

TEMA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO - En el evento de incumplimiento recíproco, cualquiera de los contratantes puede demandar la resolución del pacto, pero sin indemnización de perjuicios. /

HECHOS: Se pretende la declaratoria del incumplimiento de los demandados del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos, su consecuente terminación; la liquidación del contrato por la fiduciaria con autorización para transferir los bienes del fideicomiso a los acreedores a prorrata del monto de su acreencia; la condena a los demandados por las comisiones fiduciarias causadas hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y por concepto de intereses moratorios mercantiles liquidados sobre las comisiones adeudadas y el valor que resulte de su liquidación a la fecha de ejecutoria de la sentencia. En primera instancia se profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si ¿se debe acceder a la resolución del contrato o mutuo incumplimiento?

TESIS: (...) Como el contrato de fiducia mercantil es de estirpe netamente comercial y financiero, regulado por normas especiales como las consagradas en el C de Co y concordantes (artículo 1), para efectos de la resolución del contrato debemos remitirnos al artículo 870 que estatuye: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.” (...) interesando para el caso en concreto la modalidad de administración y pagos definida en el numeral 8.2.1, “Es el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto.” (...) La Circular Básica Jurídica alude a nuevos deberes, entre los cuales se encuentra la protección de bienes fideicomitidos, “El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato.” (...) En el evento de incumplimiento recíproco, según providencia SC1662 de 2019 de la Corte, “cualquiera de los contratantes puede demandar la resolución del pacto, pero sin indemnización de perjuicios... (...) Probado como se haya el incumplimiento recíproco de las obligaciones contractuales y legales, ninguna de las partes acreditó la calidad de contratante cumplido o dispuesto a cumplir como requisito para demandar con probabilidades de éxito la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, asistiéndole razón a la réplica promovida por la demandante en la sustentación al recurso de alzada –ante el eventual incumplimiento recíproco de las obligaciones- la procedencia de la pretensión resolutoria, tal y como es avalado en la jurisprudencia en caso de incumplimiento de las prestaciones correlativas de sus contradictores, por lo que procede aplicar el criterio traído por la Corte en SC1662-2019, reiterado en SC3666- y SC5430 de 2021, respecto a la posibilidad de acceder a la resolución del contrato en los eventos de mutuo incumplimiento sin indemnización de perjuicios. Consecuentemente se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la resolución del contrato N°4890, las modificaciones de fiducia mercantil inmobiliaria de administración y pagos para el desarrollo del proyecto inmobiliario Balsillas De Tolú, celebrado entre la Fiduciaria Bancolombia, Constructora Acsa Sas, Inversiones Arrázola Y Asociados y Johny Aldonso Fontalvo Iglesias (fideicomitentes), por mutuo incumplimiento. (...) Como no se accederá a la

pretensión principal de declarar el incumplimiento contractual en cabeza de los demandados y la consecuente indemnización de perjuicios en favor de la demandantes, no proceden las demás pretensiones consecuenciales; por lo que la liquidación del contrato contenido en la escritura pública, en los documentos que la modifican y adicionan (indicados en la parte introductoria de esta providencia), se deberá realizar por las partes en los términos acordados en la cláusula Vigésimo Quinta del documento del 7 de mayo de 2013 denominado “Modificación Integral Al Contrato No.4890 De Fiducia Mercantil Irrevocable De Administración Celebrado Entre Constructora Acsa Sas, Inversiones Arrázola Y Asociados S En C, Johny Fontalvo Iglesias Y Fiduciaria Bancolombia Sa Sociedad Fiduciaria”; al establecer que “Acaecida la terminación del contrato perderán vigencia el objeto y las instrucciones previstas en el mismo, y la gestión de la Fiduciaria deberá dirigirse exclusivamente a realizar los actos que directa o indirectamente se relacionen con la liquidación del Fideicomiso, según se precisa a continuación...” Surtido lo cual podrán acudir a las disposiciones contractuales y legales que regulan la liquidación de aquella clase de contrato y en lo pertinente a las acciones judiciales a que haya lugar como podría ser la insolvencia económica. (...)

M.P: RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

FECHA: 24/09/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

ACLARACIÓ DE VOTO: MARTHA CECILIA LEMA VILLADA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso:	Verbal resolución de contrato
Radicado:	05001 31 03 014 2019 00121 02
Demandante:	Fiduciaria Bancolombia SA Sociedad Fiduciaria
Demandado:	Constructora Acsa SAS y otros
Providencia:	Sentencia
Tema:	Por mutuo incumplimiento procede la resolución del contrato sin reconocimiento de perjuicios y negando las pretensiones consecuenciales. Para su liquidación deberán agotar el procedimiento establecido en el contrato de fiducia o acudir a la vía jurisdiccional
Decisión:	Revoca sentencia
Sustanciador/ponente:	Ricardo León Carvajal Martínez

De conformidad con la Ley 2213 de 2022 se procede a decidir por escrito, el recurso de apelación interpuesto por ambas partes frente a la sentencia proferida el 25 de abril de 2024 por el JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso verbal para la resolución de contrato adelantado por FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA contra CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS y JOHNY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS, integrándose como litisconsortes a RENSO ANÍBAL RICO ÁLVAREZ, CÉSAR GUTIÉRREZ MOTTA, IVÁN HUMBERTO SALAS ZABALETA, LUZ STELLA GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, ROHENES & CÍA SAS, RAMÓN ANDRÉS PAYARES VILLEGAS, MARÍA SILVIA VILLEGAS CABAL, COMERCIALIZADORA GLOBAL DE OCCIDENTE LTDA, JUAN CARLOS PAYARES VILLEGAS, JUAN CARLOS PAYARES QUESSEP, OMAR ENRIQUE PÉREZ JINETE, JULIO CÉSAR JARAVA DÍAZ, GERARDO IGNACIO GUERRA CONTRERAS, MARÍA SONIA GARCÍA RUBIO, GERMÁN MUR, JOSÉ ANTONIO ROJAS CANTOR, CARLOS ARTURO RODRÍGUEZ SARMIENTO, DANIEL DE JESÚS MORALES VALENCIA, ANTONIO DUARTE HUERTAS, GLENIA DE JESÚS GONZÁLEZ FORTICH, FRANCISCO JAVIER CAMPOS CHARRIS, MARÍA

DE JESÚS FANDIÑO OBANDO, ANA SILVERIA VERGARA ORTEGA, CESARIO TRIANA, ELÍAS DE JESÚS SÁNCHEZ MERCADO, SARA LADHINI CARVAJAL CANO, JOSÉ ÉDER ALZATE ZULUAGA, VÍCTOR LEÓN BAENA GUARNIZO, CARLOS EDUARDO PERDOMO SÁNCHEZ, MERYS MARGOTH HERNÁNDEZ ARROYO, MARILUZ BARRIOS ARRÁZOLA, MARTHA QUESADA MORENO, SKARLET DEL ROSARIO GONZÁLEZ GUZMÁN, ORLANDO RAÚL MERCADO URZOLA, LEANDRO CASTRILLÓN RUÍZ, JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ MONTES, ILEANA MARGARITA CERRA BARRETO, VIGIAS DE COLOMBIA SRL LTDA, JANETH VÉLEZ BRAVO, LUIS LAGO CASTRO y LIDIA ESTHER FONTALVO IGLESIAS.

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante escritura pública 638 del 18 de marzo de 2013 de la Notaría 52 de Bogotá se celebró entre la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA, CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS y JOHNY ALDONSO FONTALVO IGLESIAS (fideicomitentes), el contrato N°4890 de fiducia mercantil irrevocable de administración, constituyéndose el fideicomiso PA BALSILLAS DE TOLÚ ADMINISTRACIÓN DE INMUEBLE.
- 1.2 Los fideicomitentes aportaron al patrimonio autónomo el inmueble con matrícula inmobiliaria N°340-110022 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sincelejo (Sucre) - municipio Santiago de Tolú, para que fuera administrado por FIDUCIARIA BANCOLOMBIA en desarrollo del proyecto inmobiliario BALSILLAS DE TOLÚ.
- 1.3 El inicio, desarrollo y culminación del proyecto estaban bajo la exclusiva responsabilidad, riesgo, dirección, planeación y control de los fideicomitentes; la constructora es gerente y promotora del proyecto.
- 1.4 El 7 de mayo de 2013 las partes modificaron (por documento privado) el contrato de fiducia, disponiendo que en adelante sería "**un contrato de fiducia mercantil inmobiliaria de administración y pagos**"; además de

administrar los bienes fideicomitidos, FIDUCIARIA BANCOLOMBIA realizaría los pagos requeridos por los fideicomitentes para el desarrollo del proyecto, quedando la denominación del patrimonio, **"Fideicomiso PA BALSILLAS DE TOLÚ INMOBILIARIO COMPLETO."**

- 1.5 La construcción del proyecto inició el 6 de agosto de 2013.
- 1.6 Los fideicomitentes desde noviembre de 2015 hasta la presentación de la demanda, incumplieron la obligación contractual contenida en el numeral 9° de la cláusula DÉCIMA SEGUNDA del contrato, **"Pagar la comisión fiduciaria en la forma y términos establecidos en este contrato"**; comisión regulada en la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA numeral 2°, **"Por la administración del FIDEICOMISO, desde la fecha de suscripción del presente contrato y hasta la fecha de transferencia de la última UNIDAD INMOBILIARIA del FIDEICOMISO una suma mensual fija e ininterrumpida equivalente a CINCO PUNTO TRES SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (5.3 SMMKV). Esta comisión genera IVA, se liquidará y pagará mes vencido dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente al de su causación."**
- 1.7 La construcción del proyecto se paralizó en septiembre de 2016 por falta de recursos del patrimonio autónomo estando la obra con un avance de cumplimiento del 88%; por lo que la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA remitió comunicación a la CONSTRUCTORA ACSA el 26 de diciembre de 2016 solicitando informe de las gestiones adelantadas para la normalización del proyecto (disponibilidad de recursos e información brindada a los promitentes compradores).
- 1.8 El 28 de diciembre siguiente la CONSTRUCTORA ACSA respondió indicando que estaba buscando un nuevo inversionista que inyectara recursos para la culminación del proyecto, enviando **"parte de tranquilidad"** a los **"promitentes compradores"** y acreedores del fideicomiso.

