

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Juliana Andrea Lemos Vargas

SC78068-18-853-2020-87424

Radicación n° 05001 31 03 010 -2014 01068 01

(Aprobado en sesión de octubre veintisiete de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Formabienes Consultoría Jurídica Aster S.A.S.S. y Cresibienes S.A., frente a la sentencia proferida el 7 de junio de 2018, por la David Nicolás Herrera Salcedo del Laura Isabel Montoya Pineda del David Nicolás Herrera Salcedo de Medellín, dentro del proceso verbal promovido por los recurrentes, Juliana Andrea Lemos Vargas, David Nicolás Herrera Salcedo y Marcos Alejandro Patiño Rueda Consultoría Jurídica Aster S.A.S.S., contra Laura Isabel Montoya Pineda S.A., Marcos Alejandro Patiño Rueda, Juliana Andrea Lemos Vargas, Laura Isabel Montoya Pineda S.A. y David Nicolás Herrera Salcedo S.A.

#### I.- ANTECEDENTES

1.- Se solicitó en el libelo declarar que David Nicolás Herrera Salcedo en su calidad de fideicomitente inicial y Gerente; Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. como fideicomitente inicial y constructor; Laura Isabel Montoya Pineda S.A. como Laura Isabel Montoya Pineda y Promotora del Proyecto, y Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. como entidad fiduciaria y vocera del Sergio Esteban Quintana Orozco «David Nicolás Herrera Salcedo», incumplieron de forma grave y determinante, entre otras, las obligaciones principales, de transferir a los demandantes el dominio de los locales comerciales 102, 103, 201, 201 A, 128,

125, 109, 206, 129 y 208, así como, la de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto Fiduciario, según lo pactado en los contratos denominados, «Encargo fiduciario de vinculación al David Nicolás Herrera Salcedo» y «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio», y lo plasmado en la ley comercial (art. 1234 num. 1°, 4°, 7°); por lo tanto, son solidariamente responsables de asumir las consecuencias legales de dicho incumplimiento.

Como consecuencia de la anterior declaración se les condene a indemnizar los perjuicios causados a los accionantes, tasados en las siguientes sumas de dinero, o las mayores o menores que resulten probadas en el proceso, por concepto de capital pagado en el Juliana Andrea Lemos Vargas:

Cresibienes S.A.: \$923.882.940-86-756-2025-45159 por los locales 102 y 103; Marcos Alejandro Patiño Rueda: \$523.104.176-60-942-2030-53334 por el Local 201; Sergio Esteban Quintana Orozco: \$495.248.672-20-482-2027-37141 por el local 201 A; Laura Isabel Montoya Pineda Gestión Patrimonial Meridian S.A.S.: \$836.823.162-20-496-2029-74463, por el local

128 y Formabienes Servicios Comerciales Vector S. en C.S.: \$904.245.191-82-294-2031-74692 por los locales 125, 109, 206, 129 y 208; más intereses moratorios a la tasa comercial máxima legal vigente, sobre los valores pagados y hasta su devolución, en subsidio, indexación de esas sumas desde la fecha en que fueron certificados por la Promotora y/o la Fiduciaria, hasta su devolución.

2.- En sustento de tales aspiraciones se expuso:

El 1° de septiembre de 2007 Sergio Esteban Quintana Orozco y Laura Isabel Montoya Pineda S.A., en su calidad de Fideicomitentes, celebraron con Sergio Esteban Quintana Orozco S.A., un contrato de «Sergio Esteban Quintana Orozco de Administración», en virtud del cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado Sergio Esteban Quintana Orozco, para la construcción del proyecto inmobiliario del mismo nombre, que fue concebido como una

«unidad o un todo jurídico – constructivo, compuesto por cuatro etapas» que se ejecutaría en dos períodos, preoperativo y operativo.

En noviembre de 2007, los demandantes se vincularon al Laura Isabel Montoya Pineda mediante la suscripción de encargos fiduciarios como beneficiarios de área. Adicionalmente, celebraron «promesas de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio» con el señor Sergio Esteban Quintana Orozco y con Laura Isabel Montoya Pineda S.A., respecto de algunos locales comerciales.

El 31 de julio de 2009, los fideicomitentes cedieron a título gratuito su posición contractual y participación en el

patrimonio autónomo a David Nicolás Herrera Salcedo S.A., quien, de ahí en adelante, por «autorización y venia» de la fiduciaria «fungió como cesionaria de todos los derechos y obligaciones de los otrora Fideicomitentes – beneficiarios».

Laura Isabel Montoya Pineda S.A. asumió la obligación contractual de suscribir las escrituras a través de las cuales los propietarios de los 5 predios en los cuales se construiría el proyecto, transferirían al Fideicomiso el derecho real de dominio de sus inmuebles, obligación que no se cumplió, puesto que al Fideicomiso solo ingresaron 4 de ellos, lo que derivó en el incumplimiento de las obligaciones que tenían con los convocantes, toda vez que «se vendió, promocionó y promovió un proyecto que no contaba siquiera con el cumplimiento de la obligación principal (...) al no ostentar (...) la titularidad de todos los bienes inmuebles sobre los cuales se edificaría». Al estar incumplido ese requisito esencial de la integración del patrimonio autónomo con todos los lotes en los cuales se desarrollaría la obra, no debió iniciarse la fase operativa de éste ni liberarse los fondos a favor de los fideicomitentes, pues no se había superado la etapa preoperativa.

De haberse verificado lo anterior, en su debido momento, la fiduciaria debió requerir a los fideicomitentes para que efectuaran la titulación del bien faltante en un tiempo razonable, y poner en conocimiento tal situación a los beneficiarios de área, de lo contrario, debió haber realizado, conforme al contrato de fiducia, «el reembolso de los recursos a favor de cada uno de los beneficiarios de área que hayan

suscrito su respectivo encargo fiduciario, junto con los rendimientos generados», por no encontrarse reunidas las condiciones esenciales para la ejecución del proyecto.

La fiduciaria entregó a los fiduciantes los dineros recibidos de parte de los beneficiarios de área, a sabiendas de que éstos no habían cumplido los requisitos contractuales para dar por finalizada la etapa preoperativa y de la incertidumbre reinante en la gestión de las ventas, «inobservando los cánones rectores inherentes a su condición de experta y depositaria de la confianza otorgada por las partes».

Los accionantes realizaron abonos a la Fiduciaria y a la Marcos Alejandro Patiño Rueda de los dineros que les correspondían, de acuerdo al plan de pagos convenido, y solo dejaron de hacerlo ante la evidente interrupción de la obra que nunca se reactivó. En mayo de 2010, no se realizó la entrega ni la suscripción de la escritura pública de transferencia del dominio de los bienes adquiridos por ellos, pese a que fue esa la fecha acordada, por cuanto la obra ya se encontraba interrumpida de forma definitiva. Esas circunstancias les ocasionaron perjuicios que deben ser indemnizados por los accionados de forma solidaria, restituyéndoles el dinero pagado «a título de precio y/o por descuentos financieros a ellos reconocidos por pronto pago de las unidades inmobiliarias adquiridas».

3.- Todas las convocadas se opusieron.

3.1.- Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. (fl 714 – 749. c.

1), como medios de defensa invocó: «Esquema fiduciario de beneficiarios de área para el desarrollo de proyectos inmobiliarios», «Ausencia de legitimación en la causa por pasiva de Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. en posición propia»,

«Ausencia absoluta de legitimación en la causa por activa en relación con Formabienes Consultoría Jurídica Aster S.A.S.S. -respecto de la unidad inmobiliaria 208 del proyecto Laura Isabel Montoya Pineda-», «inexistencia de solidaridad entre Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. como vocera y administradora del Juliana Andrea Lemos Vargas y David Nicolás Herrera Salcedo, Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. y David Nicolás Herrera Salcedo»; «Diligencia y cuidado. Ausencia de culpa»; «excepción de contrato no cumplido. Incumplimiento contractual de los demandantes»; «Ausencia de nexo causal» y

«tasación excesiva de los eventuales perjuicios. Objeción al juramento estimatorio».

3.2- David Nicolás Herrera Salcedo (fls. 609 -627), cuya vocería radica en Laura Isabel Montoya Pineda, excepcionó:

«Ausencia de solidaridad»; «imposibilidad jurídica para ejercer acción resolutoria de contrato» y «la genérica».

3.3.- David Nicolás Herrera Salcedo y Laura Isabel Montoya Pineda S.A. (fls. 515 – 535). Alegaron «Ausencia de solidaridad»; «imposibilidad jurídica para ejercer acción resolutoria de contrato» y «la genérica».

3.4.- La curadora ad litem de David Nicolás Herrera Salcedo S.A. (fls. 365 – 366), se pronunció sobre los hechos de la demanda sin manifestar oposición (fls. 606 – 608).

4.- En autos proferidos el 19 de agosto de 2014, el juez de primer grado admitió los llamamientos en garantía formulados por Marcos Alejandro Patiño Rueda a Laura Isabel Montoya Pineda S.A. (fl. 35, c. 3); a David Nicolás Herrera Salcedo S.A. (fl. 35, c. 4) y a David Nicolás Herrera Salcedo (fl.- 31, c. 5).

5.- El a quo desestimó las súplicas, condenó en costas a los gestores y se abstuvo de «hacer condena en relación con el incumplimiento del juramento estimatorio». (fls. 1168 – 1172, c. 1).

6.- El ad quem confirmó la sentencia que fue apelada por los accionantes (fls. 19 – 20, c. 9).

## II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Para el Tribunal, en síntesis, hizo bien el juez de primera instancia al delimitar el objeto del debate procesal pues al leer con detenimiento el contenido de la demanda no se puede caer en el ámbito de la generalidad que pretendió darle la parte demandante a lo afirmado, hay claramente una pretensión de resolución contractual; ese es el objeto litigioso, y a partir de él se definen las reglas del juego, por lo que, a la hora de ejercer la función jurisdiccional, no se puede cambiar el objeto del proceso, porque están de por medio los derechos de contradicción y debido proceso.

Como el a quo limitó su estudio a la pretensión de

resolución contractual, las consideraciones se centrarán en la misma, que se enmarca en la facultad alternativa prevista en el artículo 1546 del David Nicolás Herrera Salcedo. La elección de las normas jurídicas que disciplinan la contienda, fueron pertinentes, al igual que la identificación de los presupuestos fácticos cuya demostración exigió el juez.

Quien pretende aniquilar el contrato con ocasión de su desatención debe demostrar la existencia de un negocio válidamente celebrado; un incumplimiento imputable al demandado; el cumplimiento o por lo menos el allanamiento a cumplir de su parte; y solicitar el débito adicional vinculado con la indemnización de perjuicios, la existencia del daño y su cuantía, así como la conexión causal.

Al realizar un cotejo entre los contratos de «encargo fiduciario de vinculación al Sergio Esteban Quintana Orozco», que dan cuenta de los locales adquiridos por los demandantes, con los pagos acreditados por estos, se evidencia que no existe prueba de que los promotores de la Litis sean contratantes cumplidos. Es manifiesta la desidia referente a la acreditación de las obligaciones a su cargo, si algo se relacionó sobre este aspecto, se debe al análisis que se hace de documentos aportados por los demandados, y otros allegados extemporáneamente, que el juzgado de instancia decidió incorporar de oficio (fls. 1038 y ss.).

En cada uno de los referidos contratos se pactó el precio de adquisición de los inmuebles, así como su identificación; además, se plasmó que «de cada contrato hacia parte integral el anexo plan de pagos». Sin embargo, dicho plan no fue aportado en los debidos momentos procesales, solo obran los que corresponden a 3 contratos de vinculación, luego, resulta imposible verificar si los pagos de los demandantes que no los aportaron, se sujetaron a lo convenido.

Verificados los únicos planes aportados por los opositores respecto de Cresibienes, Juliana Andrea Lemos Vargas y Marcos Alejandro Patiño Rueda, tampoco es posible concluir que éstos cumplieron con lo convenido, pues, si bien existe certeza de que entregaron unos dineros, según cifras detalladas, éstas no corresponden al formato.

Conforme a los documentos del encargo fiduciario de vinculación, Sergio Esteban Quintana Orozco propuso que los meses de noviembre y diciembre de 2007, pagaría cuotas individuales por \$319.883.901-16-447-2030-97908, lo mismo que en enero, junio, julio, agosto y septiembre de 2008, sin embargo, en la relación de pagos certificada por el contador del proyecto Juliana Andrea Lemos Vargas, (fl. 1040), se constata que no se hizo los de 2007, y de las 5 cuotas a pagar en 2008, solo canceló 3 pero no en las fechas convenidas, y aunque el abono de junio de 2008 por \$731.640.585-80-565-2030-60438 podría equivaler a cuatro cuotas, el incumplimiento es manifiesto. En el mismo sentido son cada una de las certificaciones de pago de cuotas y en ninguna se advierte secuencia que permita inferir, que hubo regularidad en los abonos.

No se desconoce la posibilidad que tiene el demandante de demostrar que su incumplimiento se encuentra justificado en el del demandado, que se concreta en la no adquisición del quinto inmueble, argumento que no es de recibo, por lo siguiente:

Es cierto que en la fiducia mercantil se fijó como objeto, entre otros, suscribir la escritura pública de los inmuebles con matrículas 44751-41-957-2033-52937, 54076-31-359-2034-53806, 75901-63-388-2015-94358, 001-

555867 y 66023-77-118-2021-97664, y también lo es que a la fecha de la sentencia de primera instancia solo se habían adquirido 4 de los 5 inmuebles. El proyecto Laura Isabel Montoya Pineda se desarrollaría en 4 etapas independientes en ventas, licencias, punto de equilibrio y fases de desarrollo preoperativa y operativa. Los demandantes se vincularon a la primera, que alcanzó a superar la fase preoperativa y al momento de la parálisis definitiva, según el testimonio de Laura Isabel Montoya Pineda, en marzo de 2011, se encontraba la construcción de esa etapa, avanzada en más de un 60%. El propósito de la vinculación al fideicomiso por parte de los beneficiarios de área no era otro que adquirir la titularidad de dominio y posesión efectiva de los locales comerciales por los que se vincularon, todos pertenecientes a la primera etapa, que no se vio atrasada en su construcción por no haber adquirido el quinto inmueble. Dicho de otra manera, la falta de adquisición de aquel solo tenía la entidad suficiente de justificar el incumplimiento de los demandantes si hubiese dado lugar a paralizar la construcción.

