

TEMA: CONTRATO DE VINCULACIÓN / FIDUCIA MERCANTIL - en los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente / **OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA** - son indelegables y no se pueden subordinar mediante una negociación privada /

HECHOS: Tras declararse la resolución del contrato de encargo fiduciario solicitado por el extremo activo, el juez de instancia condeno de manera solidaria a las demandadas, por motivos de inconformidad, Lo interpuso la codemandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., indicando como reparos que no puede ser declarada solidariamente responsable del incumplimiento del contrato de vinculación celebrado con la demandante, toda vez que, dentro de sus obligaciones legales y contractuales, no se encuentran establecidos los supuestos que dieron lugar a la resolución; amén, que cumplió a cabalidad con las obligaciones a su cargo acorde con las normas que rigen su proceder y, lo acordado en el contrato de fiducia mercantil. Esta Sala debe resolver si la fiduciaria debe responder solidariamente por las condenas derivadas del incumplimiento del contrato de vinculación.

TESIS: (...) Si bien como lo señala la recurrente en calidad de fiduciaria no puede adelantar gestiones de construcción, entrega, promoción, comercialización, interventoría, gerencia, garantía, postventa, ni nada que corresponda al desarrollo inmobiliario, etc.; lo cierto es que suscribió en nombre propio el contrato de vinculación con la demandante, siendo indiscutible que está compelida al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de esa convención; pero, además como empresa fiduciaria conforme al mandato que viene de transcribirse, estaba obligada a cumplir diligentemente con los actos necesarios para obtener la finalidad de la fiducia, a transferir los bienes al beneficiario de área acorde con el acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario; luego, no bastaba con transferir los bienes a la persona vinculada al proyecto, sino, que además la fiduciaria tenía que traspasar y hacer entrega de los bienes, como se concertó en el contrato de vinculación, esto es, los inmuebles allí especificados y dentro del término acordado; además, de garantizar la terminación en debida forma del proyecto inmobiliario, lo que no aconteció en el presente caso. (...) No sobra poner de presente que dada la naturaleza de las fiduciarias y el objeto que desarrollan, las personas no solo confían que son diligentes en el cumplimiento de sus obligaciones; sino, además en la buena administración de los recursos que le han confiado; máxime en situaciones como la presente, donde el proyecto constructivo se financia con los recursos que aportan las personas que se vinculan como beneficiarias de área, quienes precisamente lo hacen confiados en esa seriedad y confianza que brinda la fiduciaria, entregando los ahorros obtenidos durante años de trabajo, en muchos casos, con la esperanza de cumplir con el sueño de tener una vivienda propia, función social que no puede soslayar en situaciones como la presente – proyecto de construcción de vivienda, para cuyo cometido, como profesional experto, debe cumplir a cabalidad las funciones asignadas legal y contractualmente cumplimiento de los parámetros establecidos para lograr el punto de equilibrio para la construcción del proyecto y para que se lleve a feliz término, para minimizar problemas que usualmente se presentan, sin evadir sus obligaciones. (...) Ahora, que como los recursos entregados por la pretensora fueron transferidos por la fiducia al constructor al decretar el punto de equilibrio en el mes de febrero de 2013; éste los debe restituir a los fideicomisos para ser reintegrados a la parte actora como fue ordenado; al efecto, se advierte que el Tribunal no puede emitir pronunciamiento en torno a esta controversia porque es ajena al litigio, pues no fue objeto de pretensión, lo que implica que cualquier discusión que al respecto pueda surgir se tiene que resolver en otro escenario diferente.(...) De otra parte, respecto el pago por el uso y habitación del

inmueble por parte de la demandante; la Sala le está vedado realizar cualquier pronunciamiento frente a la decisión emitida en primera instancia.

M.P: LUIS ENRIQUE GIL MARIN

FECHA: 13/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



Proceso	Verbal
Demandante	Ana Isabel Ortiz Roldan
Demandado	Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y otros
Radicado	No. 05001-31-03-007-2017-00439-01
Procedencia	Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad
Instancia	Segunda
Ponente	Luís Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 027
Decisión	Confirma
Tema	Cumplimiento contractual
Subtemas	Fiducia inmobiliaria. Responsabilidad de la fiduciaria por el incumplimiento en el contrato de vinculación. Obligaciones de la fiduciaria.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISION CIVIL

Medellín (Ant.), trece de diciembre de dos mil veintitrés

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., contra la sentencia proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, en el proceso verbal instaurado por **ANA ISABEL ORTIZ ROLDAN**, contra **PROYEKTA ESTRUCTURACIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS S.A.S.**, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA**

S.A., como vocera de los patrimonios autónomos **FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON y FIDEICOMISO LOTE LEMMON.**

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: Como pretensión principal la demandante solicita: Declarar la resolución del contrato de encargo fiduciario para la vinculación al Fideicomiso Recursos y Lote Lemmon Etapa I; en consecuencia, se les condene a restituir a la demandante \$178.149.368,00 debidamente indexados, que se cancelaron para la vinculación al patrimonio autónomo; además deberán pagar: i) Daño emergente \$1.204.033,00; ii) Pérdida de oportunidad \$122.504.428,00 y, iii) Cláusula penal: \$35.629.873,00; más los intereses de mora a la tasa máxima legal, desde la fecha de presentación de la demanda hasta su pago total.

Como pretensión subsidiaria solicita, declarar la resolución por mutuo disenso del contrato de encargo fiduciario para la vinculación a los Fideicomisos Recursos y Lote Lemmon Etapa I, que suscribió con las demandadas; en consecuencia, condenarlas a restituir a la demandante \$178.149.368,00 debidamente indexados, que pagaron para la vinculación al patrimonio autónomo y, condenar en costas al extremo pasivo.

Elementos fácticos: En esencia, afirma la demandante que actuando a través de apoderado, el 5 de marzo de 2013 celebró con las demandadas contrato de encargo fiduciario

para la vinculación a los Fideicomisos Recursos y Lote Lemmon Etapa I; la pretensora adquirió la calidad de beneficiaria de área, la sociedad PROYEKTA ESTRUCTURACIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS S.A.S. (Antes SECTOR URBANO S.A.S.), fungió como beneficiaria de la obra y ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., como vocera de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON y FIDEICOMISO LOTE LEMMON; el contrato tenía por objeto la administración por parte de la sociedad fiduciaria de los dineros entregados por la demandante, para que una vez cumplidas las condiciones establecidas, se entregaran al patrimonio autónomo FIDEICOMISO LOTE LEMMON, como pago del apartamento 302, parqueadero 85 y cuarto útil 101 del sótano 3; que harían parte del proyecto denominado CONJUNTO RESIDENCIAL LEMMON ETAPA I, ubicado en el Municipio de Sabaneta; bienes que quedaron determinados en la escritura pública No. 3248 del 25 de noviembre de 2015, otorgada en la Notaría Veintidós de Medellín, donde se constituyó el reglamento de propiedad horizontal del conjunto residencial y, los cuales describe.

Las obligaciones a cargo de la pretensora consistían en entregar \$178.149.368,00 en dos contados, uno por \$78.000.000,00 a la firma del contrato el 5 de marzo de 2013 y otro, por \$100.149.368,00 el 30 de marzo de 2013 y, concurrir a la notaria elegida por las demandadas a suscribir el acto escriturario de transferencia de los reseñados bienes a título de beneficio de área; entre otras obligaciones, la fiduciaria se obligó administrar los dineros entregados por la beneficiaria del área, hasta el cumplimiento de las

obligaciones establecidas en la cláusula tercera, surtido lo cual, los debía transferir al FIDEICOMISO LOTE LEMMON, siendo imputados al valor de los bienes y, el FIDEICOMISO LOTE LEMMON, se obligó a concurrir a través de su vocera, a la notaria para suscribir la escritura pública de transferencia de área de los inmuebles, así como el porcentaje de propiedad sobre los bienes comunes, conforme con el reglamento de propiedad horizontal, que se adelantaría según la cláusula novena de la convención.