- 1.9 El 6 de marzo de 2017 la CONSTRUCTORA ACSA SAS comunicó a FIDUCIARIA BANCOLOMBIA que "**había perdido el control de la obra debido a una irrupción en las instalaciones por parte de Emiro Arrázola**"; a partir de esa fecha hasta el 8 de agosto de 2018, hubo intercambio de comunicaciones sin reporte de pago de las comisiones fiduciarias.
- 1.10 En reunión del 25 de septiembre de 2018 los fideicomitentes manifestaron su interés en continuar con el proyecto señalando que informarían a la fiduciaria los posibles inversionistas que inyectarían recursos; el 22 de enero de 2019 JOHNY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS (fideicomitente), remitió correo electrónico a la fiduciaria indicando que, "**todavía se encontraban en proceso de presentación del proyecto balsillas de tolú ante inversionistas**"; sin informe de solución definitiva ni cumplimiento en el pago de las comisiones fiduciarias.
- 1.11 Los fideicomitentes incumplieron el numeral 8° de la cláusula DÉCIMA SEGUNDA del contrato, "**Desarrollar todas las actividades que permitan a la FIDUCIARIA el logro de la finalidad contemplada en el presente contrato...**"; era obligación de la constructora ejercer la tenencia real y material del inmueble, velar por su cuidado y mantenimiento durante todo el tiempo de ejecución del proyecto (numeral 14 ibíd); responder por los perjuicios derivados de daños, merma, deterioro, ruina, destinación diferente o ilegal, descuido en la custodia o mal uso del inmueble (numeral 1°).
- 1.12 FIDUCIARIA BANCOLOMBIA dio estricto cumplimiento a las obligaciones emanadas del contrato de fiducia y de la ley, administrando correctamente los bienes fideicomitados, realizando pagos necesarios para el desarrollo del proyecto de acuerdo con las instrucciones de los fideicomitentes en la medida que existieron recursos, presentando rendiciones de cuentas en

forma oportuna y requiriendo a los fideicomitentes para que explicaran su gestión.

1.13 Conforme el numeral 3° de la cláusula VIGÉSIMA CUARTA del contrato de fiducia, puede darse por terminado "**por no aportar LOS FIDEICOMITENTES los RECURSOS necesarios para la atención del fideicomiso**"; las partes regularon un procedimiento para adelantar la liquidación del contrato de fiducia una vez producida su terminación conforme la cláusula VIGÉSIMA QUINTA.

1.14 Pretende la declaratoria del incumplimiento de los demandados del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos, su consecuente terminación; la liquidación del contrato por la fiduciaria con autorización para transferir los bienes del fideicomiso a los acreedores a prorrata del monto de su acreencia; la condena a los demandados por \$178.180.906 correspondiente a las comisiones fiduciarias causadas desde noviembre de 2015 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y por \$70.707.651 por concepto de intereses moratorios mercantiles liquidados sobre las comisiones adeudadas hasta el 31 de diciembre de 2018 y el valor que resulte de su liquidación a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda¹, se pronunció la parte demandada a través de curador ad litem sin proponer excepciones.

En audiencia del 29 de abril de 2022 el A quo realizó control de legalidad y dispuso la integración del litisconsorcio por pasiva, ordenando vincular a los beneficiarios de área el contrato DE FIDUCIA MERCANTIL No. 4890 celebrado mediante escritura pública No. 638 del 18 de marzo de 2013; los que contestaron la demanda proponiendo excepciones:

¹providencia del 26 de marzo de 2019 (archivo 2, PDF 10, cuaderno principal, expediente electrónico).

2.1 JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ MONTES, IVÁN HUMBERTO SALAS ZABALETA, RENSO ANÍBAL RICO ÁLVAREZ, JANETH VÉLEZ BRAVO, SARA LADHINI CARVAJAL, SOCIEDAD VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA, SKARLET GONZÁLEZ GUZMÁN, LA SOCIEDAD ROHENES & CIA, SAS, LUIS LAGO CASTRO, VÍCTOR LEÓN BAENA GUARNIZO, CARLOS EDUARDO PERDOMO SÁNCHEZ y ORLANDO RAÚL MERCADO URZOLA:

2.1.1 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA BANCOLOMBIA: La gestión desarrollada por fiduciaria no es la que se espera de un profesional de servicios financieros, sometido a especial vigilancia y control del Estado; conforme la jurisprudencia y doctrina nacional cuando una entidad fiduciaria causa un perjuicio a alguna de las partes en un contrato de fiducia mercantil, debe responder con su propio patrimonio y resarcir los perjuicios causados; la responsabilidad de la sociedad fiduciaria fue declarada en sentencia de la Sala Civil - Tribunal de Superior de Bogotá el 9 de diciembre de 2020 expediente 11001-31-03-003-2018-02591-01, que la condenó a resarcir los perjuicios causados a los "promitentes compradores" a causa del incumplimiento de sus deberes y obligaciones contractuales.

2.1.2 OBLIGACIÓN DE LA FIDUCIARIA BANCOLOMBIA DE DEVOLVER LAS SUMAS APORTADAS POR CADA UNO DE LOS PROMITENTES COMPRADORES: La sociedad fiduciaria gestionó de manera indebida el patrimonio autónomo Balsillas de Tolú; con su proceder negligente causó la paralización del proyecto inmobiliario e imposibilitó que los promitentes compradores pudieran ver realizada su expectativa de adquirir un inmueble para su vivienda.

Como el proceder de la fiduciaria se apartó de los cánones que rigen la prestación de servicios financieros, debe restituir a los "compradores" los valores invertidos y los intereses generados desde la fecha que estaba prevista la firma de las escrituras de compraventa según liquidaciones anexas.

2.1.3. LA FIDUCIARIA NO PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA PARA ELUDIR SUS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES Y LEGALES: La

responsabilidad de la fiduciaria ha sido declarada culpable en fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada; pese a ello pretende obtener un fallo favorable desconociendo su propia culpa en las fallas que finalmente han generado la paralización del proyecto inmobiliario.

2.1.4 INVIABILIDAD DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO HASTA TANTO NO SE RESARZAN LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA FIDUCIARIA: Conforme la jurisprudencia no es admisible que el contratante incumplido promueva la resolución de un contrato por incumplimiento ni es dable que solicite el pago de perjuicios.

Lo manifestado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá frente a la pretensión de terminación del contrato promovida por la sociedad fiduciaria, ***“En esas condiciones, emerge palmaria la afectación de los derechos de los consumidores financieros demandantes, quienes, siendo la parte débil en este debate, han resultado perjudicados, pese haber aportado al PA Balsillas de Tolú, las cuotas iniciales de las unidades residenciales prometidas en venta. Entuerto del que, hasta el momento, no se vislumbra solución en su favor, pues Bancolombia SA y Fiduciaria Bancolombia SA ya iniciaron acciones jurisdiccionales, pero para procurar la protección de sus intereses particulares; la realidad corroborada con las manifestaciones elevadas en las contestaciones del pliego introductor –a fin de probar las gestiones efectuadas para alcanzar el propósito fiduciario-, según las cuales “a la fecha cursa una demanda por vía judicial en contra de los fideicomitentes, con el objeto de buscar la terminación del contrato fiduciario y el pago de las comisiones adeudadas a la fecha...”*”**

Resulta improcedente la terminación del contrato, cuando menos hasta que la fiduciaria se allane a indemnizar a cada uno de los promitentes compradores.

2.1.5 SUJECCIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO A LAS OBLIGACIONES LEGALES PREVISTAS EN LA CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA DE LA SFC: Las sociedades fiduciarias para el desarrollo de proyectos inmobiliarios deben dar cumplimiento a

las disposiciones contenidas en los numerales 2.2.1 y 5.2 del Capítulo 1 del Título 5 de la Circular Básica Jurídica 07 de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, modificada por la Circular Externa 046 de 2008; el artículo 1234, numeral 1º del C. Co y el artículo 3º, letra a) de la Ley 1328 de 2009.

Es obligación de las fiduciarias en el desarrollo de este tipo de proyectos determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto; lo que fue desatendido al permitir que una constructora sin ninguna experiencia en el desarrollo de este tipo de proyectos adelantara una obra de esta envergadura, sin contar con ninguna evaluación de su idoneidad, capacidad técnica y financiera.

2.1.6 LA CONDICIÓN DE SOCIEDAD DE SERVICIOS FINANCIEROS QUE SE PREDICA DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA Y SUS DEBERES DE CARA A LA REALIZACIÓN DE LA FINALIDAD DEL FIDEICOMISO: El régimen de protección al consumidor previsto en la Ley 1328 de 2009 dispone que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera tienen la obligación de prestar sus servicios en condiciones de debida diligencia, de forma que se cumplan los objetivos que se trazan las partes y los terceros que en su condición de consumidores financieros.

No es dable a la fiduciaria proponer el incumplimiento de la constructora sin considerar que fue quien generó la confianza para la vinculación de numerosos compradores, debiendo asegurar el logro de la finalidad pretendida y administrar los recursos en debida forma.

En el contrato de fiducia, el deber de obrar de buena fe impone a la fiduciaria una lealtad frente a la otra parte y a la finalidad del fideicomiso, el cual debe defender frente a actuaciones del propio fideicomitente y de terceros.

2.1.7 NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LAS PERJUICIOS CAUSADOS A LOS PROMITENTES COMPRADORES Y LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA: Fue la incorrecta gestión de la sociedad fiduciaria, la que dio lugar a

la paralización del proyecto, en consecuencia es la directa responsable de la frustración en el logro de la finalidad del patrimonio autónomo, de forma que los perjuicios que se han ocasionado a los promitentes "compradores" deben ser indemnizados; no es procedente la terminación del contrato de fiducia hasta tanto no se efectúe la devolución de las sumas que fueron invertidas.