El incumplimiento previo que permite justificar el de los demandantes y que los habilita para solicitar la resolución, ha de ser de tal magnitud que rompa la ecuación sinalagmática que supone las prestaciones correlativas o bilaterales, es decir, no puede ser insustancial, pues debe generar una frustración definitiva del interés del acreedor en la preservación del negocio, al respecto, pueden consultarse CSJ SC 28 abr. 1987, SC 15 mar. 1990, SC 28 mar. 1995 y SC 7 mar. 2000.

En conclusión, tal como lo dijo el a quo, la obra se paralizó totalmente en marzo de 2011, y aunque presentó atrasos en el plan de construcción desde antes, estos, según lo probado, fueron posteriores al incumplimiento de los demandantes, que data del 2008, que no podría justificarse en la falta de adquisición del quinto inmueble, pues no era esa la causa de la parálisis del proyecto. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

### III.- DEMANDA DE CASACIÓN

Se formularon dos (2) cargos, sustentados en la causales primera y segunda del artículo 336 del Sergio Esteban Quintana Orozco del Proceso, que serán estudiados con base en la referida compilación al estar vigente cuando se interpuso el recurso extraordinario (13 jun. 2018), pese a que la tramitación se inició con anterioridad.

Con miras a resolver los embates en su orden lógico, como quiera que el segundo acusa violación indirecta de la normatividad sustantiva bajo los supuestos de error de hecho manifiesto y trascendente tanto en la apreciación de la demanda como de algunos medios de convicción, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 344 del Juliana Andrea Lemos Vargas del Proceso se analizarán por separado los reproches. Ello resulta viable, por cuanto la censura está formulada en forma discriminada, clara y precisa bajo los parámetros de la causal elegida, y adicionalmente, porque la expresión «cargos formulados por la causal primera» plasmada en dicha norma ha de entenderse como un lapsus del legislador, al reproducir en el Marcos Alejandro Patiño Rueda del Proceso la redacción del Código de David Nicolás Herrera Salcedo en armonía con el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991<sup>1</sup>, que cobijaba en la primera causal de casación las acusaciones por afrenta a normas sustanciales tanto por vía directa como indirecta, y que actualmente atañen por separado a los motivos primero y segundo de la impugnación extraordinaria<sup>2</sup>.

En tal virtud, se estudiará en primer lugar el fundamento del segundo cargo, relacionado con la violación indirecta de la ley sustancial por error en la interpretación del libelo; a continuación, el embate inicial y, luego, la parte

1 Al respecto, el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente, art. 162, Ley 446 de 1998 y luego derogado por el literal c), art. 626, Ley 1564 de 2012, disponía:

Casación: Sin perjuicio de lo dispuesto en los respectivos códigos de procedimiento acerca de los requisitos formales que deben reunir las demandas de casación, cuando mediante ellas se invoque la infracción de normas de derecho sustancial se observarán las siguientes reglas:

(...) 2. Si un cargo contiene acusaciones que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos.

Si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto según corresponda.

(...)

2 En ese sentido se puede consultar SC93188-56-922-2026-38524.

de la segunda acusación que refiere error de hecho derivado de graves deficiencias en la valoración de algunos medios de prueba.

#### IV.- PRIMER CARGO

Con invocación de la causal primera de casación, se acusó la sentencia impugnada de violar directamente, por interpretación errónea, el artículo 925 del Código de Comercio, que condujo al desconocimiento del canon 922 del mismo estatuto, y a la indebida aplicación de los artículos 870 ibídem y 1546 del Laura Isabel Montoya Pineda. En sustento se afirmó:

Sergio Esteban Quintana Orozco al circunscribir el objeto a una pretensión de resolución del contrato, erró en la interpretación del supuesto de hecho consagrado en el artículo 925 del Laura Isabel Montoya Pineda, puesto que lo desdibujó y excluyó del debate. Pasó por alto que esa disposición contempla la posibilidad de pedir indemnización de perjuicios al acreedor a quien le han hecho tradición incompleta, parcial o inválida del bien, o le han incumplido de forma total esa prestación, pues si la norma no hace distinciones, al interprete no le es dable hacerlas. Igualmente, desconoció que, en materia mercantil, la tradición de los bienes raíces está integrada por la transferencia mediante inscripción del título en la oficina respectiva y la entrega material de la cosa.

La colegiatura excluyó la pretensión indemnizatoria de los perjuicios, como opción autónoma para esta clase de controversias de orden mercantil, y aplicó normas jurídicas sustanciales ajenas a ella. Ignoró que, tratándose de la responsabilidad contractual, el acreedor cuenta con diferentes remedios jurídicos surgidos de un mismo presupuesto fundante como es el incumplimiento, entre ellos, la indemnización de perjuicios.

Conforme a los artículos 1546 del Juliana Andrea Lemos Vargas y 870 del Código de Comercio, en los contratos bilaterales el contratante cumplido tiene la opción de pretender el cumplimiento en la forma pactada o la resolución del negocio jurídico, y está facultado para reclamar en uno y otro evento la indemnización de perjuicios. La estructura de estas normas ha suscitado discusión sobre si es o no posible que la parte que reclama por el incumplimiento contractual pueda optar por formular únicamente aspiración reparatoria, o ésta debe estar necesariamente ligada a las de cumplimiento o resolución.

A diferencia de lo concluido por el Tribunal, es claro que el acreedor está habilitado para formular de manera independiente una típica pretensión de responsabilidad contractual para obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación de traditar el bien, sin necesidad de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, teniendo como referente normativo al artículo 925 del Código de Comercio, cuya errada interpretación conllevó la aplicación indebida de los preceptos 1546 del David Nicolás Herrera Salcedo y 870 del Código de Comercio, yerro que resultó trascendente y relevante para la confirmación del fallo de primera instancia.

#### V.- SEGUNDO CARGO

Con soporte en la causal Segunda de Casación, se acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 925, 922 y 870 del Código de Comercio y 1546 del Marcos Alejandro Patiño Rueda, por dos de los supuestos allí consagrados:

1.- Error de hecho en el análisis del contenido objetivo de la demanda.

Juliana Andrea Lemos Vargas interpretó erróneamente la demanda por cuanto consideró que ésta buscaba desde su causa petendi y petitum la resolución del contrato. La tergiversación es palmaria, puesto que ni en los hechos, ni en las pretensiones, se expresó que la acción tuviera por finalidad la aniquilación de los efectos del contrato, todo lo contrario, se propendió por mantener vigente la vinculación y se reclamó la declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales a cargo de la parte demandada, con la consecuente indemnización de los perjuicios conforme al artículo 925 del Código de Comercio.

La demanda no podía ser interpretada como lo hizo el Tribunal, porque desdibujó su sentido natural y el interés de los accionantes, a quienes correspondía en forma exclusiva seleccionar la opción judicial adecuada para ventilar sus diferencias con los demandados, es decir, escoger entre pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, o solo reclamar la indemnización de perjuicios a manera de pretensión

autónoma. No le correspondía modificar el contenido de la demanda si éste resultaba claro, so pena de desbordar los límites del fallo, al mutar lo pretendido.

El incumplimiento endilgado a los convocados tiene como causa la falta de tradición, es decir, de entrega y transferencia del derecho de dominio de los bienes adquiridos por los demandantes, así como la desatención contractual y legal de las obligaciones surgidas como actos necesarios para la consecución y preservación del objeto fiduciario, esto es, de los cinco lotes de terrero en los que se construiría el proyecto inmobiliario Sergio Esteban Quintana Orozco.

En razón de lo anterior, no es posible establecer como lo hizo el Tribunal, que como lo pretendido era muy general y existía súplica consecuencial que buscaba la restitución de lo pagado por concepto de precio, la principal era «claramente una pretensión de resolución contractual». De ese modo, le dio a la demanda un alcance que no tenía y, de paso, cercenó a los gestores la posibilidad de ejercer la acción autónoma de perjuicios prevista en el artículo 925 del Código de Comercio, excluyendo así el concepto comercial de tradición de bienes raíces consagrado en el artículo 922 ibidem, y en su lugar, aplicó los preceptos 870 del mismo compendio y 1546 del Laura Isabel Montoya Pineda como presupuestos de una inexistente acción resolutoria.

2.- Error de hecho en la apreciación probatoria.

2.1.- Sergio Esteban Quintana Orozco dio por demostrado, sin estarlo, que la parte incumplida contractual era la demandante, inferencia a la que arribó a partir de graves deficiencias en la valoración probatoria como son:

2.1.1.- Cercenó la prueba documental de los pagos efectuados en el proyecto Marcos Alejandro Patiño Rueda, y al no interpretarla en su integridad, extrajo de ella lo que consideró útil para confirmar su posición y desechar lo demás, sin razón justificable.

El ad quem estimó que hubo incumplimiento, porque no se aportaron los planes de pagos y no se probó la regularidad en los abonos, sin advertir que existían distintos documentos que acreditaban pagos al Sergio Esteban Quintana Orozco que fueron reconocidos por la Marcos Alejandro Patiño Rueda (fl. 248), y otros a la Sergio Esteban Quintana Orozco, certificados por el contador Laura Isabel Montoya Pineda (fl. 1038 ss., c. 1). Estos eran complementarios, y demostraban lo sufragado por los demandantes, de manera que limitar el análisis a lo que admitió la Fiduciaria comporta una valoración sesgada.

De haber reparado en ello, habría concluido que los planes de pagos no resultaban indispensables en la realidad de la ejecución del contrato, por cuanto los beneficiarios de área fueron pagando sus cuotas a medida de la evolución del proyecto lo que fue permitido y avalado por los fideicomitentes, promotores y por la fiduciaria, de no haber sido así ¿Por qué no obra en el expediente prueba de requerimientos, reclamaciones o demandas promovidas por éstos ante la supuesta falta de pago oportuno y completo?.

La tolerancia en esa conducta contractual se explica por los evidentes retrasos y suspensiones del proyecto desde su inicio, al punto de que hoy, la construcción se encuentra interrumpida de forma definitiva, tal y como se desprende de la prueba trasladada del proceso tramitado en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín, radicado 65681-32-261-2033-69433, en especial, del testimonio de Laura Isabel Montoya Pineda y del interrogatorio absuelto por Juliana Andrea Lemos Vargas.

2.1.2.- Cercenó el testimonio de Marcos Alejandro Patiño Rueda, Gerente de David Nicolás Herrera Salcedo, quien, con precisión, dio cuenta de las cifras pagadas por los actores, que concuerdan con lo pedido en la demanda y distan de los valores considerados por el Tribunal, pese a que «las cifras y sus pagos no fueron cuestionadas por la gerente de la codemandada David Nicolás Herrera Salcedo, más bien fueron contextualizadas y ratificadas por ella. Nadie discutió esos pagos». De ahí que la mora de los demandantes no quedó probada pues conforme al dicho de esa declarante, como ya había también un retraso para la entrega de los inmuebles, «siempre se manejó el asunto de la supuesta mora mediante conversaciones directas con los beneficiarios de área, aquí demandantes, en las cuales se

lograron algunos acuerdos con éstos, en razón a que la declarante aceptó la lenta ejecución de la obra y sus interrupciones constructivas».

De lo declarado por Sergio Esteban Quintana Orozco, se concluye: i) la obra tuvo retrasos técnicos desde el inicio en el 2008; ii) cuando ella llegó al cargo de gerente de la Marcos Alejandro Patiño Rueda en 2009, la construcción estaba frenada y no existe en el expediente prueba de requerimientos o demandas para el cobro a los accionantes.

nunca ingresó al fideicomiso el quinto lote de matrícula 49806-81-313-2028-35415, y este, según la testigo, no era necesario para la construcción de la etapa N° 1; iv) nunca se le informó a los beneficiarios de área la falta de tradición del quinto lote, a pesar de que el texto de todos los contratos firmados hablaban de un proyecto realizado en un predio conformado por 5 inmuebles; vi) relacionó y acreditó el valor de los pagos efectuados por los demandantes al proyecto Marcos Alejandro Patiño Rueda hasta 2009; vii) desde 2011 se suspendió definitivamente la obra.

David Nicolás Herrera Salcedo debió valorar esa declaración en su real contexto -puesto que fue a la única que aludió en su fallo- y de esa forma evidenciar que la supuesta falta de pagos de los convocantes a partir de 2009, tuvo como causa previa, los reiterados retrasos del proyecto inmobiliario y la falta de ingreso del quinto lote al fideicomiso, necesario para conformar la garantía o respaldo económico requerido por los inversionistas o beneficiarios de área para la ejecución completa del proyecto.

2.1.3.- Desconoció el testimonio de Laura Isabel Montoya Pineda, Sergio Esteban Quintana Orozco del David Nicolás Herrera Salcedo, que hace parte de la prueba trasladada del expediente 2014- 01067. Pasó por alto que éste, al ser indagado acerca de si en la reestructuración para la reactivación del proyecto, «tuvo en cuenta los pagos que hicieron los beneficiarios de área directamente a la promotora y los pagos realizados directamente a la fiduciaria para hacer los cálculos de lo pagado por ellos», respondió afirmativamente, precisando que, «siempre se tuvo en cuenta los valores entregados por los beneficiarios de área, tanto directamente al proyecto, como a la fiduciaria, en absoluto y fue verificado con los beneficiarios de área, conciliados los valores correctamente para que siempre fueran a recibir no solamente lo que habían pagado, sino que se comprometieran a pagar los saldos de cartera en el caso de que el proyecto continuara», y tampoco valoró otras respuestas ofrecidas en el mismo sentido por el declarante.

2.1.4.- Omitió valorar la prueba testimonial trasladada, en especial, las versiones de Sergio Esteban Quintana Orozco, Marcos Alejandro Patiño Rueda y Sergio Esteban Quintana Orozco, quienes informaron acerca del estado inicial, desarrollo, suspensiones, retrasos constructivos y la etapa de reestructuración de la obra; se reproducen en lo pertinente.

