TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, quince de noviembre de dos mil veintidós

De conformidad con el Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 373 del CGP se procede a decidir por escrito, el recurso de apelación interpuesto por la parte codemandada FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. que obra como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Platinum, frente a la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2021 en el proceso verbal adelantado por OCTAVIO ESCOBAR ÁLVAREZ contra PLATIUNM SUPERIOR SAS, FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA como vocera y administradora del fideicomiso PLATINUM SUPERIOR, ALIANZA FIDUCIARIA SA como vocera y administradora del fideicomiso TORRE TESORO ALTO y CREARCIMIENTOS PROPIEDAD RAÍZ SAS.

1. ANTECEDENTES

1.1 Por medio de documento privado del 28 de julio de 2010 y el 30 de enero de 2011, OCTAVIO ESCOBAR ÁLVAREZ "adquirió" por el sistema fiduciario los apartamentos 1110, 1109, dos garajes y dos cuartos útiles ubicados en la Torre II del Edificio Platinum Flats. La promotora y vendedora del proyecto fue Platinum Superior SAS: la vocera y administradora del proyecto fue CORFICOLOMBIANA SA.

1.2 Los inmuebles fueron identificados en los planos arquitectónicos; no estaba construido el edificio en ese momento; se publicitaron en medios de prensa, revistas, pancartas, volantes y en la sala de ventas se entregaba un plegable con la información completa sobre los detalles de la construcción.

1.3 El precio establecido para el apartamento 1110 fue de $150.000.000; para el apartamento 1109 de $155.750.501; los garajes cada uno por $20.000.000; y los cuartos útiles costaron $3.000.000 cada uno. El precio del apartamento 1110 se pagó de contado al momento de suscribir el contrato; por el apartamento 1109 se pagaron $151.824.740 al momento de suscripción del contrato, quedando un remanente de $3.925.761; mientras que el precio de los dos garajes y los dos cuartos útiles sería pagado al momento de la suscripción de la escritura pública y cuando se diera la entrega material, lo cual se acordó para el 30 de agosto de 2011 como consta en el otro sí hecho al contrato de vinculación.

1.4 En un documento privado que se desconoce, PLATINUM SUPERIOR SAS, como fideicomitente, promotor y vendedor del proyecto y FUDICIARIA CORFICOLOMBIANA SA, como vocera y administradora de los dineros, entregaron al arquitecto ALBERTO ENRIQUE MONTES OCHOA, gerente suplente de CREARCIMIENTOS SAS, el manejo, la construcción y la entrega materia de los citados apartamentos, garajes y cuartos útiles de la Torre II del proyecto PLATINUM FLATS y a ALIANZA FIDUCIARIA SA la vocería, administración y titulación del predio.

1.5 Los cesionarios del proyecto conocieron desde el principio los compromisos establecidos en los contratos suscritos con el demandante.

1.6 El 21 de junio de 2013 en la Curaduría Urbana Primera de Medellín, ALBERTO ENRIQUE MONTES como Arquitecto, hizo una variación a los planos iniciales con los que se venía construyendo el edificio, a

sabiendas que se habían vendido más de 50 de los 96 apartamentos que componían la unidad, que inicialmente se concibió exclusivamente como residencial; modificación que se aprobó mediante la Resolución C1-639 del 21 de junio de 2013 y no se consultó a los compradores cuando se cambió el uso de vivienda familiar por el uso mixto, vivienda y comercio; le cambiaron el nombre a ALTO TESORO; desmejorando los derechos adquiridos de los compradores.

1.7 Con las modificaciones de los planos, los apartamentos "adquiridos" por el demandante pasan a ser el 1201 y el 1202; ello se dio al dividir en el plano inicial como lobby de la unidad- que era de doble altura- con una plataforma metálica para así convertirlos en locales comerciales y cercenar el primer piso.

1.8 Como el demandante pagó de contado dos de los apartamentos y negoció dos parqueaderos y dos cuartos útiles, recibió un descuento en el precio, un apartamento en comodato al igual que un garaje y un cuarto útil con la promesa de ser devueltos el día de la entrega material y de suscripción de la escritura pública; recibía un canon mensual de $1.300.000 hasta el día de la entrega material; sin embargo sólo se entregaron el parqueadero y el cuarto útil dados en comodato, no así el apartamento.

1.9 Los bienes antes relacionados se encuentran terminados y listos para ser entregados a los compradores, pero en el caso del demandante, la entrega no se ha efectuado a pesar de requerirse sobre el particular, significando un incumplimiento ostensiblemente el contrato.

1.10 El incumplimiento ostensible para la entrega de los inmuebles demandados le ha originado perjuicios al demandante; por concepto de lucro cesante $1.300.000 por cada mes; por cada uno de los apartamentos adquiridos, que a la fecha suman 116 meses para arrojar un total de $158.800.000; y por el cercenamiento del disfrute de las zonas comunes $200.000.000.

1.11 Pretende se ordene el cumplimiento del contrato con la entrega de los inmuebles más la indemnización de perjuicios.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Actuando como vocera y administradora del patrimonio autónomo TORRE TESORO ALTO formuló oposición a las pretensiones de la demanda, no le puede ser exigible el cumplimiento de un negocio jurídico del que no es parte por no existir vinculación entre ella y el demandante, el proyecto relacionado en la demanda es uno completamente diferente al que administra.