2.1.8 CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DE LA FIDUCIARIA: Para que proceda la declaratoria de responsabilidad contractual es necesario que (i) exista un contrato que consagre las obligaciones que se reclaman como incumplidas; (ii) a quién se le imputa una responsabilidad contractual sea parte de dicho negocio jurídico; (iii) como consecuencia de dicho incumplimiento se haya causado un daño a quien lo reclama; (iv) que el daño sea efecto directo y cierto de la conducta desplegada por el deudor incumplido; la fiduciaria no cumplió con sus deberes, obligaciones legales y contractuales, resulta improcedente la pretensión de terminación del contrato promovida por el contratante incumplido.

2.2 CÉSAR GUTIERREZ MOTTA, CESARIO TRIANA, FRANCISCO JAVIER CAMPOS CHARRIS y MARÍA SONIA GARCÍA RUBIO:

2.2.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: En el contrato de fiducia mercantil fue suscrito entre FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA y SOCIEDAD CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS y el Ingeniero JOHNY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS (fideicomitentes), no existe una relación jurídica que los vincule por lo que no puede pretenderse incumplimiento o reparación de daños causados como consecuencia de una relación contractual inexistente.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Civil del Circuito de Oralidad de Medellín profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones el 25 de abril de 2024; el problema jurídico consistió en determinar si se cumplen los presupuestos axiológicos para la terminación del contrato de fiducia pretendida por FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, si

la parte demandante cumplió sus obligaciones legales y contractuales con miras a estar legitimada para exigir lo propio de los demandados.

Conforme el principio de la autonomía de la voluntad, una vez acordadas las condiciones del contrato, impone a las partes el deber de cumplir las prestaciones convenidas.

La acción resolutoria es la que tiene el contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento de lo pactado; el demandante debe acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, de lo contrario desvirtuaría la acción resolutoria en los términos del artículo 1609 del CC; el artículo 822 del C de Co remite a los presupuestos de las obligaciones, reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2018.

La pretensión procesal se sustenta en el incumplimiento de las obligaciones del fideicomitente; el (i) no pago de la comisión fiduciaria; (ii) el no desarrollo de las actividades que le permitieran a la fiduciaria el logro de la finalidad contemplada en el contrato de fiducia; (iii) la falta de vigilancia, cuidado y conservación del inmueble en el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario.

Los demandados no ejercieron oposición; algunos de los vinculados beneficiarios de área exceptuaron la gestión indebida del patrimonio autónomo por parte de la fiduciaria Bancolombia (su actuación no es la que se esperaba de un profesional de servicios financieros); defraudó la confianza depositada por los "promitentes compradores", faltándole el adecuado análisis e identificación de riesgo y gestión de las irregularidades presentadas.

Existe contrato bilateral válido de fiducia mercantil y documentos que lo modifican y adicionan suscritos por las partes; pero ¿la demandante cumplió o estuvo presta a cumplir las obligaciones a su cargo?

Son obligaciones de las fiduciaria en nombre propio y como vocera del patrimonio autónomo, según la cláusula NOVENA del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, recibir "**la titularidad del inmueble y la transfiere a quienes**

indiquen los fideicomitentes según instrucciones por escrito"; cláusula OCTAVA ***"rendición de cuentas de manera semestral"***; cláusula TERCERA del escrito del 7 de mayo de 2013 que modificó el contrato de fiducia, ***"corresponde a la fiduciaria mantener la titularidad jurídica del inmueble, administrar los recursos, realizar los pagos, revisar las obras del proyecto y escriturar las unidades inmobiliarias a los compradores según instrucciones."***

Además de la normativa, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2879 de 2022 respecto al principio de relatividad de los contratos, ***"su alcance va más allá de la esfera netamente contractual, el buen suceso de la labor encomendada interesa no solamente a las partes sino al ordenamiento jurídico en general entre otras cosas por estar en juego la credibilidad y la estabilidad del sistema financiero, ello explica...la indelegabilidad de sus deberes, la responsabilidad hasta por culpa leve en el cumplimiento de su función, la buena fe que como presupuesto transversal del ordenamiento jurídico comporta un deber inherente a todo vínculo relacional y de la fiduciaria con especial carácter...les asiste el deber de informar los riesgos...al fiduciario tanto como al fideicomitente debe interesar que la finalidad subyacente del negocio jurídico salga avante puesto que de ello pende no solo su buen nombre sino la solvencia de las obligaciones contractuales...sin desconocer que en línea de principio las prestaciones a cargo del fiduciario son de medio y no de resultado, su crédito contractual debe ser atendido de manera tal que satisfaga el alto estándar de diligencia y de previsión que le es propio..."***

Como prueba del cumplimiento de sus obligaciones, FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA aportó (i) escrito del 26 de diciembre del 2016 dirigido a CONSTRUCTORA ACSA solicitándole información sobre la gestiones adelantadas en cuanto a la disponibilidad de recursos para la terminación del proyecto; (ii) escrito del 7 de julio de 2016 dirigido al representante de la constructora pidiendo información relacionada con el proyecto; (iii) escrito del 27 de julio de 2017 dirigida a los fideicomitentes en el que requiere se cumpla el contrato de comodato vigente; (iv) escrito del 17 de octubre de 2017 dirigido a ACSA requiriendo las gestiones para

que sea normalizado el proyecto; (v) escritos de 17 de noviembre de 2017 a abril 9 de 2018, julio 9 de 2018 (entre otros) solicitando cumplimiento de ACSA.

En cuanto a la obligación de rendición de cuentas de la fiduciaria, obran documentos que dan cuenta de su presentación para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2017 al 1 de enero de 2018 y del 1 de enero de 2018 al 31 de julio de 2018.

Obra escrito del 6 de marzo de 2017 donde el fideicomitente le informa a la fiduciaria que se presentó una persona por parte de INVERSIONES ARRÁZOLA y tomó la obra, respecto de lo cual la fiduciaria presentó denuncia de policía; la constructora el 13 de julio de 2017 se pronunció indicando que el señor Arrázola tenía el control del almacén, que perdieron la administración del mismo; adujo la fiduciaria que según contrato de fiducia la constructora tiene la custodia del bien y se hace responsable de los daños y perjuicios.

El artículo 1234 del C de Co establece la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente, lo que es un deber indelegable; en ese sentido se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de la referencia.

El inmueble se encuentra en estado de abandono, hurtos y desmantelado; necesariamente tal situación permite entrever que la entidad fiduciaria debía salir a la defensa del bien y realizar todos los actos dirigidos a la realización de la fiducia, actos indelegables para la conservación de los inmuebles y las mejoras; lo que brilló por su ausencia; si bien en la cláusula SEXTA del contrato de fiducia se autoriza la entrega del inmueble en comodato a la constructora, además del documento posterior que lo mantiene vigente, la misión de defensa de los bienes fideicomitidos es indelegable.

Las cláusulas contractuales devienen ineficaces por contrariar normas de orden público que disponen la indelegabilidad de los deberes fiduciarios; se concreta así el incumplimiento de la obligación fiduciaria de administración al perder la custodia del predio.

La sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 9 de noviembre de 2020, reconoció la pretensión de reintegro de los valores pagados como cuota inicial de dos unidades de vivienda instaurada por algunos demandantes contra el patrimonio autónomo y la fiduciaria; sentencia que como documento público es prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales del contrato de fiducia por la fiduciaria.

No aparece acreditado el cumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, sus acciones fueron precarias y tardías; no hubo control por parte de la interventoría de los recursos del fideicomiso de manera que fueran invertidos en la construcción de la fase respecto de la cual fue otorgado el crédito; no existió alerta que los recursos se agotarían; ante la alerta de la gestión ineficaz de recaudo de la cartera, era la fiduciaria quien administraba los recursos la que debía estar pendiente de la liquidez del proyecto; no puede aludir cartera sin recaudo cuando es quien debe adelantar acciones eficaces.

Desde la estructuración del proyecto hubo una indebida valoración de riesgos por parte del constructor, materializándose un riesgo no previsto por la fiduciaria que ni siquiera la interventoría informó y del que la entidad fiduciaria no se percató; permitió la intervención de persona que no acreditó idoneidad para el manejo de la interventoría de un proyecto de esta magnitud.

La labor de la fiduciaria no se limitaba a transferir los recursos sino a verificar que las obras alcanzaran su efectividad de acuerdo con una planificación presupuestal y financiera.

Al no verificarse el segundo presupuesto axiológico, no tiene vía libre la declaratoria de terminación; por lo cual habrá de negarse las pretensiones de la demanda con condena en costas a la parte demandante.

4. APELACIÓN

4.1 La demandante:

4.1.1 *Indebida apreciación del objeto del litigio:* El A quo apreció de manera inadecuada la demanda y el objeto del litigio, circunstancia que lo llevó a abordar equivocadamente el problema jurídico; consideró como partes contractuales a los "promitentes compradores" vinculados al proyecto, quienes ostentan una posición de terceros frente al contrato No. 4890 de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Pagos.

No es posible confundir las obligaciones que se derivan de contratos de "promesa de compraventa" suscritos entre uno de los fideicomitentes y los "promitentes compradores" vinculados al proyecto y el contrato de fiducia mercantil suscrito entre la fiduciaria y los fideicomitentes; al respecto, la sentencia de la Sala de Casación Civil de la CSJ, "***Por definición legis, las partes del negocio jurídico de fiducia mercantil, son el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario; el beneficiario o fideicomisario (en este caso, los promitentes compradores vinculados al proyecto), expressis verbis es "un tercero", cuya previsión por las partes, ni siquiera es menester para la celebración, existencia o eficacia final de la fiducia mercantil, en cuanto la finalidad fiduciaria podrá determinarse por el constituyente, fiduciante o fideicomitente, exclusivamente en su provecho, y determinada, por éste, a favor de un tercero, no por ello adquiere la calidad de parte...²***"

Por tanto, al limitarse el vínculo obligacional entre las partes, no hay lugar a un supuesto incumplimiento contractual alguno frente a terceros ajenos al contrato en cuestión.