De estas tres declaraciones, aunadas a la de Juliana Andrea Lemos Vargas y a lo confesado por Marcos Alejandro Patiño Rueda, se desprende: i) la obra inició con retrasos desde el 2008, con problemas técnicos estructurales hasta mediados de 2009 y se paralizó definitivamente en 2010; ii) los beneficiarios de área tuvieron dudas de la evolución del proyecto desde su inicio y por los reiterados retrasos perdieron credibilidad en él; iii) las entregas pactadas nunca se cumplieron a los beneficiarios de área; iv) hubo una empresa ancla interesada en el desarrollo de todo el proyecto, que generó una nueva suspensión y la reestructuración de la obra en 2010 y al no materializarse desencadenó su parálisis

definitiva, v) aunque la construcción del proyecto se iba a realizar por etapas, los cinco lotes eran necesarios para conformar el fideicomiso tal y como había sido diseñado; su exclusión afectaba las áreas comunes y los retiros, incluida a la etapa N° 1, y obedeció a dejar una garantía a favor de los propietarios originales del mismo - vendedores, no para respaldar o garantizar a los beneficiarios de área, vii) la licencia del proyecto incluía al quinto lote y se encontraba vencida.

La conclusión del Tribunal frente a la prueba del incumplimiento de los demandantes en sus obligaciones quedó sin respaldo, de modo que sí estaban legitimados para pretender la indemnización.

2.2- El ad quem dio por demostrado, sin estarlo, que la parte demandada honró sus obligaciones contractuales y legales, al considerar que la “falta de adquisición del 5 inmueble (...) no era la causa de la parálisis del proyecto”, inferencia a la que arribó por interpretación errónea de los contratos; el desconocimiento del informe de rendición de cuentas de junio de 2011 presentado por Corficolombiana; el cercenamiento del testimonio de Juliana Andrea Lemos Vargas y la omisión de los

de Sergio Esteban Quintana Orozco, Sergio Esteban Quintana Orozco y Juliana Andrea Lemos Vargas.

2.2.1.- No analizó individualmente los contratos de Sergio Esteban Quintana Orozco, de Laura Isabel Montoya Pineda de vinculación al fideicomiso y promesa de restitución, firmados por las partes. De su texto se desprende que el proyecto fue concebido, promocionado y vendido como un todo constructivo en cuatro (4) etapas, que estarían conformadas por comercio, torre de consultorios, torre de oficinas y una torre de Hotel, en cinco (5) lotes de terreno. De acuerdo con las esas características, los futuros vinculados mediante la suscripción del encargo fiduciario no adquirieron una unidad inmobiliaria aislada de zonas comunes, de franjas de retiros, sin parqueaderos de visitantes, sin espacios de circulación, sin suficientes accesos vehiculares, ni mucho menos adquirieron la unidad inmobiliaria, para que no hubiese circulación de público que le pudiera comprar sus productos, dado que todos los bienes adquiridos por los demandantes eran locales comerciales destinados a restaurantes, por supuesto, la existencia del proyecto solo tenía razón de ser para ellos tal y como había sido concebido en su inicio. Además, en esos documentos no se plasmó que los locales adquiridos por los accionantes se encontraban ubicados en alguno de los lotes.

De ahí que la conformación del patrimonio autónomo no era de poca relevancia para la vida de los demás contratos, por el contrario, la constitución completa y oportuna de éste comportaba la fuente obligacional de aquellos; si el primero de los negocios tenía algún defecto en su creación y/o ejecución, los otros actos jurídicos que dependían de él se verán afectados, por existir entre ellos, una relación directa

«¿cómo se concebiría la existencia de un encargo fiduciario de vinculación a un fideicomiso o de una promesa de transferencia del dominio a título de restitución del beneficio respecto de bienes de un fideicomiso si dicho patrimonio autónomo no se encuentra debidamente constituido o (...) tiene un defecto desde su creación o conformación?» y en este caso quedó probado que «nunca hubo un fideicomiso completo constituido con la transferencia de los predios sobre los cuales los beneficiarios construirían el proyecto»; pues el negocio sobre el quinto lote fue «resciliado por voluntad de los beneficiarios, demandados en este proceso».

Sergio Esteban Quintana Orozco S.A., “transfirió los recursos entregados por los fideicomitentes al Marcos Alejandro Patiño Rueda”, lo que no debió haber ocurrido, pues si la Fiduciaria hubiera cumplido a cabalidad el mandato, debió mantenerlos en el Juliana Andrea Lemos Vargas y restituirlos a los fideicomitentes al haber fallado el proyecto.

2.2.2.- David Nicolás Herrera Salcedo minimizó la trascendencia procesal del incumplimiento de los demandados por la indebida constitución del patrimonio autónomo, al aseverar que la falta de integración del quinto lote “en nada afectaba a los demandantes por cuanto se les hubiera podido escriturar sus unidades inmobiliarias con la terminación de la primera etapa del proyecto, sin la necesidad del desarrollo urbanístico de las demás etapas”, desconociendo que no era posible exigir el pago de las cuotas si el fideicomiso no estaba conformado en su totalidad.

La tesis referente a que la conformación incompleta del patrimonio autónomo en nada afectaba a los demandantes, se cae por su propio peso, puesto que «si nos ubicáramos en el momento del cumplimiento de las obligaciones de las partes de los diferentes contratos acá mencionados, se debió concluir sin ambages,

que la parte incumplida desde el inicio del proyecto y durante toda su ejecución, fue la parte demandada», y no se puede amparar en su negligencia para endilgarle responsabilidad a los actores por falta de pago de sus cuotas a partir de 2008, si aquella nunca cumplió ni se allanó a cumplir la obligación estructural en la forma y en el tiempo estipulados.

Igualmente es infundado sostener que la parálisis de la obra surgió desde 2009 y obedeció a la falta de pago oportuno de los reclamantes, pues si con los interrogatorios de parte absueltos por David Nicolás Herrera Salcedo y por el representante legal de la Fiduciaria, se acreditó que para la primera etapa existió un punto de equilibrio superior al 60%, no se entiende «por qué la obra de esa etapa no culminó y por el contrario, a partir del año 2010, dicha obra se interrumpió de forma total y definitiva», y en la actualidad no existe siquiera licencia vigente de construcción, lo que prueba la imposibilidad absoluta de ejecución de aquella.

Conocida la deficiencia jurídica por la falta de conformación del patrimonio autónomo, los retrasos en el avance de la obra, las inconsistencias en su ejecución, la falta de inversionistas, así como los cambios en su diseño y construcción en varias oportunidades desde el inicio, los demandantes optaron por no seguir pagando hasta que se esclarecieran esos tópicos, lo que nunca ocurrió, sino que más bien, se fueron convirtiendo en asuntos de gran calado que dieron al traste con su culminación. Por eso, resulta desproporcionado en el contexto de ejecución del contrato, que el juzgador le haya conferido mayor prevalencia a la falta de pago oportuno de las cuotas de los gestores, que al incumplimiento de las obligaciones esenciales para la conformación del patrimonio autónomo de los convocados.

## VI.- CONSIDERACIONES

1.- De la vulneración indirecta de la ley sustancial por indebida interpretación de la demanda.

1.1.- Este motivo de casación está consagrado en el numeral 2º del artículo 336 del Laura Isabel Montoya Pineda del Proceso, se origina a consecuencia de una evidente desfiguración del debate, porque el fallador se ocupó de analizar aspectos ajenos a los que se sometieron a su escrutinio, a partir de una grave equivocación en la comprensión del querer del promotor de la acción, en quien recae el deber de exponer diáfanaamente la causa petendi, que involucra tanto el sustrato fáctico como sus aspiraciones concretas en el juicio, en el ejercicio legítimo de procurar la tutela judicial de los derechos que estima conculcados.

Advertida la desatención de esos que constituyen requisitos formales de la demanda, el ordenamiento procesal consagra la figura de la inadmisión para que sea subsanada directamente por su gestor<sup>3</sup>, de manera que la interpretación del escrito incoativo de la acción al tiempo de proferir la sentencia, deja al descubierto un indebido control de admisibilidad en aquel momento procesal, lo que, en todo 3 Cfr. arts. 75 y 85 C. de P. C., para la fecha de iniciación de este proceso, actualmente, art. 90 C.G.P. caso, no obsta para que el fallador haga uso de esa potestad, en aras de resolver de fondo el caso controvertido.

La necesidad de interpretar la demanda acontece cuando ésta presenta deficiencias en la presentación de sus fundamentos por ambigüedad, imprecisión o falta de claridad, que obliguen al juzgador, en aras de las garantías de acceso a la administración de justicia y efectividad de los derechos subjetivos, a buscar su sentido real, eso sí, teniendo cuidando de no alterar o sustituir la voluntad de quien acude a la jurisdicción en búsqueda de una solución heterocompositiva a un conflicto jurídico.

En tal virtud, la prosperidad de un cargo en casación edificado sobre esa causal exige que efectivamente el sentenciador se haya extralimitado por acción o por omisión en esa labor hermenéutica, «como ocurre cuando tergiversa de modo evidente su texto, o lo hace decir lo que no expresa o, también cercena su real contenido». (SC 22 ago. 1989), adicionalmente, debe demostrarse que el yerro es manifiesto u ostensible, así como su incidencia en la decisión, pues, según se reiteró en SC 27 ago. 2008, rad: 91236-43-300-2002-57752, «si “no es de esta naturaleza, prima facie, si para advertirlo se requiere de previos y más o menos esforzados razonamientos, o si se manifiesta apenas como una posibilidad y no como una certeza, entonces, aunque se demuestre el yerro, ese suceder no tendrá incidencia en el recurso extraordinario.” (CXLII, 242)».

Con más amplitud, en SC 16 jun. 2006, exp. 29470-77-543-2010-45401, reiterada en SC 45522-29-477-2026-80563, la Corte puntualizó que,

(...) la labor de interpretación de la demanda, desarrollada con el único propósito de descubrir la intención original de quien acude a la jurisdicción, el juez la podrá adelantar en la medida en que el libelo se lo permita sin desfigurar la realidad que por sí sola allí se patentice, esto es, en aquellos eventos en que al hacerlo no transforme la esencia de lo pedido ni de las circunstancias fácticas en que el demandante haya fundado esas súplicas; ya que, para expresarlo en sentido contrario, si el contenido integral del acto introductorio ostenta claridad y precisión meridianas o si, en cambio, su oscuridad y confusión es de tal magnitud que objetivamente se hace imposible encontrar ese verdadero horizonte, entonces el sentenciador no podrá más que sujetarse a la literalidad que le figure expuesta, con las consiguientes consecuencias para el promotor del proceso; por supuesto que el juzgador no goza de esta facultad interpretativa, ha dicho la Sala, por un lado, “cuando la imprecisión y oscuridad de sus términos es tal que obstaculice por completo la averiguación de lo que el

demandante quiso expresar, evento en el que, so pena de incurrir en yerro fáctico, no es posible la interpretación porque se suplantaría la presentada por su autor, sustituyéndolo de esa carga consagrada en la ley de manera exclusiva para él”, y, por el otro, en los casos en que el contenido del aludido escrito “sean de tal precisión y claridad que no dejen ningún margen de duda acerca de lo pretendido por el demandante, caso este último en el que el juez debe estarse a ellos en la forma como se los presenta el actor, por cuanto pretender una interpretación de los mismos lo conduciría a un yerro similar, que en ambos casos sería manifiesto”(G. J., t. CCXLIII, pags.112 y 113).

En la dirección expuesta deviene incuestionable afirmar que el ad- quem cometerá yerro fáctico si al interpretar la demanda se aparta de los lineamientos que vienen precedidos, pues al hacerlo estaría tergiversando el texto de la pieza inicial del proceso o cercenando su contenido original, falencias que, de presentarse, por contera, configurarían la causal de casación prevista en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 368 del Código de Marcos Alejandro Patiño Rueda, en la medida en que fueren evidentes y trascendentales, toda vez que, como lo tiene dicho la Corte, “para que se configure el error en la interpretación de la demanda, es necesario como lo exige la ley, que ‘sea manifiesto’, ostensible o protuberante, es decir que salte a la vista de la simple lectura de la demanda, pues la actividad de interpretación solamente es atacable en casación ‘cuando fuere notoria y evidentemente errónea, lo que no se daría cuando entre varias interpretaciones razonables y lógicamente posibles, el tribunal ha elegido alguna de ellas...’” (G.J., t. CCXXV, 2ª parte, pag.185).

1.2.- En el caso examinado se duele el recurrente de

que el Juzgador de segunda instancia haya avalado la decisión del a quo, en punto a la interpretación de la demanda, lo que conllevó a que el caso se resolviera al tamiz de los artículos 870 del Código de Comercio y 1546 del Juliana Andrea Lemos Vargas relacionados con la resolución de contratos, y no del artículo 925 del Código de Comercio que consagra una acción autónoma de indemnización de perjuicios.

Para una mejor comprensión del asunto, es preciso cotejar las pretensiones de la demanda, con la interpretación que frente a las mismas hicieron los juzgadores al momento de emitir su veredicto. En el pliego inicial, reclamaron sus promotores:

David Nicolás Herrera Salcedo.

Primera.- Se declare que los demandados, (i) David Nicolás Herrera Salcedo en su calidad de fideicomitente inicial y actual Gerente del Proyecto, (ii) sociedad Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A. en su condición de fideicomitente inicial y actual constructor del Proyecto, (iii) Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. en su calidad de fideicomitente cesionaria y promotora del Proyecto, y (iv) la Laura Isabel Montoya Pineda S.A. como entidad fiduciaria del Proyecto y vocera del Juliana Andrea Lemos Vargas «David Nicolás Herrera Salcedo», incumplieron de forma grave y determinante, entre otras, las obligaciones principales, de traditar o transferir el dominio del inmuebles (sic) comercial ofrecido a los demandantes, a saber locales comerciales 102, 103, 201, 201 A, 128, 125, 109, 206, 129 y 208, así como, la

de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto Fiduciario, pactadas (sic) en los contratos denominados, Juliana Andrea Lemos Vargas de vinculación Sergio Esteban Quintana Orozco y Promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio, plasmadas en la ley comercial (Art. 1234 nrl. 1º 42, 72), y por lo tanto, son solidariamente responsables de asumir las consecuencias legales de dicho incumplimiento, tal y como consta en los hechos de esta demanda y en los demás que se demuestren durante el trámite del proceso. (Subraya intencional).

Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados a indemnizar total e integralmente los perjuicios causados a los demandantes, los cuales se tasan en las siguientes sumas de dinero, o las sumas mayores o menores que resulten probadas en el proceso, así:

(...).

Tercero.- Como consecuencia de la prosperidad de la anterior petición, los demandados deberán reconocer y pagar los intereses moratorios a la tasa comercial máxima legal vigente, sobre los valores pagados por los demandantes para la adquisición de los inmuebles, desde la fecha en que fueron certificados los pagos por la Promotora y/o la Fiduciaria del Proyecto, y hasta su devolución efectiva.

Ello como lucro cesante del capital invertido en dichas inversiones inmobiliarias.