Presentó las excepciones de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO TORRE TESORO ALTO, AUSENCIA DE FUENTE DE OBLIGACIONES y NOTIFICACIÓN A PERSONA DIFERENTE A LA DEMANDADA."

2.2 CREARCIMIENTO SAS

Se opuso a las pretensiones de la demanda al sostener que no actúo como cesionaria del negocio jurídico objeto de la pretensión de cumplimiento, ni como administradora del FIDEICOMISO PLATINUM, lo que llevó a cabo fue una venta de activos en su favor.

Formuló las excepciones de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, AUSENCIA DE FUENTE DE OBLIGACIONES, OBJETOS DIFERENTES- NEGOCIOS JURÍDICOS DIFERENTES, DERECHOS PERSONALES, IMPOSIBILIM NULLA OBLIGATIO,

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA y AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR."

2.3 PLATINUM SUPERIOR SAS

Respondió cada uno de los hechos de la demanda; precisó las diferencias entre el encargo fiduciario y la compraventa; formuló objeción al juramento estimatorio; planteó las excepciones de "IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO POR OPERARSE UNA CONDICIÓN FALLIDA, INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE, ALLANAMIENTO A CUMPLIR, BUENA FE PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POS CONTRACTUAL, NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE, EXISTENCIA DE UN FIDEICOMISO, DE VINCULACIÓN A UN ENCARGO FIDUCIARIO Y EXCLUSIÓN LEGAL DE CONTRATO DE COMPRAVENTA y PRETENSIONES QUE SE ENCUENTRAN POR FUERA DE LA NEGOCIACIÓN y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ORDINARIA."

2.4 FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA OBRANDO COMO VOCERA O ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO PLATINUM SUPERIOR SAS

Respondió cada uno de los hechos de la demanda;, precisó las diferencias entre el encargo fiduciario y la compraventa; planteó las excepciones de "IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO POR OPERARSE UNA CONDICIÓN FALLIDA, INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE, NEMO AUDITOR PROPIAM TURPITUDEM ALLEGANS, MALA FE DEL CONVOCANTE-COMPRADOR, ALLANAMIENTO A CUMPLIR, BUENA FE PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POST CONTRACTUAL, NO ESTAR OBLIGADO A CUMPLIR UN IMPOSIBLE

JURÍDICO O UN IMPOSIBLE FÍSICO Y MATERIAL, EXISTENCIA DE UN FIDEICOMISO DE VINCULACIÓN A UN ENCARGO FIDUCIARIO Y EXCLUSIÓN LEGAL DE CONTRATO DE COMPRAVENTA y PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ORDINARIA."

3. DENUNCIA DEL PLEITO

3.1 De CREARCIMIENTOS SAS a PLATINUM SUPERIOR SAS y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, como vocera y administradora del fideicomiso Platinum

Busca que sean declaradas jurídicamente responsables de los perjuicios que llegue a sufrir CREARCIMIENTOS SAS como resultado de la sentencia dictada en el presente trámite.

3.2 De ALIANZA FIDUCIARIA SA como vocera y administradora del fideicomiso TORRE TESORO ALTO a PLATINUM SUPERIOR SAS y a FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SAS como vocera y administradora del fideicomiso Platinum

Pretende que asuman el pago de la condena que eventualmente llegue a imponerse a la denunciante.

4. CONTESTACIÓN A LA DENUNCIA DEL PLEITO

4.1 DE FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA como vocera y administradora del Fideicomiso Platinum

Ratificó los argumentos de hecho y de derecho expresados en la contestación de la demanda principal; formuló objeción a la estimación razonada de los perjuicios y se opuso a la prosperidad de la denuncia del pleito.

Formuló las excepciones de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA DERIVADAS DE LA AUSENCIA DE PÉRDIDA PARCIAL O TOTAL DE LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO Y DE LOS VICIOS OCULTOS DE LOS MISMOS Y DE LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO POR EVICCIÓN Y REDHIBITORIOS, INEXISTENCIA DE LA PÉRDIDA PARCIAL O TOTAL DE LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO, DE LOS VICIOS OCULTOS Y DE LAS OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO POR EVICCIÓN Y REDHIBITORIOS, AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES Y PROCESALES RECLAMADOS EN LA DEMANDA PRINCIPAL Y EN LA DENUNCIA DEL PLEITO."

4.2 FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, actuando como vocera y administradora del fideicomiso Platinum

Reiteró las excepciones de mérito planteadas frente a la demanda principal; con respecto a la denuncia del pleito hecha por ALIANZA FIDUCIARIA SA, presentó las excepciones de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA DERIVADA DE LA AUSENCIA DE PÉRDIDA PARCIAL O TOTAL DE LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO Y DE LOS VICIOS OCULTOS DE LOS MISMOS Y DE LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO POR EVICCIÓN Y VICIOS REDHIBITORIOS, INEXISTENCIA DE LA PÉRDIDA PARCIAL O TOTAL DE LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO, DE LOS VICIOS OCULTOS Y DE LAS OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO POR

EVICCIÓN Y REDHIBITORIOS, AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR y PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES Y PROCESALES RECLAMADOS EN LA DEMANDA PRINCIPAL Y EN LA DENUNCIA DEL PLEITO."