La obligación de la demandante de acudir a la notaría, no se pudo cumplir porque **"no le fue entregado de manera integral el cuerpo cierto "Apartamento 304, del Proyecto Lemmon Citrus"**, porque la terraza de 50 m², no se construyó, ni figura en el reglamento de propiedad horizontal, ni en la licencia de construcción; al igual que la porción de las zonas comunes que no están terminadas en su totalidad; la sociedad beneficiaria se obligó a desarrollar por su cuenta y riesgo, el proyecto inmobiliario denominado UNIDAD RESIDENCIAL LEMMON ETAPA I y una vez terminado, a entregar a la beneficiaria de área las unidades inmobiliarias; la fecha inicial para la entrega material se modificó mediante OTROSÍ, suscrito el 22 de diciembre de 2014, el cual en lo pertinente pasa a transcribir.

El 2 de febrero de 2015, se suscribió el acta de entrega material del apartamento 304 (antes 302), y el 27 de julio adiado, del parqueadero 31 (antes 85 del sótano 3) y cuarto útil 15 (antes 101 del sótano 3); faltó por entregar la terraza de 50 M², que hace parte integral del aludido apartamento

y, la porción de las zonas comunes de la copropiedad; las que no están terminadas; Considera que la obligación fue incumplida al igual que la construcción del proyecto en debida forma; toda vez, que algunas columnas no cumplen con las normas de sismo-resistencia y otras requieren re-potencialización; lo que además pone en riesgo la vida e integridad física de la demandante, su familia o de los inquilinos; luego, pasa a transcribir lo consignado frente a la cláusula penal, pactada en \$35.629.873,00 y, que considera debe ser reconocida por el incumplimiento del extremo pasivo; los bienes fueron evaluados por el experto Juan Carlos Echeverri Fernández, para el 18 de julio de 2017, así: \$193.887.000,00 el apartamento No. 304; \$15.525.000,00 el parqueadero y, \$6.465.000,00 el cuarto útil; además consignó que en caso de haberse cumplido a cabalidad con las condiciones del contrato, los bienes tendrían los siguientes valores: \$208.249.000,00 el apartamento 304; \$103.571.428,00 la terraza de 50 M2; \$19.665.000,00 el parqueadero y, \$6.896.000,00 el cuarto útil; los que se podían rentar en \$1.691.907,00 mensuales; pero como fueron entregados se arrendarían en \$1.079.185,00 mensuales; lo que conlleva a un perjuicio a la demandante en la modalidad de pérdida de oportunidad, cuyos elementos se encuentran estructurados; además, dado el incumplimiento de las accionadas, se han generado los siguientes gastos: \$616.000,00 por honorarios al señor Esteban Palacio, equivalentes a un SMLMV para el año 2014; \$188.033,00, por el derecho de petición radicado en la Superintendencia de Industria y Comercio el 04 de marzo de

2016 y, \$400.000,00 por honorarios al experto Juan Carlos Echeverri Fernández, para un total de \$1.204.033,00.

Integración del contradictorio: Admitida la demanda por auto del 5 de septiembre de 2017, y notificada a la sociedad PROYEKTA ESTRUCTURACIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS S.A.S., la replicó, se opuso a las pretensiones y propuso los siguientes medios de defensa: ***(i) Inexistencia de la obligación; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (iii) indebida conformación del contradictorio; (iv) buena fe y, (v) la genérica.***

Objeción al juramento estimatorio: Como el valor de los honorarios corresponde a compromisos adquiridos por la demandante y, no a gastos indispensables para la demanda, no se pueden tener como daño emergente; lo pretendido por pérdida de oportunidad no está acreditado; solicita se cite al experto a rendir declaración sobre la experticia; la cláusula penal se debe reclamar vía ejecutiva.

Por su parte, ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., propuso las siguientes excepciones: ***(i) Total cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de vinculación; (ii) ausencia de responsabilidad por parte de Acción Fiduciaria S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS Y LOTE LEMMON y, (iii) ausencia de gravedad en el presunto cumplimiento defectuoso por parte de la sociedad beneficiaria.***

Por auto del 28 de mayo de 2019, se admitió la reforma a la demanda, teniendo como demandadas a las sociedades PROMOTORA LEMMON S.A.S., y PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.

La codemandada ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., se pronunció frente a la reforma a la demanda, volviendo sobre los medios de defensa ya formulados; por su parte, las codemandadas PROMOTORA LEMMON S.A.S., y PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A., no dieron respuesta a la demanda, ni emitieron pronunciamiento alguno.

Sentencia: Se profirió el veinticuatro (24) de mayo de 2021, con la siguiente resolución:

PRIMERO: *Se declara la resolución del contrato de encargo fiduciario para la vinculación al fideicomiso Recursos y Lote Lemmon Etapa I, por incumplimiento de las demandadas Proyekta EDP S.A.S. antes Sector Urbano S.A.S., Promotora Lemmon S.A.S. en su calidad de beneficiarias, Acción Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Lemmon y Fideicomiso Lote Lemmon y Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. como constructores del proyecto inmobiliario.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la declaración del ordinal anterior, se condena de manera solidaria a las demandadas Proyekta EDP S.A.S. antes Sector Urbano S.A.S., Promotora Lemmon S.A.S., Acción Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Lemmon y*

Fideicomiso Lote Lemmon y Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. como constructores del proyecto inmobiliario a restituir a la demandante Ana Isabel Ortiz Roldán, la suma de \$178.149.368 debidamente indexados, que a la fecha de hoy equivalen a la suma de \$244.064.634,16.

*“**TERCERO:** Con fundamento en la declaración hecha en el ordinal primero resolutive, se condena a Proyekta EDP S.A.S. antes Sector Urbano S.A.S., Promotora Lemmon S.A.S., Acción Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Lemmon y Fideicomiso Lote Lemmon y a Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. a pagar a título de cláusula penal la suma de \$35.629.873 debidamente indexados, que a la fecha de hoy equivalen a la suma de \$48.812.926. Se desestiman las demás pretensiones planteadas en la demanda.*

*“**CUARTO:** Los honorarios que fueron cancelados al perito evaluador Juan Carlos Echeverry Fernández por la suma de \$400.000 para la experticia que fue presentada en este proceso, se tendrán en cuenta para efectos de las costas procesales.*

*“**QUINTO:** En consecuencia, de lo examinado en la parte motiva y así concluido en armonía con lo acá resuelto se desestiman las excepciones propuestas por todos los integrantes de la parte demandada.*

*“**SEXTO:** Se condena en costas, también de modo solidario, a todos los integrantes de la parte demandada a favor de la*

parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$21.965.817. Las costas se liquidarán por la secretaría en su debida oportunidad.

“SEPTIMO: *Se complementa la sentencia, en el sentido de que se desestima la pretensión de condena al pago de intereses de mora sobre la suma que se ha reconocido en esta sentencia.*

“OCTAVO: *Se ordena a la parte demandada pagar a la demandante las sumas a las que se le condenó en esta sentencia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y producido el pago, la parte demandante deberá restituir los inmuebles, apartamento, cuarto útil y parqueadero a la parte demandada dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se le haga el pago de los dineros que aquí se ordenaron. Se precisa que la parte demandante deberá hacer la entrega de los inmuebles a Promotora Lemmon S.A.S. una vez que se acredite que se ha producido el pago al que aquí se ha condenado”.*

En el encargo de vinculación a los Fideicomisos Recursos y Lote Lemmon Etapa I, el negocio versó sobre el siguiente inmueble como cuerpo cierto: *“Apartamento 302, etapa torre I, parqueadero 85 sótano 3 y cuarto útil 101 sótano 3, y un área de terraza de 50 M2, un apartamento con un área de 71.81 M2 y una terraza de 50 M2”*; incluso, se acompañó unos prospectos de planos, donde gráficamente muestra que se entregaría una terraza y, traza la distribución de los apartamentos en venta; así como el apartamento 302, la

ubicación de la terraza y, sin lugar a duda describe cual es el objeto de la negociación; lo que constituye causa suficiente o el aspecto central, para que alguien decida si adquiere o no el apartamento.

Continúa precisando que, el acuerdo de vinculación estableció que a más del apartamento 302, el parqueadero 85 y el cuarto útil 101, se entregaba el porcentaje de copropiedad de las zonas comunes correspondientes, conforme con el reglamento de propiedad horizontal que se adoptaría para el proyecto y se advirtió que, la beneficiaria deja expresa constancia que *“las áreas antes señaladas podrán aumentar o disminuir hasta en un 10%, sin que por ello se considere que ha habido incumplimiento de su parte; en estos eventos habrá lugar al aumento del valor indicado en la cláusula primera si el área aumentare, o a la rebaja del mismo, y si el área disminuye pudiendo los beneficiarios de área o el constituyente, desistir en este caso del encargo sino le interesa el área o no estuviera en capacidad de pagar su mayor valor cuando este aumentare”*.