Si bien la jurisprudencia ha acudido a la teoría de los contratos coligados para dirimir algunos litigios relacionados con proyectos inmobiliarios que se desarrollan a través

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de julio de 2009, M.P. William Namén Vargas, Ref. 11001-3103-039-2000-00310-01

de un esquema fiduciario, ese razonamiento procede en procesos de protección al consumidor para permitir que personas vinculadas a los proyectos inmobiliarios obtengan una indemnización por parte de las sociedades fiduciarias aunque no tengan un vínculo contractual directo; como el objeto de este litigio es distinto, el análisis debe centrarse en estudiar el cumplimiento de las prestaciones que se adeudaban recíprocamente las partes del contrato; los terceros conservan sus derechos frente a la fiduciaria, el fideicomiso y los fideicomitentes, sin importar la decisión que se adopte en este proceso.

4.1.2 Ausencia de valoración probatoria respecto del incumplimiento acreditado de los fideicomitentes demandados: En la sentencia se tuvo por no probado, estándolo, el ostensible e irrefutable incumplimiento contractual de los fideicomitentes.

En el numeral noveno de la cláusula DÉCIMA SEGUNDA del contrato, las partes estipularon que los fideicomitentes tendrían a su cargo **"9. Pagar la comisión fiduciaria en la forma y términos establecidos en este contrato"**, regulada en la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA; obligación que los fideicomitentes empezaron a incumplir reiterativa y constantemente desde el año 2015.

Incumplieron el numeral 8 de la cláusula DÉCIMA SEGUNDA del contrato, **"Desarrollar todas las actividades que permitan a LA FIDUCIARIA el logro de la finalidad contemplada en el presente contrato..."**; Fontalvo en interrogatorio de parte expresó, **"Se incumplió el crédito constructor"**, **"Los intereses se dejaron de pagar cuando ya colapsó el proyecto.,**

Los fideicomitentes estando obligados no dispusieron de recursos que se requerían para cumplir las obligaciones propias del fideicomiso; 1. para el pago de comisiones fiduciarias (primer incumplimiento desde 2015); 2. para servir la deuda del patrimonio autónomo; 3. no garantizaron la tenencia material del inmueble permitiendo que uno de los fideicomitentes irrumpiera en el inmueble y despojara de la tenencia a quien debería tenerla, la Constructora ACSA.

4.1.3 Indebida apreciación probatoria que llevó al Juzgado a tener por demostrado un incumplimiento de la fiduciaria frente a los fideicomitentes:

Las pruebas obrantes en el expediente demuestran que la fiduciaria ha cumplido estrictamente todas sus obligaciones derivadas de este contrato de fiducia y de la ley frente a los fideicomitentes.

La fiduciaria tenía unas responsabilidades de creación y administración del fideicomiso, delimitadas por las obligaciones contractuales que no se pueden confundir con las que tienen los fideicomitentes como desarrolladores del proyecto con los "promitentes compradores" vinculados; por lo que ha (i) administrado correctamente los bienes fideicomitados; (ii) efectuado los pagos necesarios para el desarrollo del proyecto con las instrucciones de los fideicomitentes, en la medida que existieron recursos en el fideicomiso; (iii) presentado oportunamente a los fideicomitentes las rendiciones de cuentas, que en ningún momento han sido objetadas; (iv) requerido constantemente a los fideicomitentes para que explicaran sus gestiones; (v) dado cumplimiento estricto a sus deberes como entidad fiduciaria.

El artículo 1234 del C de Co, dispone los deberes indelegables del fiduciario, pero no puede atribuirse a la fiduciaria la responsabilidad de construir y desarrollar el proyecto; en sentencia SC5430-2021 la Corte resalta, **"En cuanto a su naturaleza, las obligaciones que contrae el fiduciario mercantil no son de resultado sino de medios, salvo disposición legal en contrario, pues a manera de prohibición general, el artículo 29.3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993...Que tales obligaciones sean de medios significa, en principio, que la fiduciaria solo se compromete a proporcionar aquellos adecuados para la consecución del fin del contrato, en esas condiciones, en cualquier controversia derivada de no haberse obtenido el resultado deseado y que ese fracaso se atribuya a su incumplimiento total, parcial o defectuoso, ésta podrá exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado."**

La fiduciaria cumplió sus obligaciones legales y contractuales; la prevista en la ley de **"realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia"**, no puede ser desdibujada en su alcance para imponerle

el deber a la fiduciaria de asumir con su patrimonio personal los recursos faltantes de un proyecto o adelantar actividades de construcción.

Erró el A quo en el alcance que le otorgó a la sentencia de segunda instancia proferida el 9 de diciembre de 2020 por el Tribunal Superior de Bogotá relativa a una acción de protección al consumidor; con pretensiones y pruebas totalmente diferentes a las discutidas en este foro que lo llevaron a concluir en el fallo impugnado que, ***"La jurisdicción ya se pronunció acerca de la carga que le competía la a la entidad fiduciaria, aquí demandante, en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones contractuales en el contrato de fiducia."***

Conforme el efecto relativo de las sentencias judiciales, lo decidido en ese proceso produce consecuencias entre las partes que allí estuvieron vinculadas, sin que pueda traerse ese fallo para enarbolarlo como prueba de un supuesto incumplimiento de la fiduciaria frente a los fideicomitentes.

4.1.4 Incongruencia: En la sentencia de primera instancia ***"de manera puramente formal"*** el Despacho desestimó las pretensiones de la demanda, pero si se examina con detenimiento, se advierte que estuvo edificado en una única premisa, la alegada imposibilidad de declarar la terminación del contrato por un supuesto incumplimiento de la fiduciaria.

El A quo entendió de forma equivocada, que la declaratoria de terminación del contrato era un presupuesto de todas las demás pretensiones, sin advertir que varias peticiones de la demanda (incluyendo la primera) no estaban supeditadas a ello, resultando una sentencia disonante con lo pretendido lo que transgrede el principio de congruencia, incurriendo en una resolución citra petita.

4.1.5 Desconocimiento de la línea jurisprudencial que autoriza la resolución (terminación) del contrato por incumplimiento recíproco. El A quo erró declarando que no era posible la terminación del contrato debido a un supuesto incumplimiento contractual por parte de la fiduciaria.

En caso de probarse que hubo un incumplimiento contractual por parte de la fiduciaria, aquello no obsta ni imposibilita que se proceda a declarar la terminación del contrato de fiducia en cuestión conforme lo ha delineado la Corte Suprema de Justicia en la providencia SC1662 del 2019, ***"...la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes"***; posición reiterada en las sentencias SC3666-2021 y SC5430-2021.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acoger las pretensiones de la demanda.

4.2 En audiencia de instrucción y juzgamiento de primera instancia, los vinculados **JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ MONTES, IVÁN HUMBERTO SALAS ZABALETA, RENSO ANÍBAL RICO ÁLVAREZ, JANETH VÉLEZ BRAVO, SARA LADHINI CARVAJAL, SOCIEDAD VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA, SKARLET GONZÁLEZ GUZMÁN, LA SOCIEDAD ROHENES & CÍA., SAS, LUIS LAGO CASTRO, VÍCTOR LEÓN BAENA GUARNIZO, CARLOS EDUARDO PERDOMO SÁNCHEZ y ORLANDO RAÚL MERCADO URZOLA** efectuaron un reparo sustentado, ***"Considero que si bien son totalmente acertados los fundamentos de la decisión que nos acaba de ser notificada, aún siguen sin ser reparados la situación de perjuicio que están viviendo cada uno de mis representados en su condición de promitentes compradores del proyecto Balsillas de Tolú, en tal sentido la decisión deberá ser modificada para que se repare económicamente a las personas que confiaron en el proyecto movidas por la presencia y la participación de la sociedad fiduciaria; de lo contrario la decisión quedaría incompleta, por cuanto es claro que las personas que fueron llamadas como vinculados al presente proceso aportaron unos recursos de su patrimonio (ahorro y trabajo) con la confianza que les brindó la presencia y la participación de una sociedad de servicios financieros profesional en la gestión de negocios ajenos y que tal y como acaba de ser declarado incumplido con su estatuto profesional, con las disposiciones***

contractuales y legales que le imponían una conducta profesional, diligente; en tal sentido es absolutamente necesario que se indemnice los perjuicios que han sufrido los beneficiarios...en tal sentido el fallo deberá ser modificado a efectos de que se les reintegre a cada uno de mis representados los dineros que invirtieron en el patrimonio autónomo junto con el interés bancario corriente de esas sumas desde el momento en el cual fueron aportadas al patrimonio autónomo."

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Se debe reparar a los vinculados beneficiarios de área?

¿Resolución del contrato o mutuo incumplimiento?

6. CONSIDERACIONES

6.1 Preliminar

Como algunos de los vinculados formularon recurso de apelación con expresión de reparos y su sustentación ante el Juzgado de primera instancia y ante la problemática de considerar o no sustentados los reparos contra la sentencia de primera instancia ante el Juez A quo o ante el de segunda instancia y para dar vía libre a este recurso de apelación, teniendo presente que la admisión y la orden de traslado se surtieron antes de proferirse la providencia STC9311 del 30 de julio de 2024 dictada por la Sala Civil de la Corte al considerar que la sustentación de los reparos debe acaecer en la oportunidad legal y ante la segunda instancia; esta Sala Segunda de Decisión Civil de este Tribunal, por mayoría sostenía la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Civil de aceptar la sustentación presentada en primera instancia.

En este orden, los vinculados sustentaron los reparos ante la primera instancia y este Magistrado Sustanciador en el auto admisorio del recurso y en providencia del 29 de julio de 2024 indicó que, "***En el evento que el apelante haya formulado y***

sustentado los reparos en primera instancia de conformidad con lo delineado por la Corte Constitucional en sentencia de T-310 de 2023, se correrá traslado por secretaría en la forma expuesta en esta providencia."

En este orden y ante el cambio de posición doctrinal por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia posterior al auto de admisión y de traslado de sustentación del recurso de apelación dictado por la Sala del Tribunal; para garantía del debido proceso y del derecho de defensa como pilares del efectivo acceso a la administración de justicia, se tendrá como sustentado el recurso de apelación formulado por los vinculados.

6.2 ¿Se debe reparar a los vinculados beneficiarios de área?

Esta Sala Civil advierte que los reparos sustentados por algunos de los beneficiarios de área vinculados a esta litis por pasiva, tienden al fracaso; el recurso de alzada no puede convertirse en la vía procesal para revivir la resolución de pretensiones que fueron rechazadas al formularse demanda de reconvención.