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Civil del Circuito de Oralidad de Medellín profirió sentencia encontrando acreditado el incumplimiento de los contratos de encargo fiduciario por parte de PLATINUM SUPERIOR SAS y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, como vocera y administradora del Fideicomiso Platinum Superior, al no entregar los inmuebles en las fechas acordadas más los términos de gracia estipulados en el contrato, sin acreditarse la existencia de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor que justificara esta situación.

Sólo cuando vencieron los plazos el 26 de marzo de 2013, la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA y PLATINUM SUPERIOR SAS incrementaron el patrimonio del FIDEICOMISO TORRE TESORO ALTO administrado por ALIANZA FIDUCIARIA SA y a través de escritura pública del 30 de diciembre de 2013 realizaron la transferencia del inmueble donde sería desarrollado el proyecto inicial; la transferencia a título de fiducia se hizo en favor de ALTERNATIVAS MODULARES ARQUITECTOS SAS, PROYECTO CONSTRUCTOR SAS, CREARCIMIENTOS PROPIEDAD RAÍZ SAS, SANTA JUANA INMOBILIARIA SA y ALIANZA FIDUCIARIA SA.

Pero, se probó la imposibilidad de ordenar el cumplimiento material pretendido por el demandante al no vincularse en la continuación del proyecto al negarse a hacer parte del FIDEDICOMISO TORRE TESORO ALTO

administrado por ALIANZA FIDUCIARIA SA, quienes no tienen obligación contractual con el demandante, por ello, al sobrevenir la imposibilidad absoluta y permanente de ejecución de la prestación, la obligación se extingue por aplicación del principio que nadie está obligado a lo imposible.

En aplicación de los artículos 1729 y 1731 del CC, las codemandadas a cargo del FIDEICOMISO PLATINUM SUPERIOR deben asumir la devolución de los dineros entregados por el demandante para la adquisición de los apartamentos 1109 y 1110 e indemnizarlo; el pago de una suma de dinero representativa de una satisfacción por equivalencia del crédito frustrado; los perjuicios pretendidos no fueron probados debiéndose su no reconocimiento.

Ordenó la devolución de las sumas de dinero que fueron entregadas por el demandante, imponiendo una condena por $312.241.244 indexados al momento del pago efectivo.

6. APELACIÓN

PLATINUM SUPERIOR SAS y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, actuando como vocera y administradora del fideicomiso PLATINUM SUPERIOR:

6.1 En la sentencia debió declararse el incumplimiento del contrato para de allí derivar la devolución de los recursos como una consecuencia propia de la resolución contractual.

6.2 Sobre la forma como se dispuso la condena, repararon en la condena a FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA en nombra propio y no como vocera y administrador del Fideicomiso PLATINUM SUPERIOR.

6.3 Reiteró que actuaron de buena fe; se allanaron expresamente a cumplir el contrato, al resultar fallido el proyecto se dispuso la devolución de los recursos al actor o, si así lo quería, la vinculación al nuevo Fideicomiso Torre Tesoro Alto; por lo que no hay lugar al reconocimiento y pago una indexación, sino que debe entregarse solamente los dineros que fueron pagados.

6.4 Indebida valoración de la prueba documental, especialmente la escritura de constitución del Fideicomiso Torre Tesoro Alto y el incremento en el fideicomiso y fiducia mercantil irrevocable de los bienes que tenía a su vocería y favor el Fideicomiso Altos del Tesoro; si bien el demandante no se vinculó contractualmente con éstos, sí tenían la obligación contractual de restituir las sumas recibidas de él a través del Fideicomiso Platinum Superior: lo cual se ratifica con la apertura de un CDT en favor del demandante y el prestar caución para garantizar el pago de los eventuales perjuicios.

6.5 Imposibilidad legal y material de devolver los dineros por parte de FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, ni fue parte del proceso ni está vinculada vía denuncia el pleito o llamamiento en garantía ni tiene recursos económicos entregados por el demandante; aclarando que el Fideicomiso Platinum Superior está en la fase final de la liquidación por cumplimiento del objeto contractual y decisión unilateral de la vocera y administradora.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

¿ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y CREARCIMIENTOS SAS, están legitimados en la causa por pasiva para resistir las pretensiones de la demanda?

¿Se demostró el incumplimiento contractual en cabeza de FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., actuando en nombre propio?

Si la respuesta es negativa ¿hay prueba del incumplimiento? y ¿quién debe soportar la condena?

8. CONSIDERACIONES

Introito:

Antes de abordar los problemas jurídicos a resolver, se precisa que el contrato típico de fiducia mercantil regulado en los artículos 1226 y ss. del C de Co no está en discusión, como tampoco el contrato atípico celebrado con el beneficiario de área – demandante para la futura adquisición de la propiedad de varios inmuebles que serían el resultado del desarrollo del proyecto inmobiliario original.

Es que con fundamento en la actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común consagrados en el artículo 333 de la CP y ante la falta de configuración normativa por parte del legislador de todos los posibles actos jurídicos, negocios jurídicos, contratos o convenciones que pueden se acordados por los particulares, nuestro ordenamiento jurídico posibilita que en las relaciones patrimoniales entre particulares, se creen derechos y correlativas obligaciones que son verdaderas leyes, no generales y abstractas, sino privadas y con efectos entre los intervinientes de la relación jurídico patrimonial.