Es obvio que 50 M2 respecto de 71.81 M2, supera en demasía el 10% que se estableció como margen para variar las áreas; al examinar las áreas negociadas y las contenidas en la escritura pública contentiva del reglamento de propiedad horizontal, aparece una variación en las áreas del apartamento, parqueadero y cuarto útil; pero en relación a la terraza lo que resulta desconcertante es que al analizar la licencia de construcción para el proyecto LEMMON TORRE I y TORRE II, esto es, la Resolución 229A del 31 de julio de 2012,

no aparece la terraza, es decir, no fue incluida en el proyecto; mediante Resolución 366 del 7 de septiembre de 2015, se modificó el proyecto suprimiendo la Etapa III, donde se iba a construir un hotel; dejando las Torres I y II y, al examinar el tercer piso, la terraza no figura en ninguna de las torres, a más que en el tercer nivel de la Torre II se planeó construir 5 apartamentos y 2 cuartos útiles; por ello, no se logra entender la razón para que en el acuerdo de vinculación suscrito el 5 de marzo de 2013, se prometiera entregar un bien inexistente y, que nunca hubo la intención de hacerlo existir, pues ni siquiera se pensó en incluirlo; se promocionó y mostró en la publicidad del proyecto y, lo introdujeron en el contrato de vinculación; pero no estaba en el plano inicial y mucho menos en la modificación que se hizo a la licencia de construcción, de donde considera que, pierde razón de ser la explicación que se adujo en cuanto que la terraza no se construyó, porque la demandante iba a estar en la Torre II, que no estaba edificada; amén, que la tantas veces reseñada terraza, tampoco hace parte de la licencia de construcción de la Torre II. Ese incumplimiento contractual es razón suficiente para considerarlo serio, trascendente y eficiente para la resolución del contrato; además, considera absolutamente incomprensible, el hecho de que la fiduciaria se hubiera prestado para publicitar y celebrar los contratos de encargo de vinculación, a sabiendas que ni en los planos ni en la licencia de construcción existía la proyección para construir la terraza; no se puede entender que en el deber de prudencia, diligencia, control y de una razonable administración, una entidad fiduciaria se preste para motivar a personas para que se vinculen a un encargo fiduciario y le

confíen su dinero para la construcción de algo, que de antemano, sabía que no se iba a edificar porque nunca lo incluyeron en los planos ni lo introdujeron en el proyecto.

Igualmente, se advierten incumplimientos en el desarrollo del contrato, que es grave y, no como lo plantea la fiduciaria de intranscendente; como lo manifestó su representante legal, esto es, que el proyecto se estructura por etapas y la Torre I puede funcionar con limitaciones pero sin dificultades; expresión bastante extraña que se quedó sin explicación; amén, que la Torre II estaba vinculada con la Torre I; a lo que precisa, que si existen limitaciones, hay dificultades; tratándose de proyectos con alguna dificultad o mediana complejidad y de varias torres, se puede adelantar por etapas; no se puede confundir el desarrollo por partes y el desarrollo por etapas, porque en la construcción por etapas está bien que al final resulten siendo un solo complejo; pero en cada etapa se observa una independencia funcional de las otras, que permite que funcionen sin restricciones y limitaciones, así tengan cierta comunicación.

Si en construcción se entiende que partes y etapas es lo mismo; ello no se puede admitir por una persona de entendimiento normal, esto es, que se acepte que cuando se cumplen los requisitos para una etapa, se habilite sin ninguna restricción lo concerniente a la otra; sobre todo cuando existe una dependencia no solo funcional sino hasta constructiva, ya que una está estrechamente vinculada a la otra, y la una no funciona por lo menos de modo aceptable, sin la existencia de la otra; como aconteció en el presente caso; si la Etapa I

tuviera su propia entrada con acceso peatonal y vehicular, así como sus parqueaderos para visitantes y zonas comunes; no existiría inconveniente en admitir que, cumplidos los requisitos para el desarrollo de la Torre I, perfectamente se podían desembolsar los dineros y, dar rienda suelta para que el constructor desarrollara el proyecto inmobiliario, sin ninguna consideración frente a la Torre II; pero ello no aconteció porque los ingresos vehicular y peatonal al conjunto residencial corresponden a las dos torres, y estos quedaron en ciernes; obligando a los peatones a ingresar con riesgo por la entrada vehicular; el lobby y los parqueaderos de visitantes no aparecen construidos, solo una zona infantil que funciona parcialmente y de manera provisional; a lo que se suma, que se dejó un socavón que así le hagan un cerramiento constituye un riesgo inminente; no se puede hablar de intrascendentes limitaciones, ni de falencias circunstanciales o meramente accesorias, como lo afirma el representante legal de la fiduciaria; esto es, que se trata de incumplimientos colaterales simples porque la unidad residencial tiene utilización funcional, con limitaciones pero sin dificultades; a lo que advierte el juzgador, que tiene dificultades y graves.

No es aceptable que, a futuro no se vislumbre ninguna posibilidad, porque no existe el más mínimo elemento de juicio que permita inferir una conducta seria de los responsables del proyecto, para poner fin a la Torre I, con las respectivas modificaciones, para hacerla funcional como corresponde con prescindencia de la Torre II; lo que constituye una gravedad suficiente para declarar la

resolución del contrato; no es necesario analizar lo concerniente a los levantamientos de baldosas y grietas de los muros, que se pudieran considerar como fallas propias del asentamiento del suelo; ni observar lo referente a las fallencias estructurales por la repotenciación de columnas, porque ello se mencionó de manera informal y sin conocimiento de causa, serio y fundado. Por estas razones, accederá a las pretensiones resolutiveas del contrato.

En relación al daño emergente, por efecto del acogimiento de la resolución, se ordenará la devolución de lo que la parte demandante canceló para la vinculación al proyecto, esto es \$178.149.368,00, que debidamente indexados ascienden a \$244.064.634,16; en cuanto, a \$616.000,00 que canceló la demandante por un documento que elaboraron para presentar a la Superintendencia de Sociedades, y \$188.000,00 por un derecho de petición; no se reconocerán porque no corresponden al concepto de daño emergente; amén, que se pudiera considerar como perjuicios derivados del incumplimiento contractual, cuya función indemnizatoria la cumple la cláusula penal; en cuanto al pago de \$400.000,00 por honorarios al experto; por tratarse de una prueba que se trajo al proceso, se reconocerán al momento de liquidar costas.

Establecido el incumplimiento se impone el pago de la cláusula penal pactada \$35.629.873,00, que indexados equivalen a \$48.812.926,00.

En la misma cláusula primera, en virtud del acto contractual que se comenta, se dejó establecido que el cedente entregaba todos los derechos y obligaciones que allí tenía y en adelante no tendrá derechos en el FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON, pero responderá solidaria e ilimitadamente por las obligaciones que adquiere y adquirirá el cesionario y, una de esas obligaciones por virtud del contrato de cesión, es la de construir y desarrollar el proyecto y, cumplir con todas las obligaciones que la cedente adquirió con la demandante en razón del contrato de vinculación; entonces está obligada a responder en la forma allí establecida; por lo que no era viable que se le formulara requerimiento alguno y, la demandante podía demandar como lo hizo, pretendiendo la indemnización de manera solidaria frente a cedente y cesionaria, porque en virtud del contrato de cesión ambos quedaron vinculados y es viable que se predique la responsabilidad solidaria de PROYEKTA S.A.S., en el incumplimiento contractual que se debate; lo que permite colegir que no tiene razón cuando a lo largo del proceso afirma que no tiene ningún vínculo contractual por haber cedido su posición en el contrato o que tenía que ser vinculada a través del llamamiento en garantía como lo indica en los alegatos de conclusión; precisa que lo pactado en la cláusula tercera sobre la responsabilidad del cedente, no es más que lo previsto en el art. 890 del C. de Comercio, que es un problema de responsabilidad entre cedente y cesionario.