Laura Isabel Montoya Pineda.

Subsidiaria de la tercera pretensión principal. Como consecuencia de la prosperidad de la anterior petición, los demandados deberán reconocer y pagar la indexación de los valores pagados por los demandantes desde la fecha en que fueron certificados los pagos por la Promotora y/o la Fiduciaria del Proyecto, y hasta la devolución efectiva de lo pagado.

Laura Isabel Montoya Pineda del Circuito de Oralidad de Medellín, profirió auto en el sentido de «Admitir la demanda de Resolución de contrato», promovida por los demandantes, providencia frente a la cual los gestores no manifestaron inconformidad.

En el fallo de primer grado pronunciado en audiencia del 14 de junio de 2017, el a quo expresó que resultaba sorpresivo el componente del alegato de conclusión del apoderado de los accionantes, respecto a que «de ninguna manera pretenden la resolución del contrato», sino que sus aspiraciones se edificaban en el artículo 925 del Código de Comercio<sup>4</sup>; acotó que «de forma equivocada el juzgado al admitir la demanda lo denominó proceso de resolución de contrato y las excepciones se formularon en relación a ese tipo

4 Cfr. Minuto 04.30 sentencia de segunda instancia. FI.1172

de contrato (sic)», y anunció que era necesario encontrar una salida a esa situación, en orden a lo cual, puso de presente que en los fundamentos de derecho del libelo se invocó el artículo 870 del Código de Comercio que consagra la condición resolutoria tácita en los contratos mercantiles, de ahí, que era «válido, procedente, coherente que el juzgado y las partes hubiésemos entendido que se trataba de la acción de responsabilidad civil contractual dirigida a que una vez declarado el incumplimiento del contrato se procediera a la resolución del mismo»; seguidamente, tras efectuar otros razonamientos, concluyó que, tratándose de un contrato comercial y al ser aplicable el referido artículo 870 por haberse pedido la declaratoria de incumplimiento y devolución del precio<sup>5</sup>, (...) claramente se entiende que se ha optado por la resolución del contrato, y claro, si nos vamos a lo que quedó totalmente esclarecido en este proceso, esto es, la parálisis de la obra desde hace varios años, el no haberse podido lograr solución con los mecanismos amigables de composición, ni con un gerente restaurador, y por último la noticia acerca de que se ha presentado demanda de liquidación del fideicomiso, es lógico que una pretensión de cumplimiento del contrato no sería posible. Entonces, teniendo claro que de acuerdo con lo que se interpretó por el Juzgado, interpretaron las partes, se ha practicado la prueba y se ha pronunciado en esta audiencia, es un incumplimiento contractual dirigido a que se declare la resolución y la indemnización de perjuicios.

Esa interpretación fue refutada por los accionantes en su recurso de alzada, aduciendo que en la demanda no pidieron la resolución del contrato, sino que plantearon una pretensión indemnizatoria independiente con soporte en el artículo 925 del Código de Comercio, por lo que el a quo en vez de interpretarla para «distorsionar» su sentido, ha debido

5 Cfr. Minuto 12.00 ib.

reconocer que en ella subyacía una «pretensión de cumplimiento compensatorio», encaminada a que, por lo menos, se les devolviera lo pagado a título de compensación, con sus respectivos intereses moratorios.

Frente a ese punto de la impugnación, el Tribunal se refirió en dos momentos. Al inicio de la sentencia aseveró,

(...) hizo muy bien el juez de primera instancia al delimitar lo que es el objeto del debate procesal (...) es una exigencia propia del debido proceso, es una exigencia propia de las reglas de la congruencia; y es que al leer con detenimiento el contenido de la demanda nosotros vemos que no podemos caer, es imposible en ese ámbito de la generalidad que pretendió darle el apoderado de la parte demandante a lo afirmado, hay claramente una pretensión de resolución contractual y ese es el objeto litigioso, ese es el marco que define, digamos, las reglas de juego a la hora de ejercer nuestra función jurisdiccional, y no se puede cambiar el objeto del proceso, porque está de por medio el ejercicio de la contradicción o la defensa, el debido proceso. En ese sentido entonces tenemos que ceñirnos de acuerdo a las normas sustantivas que gobiernan la pretensión de resolución de un contrato.

Y más adelante, volvió sobre el tema,

(...) a fin de atender los motivos de inconformidad frente a la sentencia de primera instancia, debe indicarse que el sendero utilizado por el juez de primera instancia fue el acertado, en la medida que lo pretendido se enmarca dentro de la facultad alternativa prevista en el artículo 1546 del David Nicolás Herrera Salcedo, conforme a la cual, el contratante fiel en el cumplimiento de sus obligaciones, podrá solicitar la resolución del vínculo contractual ante el incumplimiento de su contrario agregando a su reclamo correspondiente la indemnización de perjuicios de manera consecuencial. La elección de las normas jurídicas que disciplinan la contienda, fueron, pues, pertinentes, al igual que la identificación de los presupuestos fácticos cuya demostración exigió el juez, para dispensar una sentencia desfavorable.

Como puede apreciarse, el ad quem no se detuvo a analizar el argumento medular de la impugnación referente

a la viabilidad de la acción autónoma de indemnización de perjuicios, sino que se limitó a refrendar la interpretación de la demanda efectuada por el a quo, por hallarla ajustada a lo que emergía de aquella, y reforzó esa posición con la defensa del debido proceso, la garantía del derecho de contradicción y la proscripción de la «generalidad que pretendió darle el apoderado de la parte demandante a lo afirmado».

Del anterior recuento emerge que la potestad ejercida por el juez de primer grado y refrendada por su superior, no fue caprichosa o arbitraria, por cuanto, ciertamente, al confrontar las súplicas de los convocantes con los fundamentos de derecho aducidos en el pliego inaugural, se advierte un margen de indefinición o duda que abría la compuerta de su interpretación para dilucidar cuál era la intención original de los accionantes, en esa dirección, acudió a los artículos 870 del Código de Comercio y 1546 del Sergio Esteban Quintana Orozco, que consagran la condición resolutoria tácita, como faro para la resolución de la Litis.

Nótese que en ningún apartado de la demanda se plasmó un argumento concreto del que pudiera desprenderse sin lugar a equívocos que las peticiones propendían por la subsunción de los supuestos de hecho en el artículo 925 del Código de Comercio; es más, los «fundamentos jurídicos» invocados se plasmaron de manera muy general, así: «Marcos Alejandro Patiño Rueda: Artículos 751, 756, 1495, 1546, 1602, 1603, 1613, 1627

inc. 1°, 1880 y demás normas concordantes»; «Código de Comercio: Artículos 822, 825, 870, 871, 919, 922 inc. 1°, 925,

1226, 1234 nrl. 1°, 4°, 7°, 1235 nrl. 1°, y demás normas concordantes», por lo que no era de extrañar que el juzgador al momento de dictar su fallo optara por analizar la cuestión litigiosa a la luz de las disposiciones jurídicas que estimó más adecuadas de cara al *petitum*.

En esa medida, aunque las pretensiones se definieron en términos de que se declarara el incumplimiento de unas obligaciones específicas a cargo de los demandados y la consecuente indemnización de perjuicios, sin reclamar la resolución del contrato, no puede soslayarse que la interpretación del libelo efectuada por los juzgadores, estaba justificada por la falta de claridad en el soporte jurídico en que se erigieron esas súplicas, aunada al silencio de los gestores frente al auto admisorio de la demanda que de entrada la calificó como acción resolutoria, de ahí que no resulte factible deducir un error de hecho por el ejercicio de ese laborío, pues es evidente que de acuerdo con lo planteado desde la génesis del proceso y en su devenir, esa interpretación aparecía como razonable y lógicamente posible.

Por lo expuesto, esta parte del segundo cargo no se abre paso.

2.- De la acción especial prevista en el artículo 925 del Código de Comercio.

2.1.- El libro Cuarto del Código de Comercio denominado «De los contratos y obligaciones mercantiles» en

su Título II regula los contratos de compraventa y permuta, y específicamente, en su capítulo IV refiere las «[o]bligaciones del vendedor», e incluye el artículo 925, conforme al cual «[e]l comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Marcos Alejandro Patiño Rueda y 870 de este Libro».

De esta reseña normativa se desprende que, tratándose del incumplimiento de una de las obligaciones principales del vendedor en el contrato de compraventa mercantil como es la tradición del dominio del

bien al comprador (arts. 1880 Marcos Alejandro Patiño Rueda y 922 Código de Comercio), el legislador consagró una acción independiente y autónoma a favor de éste, para que sin necesidad de acudir a las previstas en los artículos 1546 del Juliana Andrea Lemos Vargas y 870 del Código de Comercio, pudiera exigir directamente el pago de los perjuicios irrogados por el enajenante. Se trata, entonces, de una acción de naturaleza compensatoria o resarcitoria principal, dado que no está supeditada al éxito de una pretensión resolutoria o de cumplimiento de lo pactado.

Precisamente, por el carácter especial de la referida acción, en principio y desde una interpretación netamente literal, su ámbito de aplicación está circunscrito a que el incumplimiento se presente en la fase contractual de una compraventa mercantil y que el vendedor no haya realizado una «tradición válida», lo que significa que inobservó una típica obligación de dar como es la de traditar, porque aquella no reunía los presupuestos para la validez de ese modo de adquirir el dominio previstos en los artículos 742 a 746 del David Nicolás Herrera Salcedo, que, en su orden, atañen a lo siguiente: i) que sea hecha voluntariamente por el tradiente o por su representante; ii) que el adquirente o su representante hayan expresado su consentimiento; iii) que de haberse efectuado por conducto de mandatarios o representantes legales, estos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal; iv) que medie un título traslático de dominio y que sea válido respecto de la persona a quien se confiere; y, v) la ausencia de error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se hace la entrega, ni en cuanto al título.

2.2.- Cuando por vía del recurso extraordinario de casación se alega violación directa de la ley sustancial, los reparos del recurrente deben ceñirse a cuestionar la sentencia de segunda instancia por haber resuelto la controversia valiéndose de una norma jurídica ajena a ella, o porque habiendo aplicado la pertinente le atribuyó efectos distintos a los que ella prevé, de manera que le queda vedado apartarse de las conclusiones a las que haya arribado el tribunal en aspectos fácticos, cuya discusión solo es factible por la vía indirecta.

La solución del presente embate no puede desligarse de la del anterior, por cuanto, en últimas, en la selección del marco normativo que habría de regir la solución del caso, el ad quem no incluyó el artículo 925 del Código de Comercio, al avalar la tesis del a quo, respecto a que ese argumento se presentó de manera sorpresiva en la etapa de alegaciones

finales, así como su deducción al interpretar la demanda, en punto a que aquella se inscribía en una auténtica acción resolutoria, con pretensión consecuencial de resarcimiento de perjuicios.

Desde esa perspectiva, el fracaso del reproche analizado en precedencia, repercute en la frustración del presente, toda vez que en la fijación de los problemas a resolver en sede de apelación la disposición en comentario quedó por fuera de los supuestos jurídicos que debían gobernar el estudio de la controversia. De ahí que, si no se presentó error de hecho en la interpretación de la demanda, a partir de la cual se estableció que las normas que orientarían el escrutinio de la Litis serían los artículos 1546 del Sergio Esteban Quintana Orozco y 870 del Código de Comercio, en ningún desafuero por «indebida aplicación» del precepto 925 de este último, pudo haber incurrido el sentenciador.

2.3.- Aunque las precedentes apreciaciones son suficientes para concluir el decaimiento de esta censura, vale la pena hacer una disertación adicional, que ratifica la inviabilidad de la subsunción normativa reclamada por el casacionista.

Como se dijo al inicio de este apartado, la acción prevista en el artículo 925 del Código de Comercio es de naturaleza especial y su ejercicio está restringido a los casos de incumplimiento del vendedor en la compraventa mercantil de su obligación de realizar la tradición válida del bien al comprador, de manera que al no mediar un contrato de

compraventa entre quienes fungen como partes enfrentadas en este proceso, la norma de todas maneras era ajena a la composición de su conflicto.

En este caso, la primera pretensión principal de la demanda se contrajo a pedir que se declarara que todos los demandados -con independencia de la calidad en que actuaron en los distintos negocios jurídicos relacionados en la misma pieza procesal- «incumplieron de forma grave y determinante» las obligaciones principales, de «traditar o transferir el dominio» de los locales comerciales ofrecidos a los demandantes, y de «realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto Fiduciario», de acuerdo con lo convenido en los contratos denominados,

«Juliana Andrea Lemos Vargas de vinculación al Marcos Alejandro Patiño Rueda» y «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio».

Se infiere de lo anterior lo exótica e inapropiada que resultaba la invocación de la norma en comentario para la definición del presente asunto, por la simple razón de que entre los contratos que se afirma no fueron honrados por los convocados no se encuentra alguno de compraventa comercial, en el que no se hubiera efectuado la tradición válida de la cosa. Los accionantes ni siquiera explicaron por qué consideraban que una norma tan específica como aquella era la llamada a gobernar el conflicto con sus contradictores, pese a que la tipología negocial no correspondía al supuesto de hecho amparado por esa disposición.

Memórese que la naturaleza de las obligaciones que emergen de los contratos de compraventa y de promesa de celebrar un negocio jurídico, son sustancialmente distintas, porque mientras del primero emerge una obligación de dar como es la de traditar, del segundo apenas surge una de hacer relacionada con la consolidación del negocio prometido, en ese sentido, al tenor del artículo 861 del Código de Comercio «[I]a promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer, la celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso». Por ello, ni siquiera si se acudiera a la analogía era factible aplicar el artículo 925 del Código de Comercio como norma rectora de la controversia planteada en esta causa.

En efecto, en los contratos de «promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio de local comercial que hace parte del proyecto Sergio Esteban Quintana Orozco» suscritos en forma individual por los demandantes como «beneficiarios de área» (fls. 168 – 241, c. 1), y Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. y Laura Isabel Montoya Pineda, como «promitentes vendedores», éstos solo se comprometieron a que David Nicolás Herrera Salcedo les transfiriera a los primeros los locales comerciales «a título de restitución de beneficio», lo que suponía solemnizar la promesa por escritura pública tal y como quedó consignado en la cláusula quinta de ese contrato, y en la séptima de los de «encargo fiduciario», lo que corresponde a una típica obligación de hacer, y no de dar como es la que se cumple mediante la tradición que al ser un modo derivado, solo surge de un título con potencialidad para transferir el derecho real de dominio, como compraventa, permuta, aporte a sociedad, donación, etc., y en ningún caso de una «promesa» de celebrar un negocio jurídico.