Fuente normativa y vinculante que debe ser respetada, acatada e interpretada, según el querer de las partes contratantes, por el Juez, siempre que su marco normativo esté dentro de los límites del bien común, como acontece con los

convenios para beneficio de área, que son verdaderos negocios jurídicos atípicos al no encontrar regulación expresa por parte del legislador, dejando dicha tarea a los particulares con fundamento en su libre desarrollo de la personalidad y ejercicio de su capacidad jurídica, como centro de imputación jurídica.

Por remisión expresa del artículo 822 del C de Co, el artículo 1602 del CC prescribe que, ***"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes…"***

En ese orden, el artículo 864 del C de Co estatuye, **"El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial…"**

8.1 ¿Legitimación en la causa por pasiva de ALIANZA FIDUCIARIA SA y CREARCIMIENTOS SAS?

A pesar que la parte apelante reconoce que OCTAVIO ESCOBAR ÁLVAREZ no tiene relación contractual alguna con CREARCIMIENTOS SAS ni con ALIANZA FIDUCIARIA SA- como vocera y administradora del patrimonio autónomo Torre Tesoro Alto, sostiene que son las llamadas a restituir el dinero invertido por éste, dado que se abrió un CDT en su favor, relacionado con la prestación de caución al interior del proceso para precaver los posibles perjuicios que pudieran causarse con las medidas cautelares que se decretaron.

Argumento compuesto por dos supuestos que habrán de desecharse, carecen de acierto y no se compadecen con las conclusiones que pueden extraerse de la prueba documental y testimonial que yace en el plenario.

A folios 69 a 72 del archivo 2 del cuaderno 1 del expediente digital obra el acuerdo de entendimiento sobre el cambio de promotor suscrito entre SANTA JUANA INMOBILIARIA SA, ALTERNATIVAS MODULARES ARQUITECTOS SAS, CREARCIMIENTOS SAS, PROYECTO CONSTRUCTOR SAS, VÉLEZ PENAGOS SAS, PLATINUM SUPERIOR SAS y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA como vocera y administradora del Fidecomiso Platinum Superior, que no fue suscrito por el demandante, pero dejando claro como serían las obligaciones en la constitución del nuevo fideicomiso.

Entre folios 77 a 116 Ibídem reposan los clausulados de los contratos de encargo fiduciario, en los cuales ALIANZA FIDUCIARIA SA procuró la vinculación del beneficiario de área y no aceptó, ninguno se encuentra suscrito.

Con fundamento en la conducta asumida por la parte demandante, se colige su no intención de obligarse o de establecer vínculo negocial con las codemandadas; el beneficiario de área como inversionista en el proyecto inmobiliario voluntariamente rehusó la suscripción del memorando de entendimiento, de la transacción donde constaba la resciliación del encargo inicialmente firmado y se sustrajo del nuevo negocio jurídico.

De ahí que no existan elementos de convicción para colegir la existencia de obligaciones por parte de los nuevos fideicomitentes y de la fiduciaria frente a una persona que ni siquiera ostenta la calidad de beneficiario de área dentro del proyecto TORRE TESORO ALTO.

Se aprecia a folios 89 y siguientes del archivo 5 del expediente digital el contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria TORRE TESORO ALTO, disponiendo que el fideicomiso consistía en, ***"patrimonio***

autónomo o sea el conjunto de derechos, bienes y obligaciones, constituido por la celebración del presente contrato, en adelante FIDEICOMISO TORRE TESORO ALTO, cuyo vocero en los términos del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 y 2010 y demás normas concordantes, que lo modifiquen o adicionen, será la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA SA."

Se dispuso que el tradente de los inmuebles sobre los que se desarrollaría el proyecto inmobiliario fue FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA quien se comprometió con la transferencia de los bienes y de los dineros entregados por los beneficiarios de área, siempre y cuando éstos manifestaran la intención de vincularse con este nuevo fideicomiso, a pesar de suscribirse la terminación por mutuo acuerdo del contrato de fiducia en el FIDEICOMISO PLATINUM.

Lo cual se ratifica con la escritura pública No. 353 del 26 de marzo de 2013- folios 123 y siguientes del archivo 5- allí consta el incremento del fideicomiso Torre Tesoro Alto, la renuncia a la condición resolutoria, el comodato y la hipoteca suscritos entre FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA y ALIANZA FIDUCIARIA SA- como vocera y administradora del fideicomiso Torre Tesoro Alto, más los beneficiarios del nuevo proyecto inmobiliario; en este negocio jurídico expresamente se verifica la tradición de los inmuebles debido a la imposibilidad PLATINUM SUPERIOR SAS de continuar con el proyecto.

En la escritura 8549 del 30 de diciembre de 2013, FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA y PLATINUM SUPERIOR SAS transfirieron a título de fiducia mercantil irrevocable la propiedad que tenían y ejercían sobre 24 inmuebles sobre los que desarrollaría el proyecto, aclarando que estaban sometidos a propiedad horizontal – folios 159 a 178 Ibídem- de lo que se encuentra prueba en la escritura pública No. 4507 del 21 de agosto de 2009 de

la Notaría Veintinueve del Círculo Notarial de Medellín- folios 124 y siguiente del archivo 2 del cuaderno principal del expediente digital.