En lo tocante a la Fiduciaria, inicialmente alude al contrato de fiducia y sus características y, luego, precisa que no comparte lo señalado por el representante legal de la fiduciaria al

absolver el interrogatorio; para lo cual acude a lo previsto por la doctrina frente la fiducia inmobiliaria; además, en el contrato de fideicomiso RECURSOS LEMMON, se pactó en la cláusula primera de definiciones:

“Para los efectos de este contrato, las palabras o términos que a continuación se relacionan tendrán el significado que aquí se establece: ...

“Contrato o encargos de vinculación: Documento contractual suscrito entre el fideicomitente, la fiduciaria y cada uno de los beneficiarios de área, por medio del cual éstos últimos se vinculan al FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON y LOTE LEMMON, con el fin de adquirir una o varias unidades inmobiliarias derivadas del desarrollo del proyecto”.

Contrario a lo planteado por la fiduciaria, no es cierto que sea ajena al negocio jurídico, porque si bien es cierto que no es la responsable de la construcción del proyecto, porque esa no es su función natural, legal o práctica y ni siquiera por extensión; sin embargo, es inaceptable que se pueda pensar que alguien interviene como parte en una convención y, en este caso, como razón fundamental para que las personas puedan aspirar a celebrar un contrato sobre planos, de algo que no existe; se precisa que el contrato de vinculación se suscribe con la fiduciaria y ésta asume la responsabilidad por los incumplimientos que se derivan de esa vinculación de encargo fiduciario; no es comprensible que alguien pueda ser parte esencial de un contrato e impunemente se vincule sin asumir ninguna responsabilidad por la suerte futura que

implica el desarrollo o incumplimiento de ese contrato y, es que es precisamente con la fiduciaria con quien se celebra dicha convención; luego, el incumplimiento de los términos del encargo tiene que comprometer la responsabilidad de la fiduciaria; ese contrato de vinculación se hace sobre un proyecto, el cual está definido en dicha convención, así:

“Consiste en la construcción de un proyecto que constará de tres etapas, la primera de ellas estará compuesta por una torre de 75 apartamentos, la segunda por una torre por 76 apartamentos y la tercera por un hotel boutique; este proyecto va a hacer desarrollado sobre los bienes inmuebles cuya descripción detallada se dará a conocer el fideicomitente al beneficiario de área, mediante anexo a cada uno de los encargos o contratos de vinculación”.

“Punto de equilibrio: Se entiende por tal la verificación de las condiciones señaladas en el numeral 5.1 de la cláusula uno del presente contrato.

“Interventoría: Será definido por la beneficiaria.

“Beneficiario: Es el fideicomitente en los términos establecidos en el presente contrato.”

Precisa, que aquí empieza a perfilarse la figura de la fiduciaria, como un adorno que se pone en el cuerpo del contrato, para cumplir un requisito formal, sin obligaciones o con la pretensión de evadir toda responsabilidad en el desarrollo contractual, que en el presente caso fracasó;

mírese que la interventoría que es un asunto de control de los términos del encargo fiduciario y, del desarrollo del contrato donde están involucrados los recursos cuya garantía constituye la misma fiduciaria, que por eso es fiduciaria, son definidos por la beneficiaria, es decir, la constituyente define quien es la encargada de revisar, hacer seguimiento y control, de lo que ella está desarrollando.

En la cláusula quinta, numeral 5.1, etapas del fideicomiso, plasmó: *“Para la ejecución del presente contrato se establecen las siguientes etapas o fases, las cuales serán aplicadas a cada una de las etapas en las cuales se pretenda desarrollar el proyecto.*

“5.1 Etapa o fase pre-operativa: Tiene por objeto que el fideicomitente directamente o a través de terceros contratados por ellos para el efecto, obtengan las condiciones de inicio de las obras, esto es, la elaboración de los planos, diseños y estudios técnicos y, la celebración de los actos jurídicos necesarios para la adecuada planeación del proyecto, incluida la vinculación del beneficiario de área que aporten los recursos indispensables para concluirlo, mediante la suscripción de encargos o contratos de vinculación por los cuales éstos se obliguen al suministro de los recursos necesarios para el desarrollo del proyecto.

“Son condiciones necesarias para dar por terminada la fase pre-operativa de cada etapa del proyecto, y por ende para que se dé inicio a la etapa o fase operativa las siguientes:

“La entrega por parte del fideicomitente de encargos o contratos de vinculación, los cuales equivalgan a un 65% de la primera etapa, es decir se requiere 49 encargos fiduciarios, y el 65% para la segunda, y que equivale a 50 unidades vinculadas en encargos fiduciarios.

“Estos contratos deberán ser debidamente firmados por las partes y, deberán tener la totalidad de los documentos soportes de la información que contienen.

“El número de contratos de vinculación mencionado en el presente literal, corresponde a la certificación emitida por el fideicomitente de acuerdo con el presupuesto aprobado por ellos, los cuales deberán ser suficientes para adelantar y terminar la construcción del proyecto.

“El período para alcanzar este punto de equilibrio será el que se defina en los contratos de encargo fiduciario, que se suscribirán con los beneficiarios de área.

“Para la tercera etapa se establecerá un punto de equilibrio más adelante”.

Considera que aquí está todo lo concerniente a la responsabilidad de la fiduciaria, esto es, en los antecedentes del contrato de vinculación; en dicho formato aparece que los interesados en vincularse como beneficiarios de área, conocen los términos del encargo fiduciario; quienes al observar el contrato advierten cierta tranquilidad porque el dinero que van a pagar está a salvo, toda vez, que en la

cláusula que viene de reseñarse, aparece que en la fase pre-operativa los dineros estarán asegurados porque se tendrá el recaudo suficiente para la terminación de la Torre I, que es sobre la que se va a negociar, antes de que ese dinero se entregue a la constructora, porque resulta claro que si antes del término establecido como fase pre-operatoria, que es el que está en cada encargo fiduciario para el cumplimiento del contrato, el beneficiario de área queda tranquilo, porque si llegado dicho término no se ha terminado la torre, le devuelven el dinero, tal como lo indica la doctrina antes citada; siendo entonces responsabilidad de la fiduciaria, el asegurar la venta o celebración de contratos de vinculación, por el número de unidades suficientes para la construcción de las Torres I y II, porque las mismas estaban vinculadas estructuralmente, es decir, que existía un vínculo constructivo necesario entre ellas, que hacía que separadas no fueran ni funcionales ni estructuralmente aceptables, como se dijo líneas atrás.

De donde colige, que era responsabilidad de la fiduciaria en ese deber de diligencia y prudencia, que le impone el art. 1234 del C. de Comercio, garantizar la finalidad de la fiducia, esto es, asegurar que los dineros aportados por los ciudadanos y los bienes entregados para la construcción del proyecto inmobiliario cumplan su finalidad; es decir, la construcción del proyecto en la forma y términos que se comprometieron en los contratos de vinculación; siendo una obligación ineludible de la fiduciaria porque en ella está depositada la fe de quienes entregaron sus dineros y los bienes para que el proyecto llegara a feliz término; por ello,

resulta inaceptable que mediante un contrato, la fiduciaria se desentienda de su compromiso y traslade su responsabilidad a la contratante, con quien está pactando los términos para el desarrollo de la fiducia.

En términos de la convención, estaba al libre arbitrio y controlado por la empresa fideicomitente, quien simplemente cuando a bien lo tuviera, podía informar a la fiduciaria que vendió el número de proyectos suficientes y contaba con disponibilidad presupuestal y, que realizó el préstamo bancario, como lo manifestó el representante legal de la fiduciaria; esto es, que el préstamo bancario se aseguró y, fue cancelado; pero el punto de equilibrio, contrario a lo que afirmó, no se cumple con la escrituración a la fiduciaria de los inmuebles donde se va a construir el proyecto, ni con la obtención de la licencia y la celebración del contrato de vinculación con la demandante; era necesario asegurar y, no delegar en la fideicomitente, la potestad de controlar ese tipo de asuntos absolutamente trascendentales para el éxito del proyecto y que constituyen la esencia misma de su función, porque resulta imposible cumplir con la diligencia y adecuada administración de los bienes, cuando se desentiende y desprende del deber de control y constatación del desarrollo de dichos actos; lo que compromete su responsabilidad, porque de su cumplimiento depende la entrega de los dineros que depositaron, por parte de la fiduciaria; fondos que le confiaron por cumplir con las condiciones legales para ejercer esa función.