Mediante providencia que fue confirmada por esta Sala de Decisión el 30 de noviembre de 2022³ se consideró que, **"Como el trámite con pretensión de protección al consumidor tiene carácter de especial, dados los requisitos previos que exige la ley, no se ha cumplido con el requisito de procedibilidad de reclamación directa."**

Y las pretensiones objeto de esta litis fueron delineadas en el contexto del contrato N°4890 de fiducia mercantil irrevocable de administración, modificado mediante documento del 7 de mayo de 2013 denominado **"MODIFICACIÓN INTEGRAL AL CONTRATO No.4890 DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN CELEBRADO ENTRE CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C, JOHNY FONTALVO IGLESIAS Y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA"** y por documento del 9 de marzo de 2017 denominado **"MODIFICACIÓN No.2 AL**

³ Archivo 2, C04SegundaInstancia, Cuaderno principal, expediente electrónico.

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIO DE ADMINISTRACION Y PAGOS No.4890 SUSCRITO ENTRE LA CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C, JOHNY FONTALVO IGLESIAS Y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA", por el no pago de las comisiones de administración en favor de la fiduciaria y a cargo de los fideicomitentes y no en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de vinculación de los beneficiarios de área suscritos con la constructora fideicomitente y con la fiduciaria.

6.3 ¿Resolución del contrato o mutuo incumplimiento?

Los negocios jurídicos en general, una vez se perfeccionan mediante el cumplimiento de los requisitos sustanciales y las formalidades legales que les son propias, sus efectos se limitan a quienes los suscriben, **"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"**, conforme lo señala el artículo 1602 del CC.

El principio general del derecho que dispone que, **"el contrato es ley para las partes"**, significa que los actos jurídicos que crean obligaciones no pueden ser desconocidos unilateralmente; mandato que debe interpretarse como la convicción de cumplimiento de las partes respecto del contrato que celebran, que debe ser la misma convicción de Ley, llevando implícito el deber de no desconocer el principio de **"normativa de los contratos."**

Conforme sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 11 de Junio de 1979, **"al participar el contrato de compraventa de la estirpe de los contratos bilaterales, en dicho negocio jurídico va implícita la condición resolutoria tácita, por lo que el fenómeno del incumplimiento por una de las partes de las obligaciones que le incumben, coloca a la otra en una posición de poder solicitar la resolución de la convención de compraventa, bien con apoyo en el artículo 1546 del Código Civil, que es una norma de índole general, ora con respaldo en las normas especiales que regulan la resolución del**

contrato de compraventa"; concretamente el artículo 1930, dispone, ***"Si el comprador estuviera constituido en mora de pagar en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios."***

Como el contrato de fiducia mercantil es de estirpe netamente comercial y financiero, regulado por normas especiales como las consagradas en el C de Co y concordantes (artículo 1), para efectos de la resolución del contrato debemos remitirnos al artículo 870 que estatuye:

"En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios."

Para lo cual y por remisión expresa del artículo 822 del C de Co, nos dirigimos para el buen suceso de la acción resolutoria a lo establecido en los artículos 1546 y 1930 del CC; que al igual que el artículo 870 del C de Co, requieren que el deudor demandado se encuentre en mora de cumplir con sus obligaciones y la mora, según la ley se da, ***"a) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; b) cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, c) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido"*** (artículo 1608 del CC).

El efecto propio de la declaración de resolución del contrato es en términos de la sentencia SC11287 de 2016, ***"regresar las cosas a su estado anterior, lo cual se cumple a través de las restituciones mutuas que –en términos generales– surgen para los contratantes en virtud del conjunto de normas que regulan las prestaciones en materia de reivindicación; para el caso específico de la condición resolutoria tácita del contrato de compraventa, las contempladas en los artículos pertinentes que rigen la materia."***

El primero de los efectos derivados de la resolución del contrato es el que contempla el artículo 1544 del C.C, "***cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición...***"

Para el buen suceso del cumplimiento de la obligación in natura, se requiere que el demandante haya cumplido sus obligaciones o se halla allanado a cumplirlas; las acciones que sancionan el incumplimiento, desde la perspectiva extintiva o de cumplimiento previstas en el artículo 870 no operan, "***...Si no cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo o modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos.***"

De manera que para el éxito de la pretensión resolutoria, deben acreditarse los presupuestos que le son propios, "***a) validez del pacto; b) condición de contratante cumplido o dispuesto a cumplir en el demandante; y c) situación de renuencia injustificada o inejecución por parte del demandado.***"⁴

Así, en los negocios jurídicos en general, una vez se perfeccionan mediante el cumplimiento de los requisitos estructurales y las formalidades legales que les son propias, sus efectos se limitan a quienes los suscriben, "***Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales***", conforme lo señala el artículo 1602 del CC.

La fiducia mercantil tiene su marco normativo en los artículos 1226 a 1244 del C. Co, 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***

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (ahora denominada Agraria y Rural). Sentencias de 19 de octubre de 2009 y 18 de julio de 2023, dictadas en los radicaos 05001-3103-009-2001-00263-01 y 41001-31-03-003-2013-00285-01 (SC194-2023), respectivamente.

finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario."

Refiere la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 30-07-2008 que por su naturaleza, los negocios fiduciarios tradicionalmente se han calificado como de confianza, ***"la expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro."***

La Corte en sentencia SC5430-2021, ***"Es a partir de la confianza generada que el fideicomitente opta por esta modalidad contractual tomando en consideración la calidad profesional del fiduciario a quien le transmite los bienes que entrarán a integrar un patrimonio autónomo destinado al cumplimiento del objeto contractual; quien, a su vez, adquiere algunos deberes indelegables (art. 1234 ib.) y solo puede renunciar a la gestión encomendada por los motivos expresamente indicados en el acto de constitución, o en su defecto, por las causales justificativas que presume el artículo 1232 del Código de Comercio, y en todo caso, con previa autorización del Superintendente Financiero."***

El artículo 1226 del C de Co dispone que, ***"Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios"***; exigiendo profesionalidad de quienes participen como entidades fiduciarias, dado el especial conocimiento que deben tener respecto de la tipología de negocios en particular y aquellas que puedan surgir con ocasión al negocio de fiducia que deben vigilar y supervisar de manera diligente, determinando su viabilidad jurídica, técnica, financiera y comercial, desde la fase precontractual, durante su ejecución y hasta la entrega efectiva del objeto acordado; tipología contractual desarrollada por una entidad autorizada, controlada y vigilada por el Estado, factor determinante al

momento de definir la efectiva participación de los propietarios de los inmuebles destinados para la construcción del proyecto, ejecutores, acreedores, proveedores, beneficiarios, entre otros.

La fiducia mercantil para el desarrollo de proyectos inmobiliarios es una clase de negocio fiduciario de administración, donde el fideicomitente (constructor o promotor del proyecto), transfiere la propiedad del inmueble a una sociedad fiduciaria, **"para que administre y realice las gestiones necesarias para su ejecución, y una vez concluida, le transmita las unidades inmobiliarias edificadas al mismo fiduciante o a quienes hubieren llegado a vincularse como beneficiarios"**; esta clase de contrato, no tiene regulación legal específica, se rige por el Código de Comercio y en algunos asuntos conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera⁵; sin embargo, la Circular externa 046 de 2008 que subrogó el Capítulo Primero del Título V de la Circular Básica Jurídica, incluyó en el numeral 8.2 **"El negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato."**

Se puede presentar en tres modalidades, de administración y pagos, de tesorería y de preventas, interesando para el caso en concreto la modalidad de administración y pagos definida en el numeral 8.2.1, **"Es el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto."**

⁵ CE.029/14: PARTE II. Mercado Intermediado. Título II. Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros. Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios.

La responsabilidad civil de las fiduciarias, de acuerdo con el principio de normatividad del negocio jurídico, surge en principio de las cláusulas contenidas en el contrato de constitución de la fiducia, seguido de las normas que regulan el negocio concreto y de la buena fe, como lo entrevén los artículos 1603 y 871 del Estatuto Mercantil⁶ en armonía con los artículos 83 (buena fe) y 333 (actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común) de la CP.

El artículo 1234 del C de Co dispone que 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 fideicomitados 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;**

⁶ Artículo 1603 del Código Civil, los contratos «obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella», y Artículo 871, éstos «obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural».

- 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."**

(Subrayas fuera de texto).

De manera que durante la formación, celebración, desarrollo y terminación de esta clase de negocios, la fiduciaria obra **"como una verdadera depositaria de la confianza otorgada por el constituyente y por los beneficiarios, respecto a que cumplirá correctamente el objeto del contrato atendiendo su capacidad administrativa y técnica en la gestión de intereses ajenos, la defraudación de esa confianza derivada de no honrar sus obligaciones o de acatarlas de manera defectuosa, va en contra también del principio de buena fe contractual por alejarse de la norma de conducta que de ella se esperaba"** (SC5430-2021).

Por la naturaleza de los negocios fiduciarios, ha indicado la Corte en la sentencia citada, que resultan relevantes los deberes accesorios de información, consejo y previsión; el deber de información **"se exige en mayor grado al contratante que por sus calidades tiene el conocimiento de las circunstancias relevantes del acto jurídico, relacionadas con el alcance de las obligaciones, efectos y riesgos asumidos...En la fase contractual, el deber de información se mantiene en firme y su finalidad es garantizar al acreedor, la ejecución satisfactoria del pacto"**; el deber de consejo, **"se agota en su exposición razonada por parte del contratante informado y en modo alguno supedita la voluntad del aconsejado"**; y el de previsión, **"conciérne a que el experto tenga la capacidad de advertir con anticipación los riesgos o inconvenientes a los que pueda quedar expuesto el negocio fiduciario, basado en su profesionalismo y experiencia."**

La Circular Básica Jurídica alude a nuevos deberes, entre los cuales se encuentra la protección de bienes fideicomitidos, **"El fiduciario debe proteger y defender los**

bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato."