Corroborado con el testimonio rendido por SERGIO GÓMEZ PUERTA, al expresar que varios clientes de ALIANZA FIDUCIARIA SA manifestaron el interés de adquirir el inmueble para ejecutar un nuevo proyecto, aclarando que se trató de nuevos dueños, nuevos inversionistas y distintos beneficiarios de área; la compra del bien vino por cuenta de la instrucción que dieron los fideicomitentes y a partir de ahí se desarrolló el proyecto.

A su vez, ALBERTO MONTES como representante legal de CREARCIMIENTOS SAS ilustró que compraron los inmuebles pero no asumieron ningún control con los negocios y encargos fiduciarios que estaban en curso, tampoco se entendieron con clientes o proveedores, aclarando que la fiduciaria tenía los dineros y serían los encargados de devolver los dineros a los acreedores y en este sentido se actuó con el demandante quien fue requerido para recibir el dinero invertido oponiéndose, tal como lo manifestó expresamente en el interrogatorio de parte.

Sobre el mismo tema la representante legal de ALIANZA FIDUCIARIA SA reiteró que el contrato de fiducia sirvió para aportar un nuevo inmueble a partir del cual reactivar el desarrollo del proyecto, precisando que CORFICOLOMBIANA es un tradente y por ello ALIANZA no hace parte de las negociaciones con los anteriores promotores del proyecto, *"no heredaron el problema"* y por ende no pueden obligarlos a escriturar los inmuebles.

Reiterándose lo probado en el proceso en cuanto a la inexistencia de una cesión de posición contractual y se ratifique que lo acontecido fue una transferencia patrimonial en favor de varias sociedades que fungieron como beneficiarias dentro del contrato de fiducia y se comprometieron al desarrollo

de un nuevo proyecto inmobiliario a partir de la constitución de un patrimonio autónomo que tendría el mismo nombre que el desarrollo inmobiliario.

Permitiendo reiterar la falta de legitimación en la causa por pasiva para resistir las pretensiones de responsabilidad civil contractual, entre las partes no medió acuerdo ni existe un vínculo obligacional que haga responder a ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del Fideicomiso TORRE TESORO ALTO, ni a CREARCIMIENTOS SAS por las sumas de dinero entregadas por el beneficiario de área hoy demandante.

OCTAVIO ESCOBAR ÁLVAREZ tuvo un vínculo como beneficiario de área con el Fideicomiso PLATINUM SUPERIOR, cuya vocería y administración estaba en cabeza de una fiduciaria diferente, tenía otros beneficiarios y otros fideicomitentes, quienes son los llamados a responder dado que en ellos confluye la posición sustancial para soportar la pretensión de responsabilidad contractual.

En esta línea, el prestar caución para impedir la materialización de la inscripción de la demanda como medida cautelar, no tiene relación con la fluidez o la solvencia económica ni de la fiduciaria ni de los beneficiarios de cara a la indemnización a la que podría hacerse acreedor el demandante; la caución tiene como fin permitir que los bienes no soporten la medida y con ello habilitar su negociabilidad; sin que pueda pensarse que los CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS ($400’000.000) prestados a través de una póliza judicial sea el dinero que tienen aprovisionado las demandadas para el pago de una eventual condena.

Por ello no puede avalarse el argumento de los recurrentes y trasladar a la codemandada la carga de asumir el pago de una restitución de fondos que no le fueron entregados, no guardan relación o contraprestación con los

inmuebles ofrecidos, el demandante no es beneficiario de área en este nuevo proyecto y no se deduce que la caución constituye la provisión anticipada de la indemnización, porque lo buscado por el fideicomiso fue evitar una afectación comercial mayor sobre los inmuebles y precaver la posibilidad de un eventual perjuicio adicional para el demandante proveniente de la no práctica de la medida cautelar, pero no del hecho que dio origen al proceso.

Según contestación de la demanda presentada por los apelantes, cuando el demandante no accedió a los acuerdos planteados PLATINUM SUPERIOR SAS, en calidad de fideicomitente, desistió unilateralmente del contrato el 30 de enero de 2013 y procedió a darle instrucciones a FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA para el aprovisionamiento de los recursos a través de la constitución del FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS EL TESORO, donde debían consignarse los valores aportados por el demandante, a saber, por el apartamento 1110 CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL PESOS ($155’118.000) y por el apartamento 1109 CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS ($157’123. 244).

Ello para reiterar que ni CREARCIMIENTOS SAS ni ALIANZA FIDUCIARIA SA- como vocera y administradora del patrimonio autónomo TORRE TESORO ALTO- están llamadas a asumir el pago de la condena derivada del incumplimiento contractual.

8.2 ¿Incumplimiento contractual de FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA a nombre propio?

Punto de disenso respecto a la sentencia de primera instancia que impuso el pago de TRESCIENTOS DOCE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y

UN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS ($312'241.244) a cargo y a nombre propio de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, cuando su vinculación en el presente proceso tiene que ver con su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso PLATINUM SUPERIOR.

Más allá de la incongruencia de la providencia de primera instancia, esta Sala Civil, debe precisar la competencia del Juez de primera y de segunda instancia de cara a las pretensiones y excepciones planteadas, así como la capacidad jurídica que le asiste a los patrimonios autónomos como sujetos de derecho sin personalidad jurídica para comparecer en calidad de partes a un proceso; es decir, sujetos de derecho sin personalidad que por sus características especiales y por disposición legal, son centros de imputación jurídica y pueden en el mundo de los negocios contraer derechos y obligaciones.