Resulta que la fiduciaria por vía del mismo contrato y en contra de lo que constituye la esencia de su función por definición y mandato del art. 1234 del C. de Comercio, se desentendió de sus deberes y función y, finalmente, la dejó en manos de la constructora y conforme a lo que ésta le certificara y le indicara la interventora, que era escogida por la contratista; de tal manera que se dio un mal manejo a los recursos, no se adelantó el proyecto porque no se había asegurado su desarrollo total, no se logró el punto de equilibrio necesario para su ejecución y, por ende, la fiduciaria no podía ni debió entregar los dineros para el inicio de la construcción a la sociedad PROYEKTA S.A., porque no se cumplió con los requisitos para ello.

Se persiste en alegar que dichos requisitos sí se cumplieron, con todo y que aparecen expresados en dicha cláusula; lo cual sorprende, porque según ello, la vía para sostener que el proyecto era tan maravilloso, que arrojaba unas ganancias del 35% para la constructora porque con el 65% de la venta de los inmuebles se lograba la completa construcción, conforme al presupuesto y las características técnicas que tenían; carga probatoria que incumbía a la fiduciaria y que no cumplió; toda vez, que no se demostró que se vendió el 65% de las unidades inmobiliarias de las Torres I y II, es decir, 49 y 50 encargos, respectivamente; aunque inexplicablemente hubiera delegado en la propia controlada, la facultad de certificar la venta de esos bienes, al plenario ni siquiera se trajo la prueba de los contratos celebrados para las ventas en esos términos; por ello, se declarará la responsabilidad solidaria de la fiduciaria.

Frente a la pérdida de oportunidad, advierte que la pretensión será desestimada porque allí se relaciona el valor asignado por el experto a la terraza \$103.571.428,00; rubro que forma parte de lo que era objeto del contrato, esto es, hace parte del incumplimiento contractual porque no se entregó lo pactado; en lo concerniente al apartamento, parqueadero y cuarto útil, no hay lugar a su reconocimiento, porque no acreditó que hubiera intentado su venta y, que se frustró la oportunidad de la ganancia, de la que sin fundamento habló el experto; además, de manera suelta y sin explicación los testigos Carlos Rodrigo y el señor padre de la demandante, hicieron alusión al propósito con el que se adquirió el apartamento; pero una cosa es informar en la sala de ventas que el apartamento se iba a adquirir por tal motivo y, otra, demostrar que era para dicho fin; ningún elemento de convicción da fe cierta y permite seriamente creer sobre esa pérdida de oportunidad y, la simple afirmación de la parte no constituye prueba de lo solicitado.

En lo que corresponde a los cánones de arrendamiento pretendidos, indica que la situación es casi igual, porque una cosa es que el apartamento no se pueda arrendar por ser inhabitable y, otra, que por la falta de servicios como los que se denunciaron y demostraron, resulte imposible arrendarlo; en cuanto a la imposibilidad de utilizarlo, precisa que la pretensora y su señor padre, reconocieron que ha sido éste último quien ha ocupado el inmueble, bien en forma permanente o por temporadas; pero ha estado en posesión del apartamento, tiene la tenencia, la disposición y lo utiliza como a bien lo tiene; no se puede sostener que el

apartamento está en tan malas condiciones que no se puede utilizar; ni que constituye riesgo como trató de insinuarlo el señor José Manuel Ortiz Rivera; amén, que los demás apartamentos vienen siendo habitados por los residentes; no se demostró la imposibilidad de arrendarlo; se afirmó, sin explicación razonada, que la gente no mostró interés; el señor José Manuel adujo que cree que dos personas fueron a verlo; sin que ello sea fundamento suficiente para sostener que el apartamento no le interesaba a nadie.

Seguidamente y a solicitud de la actora, adiciona la sentencia en los siguientes términos: En lo referente al pago de intereses señala que la pretensión será negada porque como quedó demostrado, el apartamento se entregó el 2 de febrero y el parqueadero y cuarto útil el 27 de julio de 2015; de tal manera que desde esas fechas y hasta el día de hoy, están en poder de la demandante; luego, resulta desproporcionado y contrario a derecho, que además de usufructuar los bienes durante ese tiempo, pretenda el pago de rendimientos financieros. Igualmente aclara que, los bienes inmuebles serán entregados por la pretensora a PROMOTORA LEMMON, una vez se acredite el pago de lo ordenado.

Apelación: Lo interpuso la codemandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., indicando como reparos: Se debe tener presente el papel de la fiduciaria en el proyecto inmobiliario denominado LEMMON; la responsabilidad que atañe a la entrega del proyecto y a la entrega material de las unidades inmobiliarias.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, expresó que conforme lo establece el contrato de fiducia mercantil, el objeto a desarrollar por la fiduciaria era el siguiente: *“CLÁUSULA SEGUNDA. – Objeto: El presente contrato tiene por objeto que ACCION administre y reciba para el FIDEICOMISO los aportes que los BENEFICIARIOS DE AREA se obliguen a entregar mediante la suscripción de los CONTRATOS DE VINCULACIÓN; los invierta de conformidad con lo previsto en el presente documento y, una vez cumplidos los requisitos que se establecen adelante, los entregue al FIDEICOMITENTE para el desarrollo del PROYECTO, previa solicitud escrita de este”*.

Como argumento para la decisión se expuso: *“...Es la fiduciaria quien asume la responsabilidad de los incumplimientos que se derivan del desarrollo del proyecto, luego los incumplimientos del encargo comprometen la responsabilidad de la fiduciaria”*; lo que resulta contrario al art. 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que en forma restringida consagra las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, sin que se encuentren las de desarrollo urbanístico, construcción, entrega, promoción, comercialización, interventoría, gerencia, garantía, postventa, etc.; esto es, no pueden adelantar ningún tipo de actividad relacionada con el sector inmobiliario; a través del esquema fiduciario en el desarrollo inmobiliario son tres (3) partes las vinculadas: i) Adquiriente (beneficiario de área), quien se compromete al pago acordado para que al finalizar el proyecto se le transfiera la unidad inmobiliaria a la que se

vinculó; ii) fideicomitente/beneficiario, se obliga por su cuenta al desarrollo del proyecto en sus facetas técnica, constructiva y financiera, entre otras; obteniendo como ganancias las utilidades que el proyecto genere y, iii) la fiduciaria, administra los recursos en la forma establecida en el contrato de encargo de administración, obteniendo como contraprestación el pago de la comisión previamente pactada con el fideicomitente/beneficiario; luego, la entidad fiduciaria no puede ser responsable del incumplimiento de las obligaciones en cabeza de los desarrolladores del proyecto.

Igualmente, la sentencia señala que la fiduciaria no cumplió con los deberes de debida diligencia y prudencia al momento de decretar el punto de equilibrio de la Etapa I, del proyecto inmobiliario LEMMON, desarrollado por las codemandadas, puesto que no validó que cumpliera con los requisitos comerciales y no solo los financieros, porque para el momento de dicha declaratoria no constató que se contara con el número mínimo de vinculados al proyecto que se señalaban en el contrato de fiducia; lo que no resulta verificable porque dichos aspectos no constituyeron el eje del debate procesal; amén, que no se acreditó transgresión alguna de los deberes de la fiduciaria; máxime que la descripción del proyecto inmobiliario se estableció en la Resolución 229A, allegada al expediente; la sola ejecución defectuosa del proyecto por sus desarrolladores, no es prueba suficiente para concluir incumplimiento de los deberes en cabeza de la fiduciaria, dado que actuó acorde con las instrucciones plasmadas en el contrato de fiducia mercantil.

De acuerdo a la cláusula segunda del contrato de encargo fiduciario, como la entrega material de los inmuebles corresponde única y exclusivamente al desarrollador del proyecto, la fiduciaria no estaba en capacidad de controlar que lo entregado a la pretensora fue lo que realmente se promocionó; prueba de ello es el documento del 22 de diciembre de 2014, donde el desarrollador reconoce a la demandante el incumplimiento de sus obligaciones en el tiempo establecido y, consecuentemente, el retraso en la entrega material de los bienes.