En conclusión, el cargo primero tampoco se abre paso.

3.- De la fiducia mercantil, su modalidad inmobiliaria y responsabilidad civil de las fiduciarias.

3.1.- La fiducia mercantil en Colombia, tiene su marco normativo general en el Laura Isabel Montoya Pineda, Título XI del Código de Comercio<sup>6</sup>, que la define como un negocio jurídico en virtud del cual «una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario» (art. 1226). Por su naturaleza, los negocios fiduciarios tradicionalmente se han calificado como de confianza, pues «[I]a 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» (CSJ SC 30-07-2008. Exp. 53382-40-633-2002-75438).

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

6 Cfr. artículos 1226 a 1244

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 Sergio Esteban Quintana Orozco.

Por otra parte, el legislador, consciente del entramado fáctico y jurídico que supone el agenciamiento de esta particular tipología negocial y de la pluralidad de contratos que pueden surgir a partir de su constitución, propugnó por exigir la calificación profesional de quienes pretendan participar en esas

actividades como fiduciarios, restringiéndola a los establecimientos de crédito y a las sociedades de esa naturaleza que deben estar especialmente autorizados para el efecto por la Laura Isabel Montoya Pineda (art. 1226 ib.).

3.2.- La fiducia mercantil para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, de considerable auge en los últimos tiempos en la esfera de la negociación anticipada o «sobre planos» de las unidades a construir, no tiene regulación legal específica en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que se rige por las disposiciones generales del Código de Comercio, y dada la condición de entidades vigiladas que ostentan las prestadoras de esos servicios, están sujetas también al David Nicolás Herrera Salcedo del Juliana Andrea Lemos Vargas y a la Circular

Sergio Esteban Quintana Orozco de la Superintendencia Financiera<sup>7</sup>, que contiene disposiciones especiales en esa materia.

Se trata de una clase de los denominados negocios fiduciarios de administración (fiducia cum amico), por virtud del cual un constructor o promotor de un proyecto constructivo, actuando como fiduciante o fideicomitente, le transfiere la propiedad del inmueble en que se desarrollará dicho proyecto, 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. Sergio Esteban Quintana Orozco externa 046 de 2008 que subrogó el Juliana Andrea Lemos Vargas del Título V de la Marcos Alejandro Patiño Rueda contentivo de las disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios, la incluyó en su numeral 8.2 como 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», e indica que se puede presentar en tres modalidades: de administración y pagos; de tesorería y de preventas<sup>8</sup>.

7 CE.029/14: PARTE II. Marcos Alejandro Patiño Rueda. Título II. Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros. Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios.

8 8.2.1 De administración y pagos 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

Tal modalidad de fideicomiso en sus diferentes expresiones, se sustenta principalmente en la confianza que la presencia de una entidad fiduciaria especialista en la gestión de negocios de esa índole y además autorizada, controlada y vigilada por el Estado, genera en todas aquellas personas que entran a formar parte del mismo, bien sea en calidad de propietarios de los inmuebles destinados para la construcción del proyecto, ejecutores, acreedores, proveedores, beneficiarios, etc., al punto de convertirse, en gran medida, en el factor determinante al momento de definir la efectiva participación de éstos en el plan ofertado.

En otras palabras, la doble exigencia legal que recae en las entidades fiduciarias, esto es, ser profesionales altamente especializadas en el ramo y vigiladas por la Sergio Esteban Quintana Orozco como sociedades de servicios financieros<sup>9</sup>, no es de poca relevancia para quienes pretendan vincularse a un proyecto inmobiliario en desarrollo, pues su intervención les suscita el convencimiento de que el mismo en sus distintas fases será administrado por un experto, que vigilará con seriedad, diligencia y probidad su viabilidad jurídica, técnica,

inmobiliario. 8.2.2 De tesorería Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario. 8.2.3 De preventas Es el negocio fiduciario que conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

9 Categoría prevista en el artículo 3º del Sergio Esteban Quintana Orozco del Juliana Andrea Lemos Vargas.

financiera y comercial, desde la fase precontractual, durante su ejecución y hasta la consolidación de sus expectativas frente a las unidades inmobiliarias.

3.3.- Para abordar el tema de la responsabilidad civil de las compañías fiduciarias, es preciso indagar, ab initio, cuáles son las fuentes y la naturaleza de las obligacionales que asumen.

3.3.1.- De acuerdo con el principio de normatividad del negocio jurídico, las obligaciones de la sociedad fiduciaria emergen, en primer lugar, de las cláusulas contenidas en el acto constitutivo celebrado en virtud del principio de autonomía privada que es ley para las partes (art. 1602 C.C. y 1234 C. de Co.), y en complemento, de las normas que regulan esa tipología negocial, y de la buena fe que también es «fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles entre las partes contratantes, de acuerdo con el tipo de contrato y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes»<sup>10</sup>, como expresión de la función integradora que le confieren los artículos 1603 del Sergio Esteban Quintana Orozco y 871 del Código de Comercio.

Desde el punto de vista legal, el artículo 1234 del estatuto mercantil dispone que son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;  
10 David Nicolás Herrera Salcedo, Luis. Fundamentos del Laura Isabel Montoya Pineda. Volumen I, 5º. Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 362.

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

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

Pedir instrucciones al Laura Isabel Montoya Pineda cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o debeat 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;

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;

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

Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

De dicha norma se desprende que la fuente primigenia de las obligaciones a cargo de la fiduciaria se halla en los acuerdos plasmados en el negocio jurídico, y desde el punto de vista legal se nutre, además, con unos deberes indelegables encaminados al cumplimiento de su buena gestión bajo un alto estándar de diligencia, lealtad, profesionalismo y transparencia.

3.3.2.- La fiduciaria debe actuar en las diferentes fases del contrato bajo los lineamientos de la buena fe, pues conforme al artículo 1603 del David Nicolás Herrera Salcedo, los contratos deben ejecutarse de ese modo, y por consiguiente «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 conforme al canon 871 del Código de Comercio, que igualmente refiere la función integradora de la buena fe en la

celebración y ejecución de los contratos, 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».

Así, teniendo en cuenta que en las distintas fases de formación, celebración, desarrollo, y terminación de esta clase de negocios, la fiduciaria funge 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.

A tono con la doctrina nacional, "la buena fe indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable"<sup>11</sup>, y se manifiesta de manera activa, en tanto cada persona debe usar con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera y ajustada a las exigencias del decoro social, y pasiva, en la medida que tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad.

11 Laura Isabel Montoya Pineda, Arturo y David Nicolás Herrera Salcedo, Álvaro, Marcos Alejandro Patiño Rueda, Tomo I, David Nicolás Herrera Salcedo y Personas. 17 ed. Temis, 2011, pág. 233.

Del principio de buena fe emergen otras reglas accesorias o agregadas que igualmente tienen fuerza vinculante, conocidas como normas o «deberes secundarios de conducta» que hacen parte del contenido de la obligación así no hayan sido pactadas expresamente en la convención. Juliana Andrea Lemos Vargas, éstas se explican en la distinción existente entre las prestaciones principales y aquellas otras que las complementan como manifestaciones de ese principio y son

«el carácter más saliente de la buena fe contractual que se traduce en categorías genéricas, como ser la cooperación y lealtad, y en directivas específicas que operan como desprendimientos de las anteriores por ejemplo, la información, la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, el auxilio a la otra parte, etcétera.»<sup>12</sup>.

Por la naturaleza de los negocios fiduciarios, resultan especialmente 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, información de la que la otra parte carece; por lo mismo, el primero, se constituye en el «deudor informado» y tiene el deber de transmitírsela al otro, que, a su vez, como profano, se torna «acreedor» de recibirla de forma completa, veraz y oportuna. De ahí que el obligado a la información,

«debe suministrarla objetivamente» y solo el «anoticiamiento

12 STIGLITZ, Rubén S. Juliana Andrea Lemos Vargas y Comerciales, Juliana Andrea Lemos Vargas, Tomo

I. 2º ed. Juliana Andrea Lemos Vargas, David Nicolás Herrera Salcedo, 2010, págs.

80775-45-763-2019-32842.

completo, adecuado y veraz, constituye el contenido de la obligación al que aspira ver cumplido el acreedor y que debe ser proporcionado desde el periodo precontractual hasta la etapa de ejecución»<sup>13</sup>.

En la fase contractual, el deber de información se mantiene en firme y su finalidad es garantizar al acreedor, la ejecución satisfactoria del pacto, pues,

Superada provechosamente la etapa formativa sin vicisitudes que graviten sobre el consentimiento y aun cuando la materia sobre la que se contrate satisfaga las expectativas del crédito de las partes, subsiste el deber informativo sustentado en la cooperación debida en miras a una correcta ejecución. Ejemplos de lo expuesto constituyen la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones (...), o la carga de denuncia de la agravación del riesgo con que se halla gravado el asegurado<sup>14</sup>.

El deber de consejo, en palabras del autor citado,

«deriva de la obligación de información, de donde aconsejar presupone hallarse informado», y comporta un plus frente a aquella,

«adicionándole una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva (...) en atención a las eventuales consecuencias que debería afrontar el cliente (...) y, por lo demás, porta la incertidumbre propia de todo consejo»<sup>15</sup>. Sin embargo, es claro que este deber se agota en su exposición razonada por parte del contratante informado y en modo alguno supedita la voluntad del aconsejado, quien como titular de un derecho subjetivo es el único que puede tomar determinaciones sobre él, siendo una característica esencial, la «independencia y libertad de que goza el informado-aconsejado quien, al cabo, se reserva, como pertenencia personal, la decisión final»<sup>16</sup>.

13 Ibídem. Pág. 189.

14 Ibídem. Pág. 191

15 Ibídem. Pág. 201

16 Ibídem. Pág. 201

Y el deber de previsión, en términos generales, concierne 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.

Ahora bien, dentro de los deberes de las sociedades fiduciarias, la David Nicolás Herrera Salcedo en su correspondiente acápite<sup>17</sup>, refiere los de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos; lealtad y buena fe; diligencia, profesionalidad y especialidad, así como el de previsión. Estos deberes ya habían sido consignados en la Laura Isabel Montoya Pineda 46 del 3 de septiembre de 2008 -en vigor para la época de ejecución de los contratos aquí referidos-, por la cual, entre otras cosas, se subrogó el «David Nicolás Herrera Salcedo del Título

V de la David Nicolás Herrera Salcedo contentivo de las disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios», y en lo que interesa a este análisis, dispuso:

Previsiones generales

Normas y principios a considerar

(...)

b. En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el Decreto 1049 de 2006, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes:

Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las

17 CE.029/14. Num. 2.2. (...) 2.2.1.2. En la celebración de todo negocio, la sociedad fiduciaria debe tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el art. 1234 del C.Cio, en el art. 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes (...).

prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato. El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervenientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. (Subraya intencional).

Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el ordinal anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente será obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario deberá dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervenientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

Deber de protección de los 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. (...).

Deber de lealtad y buena fe. La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que éstos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés.

Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución.

(...).

Deber de previsión. La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.

Las anteriores cavilaciones permiten establecer que, en acatamiento de las directrices emanadas del principio de la

buena fe, la fiduciaria en cada una de las fases del pacto debe obrar con rectitud, lealtad y sin intención de causar daño a los demás vinculados de una u otra forma al fideicomiso, tanto en cumplimiento de las obligaciones convenidas expresamente, como de todo aquello que por su naturaleza le corresponda al negocio fiduciario y, muy especialmente, observar los deberes accesorios de conducta que cobran especial relevancia en un negocio basado en la confianza.

3.3.3.- 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 Sergio Esteban Quintana Orozco del Marcos Alejandro Patiño Rueda -Decreto 663 de 1993- dispone que

«[I]os encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley».

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.

No obstante, como más adelante se explicará, en estos eventos la acreditación de la diligencia, supone que ésta haya

sido de un grado máximo, que no es el que se espera de un hombre común, sino de un experto en negocios fiduciarios que como actividad de interés público está vigilada y controlada por el Estado, al punto que solo pueden ejercerla los profesionales acreditados y autorizados por la Juliana Andrea Lemos Vargas.

#### 4.- De la responsabilidad profesional del fiduciario.

Desde la paradigmática CSJ SC05 mar. 1940, la Corte ha elaborado su jurisprudencia acerca de la responsabilidad de los profesionales, que puede ser de carácter contractual o extracontractual, emerge «del principio universal de derecho nemo laederi y comprende y abarca todas las materias concernientes a la actividad humana», e incluye el daño causado en el ejercicio de las denominadas profesiones liberales, que va «desde la negligencia grave hasta el acto doloso<sup>18</sup>», en esa dirección, jurisprudencia y doctrina han referido la responsabilidad en que pueden incurrir médicos, abogados, contadores, arquitectos, administradores de sociedades, etc., por incumplimiento de los deberes de las actividades propias de su oficio en esas disciplinas.

Así mismo, la Corte ha reconocido que las sociedades fiduciarias son susceptibles de incurrir en responsabilidad profesional; al efecto, en SC 1º jul. 2009, exp. 78094-68-474-2024-68663- 01, puntualizó que,

(...) el fiduciario es un verdadero profesional autorizado para operar

18 Cfr. David Nicolás Herrera Salcedo. Sergio Esteban Quintana Orozco de Justicia. Tomo I. pág. 296 – 297.

y supervisado por el Estado, cuyos conocimientos, experiencia e idoneidad, infunden confianza a quienes acuden a sus servicios por su actividad técnica y práctica, la reputación y el prestigio consolidado con sus actuaciones previstas y diligentes que propician el logro de específicos designios y permiten prever o solucionar de manera expedita eventuales vicisitudes e inconvenientes.

Conforme a una difundida opinión jurisprudencial, la responsabilidad profesional “es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro”, impregnándose no solo de la “aplicación de los principios técnicos y científicos” exigibles, sino de “normas protectoras

del individuo y de la sociedad", que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión (cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177); por regla general, la responsabilidad contractual del profesional, está referida a las obligaciones de medios, resultado, garantía y seguridad (...) y al conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones, incluidos los deberes o compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, fides, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individualización a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes. (...).