De acuerdo con los artículos 280 y 281 del CGP, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, sin que pueda condenarse por cantidad superior o por un objeto distinto al invocado en las pretensiones de la demanda, de ahí que el Juzgado de primera instancia debió ser cuidadoso al momento de imponer la condena, FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA no compareció al proceso actuando en nombre propio y en cumplimiento de sus funciones como sociedad fiduciaria que hace parte del sistema financiero, sino como vocera y administradora del patrimonio autónomo FIDEICOMISO PLATINUM SUPERIOR, debiéndose clarificarse la posición en la que intervino en la parte pasiva del proceso.

En aras de precisar y teniendo en cuenta que desde el escrito de demanda las pretensiones se enfocaron hacia la condena derivada de los perjuicios ocasionados con el fracaso de los contratos de fiducia mercantil de administración y los encargos fiduciarios individualmente suscritos, la

Corporación sólo podría impartir declaración o condena frente a quienes se hicieron parte, bien desde el momento inicial o en la ejecución, tras formalizarse la cesión de una posición contractual como aconteció en el caso.

Como parte demandada se verifican dos patrimonios autónomos, FIDEICOMISO TORRE TESORO ALTO y FIDEICOMISO PLATINUM SUPERIOR, el primero administrado por ALIANZA FIDUCIARIA SA y el segundo por FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA.

Al efecto, el artículo 1226 y ss, del C de Co consagra la figura de la fiducia al estatuir:

> ***"La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, <u>transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.</u>***
>
> ***Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.***
> ***Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios."***
>
> (Destacado fuera del texto).

Mientras que el artículo 1233 del C de Co estatuye la separación patrimonial de los bienes pertenecientes al patrimonio autónomo y los de la fiducia, disponiendo que:

> ***"Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios, <u>y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo."</u>***
>
> (Subrayado fuera de texto).

Frente a la intervención de este tipo de sujetos de derecho, el artículo 53 del CGP, en el tema de la capacidad y representación, contempla que:

> ***"Podrán ser parte en un proceso:***
>
> ***…***
>
> ***1. Los patrimonios autónomos.***
>
> ***…"***

Asimismo, el párrafo 3 del artículo 54 del mismo estatuto establece:

> ***"…En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respetiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera."***

Destacándose la aptitud sustancial, jurídica y procesal que tienen los patrimonios autónomos, que sin alcanzar el atributo de la personalidad jurídica pero siendo centros de imputación jurídica, pueden comparecer a un proceso, hacer valer sus intereses, proponer excepciones y si es del caso soportar las

condenas que puedan imponerse en su contra; precisando que en caso de encontrarse prueba del incumplimiento contractual en el caso concreto, es el FIDEICOMISO PLATINUM SUPERIOR -cuya vocería y administración corre por cuenta de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA- el llamado a responder por la sumas de dinero que debe devolver al beneficiario de área en su condición de inversionista en el proyecto inmobiliario.

Al interrogar al representante legal de FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, expuso que los recursos fueron devueltos a los beneficiarios de área a través del FIDEICOMISO EL TESORO que también es administrado por CORFICOLOMBIANA SA, con el objeto de expedir los recursos que se iban a devolver a los inversionistas de la segunda etapa, ante la negativa del demandante se abrieron unos CDT donde se depositó el dinero, aclarando que es sólo lo entregado sin reconocimiento adicional por penalidades o el fracaso del proyecto.

Con ello, no se está desconociendo la posibilidad de endilgar responsabilidad directa a la sociedad fiduciaria, pero en este caso no es la que convoca la atención de la Sala Civil, debido a que la demanda se debió enfocar en ese sentido y debía cumplirse con la carga de la prueba consistente en la responsabilidad directa de la fiduciaria en su calidad de tal y en demostrar, entre otros, la desatención a sus deberes indelegables consagrados en el artículo 1234 del C de Co.

No obstante, como en este evento el juicio de responsabilidad se dirige frente al patrimonio autónomo a través de la fiduciaria como su vocera y administradora, a ello debió circunscribirse el análisis del Juzgado de primera instancia para imponer la condena.

Así, como no fue objeto del proceso ni existe prueba de la responsabilidad de la fiduciaria actuando en nombre propio, en este punto se **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia, para si en caso de encontrar prueba del incumplimiento contractual como fuente de responsabilidad, la condena sea impuesta contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO PLATINUM SUPERIOR, cuya vocera y administradora es la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA.

8.3 ¿Responsabilidad contractual?

Este reparo tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad contractual derivada del incumplimiento en el contrato de encargo fiduciario en el que se vinculó el demandante en su calidad de beneficiario de área, porque los apelantes arguyen que actuaron de buena fe y ante el fracaso del fideicomiso brindaron a los beneficiarios de área la opción o de devolverles el dinero invertido o de facilitarles la vinculación al nuevo fideicomiso TORRE TESORO ALTO.

Sostienen que por orden metodológico debió declararse primero el incumplimiento contractual y como consecuencia, ordenar la devolución de los dineros entregados, insistiendo en no acceder a la indexación de la condena por su actuar de buena fe y dado que el fideicomiso se encuentra en la etapa final de liquidación ante la decisión del fideicomitente.

8.3.1 ¿Incumplimiento contractual?