Al contrario de lo afirmado por el Juzgado, en ningún aparte de los contratos existe una declaración expresa sobre la solidaridad de las partes; allí se establecen las obligaciones del FIDEICOMITENTE y de los patrimonios autónomos; no se puede pasar por alto lo previsto en el art. 1568 del C. Civil; pues como ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., no dio su consentimiento sobre dicha obligación, no existe solidaridad; además, según el objeto contractual los patrimonios autónomos no publicitan el proyecto inmobiliario; la terraza prometida a la actora obedece a la publicidad indicada por el constructor y promotor del proyecto, no por ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.; en el presente caso, no se estableció que los patrimonios autónomos o la fiduciaria tuvieran la obligación de la entrega material o de pagar a favor de la pretensora algún tipo de penalidad.

En línea con lo anterior y con las estipulaciones contractuales, precisa la dinámica de los proyectos inmobiliarios que se comercializan a través de un esquema fiduciario, en especial,

sobre el rol y alcance de las responsabilidades de la fiduciaria y del fideicomiso; trayendo a colación los esquemas establecidos por la Superintendencia Financiera; de donde colige, que ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., ha actuado conforme a lo acordado en los contratos de fiducia mercantil y vinculación, puesto que administró los recursos aportados por la demandante acorde con lo indicado en el contrato de fiducia mercantil, dando estricto cumplimiento a sus deberes y obligaciones.

El Juzgado omitió lo señalado por la demandante y los testigos, en cuanto que quienes construyen y están a cargo del desarrollo del proyecto son las sociedades PROYEKTA EDP S.A.S., antes SECTOR URBANO S.A.S., PROMOTORA LEMMON S.A.S., y PÓRTICOS INGENIEROS S.A.S., y no los FIDEICOMISOS RECURSOS LEMMON y LOTE LEMMON; ya que se parte de una premisa errada; esto es, que los patrimonios autónomos son constructores del proyecto.

De entenderse resuelto el contrato, como se ordenó en la sentencia, se debe tener presente, que los recursos entregados por la pretensora fueron transferidos al constructor cuando se decretó el punto de equilibrio en el mes de febrero de 2013; lo que significa que deben ser restituidos a los fideicomisos para que los reintegren a la parte actora; no se dijo nada sobre el pago por el uso y habitación del inmueble por parte de la demandante; el litigio se centró en la responsabilidad por la no entrega de las áreas comunes, como lo es la terraza a la que se hace mención; sin embargo, el Juzgado extiende caprichosamente su estudio a

los aspectos del punto de equilibrio, lo que riñe con el principio de congruencia de la sentencia; pues se trata de un hecho no debatido por el extremo pasivo; el Juzgado más allá de sus atribuciones legales y desbordando la sana crítica, supone como se debió decretar el punto de equilibrio; atribuyéndose funciones como perito experto, para indicar si desde la estructuración del negocio habían falencias o no, contrario a ello, no existe prueba que lleve a concluir que los recursos fueron desembolsados al constructor sin el cumplimiento de los requisitos; como no existe una valoración técnica que permita dicha conclusión, el Despacho bajo supuestos argumentos coligió que el punto de equilibrio no estuvo bien estructurado; en cuanto a la entrega de la terraza, la demandante se vinculó con posterioridad al decreto del punto de equilibrio y todo se hizo conforme a la resolución No. 229A del 31 de julio de 2012; no obstante, el 5 de marzo de 2013, se suscribió el contrato de vinculación, donde el fideicomitente le prometió a la demandante la terraza, sin que ello afecte el punto de equilibrio decretado desde el 15 de febrero adiado. Por estas razones, solicita se revoque la sentencia de primer grado.

Al descorrer el traslado en segunda instancia, para sustentar el recurso de apelación, en síntesis, volvió sobre los argumentos que vienen de extractarse.

Por su parte, el extremo activo dentro del término del traslado, adujo que la fiduciaria se equivoca al establecer el alcance de su participación en el desarrollo del proyecto inmobiliario; toda vez, que como vocera de los patrimonios

autónomos FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON y FIDEICOMISO LOTE LEMMON, adquirió unas obligaciones que tenía cumplir, a más de lo previsto en el art. 1234 del C. de Comercio y en el Decreto 1049 de 2006; no es cierto que la participación de la fiduciaria en el desarrollo del proyecto inmobiliario, está restringido o limitado a su actividad; si bien a la fiduciaria no le incumbía la entrega material de las unidades inmobiliarias, si le correspondían varias obligaciones condicionantes para la entrega, como son: No percatarse que la terraza de 50 metros no hacía parte de la licencia de construcción; entregar los dineros sin verificar el punto de equilibrio; permitir la utilización de dineros en rubros diferentes a la construcción del proyecto y, conocer que la Torre II del proyecto no se podía llevar a cabo, lo que conllevaba el incumplimiento de la entrega del proyecto prometido en el encargo fiduciario; considera que la fiduciaria no se puede excusar de su responsabilidad.

El literal C) de la cláusula sexta, del ENCARGO FIDUCIARIO PARA LA VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO RECURSOS Y LOTE LEMMON ETAPA I, indicó la definición de lo que se tenía como proyecto y, en el antecedente séptimo, consignó que: *“el beneficiario de área se vincula al FIDEICOMISO RECURSO LEMMON con el propósito de recibir a la terminación del PROYECTO, las unidades inmobiliarias y el porcentaje de copropiedad que a esas unidades les correspondan en las zonas comunes de acuerdo con el RPH a las cuales se ha sometido”*; la demandante se vinculó al proyecto como beneficiaria de área el 5 de marzo de 2013; donde igualmente figuraban las sociedades PROYEKTA;

ESTRUCTURACIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS S.A.S., como beneficiaria de la obra y, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON Y FIDEICOMISO LOTE LEMMON; siendo del caso traer a colación, como lo hizo el Juzgado de conocimiento, lo previsto en los arts. 1541, 1568 y 1602 del C. Civil, y 825 del C. de Comercio, para determinar la solidaridad entre las partes.

Consecuente con lo anterior, es evidente el incumplimiento de la fiduciaria a sus deberes, al contravenir las obligaciones que contractual y legalmente estaban a su cargo; los que pasa a enlistar; la fiduciaria no acreditó diligencia y cuidado en su actuar, para cumplir con las obligaciones que le correspondían; además, la interpretación del Juzgado no corresponde a que la fiduciaria, sea la constructora del proyecto, sino que dada su negligencia en el cumplimiento de sus deberes, a pesar de su calidad de profesional en la materia, debe contribuir en la reparación integral de la demandante. Ahora, en caso de no existir recursos en los patrimonios autónomos, se debe recurrir a la prenda general de los acreedores, como lo manda el art. 2488 del C. Civil.

La amplia exposición de deberes y obligaciones a cargo de la fiduciaria, evidenció que el litigio no solo contemplaba la atribución de responsabilidad por la no entrega de la terraza y zonas comunes, sino que abarcó lo referente al punto de equilibrio, desprendiéndose una evidente falta de diligencia y cuidado por parte de la fiduciaria, sin que la sentencia de primer grado, desconociera el principio de congruencia;

tampoco se trató de un hecho que no fue debatido o controvertido; como lo ha señalado la jurisprudencia; no se presentó una indebida valoración probatoria por falso juicio de existencia y de identidad, como lo señala el recurrente; a lo que trae como fundamento lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, en tal sentido; por estas razones, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado, plantea el siguiente problema jurídico que la Sala debe resolver: ¿la fiduciaria debe responder solidariamente por las condenas derivadas del incumplimiento del contrato de vinculación?

El disenso: Como motivos de inconformidad, la recurrente aduce que no puede ser declarada solidariamente responsable del incumplimiento del contrato de vinculación celebrado con la demandante, toda vez que, dentro de sus obligaciones legales y contractuales, no se encuentran establecidos los supuestos que dieron lugar a la resolución; amén, que cumplió a cabalidad con las obligaciones a su cargo acorde con las normas que rigen su proceder y, lo acordado en el contrato de fiducia mercantil.