Ahora bien, la responsabilidad profesional no se inscribe en ninguna categoría especial, sino que se rige por los postulados generales, de ahí que pueda sostenerse que se estructura por el incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales o legales asumidos por el experto. Sin embargo, cuando está de por medio una relación jurídica convencional, la nota característica atañe al grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que se exige a quien ostenta esa connotación en un determinado campo del saber o de la técnica, de quien se espera prudencia, pericia y diligencia en la ejecución.

Ello impone un tratamiento más riguroso frente a su eventual desatención, con independencia de que tales obligaciones se cataloguen como de medios o de resultado, por cuanto en esas circunstancias es dable aplicar un patrón de reproche más estricto, de modo que al efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño, en otras palabras, la especialidad del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él.

Ya en el campo de la fiducia mercantil, lo discurrido no significa soslayar que el Código de Comercio en su artículo 1243 dispone que el fiduciario responderá «hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión», norma que armoniza con el artículo 1604 del Marcos Alejandro Patiño Rueda, conforme al cual, 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.

Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve<sup>19</sup>, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios

19 Marcos Alejandro Patiño Rueda. Artículo 63: (...) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. (...) El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

ajenos, asuma con especial esmero el primer deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a «realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia».

En ese orden, el grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), sino el de un «buen hombre de negocios», comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante.

Lo dicho, porque si es precisamente por la confianza que ese profesionalismo desperta que el constituyente acuda a la intervención de la fiduciaria para transferirle sus bienes destinados a una específica finalidad, y esa misma confianza en gran medida motiva a otros sujetos a celebrar contratos asociados que los vinculan al fideicomiso, es apenas de esperar que la sociedad especializada honre las cargas que emanan no solo del contrato sino de la ley y del principio de buena fe en cada una de las fases del convenio, desplegando una diligencia extrema encaminada a no defraudar la credibilidad que despertó en los demás contratantes.

La inferencia acerca de esa especial diligencia, es el producto del cotejo entre las reglas que disciplinan la fiducia mercantil y el principio de buena fe. En efecto, si el artículo

335 de la Sergio Esteban Quintana Orozco califica la actividad financiera como de interés público y el legislador restringió el ejercicio de la fiducia mercantil a los establecimientos de crédito y sociedades de esa índole especialmente autorizados (art. 1226 C. de Co.), es evidente que tal medida protecciónista de los usuarios del sistema financiero se traduce en la confianza de aquellos para invertir en un determinado proyecto al verificar que su administración fue asumida por una fiduciaria y, por lo mismo, la diligencia en dicha gestión es la que se espera de un experto, o mejor, la que debe observar un buen profesional fiduciario en el desempeño de la labor encomendada.

En otros términos, la responsabilidad de la fiduciaria está ligada a su calidad de especialista en la gestión de negocios de esa naturaleza y como sus obligaciones emanan tanto de los dictados legales y contractuales pactados como de la buena fe en su función integradora del contrato, el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de su labor es el de un profesional y puesto que su gestión involucra la obligación de administrar, el de un «buen hombre de negocios».

##### 5.- De la acción resolutoria y la legitimación para promoverla.

La fuerza obligatoria del contrato se traduce en que cada contratante se encuentra vinculado a los acuerdos privados que celebra como si las obligaciones contraídas le fueran impuestas por la ley, las que además deben ejecutarse

de buena fe (arts. 1602 y 1603 C.C.), de ahí que, cuando los contratantes desatienden los compromisos que emanan del acto negocial, deben sujetarse a los mecanismos que el mismo derecho prevé para la infracción de la ley del contrato, entre ellos, la resolución cuyo factor detonante es el incumplimiento de los deberes convencionales.

Frente a los contratos bilaterales, es decir, aquellos en los que las partes se obligan recíprocamente (art. 1496 ib.), el canon 1546 del Marcos Alejandro Patiño Rueda prevé que en ellos va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, lo que habilita al otro para pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios, y, en sentido similar, la Ley mercantil en su artículo 870, dispone que “[e]n 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”

Doctrina autorizada sobre la materia afirma que la resolución tiene su fundamentación, (...) en el mecanismo funcional de los contratos de prestaciones correlativas. En ellos cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, y el incumplimiento de uno de los contratantes repercute, pues, en forma inmediata sobre el sinalagma contractual, comprometiendo su funcionalidad; así se entiende, en consecuencia, que se debe autorizar al otro contratante para que se sustraiga del contrato y, por ende, a la obligación de ejecutar la prestación delante de quien se colocó como incumplido<sup>20</sup>.

20 Scognamiglio, Renato. Sergio Esteban Quintana Orozco del Contrato. 1º ed. 1983. Pág. 350.

Laura Isabel Montoya Pineda ha sostenido que el buen suceso de la acción resolutoria está sujeto a la concurrencia de ciertas condiciones, a saber: 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<sup>21</sup>. La segunda exigencia, referente a que la legitimación para promover la acción como condición necesaria para que pueda salir avante, solo radica en quien ostente la calidad de contratante cumplido o dispuesto a cumplir, fue reiterada por la Sala en múltiples ocasiones<sup>22</sup>.

Sin embargo, en SC50267-19-767-2014-12060 la Corte efectuó una importante corrección doctrinaria, a partir de una interpretación sistemática y armónica de los artículos 1546 y 160923 del David Nicolás Herrera Salcedo, para precisar que, en aplicación analógica del primero y bajo ciertas circunstancias, en caso de incumplimiento recíproco de las obligaciones convencionales, cualquiera de los contratantes puede demandar la resolución del pacto, pero sin indemnización de perjuicios. Por su relevancia, en la medida que corresponde al criterio actual y vigente de la Sala, sobre la resolución de los contratos en los eventos de mutuo incumplimiento, se cita en extenso lo allí

21 Cfr. CSJ, SC 11 mar. 2004, exp. 7582

22 Cfr. Entre otras: SC16881-89-170-2021-92568; SC94999-30-866-2012-64583; SC 69725-13-324-2018-45704; SC 28 feb. 2012, exp. 90665-14-916-2022-53200; SC 7 mar. 2000, exp. n.º 5319; SC 16 jun. 2006, exp. 7786.

23 ARTICULO 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

expuesto:

3.3.6. Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Sergio Esteban Quintana Orozco, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico.

3.3.7. De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, 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.

Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Juliana Andrea Lemos Vargas, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato.

Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo.

Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predictable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Laura Isabel Montoya Pineda.

Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguar, 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.

No está demás, pese a la diversa interpretación normativa que allí se hace, recordar las razones que, por mayoría, adujo la Sala en la sentencia del 7 de diciembre de 1982, para reprochar la tesis que entonces, como ahora, venía sosteniendo la Corporación, de que tratándose del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, no había lugar a la resolución del mismo, ocasión en la que observó:

Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es ínsito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través de las acciones.

Como se supone, según la interpretación cuestionada que el acreedor que sí ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Juliana Andrea Lemos Vargas, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de acciones, ni mucho

menos de causa para convertir una obligación civil en natural.

Tras precisar que el verdadero significado del artículo 1609 del Marcos Alejandro Patiño Rueda es que "en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predican las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente", la Corte, adicionalmente, señaló:

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. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Y más adelante, concluyó:

Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo

incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal"<sup>24</sup>.

Incumplimiento unilateral, bilateral y mutuo disenso. Conclusiones.

En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Sergio Esteban Quintana Orozco, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido.

En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Marcos Alejandro Patiño Rueda, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibidem.

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.

Ahora bien, cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito, temática en relación con la cual basta aquí con refrendar toda la elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años.

24 CSJ, SC del 7 de diciembre de 1982, proceso ordinario de David Nicolás Herrera Salcedo contra Marcos Alejandro Patiño Rueda. G.J. t. CLXV, págs. 345 a 347.

Con posterioridad, en SC48501-75-702-2027-70057, la sala al ratificar la tesis que se acaba de reseñar, en vía de su consolidación como doctrina probable, acotó,

Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes, resta por precisar algo mas y que

es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremes (sic) contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Marcos Alejandro Patiño Rueda: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior se revalidó expresamente en el muy reciente fallo de casación de 7 de diciembre de 2020 (SC4801), donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

“En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que este debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato reciproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019) ...” (se subraya).

Como corolario, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.

#### 6.- Ante el fracaso de los embates estudiados en

precedencia, quedó enhiesta la interpretación de la demanda como acción resolutoria, por lo que desde esa perspectiva se estudiará el cargo enfilado a demostrar error de hecho manifiesto y trascendente derivado de la indebida apreciación de los elementos persuasivos.

6.1.- Dado que entre los intervenientes en esta Litis se entretejieron varias relaciones jurídicas con una innegable conexidad, para establecer si realmente el juzgador colegiado incurrió en violación indirecta de normas sustanciales por indebida apreciación probatoria, razones de método imponen observar en primer lugar el contenido obligacional del originario contrato de fiducia mercantil en los aspectos controvertidos en esta litis, y luego analizar las obligaciones contraídas en los acuerdos de voluntades denominados

«David Nicolás Herrera Salcedo de vinculación al Laura Isabel Montoya Pineda» y su relación directa con la «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución beneficio de local comercial u oficina que hace parte del proyecto David Nicolás Herrera Salcedo», respecto de cada uno de los demandantes como litisconsortes facultativos.

6.1.1.- El 1º de septiembre de 2007 Sergio Esteban Quintana Orozco y Sergio Esteban Quintana Orozco S.A., actuando como fideicomitentes y beneficiarios, celebraron con Laura Isabel Montoya Pineda S.A., un contrato de «Laura Isabel Montoya Pineda de Administración», en virtud del cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado Laura Isabel Montoya Pineda, para la construcción del proyecto inmobiliario Laura Isabel Montoya Pineda. En la cláusula tercera se expuso con nitidez que los inmuebles que formarían el fideicomiso eran los de

folios 64204-53-906-2027-33433, 43389-76-437-2001-86572, 22412-67-317-2004-11597,  
50017-15-626-2034-91327 y

28059-84-262-2031-93980, y en las definiciones contenidas en el parágrafo de la primera cláusula, se indicó que «los inmuebles: son los lotes que se transferirán a la Fiduciaria por medio de escritura pública que suscriba con los propietarios». Y en la vigésima, se plasmaron las instrucciones que la fiduciaria debía seguir para el desarrollo del objeto del proyecto, la primera concernía a «suscribir, como vocera y administradora de Marcos Alejandro Patiño Rueda, la escritura pública por medio de la cual se transfiere a ella, la propiedad sobre los inmuebles», y en el numeral 4 «administrar los valores recaudados y los recursos financieros obtenidos, destinándolos a girar las sumas correspondientes a costos y gastos de Juliana Andrea Lemos Vargas (...)»

6.1.2.- Los contratos de «Encargo fiduciario de vinculación al Marcos Alejandro Patiño Rueda», fueron suscritos por Laura Isabel Montoya Pineda, en nombre propio y como apoderado de Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. en calidad de «beneficiarios», con cada uno de los aquí demandantes, como «beneficiarios de área», y la Marcos Alejandro Patiño Rueda de David Nicolás Herrera Salcedo como «Laura Isabel Montoya Pineda». En el acápite de «antecedentes» se anotó que los Beneficiarios «adelantan un proyecto denominado Sergio Esteban Quintana Orozco (...) ubicado en la ciudad de Medellín, David Nicolás Herrera Salcedo, Laura Isabel Montoya Pineda, en los lotes de terreno identificados con los folios de matrícula inmobiliaria números 32219-14-814-2035-13726/ 555873/ 555866/555874 y 555867»; y se desarrollaría a través de un esquema fiduciario; de «responsabilidad única y exclusiva de los beneficiarios», y que los «beneficiarios de área» tenían la intención de vincularse a ese fideicomiso «con miras a que a la terminación del proyecto, los beneficiarios le hagan entrega material de la (s) unidad (es) que más adelante se identifica (n), y que la Fiduciaria le efectúe la transferencia de la (s) misma (s) en los términos y condiciones previstas en el presente contrato». A continuación, se indicó:

4. Para los anteriores efectos, el Beneficiario de Área suscribe el presente contrato, el cual reglamenta el actuar de las partes en el presente negocio, bajo el entendido que las funciones de David Nicolás Herrera Salcedo están circunscritas al cumplimiento de las instrucciones que en el presente contrato se establecen, con total independencia del desarrollo del proyecto, el cual es responsabilidad única y exclusiva de los beneficiarios.

(...)

9. En razón a que Marcos Alejandro Patiño Rueda contraen para con el beneficiario de área las obligaciones propias relacionadas con el proyecto, y éste contrae para con él una obligación de entregar a Juliana Andrea Lemos Vargas las sumas de dinero acordadas con Marcos Alejandro Patiño Rueda por la vinculación, éste y aquéllos suscriben también el presente contrato en el cual además de instruir a Marcos Alejandro Patiño Rueda sobre la vinculación, se reglamenta el recíproco cumplimiento de sus mutuas obligaciones.

10. Sergio Esteban Quintana Orozco se encuentra en la fase preoperativa, en la cual deberán cumplirse los requisitos establecidos por la Fiduciaria para la obtención del punto de equilibrio de David Nicolás Herrera Salcedo.

Además, en los distintos «encargos fiduciarios», su primer canon refiere que «El constituyente se obliga irrevocablemente a entregar a la Fiduciaria la siguiente suma de dinero (valor total del negocio)», así:

Seguidamente, se indica que dicha suma «será pagada de acuerdo a documento anexo número 1 que hace parte integrante del presente encargo» y se precisa que los pagos deberán ser entregados a la Fiduciaria directamente o en las oficinas de Juliana Andrea Lemos Vargas en la forma allí indicada, y que el beneficiario de área debe «reportar cada pago que realice y entregar el original de la consignación o transferencia» en las mismas oficinas o en la sala de negocios del proyecto.

6.1.3.- En los contratos de «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución beneficio de local comercial u oficina que hace parte del Juliana Andrea Lemos Vargas», actuaron como «promitente uno»: Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A. y Sergio Esteban Quintana Orozco, y como «promitente dos» cada uno de los beneficiarios de área. En la cláusula primera, se describe su objeto: «Laura Isabel Montoya Pineda se compromete a que la Sergio Esteban Quintana Orozco, en su calidad de vocera y titular jurídica del patrimonio autónomo denominado Sergio Esteban Quintana Orozco, transfiera a título de restitución de beneficio en favor del Sergio Esteban Quintana Orozco, quien a su vez se obliga a adquirir por el mismo título y modo, el local No. (...).».