En estricto sentido la parte apelante no ofrece argumentos contundentes para sustentar la no incursión en incumplimiento contractual, reitera que se

allanaron al cumplimiento y obraron de buena fe a pesar del fracaso del fideicomiso; sin embargo, para la declaratoria de responsabilidad contractual se demanda la existencia de un contrato, la prueba de su incumplimiento para derivar la imposición de la indemnización de perjuicios que persiga la parte demandante.

Al respecto el artículo 870 del C de Co, prescribe:

> ***"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 perjuicios moratorios."***

Lo que se debe armonizar con lo dispuesto por el artículo 1546 del CC por remisión del artículo 822 del C de Co, brindándole al contratante pedir el cumplimiento forzado o para buscar la resolución del contrato; debido a que desde la fijación del litigio convenido por las partes previa sugerencia del Despacho, se definió que la discusión giraría en torno a la existencia de los presupuestos para declarar la responsabilidad civil contractual por parte de PLATINUM SUPERIOR SAS y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA como vocera y administradora del Fideicomiso Platinum Superior.

De las pruebas practicadas se observa que a través de la escritura pública del 1 de febrero de 2007 PLATINUM SUPERIOR SAS como fideicomitente y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración constituyendo el Fideicomiso Platinum con el objeto de ejecutar el proyecto inmobiliario Platinum.

A folios 61 del archivo 3 se observa el otrosí al encargo fiduciario suscrito entre el fideicomitente y el beneficiario de área disponiendo un cambio en la fecha de entrega, aclarando que al beneficiario se le iba a pagar un valor mensual por arrendamiento de los inmuebles- con ocasión de la dilación en la entrega- por UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS ($1.300.000); mientras que a folios 95 del mismo archivo obra un otrosí al contrato de encargo fiduciario sobre la modificación en las condiciones de entrega de los recursos y el cambio del punto de equilibrio.

El representante legal de FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA dijo que la imposibilidad de llevar a cabo el objeto fiduciario generó la terminación del contrato en los términos del artículo 1240 del C de Co, lo cual resultó imputable al fideicomitente quien no pudo continuar con la ejecución, radicándose en su cabeza la obligación de pagar las sanciones y restituir el dinero; reiterado por GONZALO GÓMEZ HOYOS como representante legal de SANTA JUANA INMOBILIARIA (una de las nuevas beneficiarias).

El reconocimiento expreso por parte del representante legal de la codemandada, las aseveraciones expuestas por los testigos y la documentación obrante en el plenario permiten concluir la existencia del incumplimiento contractual consistente en no entregar los inmuebles que pretendía adquirir el demandante ante la frustración del proyecto, la enajenación del predio y el desarrollo de un nuevo proyecto inmobiliario por parte de terceros ajenos a la relación fiduciaria inicial.

Más allá de este reconocimiento expreso, no se evidencian los hechos de buena fe alegados por la apelante, ni tampoco el allanamiento a cumplir, las medidas que tomaron con los beneficiarios de área en tanto se evidenció y declaró el fracaso del proyecto por parte del fideicomitente, son apenas la exteriorización de un comportamiento diligente en torno a la solución del

conflicto, tratando en la medida de sus posibilidades volver al estado anterior con el ofrecimiento de la devolución del dinero e incluso la suscripción de acuerdos de entendimiento y resciliación.

Sin embargo, los hechos enunciados no tienen la virtualidad para relevar a la demandada de la devolución del dinero indexado, porque este fenómeno no obedece a la buena o mala fe de la parte demandada ni es constitutivo de indemnización, ello se debe a variables económicas como la inflación y la devaluación de la moneda que afectan su poder adquisitivo, lo que implica actualizar la moneda para el momento del pago efectivo.

8.3.2 ¿Condena?

La pretensión se concretó en la escrituración y entrega de los inmuebles "comprados"; sin embargo, ante la imposibilidad física y jurídica de entrega, de escrituración y de tradición, debido al fracaso total del proyecto inmobiliario inicial (original) y ante el desarrollo de uno completamente diferente, siguiendo la máxima que nadie está obligado a lo físicamente imposible, lo propio era ordenar la restitución por equivalencia como lo hizo el Juzgado de primera instancia, punto que no fue objeto de reproche y por ende no está llamada la Sala de Decisión volver a analizarlo.

Lo atinente con la condena tendrá que ver con la procedencia o no de la indexación, porque a juicio de los recurrentes el obrar de buena fe de cara a la devolución del dinero los sustrae de reconocer la corrección monetaria.

A folios 73 y siguientes del archivo 1 del cuaderno principal del expediente digital, se dispuso que los rendimientos que generaran los aportes pasaban a incrementar el patrimonio autónomo y por ende no podían devolverse a los beneficiarios de área, por ello el dinero a restituir sólo podrá incluir la

indexación como medio de actualización del dinero expuesto ante los fenómenos devaluatorios propios de la economía colombiana.

Las sumas que se devolverán son las certificadas por la fiduciaria, quien tenía la obligación de recibir los aportes de cada uno de los beneficiarios de área, sin que exista certeza frente a los descuentos financieros cuyo reconocimiento buscan en la misma medida, iterándose que únicamente hay lugar a la devolución de aquellas sumas de dinero que ingresaron a la cartera colectiva en la cual se depositaban los fondos del fideicomiso.

