin una causa legalmente justificativa que exonerara al demandado de pagar la indemnización de él reclamada, cuando de acuerdo con el artículo 1604 del C. Civil el contratante incumplido debe responder hasta de la culpa leve y agrega la Sala –aún frente a los terceros relativos en dicho contrato-, por lo que aquí la sociedad demandada debe asumir la indemnización que de ella reclama el tercero locatario o usuario del bien objeto de la Leasing, que no era otro que el consultorio 9902 en el proyecto PLATINUM SUPERIOR ampliamente identificado, cuya entrega jurídica se demoró un tiempo considerable que obligó pagos al Locatario sin que pudiera empezar a disminuir el valor final que iría a tener la adquisición del activo empresarial, representado en el local 9902.

**6. Cláusula penal.** En cuanto la condena por la cláusula penal, también será confirmada dicha condena, puesto que la aquí demandante no sólo fue la que sufrió los perjuicios por el incumplimiento, como ampliamente quedó demostrado, sino que la cesión de la posición contractual en el caso concreto, ya ampliamente explicado, no pasó de ser un requisito por la naturaleza de la financiación otorgada por la entidad bancaria a la aquí demandante, quien en realidad nunca se desvinculó totalmente del negocio, máxime que a la postre, la escritura fue otorgada en su favor, siendo ella además quien originariamente pactó la cláusula penal con la fiduciaria y el fideicomitente y a ella le incumplió la demandada.

**7.** No saliendo avante las súplicas del recurso interpuesto, es por lo que se confirmará en su integridad la sentencia objeto de alzada.

Sin necesidad de 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,

### **III. FALLA:**

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín el día 29 de octubre del 2018, dentro



de la presente acción de reclamación de perjuicios, promovida frente al incumplimiento contractual de la demandada en el Encargo Fiduciario, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

**SEGUNDO:** Se condena en costas de segunda instancia a la parte recurrente, para el efecto, en su momento procesal, se fijarán las respectivas agencias en derecho por el magistrado sustanciador.

**TERCERO:** Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**



**JULIAN VALENCIA CASTAÑO**  
Magistrado



**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**  
Magistrada



(con salvamento del voto)  
**JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO**  
Magistrado