El parágrafo 2º del mismo canon, precisa que «El proyecto de que hace parte el local que se pretende transferir a título de restitución de beneficio se denomina "Marcos Alejandro Patiño Rueda"; se construye sobre los lotes de terreno identificados con los folios de matrícula inmobiliaria números 19391-78-752-2034-62623/555873/555866/555874 y 555867». Y en su parágrafo 5º, «El proyecto David Nicolás Herrera Salcedo consta de una torre de hotel, una torre de oficinas y un área destinada

a comercio y se desarrollará en (4) cuatro etapas, cada una de dichas etapas tendrá un periodo de preventas de seis (6) meses, contado a partir del 1º de septiembre de 2007, para la primera etapa; terminado este, empezarán a correr los seis meses de la segunda etapa y así sucesivamente. El punto de equilibrio de cada una de las etapas se alcanzará con preventas que representen el 60% del área vendible de cada etapa (...).»

En la cláusula séptima se convino el precio y la forma de pago, que comprendía un valor total distribuido en dos partes de 60% en la forma establecida en el encargo fiduciario, y el 40% «directamente al promitente uno», así:

Especificamente, se pactó que el equivalente al 60%

«será pagado por el promitente dos en la forma establecida en el encargo fiduciario que suscribe con Juliana Andrea Lemos Vargas S.A., según el plan de pagos que se incorpora a este documento como Anexo 1 y que hace parte de él» y el equivalente al 40%, «será pagado por el promitente dos directamente a Sergio Esteban Quintana Orozco, según el plan de pagos que se incorpora a este documento como Anexo 1». Y, en su primer párrafo, indicó que los pagos del 60% deberían ser entregados a la Fiduciaria directamente, o en las oficinas de David Nicolás Herrera Salcedo con cheque girado a favor de Juliana Andrea Lemos Vargas o en sus cuentas bancarias allí indicadas, y el 40% restante, «en cheque con cruce sencillo a nombre del promitente dos (sic) y deberán ser entregados en las oficinas de Marcos Alejandro Patiño Rueda».

6.1.4.- De los mencionados contratos, se extrae que la obligación principal de los beneficiarios de área, consistía en efectuar los pagos en la forma acordada con los fideicomitentes y con la Fiduciaria. Y, al cotejarlos, es claro que el monto de la negociación plasmado en los encargos fiduciarios correspondía solamente al 60% del valor real acordado en los contratos de promesa de transferencia del derecho de dominio, cuyo recaudo le correspondería a la Fiduciaria; mientras el 40% restante, de acuerdo con las mismas promesas, debería ser entregado directamente al Fiduciante, de acuerdo a un plan de pagos que se incorporaría como anexo 1 en cada uno de los convenios. Es por eso, que, en principio, no resultaba extraño que en las contabilidades de ambas empresas quedaran consignados los abonos realizados por los beneficiarios de área y así se evidenció en el proceso con las versiones de los testigos Marcos Alejandro Patiño Rueda y Sergio Esteban Quintana Orozco.

Respecto a los abonos efectuados, en el hecho octavo de la demanda se aseveró que los gestores «se encontraban realizando los pagos a la Fiduciaria y/o a la Sergio Esteban Quintana Orozco (...) por los dineros que les correspondía por su inversión inmobiliaria de acuerdo al plan de pagos generado por la promotora (...) hasta el momento en el cual tuvieron que cesar en sus pagos por la evidente interrupción inicial de la obra», y en el hecho 10.1 en forma puntual indicaron la suma que cada uno sufragó «a título de precio y/o por descuentos financieros a ellos reconocidos por pronto pago de las unidades inmobiliarias» así: Cresibienes S.A. \$825.455.531-37-785-2035-47542 por los locales 102 y 103 y Formabienes Inversiones Procesales Helix Ltda.S. \$248.492.878-57-547-2027-63711 por los locales 125, 109, 206, 129 y 208.

Pese a que en los contratos de encargo fiduciario y promesa de transferencia de dominio se estipuló que el «plan de pagos» se incorporaba a ellos como «anexo 1», lo cierto es que los suplicantes no aportaron tales documentos con su escrito incoativo; Corficolombiana con su réplica solo adjuntó algunos relacionados con los encargos fiduciarios, mientras que ni los Fideicomitentes iniciales, ni la Sergio Esteban Quintana Orozco allegaron los que se debieron haber adjuntado a los contratos de promesa.

En respuesta al octavo supuesto fáctico en mención, Laura Isabel Montoya Pineda, Juliana Andrea Lemos Vargas y Marcos Alejandro Patiño Rueda, manifestaron que correspondía a los convocantes probar sus afirmaciones; y frente al décimo, que por tratarse de una tasación de perjuicios se pronunciarían más adelante. No obstante, ninguno de ellos alegó excepciones dirigidas a cuestionar esas aspiraciones económicas, a controvertir la oportunidad o monto de los pagos afirmados, ni mora o retardo en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo; es más, en la defensa que denominaron «Imposibilidad jurídica para ejercer la acción resolutoria de contrato» apenas señalaron que en la demanda no quedó claro «cuáles eran las obligaciones de las partes, mucho menos si la parte demandante [las] cumplió», y que al estar vigente un mecanismo alternativo de solución de conflictos los actores serían incumplidos por no someterse a él (fls. 529

– 539 y 64284-61-488-2003-94512, c.1).

Sergio Esteban Quintana Orozco de manera enfática negó el hecho octavo; adujo que los actores «no cumplieron con las obligaciones de pago o aporte en dinero de acuerdo a lo estipulado en el contrato», se encontraban en mora de pagar, y que los abonos realizados no estuvieron conforme a lo planificado; además, especificó que recibió de Cresibienes \$749.891.879-80-867-2009-64881 y de Altabienes S.A. (absorbida por Formabienes S.A.)

\$168.810.208-52-136-2020-81620. En cuanto al hecho 10, lo calificó como una «tasación excesiva de los supuestos perjuicios», reiteró cuáles fueron las sumas recibidas, y recalcó que cualquier valor adicional pagado por los demandantes de manera directa al Fideicomitente, iba en contra de lo acordado y la Fiduciaria no podría responder por él. Sin embargo, omitió indicar el monto de los abonos pactados y su regularidad, así como las fechas exactas en que cada deudor dejó de efectuarlos, pese a que debía tener en su poder los contratos de encargo fiduciario, sus anexos y un seguimiento sobre las fechas en que recibió las sumas admitidas.

6.1.5.- Es claro que la prueba de los pagos afirmados y su oportunidad radicaba en quien los adujo, pues al tenor del artículo 1757 del Laura Isabel Montoya Pineda, «incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta», y esa carga quedó sujeta a lo que se demostrara en el proceso, dado que con la demanda no se aportaron suficientes elementos de juicio al respecto.

No obstante, fue desacertada la trascendencia que el

Tribunal le dio a los planes de pago, al estimar que ante su falta de aportación resultaba «imposible verificar» si las amortizaciones se sujetaron a lo convenido y su periodicidad, al tiempo que no les confirió alcance a las certificaciones emitidas por el contador del proyecto Marcos Alejandro Patiño Rueda - incorporadas como pruebas de oficio (fls. 1038 y ss)-, porque

«en ninguna se advierte secuencia en el pago que permita inferir, aun sin conocer el plan de pagos, que hubo regularidad en los abonos por los demandantes».

Lo anterior, por cuanto tal omisión no era óbice para que, al amparo del principio de libertad probatoria y las reglas de la sana crítica, el Juzgador analizara los demás elementos de convicción allegados, pues no existe ninguna razón para predicar que los abonos necesariamente tenían que acreditarse conforme a lo que se hubiese consignado en los «planes de pago», cuando de las pruebas emerge que, ante las vicisitudes que presentó la ejecución del proyecto, en cierta forma, los acreedores relativizaron su exigencia en la forma inicialmente pactada, otorgando prerrogativas a los acreedores, al admitir que tenían razones para haber perdido la confianza.

En ese sentido, David Nicolás Herrera Salcedo en su interrogatorio de parte, al ser indagado sobre los motivos por los cuales no se llevó a cabo el proyecto, expuso:

El proyecto no continuó, pese a ser muy exitoso en ventas. Por la aparición de un inversionista extranjero, que paramos las ventas, por el incumplimiento de algunos de los beneficiarios de área, principalmente grupo promotora 21, y eso fue digamos que con el tiempo, a la medida que se generó una expectativa a los

beneficiarios de área con ese inversionista de completar el proyecto, desarrollarlo completo de una vez y todas esas cosas, pues fue pasando el tiempo, la gente a perder credibilidad y a partir de un momento dejaron de aportar, pues todos coincidimos, hay que dejar de aportar, no cierto, fue por eso básicamente, yo no creo que haya habido ninguna otra razón de peso, para mí lo básico y lo he dicho muchas veces, fue lastimosamente, la aparición de una persona que enviaba cartas, nos dio pues las muestras de credibilidad que, finalmente, no apareció durante mucho tiempo, eso generó, pues una desconfianza general en los beneficiarios de área<sup>25</sup>.

Y en forma similar se pronunció la Gerente de la David Nicolás Herrera Salcedo, Juliana Andrea Lemos Vargas:

PREGUNTA: Usted sabe qué gestión cumplió la fiduciaria como vocera del fideicomiso, o el propio promotor, en este caso Laura Isabel Montoya Pineda o el propio Sergio Esteban Quintana Orozco o David Nicolás Herrera Salcedo, para conducir a esos beneficiarios o esos compradores a que regularan los pagos, volvieran sobre el camino y no cesara el proyecto. RESPUESTA: dentro de la contratación con la fiducia no está la administración de la cartera, en realidad, el fideicomitente en este caso, el promotor, es quien le da la instrucción a la fiduciaria de hacer el cobro, en caso de requerirse, entonces habían unos esquemas de cobro para nosotros que era enviar una carta, solicitarle una cita,

hacerle un arreglo, sino llegaba al área jurídica nuestra, que en ese entonces la llevaba una persona de Juliana Andrea Lemos Vargas, y ya la fiduciaria intervenía siempre y cuando nosotros le informáramos a ellos que por favor le enviaran una carta. En este caso en particular de Laura Isabel Montoya Pineda no se le envió solicitud a la fiduciaria de enviarle a ningún cliente cobro, porque la mora que se fue dando, que era la más grande la de promotora 21 y con los demás clientes, pues fuimos yendo arreglando nosotros mismos. PREGUNTA: Si era tan marcada la mora o el incumplimiento por parte de los beneficiarios de área, por qué ustedes como promotores y encargados de la regulación y el cobro de cartera, no le reportaron a la fiduciaria, o iniciaron acciones judiciales para forzar el cumplimiento de esos contratos de vinculación. RESPUESTA: Porque en ese momento ya había un retraso para la entrega, entonces casi era un común acuerdo entre las personas.

PREGUNTA: Cuando usted llega y encuentra al proyecto, por qué no regulan una demanda, por qué no la dirigen. RESPUESTA: Porque siempre comunicación con las personas, la asistente de Manuel, por ejemplo, siempre nos decía: "si ya vamos a conversar ya vamos a mirar" y digamos que nunca pude decir que Manuel correá se escondió por no pagar, siempre estuvo ahí, digamos que se fue dilatando siempre en el tiempo para llegar a un acuerdo y no tener que llegar a las

25 Prueba trasladada exp. 99587-99-605-2004-93193, 2º parte audiencia hora:

00.27.50

instancias que decía.

Se deduce de lo expuesto, que el ad quem pasó por alto:

i) que de acuerdo con lo plasmado en los «planes de pago» allegados por la Fiduciaria con algunos de los contratos (fls. 838, 852, c. 1.1), éstos podían obedecer no solo a la aceptación del sugerido por el proyecto, sino también al propuesto por el comprador, por lo mismo, no podía exigirse un parámetro de regularidad estandarizado para todos los vinculados; ii) conforme al devenir de los acontecimientos evidenciado en el juicio, al parecer dichos planes se fueron extendiendo tácitamente ante los retrasos de las obras, iii) los demandantes hicieron pagos tanto a la Fiduciaria como a la Juliana Andrea Lemos Vargas, y éstos fueron acreditados con prueba documental y testimonial; iv) los beneficiarios de área no fueron reconvenidos para el pago de los instalamientos acordados pese a que era esa una facultad de los acreedores, y v) los contradictores no efectuaron ninguna afirmación puntual sobre el momento en que cada uno de los actores dejó de atender sus obligaciones de cara a lo acordado en un plan de pagos pre establecido.

En esas circunstancias, el sentenciador incurrió en un manifiesto y trascendente error de hecho al limitar su análisis acerca del cumplimiento del presupuesto de la acción relacionado con la calidad de contratantes cumplidos de los promotores, al acatamiento de unos planes de pago cuya relevancia quedó disminuida a partir de la conducta procesal de los accionados y los demás medios de prueba practicados, los cuales preterminó, analizó de manera

fragmentada o dejó de apreciar a partir de un estudio panorámico del caso. Así como al haber dado por establecido que los únicos pagos realizados por ellos eran los reconocidos por la Fiduciaria, con evidente desconocimiento de otras probanzas, en especial, de los testimonios de Juliana Andrea Lemos Vargas – Marcos Alejandro Patiño Rueda del David Nicolás Herrera Salcedo y Sergio Esteban Quintana Orozco, gerente de David Nicolás Herrera Salcedo desde 2009, quienes aludieron a la conciliación efectuada entre la fiduciaria, la gerencia del proyecto Marcos Alejandro Patiño Rueda y los contadores que llevaban la totalidad de los registros contables, para aclarar y obtener certeza acerca del monto de los pagos efectuados por los beneficiarios de área, que igualmente concurrieron con esa finalidad.

6.2.- Para el casacionista el Tribunal también cometió error de hecho al dar por demostrado el cumplimiento contractual de las demandadas, bajo el entendido que la falta de adquisición del quinto inmueble no fue la causa de la parálisis del proyecto, yerro derivado de la errónea interpretación de los contratos y el cercenamiento u omisión de prueba documental y testimonial.

Sobre estos aspectos también le asiste razón a la censura, dado que, al margen de que se demostrará o no que la cesación de pagos de los demandantes obedeció a un acto voluntario de rebeldía por la falta de integración completa del patrimonio autónomo Sergio Esteban Quintana Orozco con los cinco lotes anunciados explícitamente en los tres contratos, como aquellos inmuebles fideicomitidos sobre los cuales se

edificaría el complejo, de todas maneras esa situación sí develaba una desatención de las obligaciones asumidas por los fiduciarios en el «Contrato de Marcos Alejandro Patiño Rueda de Administración», celebrado con Corficolombiana, cuyos efectos se extendían a sus relaciones comerciales con los beneficiarios de área, quienes fijaron sus expectativas en el desarrollo completo y no fraccionado del proyecto, en los términos que se definió el objeto del mismo en el numeral 6° de los antecedentes de los negocios de «encargo fiduciario» y en la cláusula primera de los contratos de «promesa de transferencia de dominio», estipulaciones que, a su vez, dimanaban de lo convenido en la Sergio Esteban Quintana Orozco.