Teniendo en cuenta que el paso del tiempo genera de forma indefectible la depreciación monetaria – pérdida del poder adquisitivo de la moneda - la cual repercute en una fluctuación de la valoración que se le da al dinero entre un momento determinado y otro, surge la indexación como un elemento determinante que permite actualizar las condenas impuestas sin implicar un enriquecimiento en favor de quien la recibe, sin equipararse al concepto de intereses ni al concepto de indemnización.

El reconocimiento de la actualización monetaria responde a un asunto de equidad al tener presente los efectos del paso del tiempo sobre el dinero y su poder adquisitivo.

La Corte ha sostenido:

> ***"…5.- El tema de la actualización de las obligaciones pecuniarias, esto es, la necesaria protección frente al fenómeno de desvalorización o depreciación que padecen las monedas de los países, al que no es inmune Colombia, no ha sido ajeno ni al legislador ni a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.***

En la sentencia de casación N° 133 de 21 de noviembre de 2007 se hicieron las precisiones que pasan a destacarse:

"Con el propósito de aquilatar tales imputaciones, resulta oportuno recordar que el proceso inflacionario, común en las economías modernas, consistente en el alza sostenida del nivel general de los precios de los bienes y servicios de la comunidad, tiene como efecto inmediato la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que surge la imperiosa necesidad de reconocer la corrección monetaria de ciertas obligaciones afectadas por el referido fenómeno, en aras de atenuar sus evidentes secuelas nocivas, particularmente, la abrogación del contenido conmutativo de las prestaciones. Justamente, como de restablecer el equilibrio se trata, esta institución no se justifica per se, sino en cuanto se aplique -rigiendo el nominalismo- a remediar situaciones manifiestamente injustas e inequitativas. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, habida cuenta que en todos aquellos casos en los cuales ha inferido la necesidad de concederla `ha acudido…, explícita o implícitamente, a fundamentar tal reconocimiento, en la equidad, entendida ésta, en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política Colombiana, como un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de la 'justicia del caso en concreto', de modo que, en esos eventos, la equidad ha sido la herramienta que le ha permitido a esta Corporación desentrañar el sentido de las distintas normas sustanciales, pero sin llegar a desdeñarlas pretextando aplicar sus propias apreciaciones … De ahí que, en las diversas hipótesis en las cuales ha tenido que condenar al pago de la corrección monetaria, la Corte, de la mano de la equidad, ha profundizado en el contenido de las normas que gobiernan algunos casos particulares, hasta advertir en ellos un

> ***sentido que, sin quebrantar los principios que gobiernan el ordenamiento colombiano en la materia, consulten con criterios de justicia y conveniencia y conduzcan a la solución de los graves problemas que en esas específicas ocasiones produce el fenómeno de la depreciación monetaria´, sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035…Por supuesto que junto con la equidad concurren otros principios que igualmente justifican, en su caso, la corrección monetaria, tales como la buena fe, la indemnización plena, la teoría de la causa, la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. Por tanto, su fundamento no puede ubicarse exclusivamente en la necesidad de reparar un daño, punto en el cual hay que recordar que, como lo ha decantado la jurisprudencia "la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía´ (sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035").***[1]

Aparece en la práctica el principio de la integralidad del pago, en razón del cual el acreedor, en este caso el demandante, tiene derecho a que le sean reconocidas las sumas de dinero adeudadas con la actualización al momento del pago efectivo, toda vez que resulta ser un hecho económico notorio la depreciación del dinero y la pérdida de su poder adquisitivo entre el momento de su incumplimiento y aquel en el cual se dará la solución real a la obligación (artículo 180 del CGP).

Como consecuencia, se impone la indexación como el medio por excelencia para conseguir el fin de la actualización o corrección monetaria de las sumas de dinero adeudadas por las demandadas; tomando como base la fecha de la consignación del dinero, el 15 de diciembre de 2010 – folios 131 y 132 del

[1] Citado en Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Septiembre 1 de 2009.M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

archivo 5 del cuaderno principal del expediente digital- y aquella en la que se produzca el pago efectivo del monto por parte de la parte demandada a la demandante; aplicando la siguiente fórmula:

$$\mathbf{Vp = Vh.\frac{IF}{II}}$$

Vp: es el valor presente que desea obtenerse;
Vh: es el valor histórico a indexar, que para este caso es de $312.241.244
IF: es el índice final, que se obtiene del monto índice del IPC a la fecha en que se efectúe el pago real.
II: es el índice inicial del IPC, desde la cual se va a indexar, que para el caso es de 73,45[2].

En síntesis, se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, ordenando al PATRIMONIO AUTÓNOMO PLATINUM a través de su vocera y administradora FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, cancelar al demandante $312'241.244, indexados al momento del pago efectivo.

6. COSTAS

Como la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA en unos apartes y MODIFICADA en otros, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

[2] Tomado de https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc

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 CONFIRMAN los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia de la referencia.

SEGUNDO: Se **MODIFICA** el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de declarar la responsabilidad civil contractual del PATRIMONIO AUTÓNOMO PLATINUM SUPERIOR a través de su vocera y administradora FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA SA, condenándolo a cancelar al demandante $312’241.244, indexados al momento en que se haga efectivo el pago de la obligación.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTÍFIQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.

LOS MAGISTRADOS

RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA CECILIA LEMA VILLADA