La naturaleza de las obligaciones del fiduciario mercantil es de medios, lo que significa, que sólo obliga a proporcionar los medios adecuados para la consecución del fin del contrato, acreditando el grado máximo de diligencia que es esperado de su actividad altamente profesional; el artículo 1243 del C de Co dispone que el fiduciario responderá "***hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión***"; coherente con lo previsto el artículo 1604 del CC al establecer que el deudor es responsable de la culpa leve "***en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes***" como es el de fiducia; de esta manera, cuando los contratantes desatienden las obligaciones contractuales, se someten a las formas legales para la solución del conflicto, como lo es la resolución o el incumplimiento mutuo.

La Corte ha sostenido que el buen suceso de la acción resolutoria está sujeto a la concurrencia de 3 requisitos, "***i) que verse sobre contrato bilateral válido; ii) que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo, o se haya allanado a cumplirlas, y iii) que el demandado se haya separado de sus compromisos contractuales total o parcialmente***"; el segundo, determina que la legitimación para promover la acción la detenta el contratante cumplido o dispuesto a cumplir.

En el evento de incumplimiento recíproco, según providencia SC1662 de 2019 de la Corte, "***cualquiera de los contratantes puede demandar la resolución del pacto, pero sin indemnización de perjuicios...la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual...En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y***

obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609..."

En el caso concreto, se aportó con los anexos de la demanda escritura pública 638 del 18 de marzo de 2013 por medio de la cual FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA (que para efectos del contrato se denominó la FIDUCIARIA) y la CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C y JOHNY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS (los FIDEICOMITENTES), convinieron celebrar el contrato N°4890 de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de los bienes fideicomitidos (con matrícula inmobiliaria 340-110022 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sincelejo) a través de un fideicomiso en desarrollo, para que la fiduciaria administrara la propiedad del inmueble y posteriormente la transfiriera como vocera del fideicomiso a quienes definieran los fideicomitentes.

Se constituyó un patrimonio autónomo denominado "***FIDEICOMISO PA BALSILLAS DE TOLÚ ADMINISTRACIÓN DE INMUEBLE***" y se dieron las instrucciones de administración del fideicomiso, entre otras, (i) "***tenencia y custodia del inmueble, "los FIDEICOMITENTES instruyen a la FIDUCIARIA para que en su calidad de vocera del FIDEICOMISO entregue el INMUEBLE a título de comodato precario a favor de la CONSTRUCTORA ACSA SAS, para lo cual, en la misma fecha de suscripción del presente contrato, se suscribirá contrato de comodato precario entre el FIDEICOMISO y CONSTRUCTORA ACSA SAS"***"; (ii) "***rendición de cuentas: La FIDUCIARIA remitirá a los FIDEICOMITENTES una rendición de cuentas que se presentará con una periodicidad semestral contada a partir de la fecha de presentación del presente contrato...Los FIDEICOMITENTES contarán con 10 días calendario a partir del día siguiente al envío de la rendición de cuentas para que formulen sus observaciones..."***

Como obligaciones de los fideicomitentes se pactaron, "***además de las previstas en la Ley..."*** entre otras, "***6. Dar aviso a la FIDUCIARIA de cualquier hecho o circunstancia que afecte o pueda afectar la propiedad y la posesión quieta y pacífica del INMUEBLE...7. Otorgar a favor de la FIDUCIARIA un pagaré en***

blanco con carta de instrucciones para efectos de respaldar el cumplimiento de sus obligaciones para con la misma, especialmente el pago de las comisiones fiduciarias y demás gastos y costos del FIDEICOMISO previstos en el presente contrato. 8. Suministrar a la FIDUCIARIA los recursos necesarios para la defensa y protección de los BIENES FIDEICOMITIDOS."

Las obligaciones de la fiduciaria, **"además de las obligaciones previstas en el artículo 1234 del Código de comercio..."** entre otras, **"1. Recibir en calidad de vocera del FIDEICOMISO la titularidad jurídica del INMUEBLE y mantenerla durante la vigencia del presente contrato; 2. Transferir en su exclusiva calidad de vocera del FIDEICOMISO la propiedad del INMUEBLE a favor del patrimonio autónomo constituido en virtud de un contrato de fiducia mercantil o a la persona que indiquen los FIDEICOMITENTES"**; siendo responsable, conforme la cláusula DÉCIMA TERCERA por la transferencia jurídica del bien y por la cesión de la posición contractual de comodante que ostenta el fideicomiso.

Obra en el expediente documento del 7 de mayo de 2013 denominado **"MODIFICACIÓN INTEGRAL AL CONTRATO No.4890 DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN CELEBRADO ENTRE CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C, JOHNY FONTALVO IGLESIAS Y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA"**, por medio del cual se acordó el cambio de denominación del contrato de Fiducia Mercantil de Administración a, **"CONTRATO No.4890 DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA DE ADMINISTRACION Y PAGOS"**, cuyo objeto y finalidad se consolidó en **"la administración por parte de la FIDUCIARIA de los BIENES FIDEICOMITIDOS y la realización de los PAGOS, a través del FIDEICOMISO"**; en desarrollo de lo cual la FIDUCIARIA debía **"a) mantener la titularidad jurídica del inmueble, b) recibir, administrar e invertir los RECURSOS; c) efectuar los PAGOS, d) registrar las obras ejecutadas del proyecto...y e) Transferir las unidades inmobiliarias a los COMPRADORES..."**; se dieron instrucciones de administración e inversión de los recursos, tenencia y custodia del inmueble (insistiendo en la vigencia del contrato de comodato precario),

pagos y prelación de pagos y trámites para el proyecto (créditos, documentos, registros de mejoras del inmueble, escrituración, entre otros).

En el documento de la referencia se adicionaron deberes de la fiduciaria, "**1. Administrar los BIENES FIDEICOMITIDOS; 2. En su exclusiva calidad de vocera del FIDEICOMISO, suscribir los documentos necesarios para la formalización, desembolso y garantía del CRÉDITO; 3. Efectuar los PAGOS** (que instruya por escrito el gerente con el visto bueno del INTERVENTOR)" y los deberes de los fideicomitentes, "**9. Pagar la comisión fiduciaria en la forma y términos establecidos en este contrato...14. En virtud del contrato de comodato suscrito con el FIDEICOMISO, la sociedad CONSTRUCTORA ACSA SAS ejercerá la tenencia real y material del INMUEBLE y velar por su cuidado y mantenimiento durante todo el tiempo de ejecución del PROYECTO**"; adicionalmente se pactaron obligaciones exclusivas del constructor, obligaciones del gerente del proyecto y obligaciones del promotor.

Se pactó sobre la responsabilidad de la fiduciaria, "**...en ningún caso la FIDUCIARIA es obligada directa o solidaria...de las obligaciones o responsabilidades relacionadas con los siguientes aspectos o actividades: La aprobación o ejecución del presupuesto de obra, la verificación del flujo de caja del nivel de ventas del PROYECTO, el adelanto, estabilidad, calidad, suspensión o terminación de la obra, los desarrollos, construcciones y demás obras que se realicen en el inmueble, los plazos de entrega, la determinación de los puntos de equilibrio establecidos por los FIDEICOMITENTES...Por el éxito o fracaso del PROYECTO o frente a las controversias originadas por la estabilidad de la obra...**"

En acto posterior, el 9 de marzo de 2017 se celebró por las partes "**MODIFICACIÓN No.2 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIO DE ADMINISTRACION Y PAGOS No.4890 SUSCRITO ENTRE LA CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C, JOHNY FONTALVO IGLESIAS Y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA**", con el fin de determinar que en adelante "**el aporte del inmueble**

inicialmente transferido, al igual que aquellos que resulten después de los que les correspondan a los compradores y a otros terceros con ocasión del fideicomiso, le pertenecerán en su totalidad a INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C"; se modificó el beneficio contractual contemplado en favor de la referida sociedad.

Sobre las obligaciones legales y responsabilidad de la fiduciaria se pronunció el A quo considerando que la pérdida de la tenencia, guarda, cuidado y custodia del predio objeto del patrimonio autónomo no podría ser respaldada en la cláusula DÉCIMA TERCERA del contrato inicialmente celebrado que refiere a **"La custodia, cuidado y tenencia del INMUEBLE estará radicada exclusiva y excluyentemente en cabeza de la sociedad CONSTRUCTORA ACSA SAS en virtud del contrato de comodato que se suscriba conforme lo previsto en el presente contrato fiduciario, en consecuencia, la mencionada sociedad responderá por los daños, merma, ruina, destinación diferente o ilegal o perjuicios que puedan derivarse del descuido en la custodia o el mal uso del INMUEBLE..."** ni en las adiciones contempladas en el primer escrito de modificación, dado que dichas estipulaciones devienen ineficaces al contrariar el régimen sustantivo, específicamente lo previsto en los numerales 1 y 4 del artículo 1234 del C de Co que prevén que son deberes indelegables de la fiduciaria, **"1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia y 4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente."**

Dado que los fideicomitentes demandados no se opusieron a los hechos ni a las pretensiones de la demanda soportada en el no pago de la comisión fiduciaria y la falta de desarrollo de las actividades que permitieran a la fiduciaria el logro de la finalidad del contrato (como causales incumplimiento); y como no aportaron prueba del pago de las comisiones (en las fechas y por los períodos indicados en el escrito de demanda), se tiene por probado su incumplimiento.

Advirtiéndose en el clausulado del contrato original el pacto para la suscripción de título valor en blanco a efectos de respaldar las obligaciones que en favor de la fiduciaria llegara a contraer el fideicomitente y ante la falta de pago de las comisiones de administración de la fiducia a cargo de los fideicomitentes, no resulta aplicable el pago con títulos valores de contenido crediticio previsto en el artículo 882 del C de Co, ***“La entrega de letras, cheques y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera...⁷”***; dado que en términos de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ***“Lo razonable es suponer que cuando recibe títulos valores de contenido crediticio de manos de su deudor, el acreedor no hace nada distinto a aceptar que la prestación originaria que tiene derecho a exigir, consistente en el abono directo del dinero, se la sustituya por el abono indirecto a través del cobro o la posteriori negociación de los títulos en cuestión, configurándose entonces una cesio pro solvendo que deja en pie la relación subyacente para operar en el futuro si fuere ello indispensable...”***; se aplica en caso de una obligación pre existente, por lo que el título fue firmado no como pago de una obligación sino como garantía del cumplimiento de las obligaciones que con ocasión al contrato se llegaron a contraer.