Al efecto, el Tribunal observa que como anexo a la demanda se trajo copia del denominado “*Encargo de vinculación al fideicomiso recursos y lote LEMMON Etapa 1*”, suscrito el 5 de marzo de 2013, por el señor Armando de Jesús Ortiz

Barrera, en nombre y presentación de la demandante Ana Isabel Ortiz Roldan, como beneficiaria de área, así como por los representantes legales de SECTOR URBANO S.A.S., y ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., donde en el literal c), frente a la fiduciaria consignó:

“La sociedad denominada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., constituida mediante escritura pública No. 1376, de febrero 19 de 1992, autorizada para funcionar mediante la Resolución No. 1017 del diecinueve (19) de marzo de 1992 expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, representada en este contrato por el señor FRANCISCO DUQUE GONZÁLEZ, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.553.218 quien obra como apoderado según poder constituido por Escritura Pública 6.691 del 22 de diciembre de 2009 de la Notaría 25 de Medellín, sociedad que en adelante se denominará LA FIDUCIARIA”.

En el numeral 5.3, de las manifestaciones preliminares de los beneficiarios de área, se dispuso:

“Que suscriben el presente contrato, el cual reglamenta el actuar de las partes en el presente negocio, bajo el entendido que las funciones de ACCIÓN están circunscritas al cumplimiento de las instrucciones que en los contratos de fiducia mercantil se establecen (FIDEICOMISO LOTE LEMMON y FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON), con total independencia del PROYECTO, el cual es responsabilidad única y exclusiva de la BENEFICIARIA”.

Además, en el literal c) del numeral 6, referente al proyecto se acordó:

“PROYECTO: Consiste en la construcción que LA BENEFICIARIA por su cuenta y riesgo, y con plena autonomía jurídica, financiera y administrativa hará de un proyecto que consiste en la construcción de 2 torres para un total de 158 apartamentos, 23 oficinas 8 locales comerciales. Este proyecto se desarrollará en dos etapas: La primera etapa consta de 71 apartamentos, 6 locales comerciales y 5 oficinas; La segunda etapa consta de 87 apartamentos 2 locales comerciales y 18 oficinas. La beneficiaria podrá incorporar o adicionar nuevas unidades, previa autorización de las autoridades municipales correspondientes el proyecto está ubicado en la calle 72 sur No. 43-09 y calle 72 sur No. 43ª-01 del Municipio de Sabaneta”

En las cláusulas segunda y tercera, sobre el objeto y condiciones para la entrega de los recursos, se pactó:

“SEGUNDA: OBJETO. LA FIDUCIARIA administrará los bienes entregados manteniéndolos invertidos en su Fondo Común Ordinario, de conformidad con lo previsto en las normas legales y reglamentarias sobre esta materia en especial el decreto 938 de 1989. LA FIDUCIARIA, cumplidas las condiciones dentro del plazo previsto en la cláusula tercera siguiente, utilizará los dineros entregados para vincularlos al FIDEICOMISO LOTE LEMMON que se constituirá con el inmueble en el cual LA BENEFICIARIA desarrollarán, por su cuenta y riesgo, EL PROYECTO. Los recursos así entregados

serán recibidos por el mencionado patrimonio por cuenta de LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA y/o EL CONSTITUYENTE y se imputarán al valor del inmueble al cual LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA y/o EL CONSTITUYENTE de acuerdo con lo previsto en las cláusulas relacionadas con la vinculación de LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA y/o EL CONSTITUYENTE al FIDEICOMISO LOTE LEMMON Y FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON, las cuales prevén más adelante. Los rendimientos de los dineros administrados por LA FIDUCIARIA de igual forma se entregarán al FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON, pero no se entenderán como parte de los recursos a los cuales se obliga LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA y/o EL CONSTITUYENTE en virtud de su vinculación al FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON, pues los mismos se tendrán como recursos aportados por LA BENEFICIARIA del mencionado patrimonio autónomo.

“TERCERA: CONDICIONES PARA LA ENTREGA DE RECURSOS. LA FIDUCIARIA hará la entrega al FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON de los dineros, una vez se cumplan las siguientes condiciones para cada una de las etapas a desarrollarse:

“a) La entrega por parte de LA BENEFICIARIA, de un número mínimo de encargos fiduciarios de vinculación al FIDEICOMISO, debidamente firmados por las partes y con la totalidad de los documentos soportes de la información que contienen, cuyos recursos sean suficientes para adelantar la construcción de EL PROYECTO, de conformidad con la CERTIFICACIÓN emitida por LA BENEFICIARIA, y que está

determinado en un setenta por ciento (65%) (sic) para la primera etapa; es decir, se requieren 54 unidades inmobiliarias y el 65% para la segunda que corresponde a 70 unidades inmobiliarias vendidas.

“b) Concepto favorable acerca de la obtención del punto de equilibrio entregado por LA BENEFICIARIA.

“c) La licencia de urbanismo y construcción del PROYECTO, vigentes.

“d) La transferencia real y efectiva del derecho de dominio y propiedad del BIEN INMUEBLE a favor del FIDEICOMISO LOTE LEMMON, y que el inmueble se encuentre libre de cualquier limitación o gravamen.

“e) Estudio de títulos del inmueble donde se va a desarrollar el proyecto con concepto favorable.

“f) Crédito aprobado por una entidad financiera”

Frente a la vinculación en la cláusula sexta se concertó:

“VINCULACIÓN: Cumplidas las condiciones establecidas en la cláusula tercera, dentro del plazo previsto, LOS BENEFICIARIOS DE OBRA y/o EL CONSTITUYENTE se tendrá para todos los efectos, como un BENEFICIARIO DE ÁREA, con arreglo a los términos y condiciones del contrato de Fiducia que al efecto se celebró para dar origen al FIDEICOMISO

RECURSOS LEMMON y del contrato que celebrará para constituir el FIDEICOMISO LOTE LEMMON.

“Por lo tanto, lo que a LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA y/o EL CONSTITUYENTE ha de corresponder por todo concepto en razón de esa vinculación, le será cubierto exclusivamente mediante la transferencia del dominio y la posesión que le hará en su oportunidad la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO LOTE LEMMON, del siguiente inmueble (como cuerpo cierto) que hace parte del PROYECTO:

<i>APARTAMENTO 302</i>	<i>ETAPA TORRE 1</i>	<i>AREA: 71.81 Terraza de 50 M2</i>
<i>PARQUEADERO 85</i>	<i>SOTANO 3</i>	
<i>CUARTO UTIL 101</i>	<i>SOTANO 3</i>	

“Así como el porcentaje de copropiedad en las zonas comunes que le corresponda, de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal que se dicte para EL PROYECTO”.

Igualmente, en el contrato de fiducia mercantil, como lo advirtió la recurrente, se estipuló:

“CLÁUSULA SEGUNDA. – Objeto: El presente contrato tiene por objeto que ACCION administre y reciba para el FIDEICOMISO los aportes que los BENEFICIARIOS DE AREA se obliguen a entregar mediante la suscripción de los CONTRATOS DE VINCULACIÓN; los invierta de conformidad con lo previsto en el presente documento y, una vez cumplidos los requisitos que se establecen adelante, los entregue al FIDEICOMITENTE para el desarrollo del PROYECTO, previa solicitud escrita de este”.

Sobre el particular, se constata que el contrato de vinculación suscrito por la demandante a través de su representante, igualmente, lo rubricó el representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre de la persona jurídica (la fiduciaria) y no como vocera de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON y FIDEICOMISO LOTE LEMMON; pues nada se precisó en tal sentido, lo que pone de manifiesto que la responsabilidad de la fiduciaria es por ser parte en el contrato y no como vocera de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO RECURSOS LEMMON y FIDEICOMISO LOTE LEMMON; a lo que se suma, que por tratarse de un negocio de naturaleza mercantil como ocurre en el presente caso, existe la presunción de solidaridad que no ha sido desvirtuada; sobre el particular el art. 825 de la codificación mercantil, es contundente al precisar:

“En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

En cuanto a las obligaciones de la fiduciaria, se advierte que legalmente están determinadas y, por lo tanto, no puede soslayar tal mandato, como aquí lo pretende, argumentando que cumplió sus funciones con arreglo a lo establecido en el contrato de fiducia mercantil, toda vez que, esas obligaciones son indelegables y no se pueden subordinar mediante una negociación privada. Al efecto, es contundente el art. 1234 del C. Mercantil, al prescribir:

“Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

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

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

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

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

“5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;

“6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;

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

“8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”