Así, se dispuso en primera instancia la “falta de legitimación en la causa por activa” para la pretensión resolutoria en tanto la fiduciaria demandante no ostenta la calidad de contratante cumplido, requisito axiológico para su procedencia; respecto del presunto incumplimiento de los fideicomitentes referentes a la desidia en la administración, tenencia y custodia del predio fideicomitado, deber legal que correspondía a la fiduciaria con ocasión de las previsiones contenidas en los numerales 1 y 4 artículo 1234 del C de Co; por lo que esta Sala Civil analizará el mutuo incumplimiento en los términos planteados y avalados por la jurisprudencia nacional.

⁷ Subrayas intencionales.

Se probó (archivo 1, pdf 148 a 153, cuaderno principal del expediente electrónico) que el 6 de marzo la CONSTRUCTORA ACSA comunicó a la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, ***"que el día 4 de marzo de 2017 se presentó el señor Emiro Arrázola en las instalaciones del proyecto Balsillas de Tolú, sin autorización expresa de la Constructora Acsa SAS donde se me indica que rompió una cadena y colocó un candado al almacén donde se guarda el material de la obra, debido a comentarios del señor Arrázola, donde afirma que el realizaría solo el pago de la nómina del señor Diógenes a partir del día 15 de marzo de 2017 y debido a estos actos imponiendo su jefatura en el proyecto ante los demás trabajadores, quienes decidieron no volver a trabajar. Por estas razones ya no tenemos el control...responsabilidad de la obra; solicito se me comunique si existe alguna comunicación o acuerdo realizado por parte de ustedes con el doctor Arrázola frente al tema"***; respecto de lo cual se pronunció la fiduciaria el 7 de julio de ese año (3 meses después), ***"Damos traslado de la información recibida por Bancolombia a través de los compradores del Proyecto Balsillas de Tolú manifestando que el proyecto está siendo desmantelado al parecer por ladrones de la zona, llevándose los sanitarios, las puertas, la grifería y demás muebles que se encuentran en la obra. Dado lo mencionado fue tramitada la respectiva denuncia ante el comando de policía. Ante esta situación solicitamos que de forma inmediata informe las acciones a tomar frente a la seguridad del Proyecto dada sus obligaciones como comodatario y directo responsable de la tenencia de los inmuebles"***; al respecto, el 13 de julio siguiente se pronunció la constructora, ***"...el día 6 de marzo del presente año le fue enviado a usted por vía electrónica un comunicado donde manifestamos que el señor Emiro Arrázola propietario de los derechos del lote, sin consulta previa...autorización de la Constructora Acsa SAS tomó el control del almacén de materiales, administración y seguridad del predio, razón por la cual la constructora ofició a la Fiduciaria con conocimiento al banco Bancolombia...sin tener respuesta alguna...Por lo anterior, la Constructora Acsa SAS perdió toda autoridad para garantizar y velar la seguridad del predio"***; el 27 de julio, se manifestó la fiduciaria, ***"En los términos del contrato de comodato de fecha 18 de marzo de 2013...la sociedad comodataria se encuentra en la obligación de mantener bajo su exclusiva"***

responsabilidad la tenencia, custodia, cuidado y conservación del bien inmueble objeto del contrato de comodato, siendo responsable legal y contractualmente por daños y perjuicios que se presenten en atención al incumplimiento de la misma en el ejercicio de la tenencia respectiva que el contrato le otorga. Si conforme manifestación de parte de ustedes, la tenencia real del inmueble se encuentra en cabeza actual de INVERSIONES ARRAZOLA Y ASOCIADOS S EN C, esta situación debe formalizarse con la cesión del contrato de comodato en favor de la misma. Es necesario que el inmueble que hace parte del fideicomiso cuente con el cuidado adecuado teniendo en cuenta el tipo de proyecto que el mismo contiene, siendo claro que es responsabilidad del comodatario ejercer las conductas tendientes a evitar perturbación de la tenencia e interponer las acciones necesarias para garantizar la tenencia pacífica, con el fin de evitar saqueos y desmantelamiento del proyecto..."; posteriormente, el 17 de noviembre de 2017 la fiduciaria requirió a los fideicomitentes indicándole, **"La tenencia del inmueble donde se desarrolla el proyecto...se entregó a título de comodato a la sociedad fideicomitente Constructora ACSA...de acuerdo a lo establecido en el contrato de fiducia mercantil...tiene a su cargo los conceptos inherentes a la administración, custodia y cuidado del inmueble. Por lo tanto, nuevamente le solicitamos que de manera inmediata demuestre que se encuentra ejerciendo la custodia del bien...";** ese mismo día, Emiro José Arrázola, representante legal de INVERSIONES ARRÁZOLA comunicó a la fiduciaria, **"El día de ayer fui informado por familiares del señor Diógenes, quien cuida en el proyecto Balsillas, que en la media noche del miércoles para jueves, fue brutalmente golpeado por malhechores, que ingresaron a las instalaciones del proyecto...También me informaron vecinos que el edificio se encuentra totalmente abandonado...";** frente al requerimiento, la Constructora se pronunció, **"Tal como lo dispone nuestro ordenamiento jurídico, el contrato fiduciario contiene unos deberes y obligaciones para las partes involucradas...en el artículo 1234 del Código de Comercio, OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO, citando numerales 1,4 y 6, en varias ocasiones tanto la CONSTRUCTORA ACSA SAS como el señor EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA OSPINA...han radicado ante ustedes sendos comunicados advirtiéndole de la**

situación tan terrible en que se encuentra el proyecto...en cuyo inmueble abandonado vienen ocurriendo hechos tan lamentables como hurtos, atracos, violaciones que vienen realizando dentro del proyecto delincuentes y habitantes de calle, llegando incluso a dismantelar los materiales y elementos de obras dentro de los mismos...Pese a que la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA ostenta la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros como la delincuencia que invadió el inmueble, hasta la fecha no hemos recibido ninguna respuesta oficial de parte de FIDUCIARIA BANCOLOMBIA...las obligaciones de las sociedades fiduciarias, según lo ordena la Ley, son aquellas que sean necesarias para lograr la finalidad de la fiducia y estas son indelegables, de donde se concluye que no es lícito trasladar o abandonar las mismas en el fiduciante, en el comité o en cualquier otro tercero. Si delega su papel activo, asegura un comportamiento ilegal"; al respecto se pronunció el 19 de enero de 2018 la fiduciaria, **"estos hechos ya fueron denunciados y se encuentran en conocimiento de la autoridad competente por el cual nos encontramos en plena disposición de atender los requerimientos de las autoridades de instrucción y judiciales...sin embargo...en los términos del contrato de fiducia y del comodato, es absolutamente claro que el único responsable por lo que ocurra dentro del mismo es la CONSTRUCTORA ACSA SAS que ostenta la condición de comodatario y usuario del bien...la obligación de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos consiste en representar al patrimonio autónomo...no debe confundirse interpretando que es obligación de la Fiduciaria ejercer la tenencia del inmueble y a su arbitrio defender el inmueble de terceros a cargo de sus propios recursos...";** el 9 de abril de 2018 la fiduciaria requirió nuevamente a la constructora para que informara las gestiones realizadas para dar continuidad al proyecto constructivo, mantener las obligaciones adquiridas con el banco y detentar la custodia y vigilancia del predio donde se desarrolla el proyecto; el mismo día se pronunció la constructora expresando –entre otras - que para la terminación de la torre 1 del proyecto, han venido realizando, **"reuniones con los compradores, vigilancia de los inmuebles, desyerbada de maleza...coordinación con las autoridades para evitar el ingreso de personas inescrupulosas a los inmuebles";** además de formular propuesta de reinversión

por parte de los copropietarios para la financiación del proyecto que no fue aceptada por la fiduciaria, cuestionando a la fiduciaria, **¿por qué no ha realizado los deberes indelegables previstos en el artículo 1234 del Código de Comercio?, ¿dónde está la gestión del interventor nombrado por la fiduciaria?, ¿por qué no requiere al interventor para que rinda informes y ponga en conocimiento de la fiduciaria la situación del proyecto?**; se expresó la fiduciaria el 31 de mayo de ese año insistiendo en el contrato de comodato suscrito por las partes y la inoperancia de la inversión de capital propio para la financiación y consecución del proyecto; frente a la interventoría, desde el 12 de enero de 2017, **"por insuficiencia de recursos del fideicomiso no ha sido posible coordinar nuevas visitas al proyecto para conocer el estado actual del mismo...no es atribuible a nosotros la quiebra que ustedes indican la cual obedece exclusivamente a su actuar activo y pasivo a lo largo del desarrollo del proyecto."**

Revisado el informe de interventoría presentado el 30 de noviembre de 2017, se encuentra que el inicio de obra fue el 6 de agosto de 2013 con una fecha estimada de entrega de unidades para el 6 de febrero de 2015; con tres prórrogas de 19, 26 y 30 meses, última que vencía el 28 de febrero de 2016 con informe de **"programación incumplida"** y a la fecha del informe, **"Proyecto paralizado desde octubre de 2016."**

De los escritos sostenidos entre los fideicomitentes y la fiduciaria, no se acredita la adopción de las medidas necesarias por parte de la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA para asegurar el cumplimiento del objeto fiduciario como lo es la protección del bien inmueble que se entregó para conformar el patrimonio autónomo y desarrollar el proyecto inmobiliario; no probó la implementación de correctivos durante el período en el que la interventoría reiteraba el retraso de la obra; siendo su carga procesal en los términos de lo previsto en los artículos 164 y 167 del CGP al disponer que **"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."**

Las comunicaciones dan cuenta que la fiduciaria tuvo conocimiento del estado de abandono y desmantelamiento del inmueble en el que se desarrollaba el proyecto;

frente a lo cual se limitó a referir las condiciones del contrato de comodato suscrito por las partes –no aportado a este proceso- y a la falta de recursos del patrimonio autónomo para proceder con alguna intervención en la obra.