Como lo precisa la recurrente, si bien en su calidad de fiduciaria no puede adelantar gestiones de construcción, entrega, promoción, comercialización, interventoría, gerencia, garantía, postventa, ni nada que corresponda al desarrollo inmobiliario, etc.; lo cierto es que suscribió en nombre propio el contrato de vinculación con la demandante, siendo indiscutible que está compelida al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de esa convención; pero, además como empresa fiduciaria conforme al mandato que viene de transcribirse, estaba obligada a cumplir diligentemente con los actos necesarios para obtener la finalidad de la fiducia, a transferir los bienes al beneficiario de área acorde con el acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario; luego, no bastaba con transferir los bienes a la persona vinculada al proyecto, sino, que además la fiduciaria tenía que traspasar y hacer entrega de los bienes, como se concertó en el contrato de vinculación, esto es, los inmuebles allí especificados y dentro del término acordado; además, de garantizar la terminación en debida forma del proyecto inmobiliario, lo que no aconteció en el presente caso, como acertadamente lo coligió el juzgador de primera instancia. Frente a este tópico la jurisprudencia patria ha decantado:

“(...) {No} puede pasarse por alto que los únicos compromisos que a la fiduciaria le es dable asumir como vocera de los bienes fideicomitidos, son aquellos derivados del ejercicio o el cumplimiento de los propósitos para los cuales fue constituida la fiducia. En esa dirección, no hay, entonces, posibilidad de fusionar o entremezclar los patrimonios (entendido a plenitud como los activos y pasivos de una persona), de uno cualquiera de los contratantes. Siguiendo esa orientación, dada la separación existente, a la fiduciaria le corresponderá enfrentar, con sus propios recursos, las consecuencias derivadas de aquellas conductas dañinas realizadas respecto a su condición de empresa y, lo mismo en lo que hace al patrimonio autónomo, que sobrevendrán las que atañan a su objetivo, es decir, para lo que fue constituido.

“A manera de colofón, huelga memorar lo que en reciente oportunidad esta Corporación dijo:

“(...) los deberes indelegables del fiduciario enlistados en el artículo 1234 del C. Co., entre los cuales se hallan aquellos que le imponen 'realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia' (n. 1), que comprende, entre otros posibles, la celebración de actos jurídicos que redunden sobre dicho patrimonio, y 'llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente' (n. 4); ambos indican que en el plano sustancial el fiduciario es quien debe obrar por el patrimonio autónomo cuando la dinámica que le es inherente lo exija, sin que lo haga propiamente en representación del

mismo, reservado como ciertamente se halla ésta figura a las personas naturales o jurídicas.

“(...) El fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o estar expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes” (...). Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del C. de P. Civil, en sentido técnico procesal no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad (...). En consecuencia, no se

identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, sin perjuicio, claro está, de que pueda ser demandado directamente por situaciones en que se le sindique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo" (CSJ SC 31 de mayo de 2006, Exp. 0293)»". {CORTE SUPrema DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia SC5438-2014, del 26 de agosto de 2014}.

No sobra poner de presente que dada la naturaleza de las fiduciarias y el objeto que desarrollan, las personas no solo confían que son diligentes en el cumplimiento de sus obligaciones; sino, además en la buena administración de los recursos que le han confiado; máxime en situaciones como la presente, donde el proyecto constructivo se financia con los recursos que aportan las personas que se vinculan como beneficiarias de área, quienes precisamente lo hacen confiados en esa seriedad y confianza que brinda la fiduciaria, entregando los ahorros obtenidos durante años de trabajo, en muchos casos, con la esperanza de cumplir con el sueño de tener una vivienda propia, función social que no puede soslayar en situaciones como la presente – proyecto de construcción de vivienda, para cuyo cometido, como profesional experto, debe cumplir a cabalidad las funciones asignadas legal y contractualmente, como ocurre con el

cumplimiento de los parámetros establecidos para lograr el punto de equilibrio para la construcción del proyecto y para que se lleve a feliz término, para minimizar problemas que usualmente se presentan, sin evadir sus obligaciones.

Ahora, que como los recursos entregados por la pretensora fueron transferidos por la fiducia al constructor al decretar el punto de equilibrio en el mes de febrero de 2013; éste los debe restituir a los fideicomisos para ser reintegrados a la parte actora como fue ordenado; al efecto, se advierte que el Tribunal no puede emitir pronunciamiento en torno a esta controversia porque es ajena al litigio, pues no fue objeto de pretensión, lo que implica que cualquier discusión que al respecto pueda surgir se tiene que resolver en otro escenario diferente.

De otra parte, la recurrente se duele porque la sentencia de primer grado nada dijo sobre el pago por el uso y habitación del inmueble por parte de la demandante; al respecto la Sala advierte que al contrario de lo señalado, el Juzgador de primera instancia sí se pronunció al adicionar la sentencia a solicitud de la parte actora; indicando en lo referente al pago de intereses, que la pretensión será negada porque como quedó demostrado, el apartamento se entregó el 2 de febrero y el parqueadero y cuarto útil el 27 de julio de 2015; de tal manera que desde esas fechas y hasta el día de hoy, están en poder de la demandante; luego, resulta desproporcionado y contrario a derecho, que además de usufructuar los bienes durante dicho tiempo, pretenda el pago de rendimientos financieros; lo que implica, que al contrario de lo afirmado sí

hubo pronunciamiento y como no se expresó inconformidad frente a lo dicho, lo cierto es que a la Sala le está vedado realizar cualquier pronunciamiento frente a la decisión emitida.

Conclusión: Se confirmará la sentencia de primer grado y, se condenará a la recurrente ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a pagar las costas de segunda instancia a favor del extremo activo. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fijará la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$2.320.000.00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

IV. RESOLUCIÓN

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

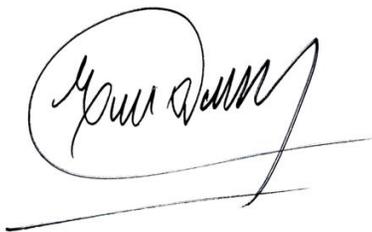
- 1.** Por lo dicho se confirma la sentencia de fecha y procedencia indicada en la parte motiva.
- 2.** Se condena a la recurrente ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a pagar las costas de segunda instancia a

favor del extremo activo. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fija la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$2.320.000.00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

3. Devuélvase el expediente al lugar de origen.

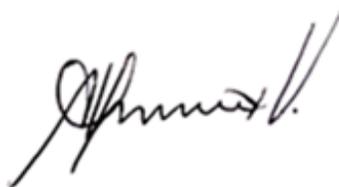
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

Aclaración de voto



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

ACLARACION DE VOTO

Como ponente, estimo pertinente aclarar el voto, como lo paso a indicar: La competencia del Tribunal está limitada por el recurso de apelación, que en este caso, en esencia está encaminado a determinar si la recurrente se obligó para con la demandante; lo que se traduce en un problema de legitimación en la causa por pasiva, porque se trata de verificar si es parte de la relación sustancial que se debate en el proceso y si como tal adquirió las obligaciones que fueron objeto de polémica y, aunque se pone en entredicho la solidaridad, si hubo pronunciamiento sobre los frutos del inmueble que la demandante debe restituir y de prestaciones a cargo de las mismas demandadas; lo cierto es que no es necesario entrar en la revisión y fondo de otros temas, como la relación sustancial objeto de controversia y que vincula a las partes, si se cumple con los elementos de la resolución por incumplimiento, pues el recurso no desconoce que se incumplió con lo prometido a la demandante en el contrato de cesión de área; lo que implica que bajo estas circunstancias, no se tiene que examinar la naturaleza de la relación jurídica que vincula a los contratantes y si se cumple con los presupuestos para la resolución, lo que ha dado pie al ponente en casos como el presente, para sostener que lo que se ha denominado como cesión de área o con otros términos equivalentes y que se considera que es un contrato atípico, no es más que una promesa de celebrar un contrato y, como tal, debe cumplir con los requisitos legalmente previstos para su validez; lo que lleva a un examen bajo esta óptica e incluso a considerar que cuando no cumple con los

requisitos consagrados en el art. 1611 del C. Civil, procede su nulidad a un de oficio, con las correspondientes restituciones a cargo y a favor de las partes.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Enrique Gil Marin', written in a cursive style. The signature is positioned above a horizontal line.

LUIS ENRIQUE GIL MARIN
Magistrado