En audiencia, el Dr. RICARDO ANDRÉS SARMIENTO ARISTIZABAL, Abogado que trabaja en la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA hace 12 años como gerente jurídico, respecto de la tenencia del inmueble donde se desarrolla el proyecto inmobiliario, se limitó a expresar que **"...hubo un cruce de comunicaciones en esos años entre la fiduciaria y básicamente Acsa en el cual la fiduciaria solicitaba el aporte de recursos para seguir realizando el proyecto en cumplimiento de las obligaciones del constructor; ya ahí también nos enteramos que la tenencia del inmueble la había perdido Acsa que con ocasión al contrato de fiducia y el contrato de comodato que ya no la ejercía la guardia y custodia del bien Acsa...el inmueble estaba abandonado y estaba invadido...en ese punto el señor Arrazola había contratado una persona natural para que ejerciera la vigilancia, la fiduciaria en cumplimiento de sus obligaciones contractuales requirió a Acsa como para que la recuperara o la siguiera ejerciendo dado que era lo que se había contratado con ellos. Después de ese tema hubo una parálisis total del proyecto...finalizando el año 2019 fui asignado a otros negocios fiduciarios y perdí el rastro del negocio"; "la obligación de la custodia no estaba en cabeza de la fiduciaria...no tiene la capacidad operativa para hacerlo...si se dijera que un tercero lo pudiera hacer en nombre de ella o lo contratara, el fideicomiso no tenía los recursos, legalmente nosotros...no podemos disponer de recursos propios para tal fin, pero si realizamos gestiones permanentes para la recuperación del bien."**

Lo cual dio lugar al estancamiento definitivo del proyecto, al margen de la eventual responsabilidad de los fideicomitentes, en particular de la CONSTRUCTORA ACSA en su condición de comodataria, que según el artículo 2203 del CC es obligada **"a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima"**; se demostró la falta de diligencia, pericia y cuidado de la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, quien en consideración al contrato de comodato precario referido en la escritura pública de constitución de la fiducia, pudo ejercer

las acciones propias del comodante, en especial las indelegables en su calidad de fiduciaria contempladas en el artículo 1234 del C de Co y las previstas en el numeral 2.2.1., b, iii) de la Circular Externa 046 de 2008, "**debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato.**"

Debió acreditar la adopción de medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto fiduciario, específicamente frente al retraso permanente en la ejecución de la construcción de la obra, informado de manera reiterada por la interventoría del proyecto; frente al abandono y despojo del predio en que se estaba desarrollando el proyecto, del que efectivamente tuvo conocimiento por parte de los fideicomitentes.

Emergiendo, que el fideicomitente desatendió sus obligaciones contractuales –entre otras- al no acreditar el pago de las comisiones de administración a la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA; igual incumplimiento se predica respecto de la sociedad fiduciaria en lo que atañe a la protección de los bienes fideicomitidos y la implementación de correctivos durante el período en el que la interventoría reiteraba el retraso de la obra, dado que al tenor de los numerales 1° y 4° del artículo 1234 del C de Co, una de sus obligaciones indelegables y quizás la más importante era "**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**"; tenía el deber de verificar la existencia, conservación y destinación material y jurídica del predio en el que se estaba desarrollando el proyecto inmobiliario cuya administración se le confió para el ejercicio diligente de su labor profesional.

Asimismo, se verifica que el Tribunal Superior de Bogotá emitió sentencia donde estudió y declaró la responsabilidad de la fiduciaria por el incumplimiento de las obligaciones contractuales frente a los demandantes (en aquel proceso) beneficiarios de área vinculados al fideicomiso; prueba documental que fue allegada al expediente y da cuenta -en lo pertinente- de los incumplimientos tempranos de la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA que, desde la fase precontractual (en el estudio de viabilidad del proceso constructivo) tuvo falencias en la valoración de idoneidad de

la constructora (fideicomitente) que llevaría a cabo el desarrollo de la obra y en la elección (conjunta con el fideicomitente) de quien realizaría la interventoría del proyecto, advirtiéndose de aquella precarias calidades.

Probado como se haya el incumplimiento recíproco de las obligaciones contractuales y legales, ninguna de las partes acreditó la calidad de contratante cumplido o dispuesto a cumplir como requisito para demandar con probabilidades de éxito la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, asistiéndole razón a la réplica promovida por la demandante en la sustentación al recurso de alzada –ante el eventual incumplimiento recíproco de las obligaciones- la procedencia de la pretensión resolutoria, tal y como es avalado en la jurisprudencia en caso de incumplimiento de las prestaciones correlativas de sus contradictores, por lo que procede aplicar el criterio traído por la Corte en SC1662-2019, reiterado en SC3666- y SC5430 de 2021, respecto a la posibilidad de acceder a la resolución del contrato en los eventos de mutuo incumplimiento sin indemnización de perjuicios.

Consecuentemente se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la resolución del contrato

Nº4890, las modificaciones de fiducia mercantil inmobiliaria de administración y pagos para el desarrollo del proyecto inmobiliario BALSILLAS DE TOLÚ, celebrado entre la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS y JOHNY ALDONSO FONTALVO IGLESIAS (fideicomitentes), por mutuo incumplimiento.

La declaratoria tiene lugar con ocasión del mutuo incumplimiento, incluyendo el devenido de la demandante FIDUCIARIA quien desde el inicio del proyecto inmobiliario faltó a sus deberes indelegables de **"Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia"**, faltando al deber de diligencia, supervisión y cuidado desde la fase pre contractual en lo relativo a la calificación de idoneidad de la constructora fideicomitente y desde la interventoría, conociendo del desmantelamiento e irrupción en los bienes del fideicomiso, incumpliendo su deber de **"llevar la personería para la protección y**

defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente"; por lo que no se reconocerán las pretensiones económicas solicitadas de manera consecencial a la resolución del contrato presentada con la demanda, porque su procedibilidad dependía del cumplimiento de los presupuestos axiológicos de la acción resolutoria y no devienen cuando el incumplimiento declarado es mutuo como en el caso concreto.

Como no se accederá a la pretensión principal de declarar el incumplimiento contractual en cabeza de los demandados y la consecuente indemnización de perjuicios en favor de la demandantes, no proceden las demás pretensiones consecuenciales; por lo que la liquidación del contrato contenido en la escritura pública, en los documentos que la modifican y adicionan (indicados en la parte introductoria de esta providencia), se deberá realizar por las partes en los términos acordados en la cláusula VIGÉSIMO QUINTA del documento del 7 de mayo de 2013 denominado "**MODIFICACIÓN INTEGRAL AL CONTRATO No.4890 DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN CELEBRADO ENTRE CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C, JOHNY FONTALVO IGLESIAS Y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA**"; al establecer que "**Acaecida la terminación del contrato perderán vigencia el objeto y las instrucciones previstas en el mismo, y la gestión de la Fiduciaria deberá dirigirse exclusivamente a realizar los actos que directa o indirectamente se relacionen con la liquidación del Fideicomiso, según se precisa a continuación...**"

Surtido lo cual podrán acudir a las disposiciones contractuales y legales que regulan la liquidación de aquella clase de contrato y en lo pertinente a las acciones judiciales a que haya lugar como podría ser la insolvencia económica.

7. COSTAS

De conformidad con lo establecido por los numerales 5 y 8 del artículo 365 del CGP dadas las resultas del proceso y el mutuo incumplimiento, no se impondrá condena en costas.

DECISIÓN

La **SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

Primero: Por las razones expuestas, se revoca la sentencia proferida el 25 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Medellín, en su lugar.

Segundo: Se declara la resolución por mutuo incumplimiento del contrato N°4890 de fiducia mercantil irrevocable de administración modificado mediante documento del 7 de mayo de 2013 denominado "**MODIFICACIÓN INTEGRAL AL CONTRATO No.4890 DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN CELEBRADO ENTRE CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C, JOHNY FONTALVO IGLESIAS Y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA**" y por documento del 9 de marzo de 2017 denominado "**MODIFICACIÓN No.2 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIO DE ADMINISTRACION Y PAGOS No.4890 SUSCRITO ENTRE LA CONSTRUCTORA ACSA SAS, INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C, JOHNY FONTALVO IGLESIAS Y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA SA SOCIEDAD FIDUCIARIA**".

Tercero: No acceder a las pretensiones consecuenciales planteadas en el libelo genitor.

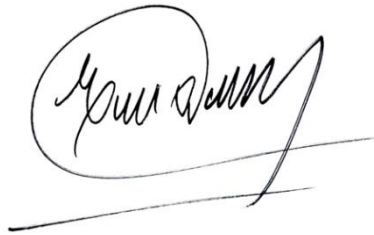
Quinto: Sin condena en costas en primera ni en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.

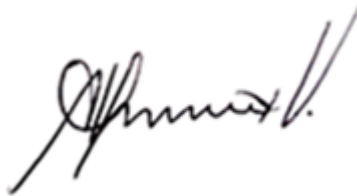
LOS MAGISTRADOS



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA

Aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Respecto al voto de aprobación a la decisión tomada en el presente caso, aclaro que el **principio de confianza legítima** y el **derecho a la igualdad** son las columnas que permiten tramitar los recursos que no fueron sustentados ante esta colegiatura y en esta instancia. Esto porque el traslado del recurso se dispuso aquí durante el lapso en que la mayoría de esta sala obvió dicho requisito en atención a la sentencia de tutela T-310 de 2023. De manera que volver, como ha ocurrido ahora, a la exigencia de sustentación ante el juez de segunda instancia, considerada admisible por la Corte Constitucional en la sentencia SU 418 de 2019, no constituye ninguna afectación de los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la justicia puesto que al legislador le está permitido reglar el ejercicio de los recursos, de suerte que los destinatarios pueden prever las consecuencias de apartarse de las formas procesales establecidas.

De hecho, para algunas decisiones judiciales no procede recurso, sin que ello signifique la afectación de los mencionados derechos, luego, la imposición de formas tendientes a que el debate se plantee ante el juez a cargo de resolver el recurso, no se puede tomar como una supresión de la garantía ofrecida, como pareciera haberse dicho en el párrafo final del numeral 6.1 de las consideraciones (pág. 20 de la providencia).



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA
Magistrada