La imputación de incumplimiento a las convocadas realizada en la demanda, se centró en dos aspectos: i) al fideicomiso solo ingresaron cuatro (4) predios, pese a que el proyecto «se vendió, promocionó y promovió» para ser desarrollado en cinco (5) lotes, sin la integración de todos los inmuebles la fase preoperativa no estaba concluida y por ello no era factible dar paso a la operativa (hecho sexto); ii) para el mes de mayo de 2010 programado para la entrega material de los bienes, no era posible realizar la escritura de transferencia porque la obra se encontraba interrumpida en forma definitiva, según se afirmó en el hecho noveno que fue admitido por todos los accionados.

Pese a lo anterior, el Tribunal solo se detuvo en el primer incumplimiento endilgado a los impulsores, en orden a verificar su justificación en la cesación de pagos, para concluir que la falta de adquisición del quinto lote no afectó

el avance de la primera etapa del proyecto, porque no tenía la «magnitud de romper la ecuación sinalagmática», dado que el

«incumplimiento resolutorio no puede ser insustancial, pues debe generar una frustración definitiva del interés del acreedor en la preservación del negocio jurídico».

Tal inferencia es contraevidente y da cuenta de pretermisión de las pruebas documentales y de un estudio fragmentado de la testimonial, en la medida que le resta importancia al acervo probatorio del que se deducía el desconocimiento de una obligación preponderante a cargo de los fideicomitentes en su calidad de constituyentes beneficiarios del fideicomiso, constructores del proyecto y promitentes vendedores de las unidades inmobiliarias, como lo era la completa integración del patrimonio autónomo que debía estar conformado por todos los inmuebles en los que habría de construirse el complejo inmobiliario en las cuatro etapas planeadas y reseñadas en los distintos negocios jurídicos. Así mismo, el ad quem desconoció medios persuasivos reveladores de que el proyecto no fue concluido ni siquiera en la primera de sus fases y que para la fecha en que se profirieron las sentencias de instancia estaba truncado definitivamente, al punto que ya ni siquiera contaba con licencia de construcción.

En efecto, el sentenciador colegiado para arribar a su conclusión no tomó en consideración el contenido de los tres negocios jurídicos que estaban concatenados entre sí, ni la relevancia que para su buen suceso tenía la completa integración del patrimonio autónomo destinado a su ejecución en la forma programada y comercializada. Por ejemplo, le restó importancia a que en el contrato de «David Nicolás Herrera Salcedo de Administración» se hubiera concertado que el Fideicomitente, planeaba adelantar por su cuenta y riesgo, un proyecto denominado Marcos Alejandro Patiño Rueda, consistente en «una torre de hotel, una torre de oficinas, una torre de consultorios y zona de comercio sobre el corredor turístico David Nicolás Herrera Salcedo de Medellín (...) en cuatro etapas, la primera para la zona de comercio, la segunda para los consultorios, la tercera para las oficinas y la última para el hotel», y que el proyecto así concebido solo podía llevarse a efecto si se ajustaba a lo que allí mismo se convino sobre los inmuebles donde éste se desarrollaría, que se aviene a lo que se estipuló en los pactos de «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución beneficio de local comercial u oficina que hace parte del Marcos Alejandro Patiño Rueda», cuya cláusula primera describe su objeto y en el parágrafo 2°, señala «El proyecto de que hace parte el local que se pretende transferir a título de restitución de beneficio se denomina “Marcos Alejandro Patiño Rueda”; se construye sobre los lotes de terreno identificados con los folios de matrícula inmobiliaria números 17735-74-956-2006-41554/555873/555866/555874 y 555867». (Se subraya).

Tampoco tuvo en cuenta que el testigo David Nicolás Herrera Salcedo, al ser interrogado acerca de las áreas comunes planeadas para efectuar en el lote 5, señaló:

(...) con riesgo a equivocarme un poco porque en realidad eso fue hace mucho tiempo, pero inclusive porque ese 5 lote tiene una forma irregular y parcialmente, repito, parcialmente afectaba el proyecto, en áreas que para mí eran circulaciones o zonas comunes de esa primera etapa. (...) PREGUNTA: en cuanto a los retiros, un proyecto

integrado por 5 lotes, que se le excluye uno de los lotes, ¿se afectarían los retiros del proyecto, por esa exclusión? RESPUESTA: si la exclusión es definitiva, sí señor. PREGUNTA: conoció usted, si en este caso la exclusión de ese lote fue definitiva?. RESPUESTA: no, siempre fue tenido en cuenta, el quinto lote, porque para esta consultoría, el lote formó parte del proyecto como una garantía directa al propietario original y no se había ingresado al patrimonio, para efectos de darle una mayor garantía real al propietario original del lote. PREGUNTA. Y los beneficiarios de área, ¿conoció usted si se les informó este tema de la exclusión de este quinto lote, y que iba a servir de garantía para el dueño del lote inicial? RESPUESTA: No estoy enterado si los beneficiarios de área conocían de esta situación, para mí siempre fueron 5 lotes y era un compromiso el que el 5 lote, en su momento, ingresaría al patrimonio autónomo, no solamente como una intención, sino como una obligación, porque si el proyecto fuese a ser completado en su totalidad, requería de que ese lote fuera ingresado al patrimonio autónomo, que en su momento, lo requeriría así la Fiduciaria Corficolombiana<sup>26</sup>.

No obstante, en el proceso quedó demostrado que el inmueble de matrícula

15188-42-543-2035-83058 relacionado como “quinto lote”, nunca ingresó al patrimonio autónomo David Nicolás Herrera Salcedo, así se desprende llanamente de las respuestas al libelo ofrecidas por los demandados y del certificado de tradición visible a folio 756 – 758, c. 1.1.

En resumen, si el Sergio Esteban Quintana Orozco se concibió y promocionó como un complejo inmobiliario integrado por cinco predios, para la construcción en cuatro etapas conformadas por comercio, torre de consultorios, torre de oficinas y una torre de Hotel, es incontrastable que, con independencia de la etapa en que se efectuara la vinculación, la motivación de los beneficiarios de área para adquirir locales comerciales en aquel estaba alentada por la expectativa de un significativo número de habitantes o

26 Cfr. Prueba trasladada expediente 66552-33-682-2000-59875 audio prueba testimonial, hora: 1:18:46.

visitantes de las distintas edificaciones que harían parte de él y que se convertirían en sus clientes potenciales; naturalmente, ese anhelo no era ajeno a la existencia de las zonas comunes o de circulación pensadas en el beneficio de sus futuros propietarios. Por lo mismo, es fácil deducir que si el proyecto fue diseñado para realizarse en cinco lotes de terreno, todos ellos eran necesarios para la completa conformación del fideicomiso.

En tal virtud, el tribunal erró en forma manifiesta al concluir que la falta de adquisición de ese bien era insustancial y que esa omisión no rompía la «ecuación sinalagmática», pues en este proceso no se acreditó ninguna circunstancia objetiva o razonable de la que pueda inferirse que para los demandantes era indiferente o irrelevante la completa integración del predio previsto para la construcción del proyecto; tampoco se acreditó que del diseño o comercialización del complejo constructivo, se dedujera sin lugar a equívocos que podía prescindirse de esa área sin menoscabo de su completa ejecución, siendo claro que esa omisión sí repercutía en los derechos de los futuros adquirentes conforme a las expectativas creadas y a las estipulaciones contractuales pactadas.

Emerge de lo expuesto, que el Fideicomitente desatendió sus obligaciones contractuales por no haber constituido el patrimonio autónomo de la magnitud señalada en los distintos negocios fiduciarios, y porque dentro del plazo máximo establecido para entregar y escriturar las unidades individuales (cláusulas cuarta y quinta de los

contratos de promesa de transferencia del derecho de dominio) ni siquiera concluyó la construcción de la etapa uno, y mucho menos constituyó el reglamento de propiedad horizontal como condiciones necesarias para ordenar a David Nicolás Herrera Salcedo que procediera con los trámites de escrituración.

Igual incumplimiento puede predicarse respecto de la sociedad fiduciaria en lo que ataña a los contratos de encargo fiduciario. En efecto, si al tenor del numeral 1º del artículo 1226 del Código de Comercio, una de sus obligaciones indelegables y quizás la más importante porque, en esencia, comprende todas las demás, ataña a «[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la

consecución de la finalidad de la fiducia», ésta tenía el deber de verificar no solo la existencia material y jurídica de los bienes que harían parte del fideicomiso, sino también su ingreso real y definitivo al patrimonio autónomo cuya administración se le confió, pues siendo de la esencia del contrato de fiducia mercantil la transferencia de uno o más bienes por parte del fiduciante al fiduciario, para que los administre o enajene en cumplimiento de una «finalidad determinada por el constituyente», la efectividad de ese hecho es lo mínimo que debió corroborar la fiduciaria en el ejercicio diligente de su labor profesional.

7.- En conclusión, en esta parte el cargo resulta fundado, razón por la cual habrá de casarse la sentencia censurada, sin lugar a condena en costas dada la prosperidad del recurso y se procederá en este mismo acto a emitir la sentencia de reemplazo.

## VII.- SENTENCIA SUSTITUTIVA

1.- No es menester agregar elucubraciones acerca de la viabilidad de la acción resolutoria en este asunto, dándose por reproducidas las que quedaron plasmadas en precedencia; además, no existe controversia acerca de la validez de los contratos que vinculan a las partes. En tal sentido, le corresponde ahora a la Corte, en sede de instancia, analizar si los recurrentes cumplieron la carga de acreditar que honraron o estuvieron prestos a cumplir las obligaciones contraídas con los convocados, para que pudiera salir airosa su pretensión resolutoria con la consecuente indemnización de perjuicios. Lo primero que debe advertirse es que, conforme a lo evidenciado, una cosa era demostrar la veracidad de las afirmaciones en cuanto al monto real de los pagos realizados, lo que se logró con la confesión parcial de David Nicolás Herrera Salcedo, así como con las certificaciones emitidas por el contador de Sergio Esteban Quintana Orozco (fls. 1038 a 1063, c. 1.2) y las respuestas que sobre ese aspecto brindó David Nicolás Herrera Salcedo Arango<sup>27</sup>, y otra muy distinta, acreditar su calidad de contratantes cumplidos o que se allanaron a acatar sus obligaciones en la forma y tiempo debidos.

27 Cfr. Audiencia, hora: 1:31:50.

El retardo de estos demandantes en el cumplimiento de los pagos pactados, se deduce de las mismas probanzas que permitieron establecer que en la fase de ejecución del contrato la Laura Isabel Montoya Pineda no se atuvo estrictamente a los planes suscritos por aquellos, y que prefirió acudir a comunicaciones directas con sus clientes para que se pusieran al día, mostrándose condescendiente porque sabía que de su parte tampoco estaba ejecutando la obra con la rapidez deseable.

Les correspondía entonces a los accionantes acreditar, por lo menos, que para la fecha en que tuvieron conocimiento de la frustración del proyecto, habían ejecutado las prestaciones a su cargo; o que la desatención en el pago de los abonos acordados estaba justificada ya fuera por el otorgamiento de nuevos plazos o por un previo incumplimiento de los demandados, lo que no ocurrió, como pasa a verse.

Es cierto que la prueba de los pagos no podía menguarse por el hecho de no haberse allegado los respectivos cronogramas acordados entre las partes, dado que para el efecto no se requería ninguna probanza especial o solemne, sino que regía el principio de libertad probatoria, no obstante, aún desde esa perspectiva es claro que los demandantes no cumplieron con la carga de su incumbencia para ejercer la acción resolutoria con resarcimiento de perjuicios; fue tal su descuido en ese cometido, que con la demanda omitieron aportar los acuerdos que daban cuenta de la forma en que cada uno de ellos se comprometió a saldar

el precio convenido, y tampoco aportaron pruebas de pago por sumas diferentes a las reconocidas por la Fiduciaria, ni copias de los recibos, consignaciones o transacciones bancarias efectuadas a favor de la David Nicolás Herrera Salcedo, pese a que en los contratos se estipuló con minuciosidad cómo debían hacerse los aportes. De modo que la demostración de los abonos quedó limitada a los admitidos por la Fiduciaria, las certificaciones del contador de la Promotora en el laborío de conciliación de cuentas referido por algunos testigos, y al dicho de Marcos Alejandro Patiño Rueda, medios de los cuales solo se deduce el monto de lo pagado, mas no su oportunidad ni la calidad de contratantes cumplidos de los gestores.

2.- Por tratarse de un litisconsorcio facultativo por activa, el análisis probatorio debe ceñirse a lo que cada uno de sus integrantes, recurrentes en casación, logró probar dado que su suerte en las resultas del proceso puede ser diferente. Al efecto se analizará cada caso en orden a determinar si los pagos acreditados corresponden al monto de las obligaciones contraídas por los promitentes compradores

durante la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que los demandantes hicieron abonos tanto a favor de Marcos Alejandro Patiño Rueda como de la Promotora.

En lo relacionado con el reconocimiento de los pagos efectuados por los beneficiarios de área, revisten especial importancia las respuestas ofrecidas por el testigo Laura Isabel Montoya Pineda Juliana Andrea Lemos Vargas – Laura Isabel Montoya Pineda del Juliana Andrea Lemos Vargas Gardens28:

PREGUNTA: En la reestructuración o estructuración para la reactivación de este proyecto, ¿usted tuvo en cuenta los pagos que hicieron los beneficiarios de área directamente a la promotora y los pagos realizados directamente a la fiduciaria para hacer los cálculos de lo pagado por ellos? RESPUESTA: Sí señor. Siempre se tuvo en cuenta los valores entregados por los beneficiarios de área, tanto directamente al proyecto como a David Nicolás Herrera Salcedo, en absoluto y fue verificado con los beneficiarios de área, conciliados los valores correctamente para que siempre fueran a recibir no solamente lo que habían pagado, sino que se comprometieran a pagar los saldos de cartera en el caso de que el proyecto continuara. PREGUNTA: usted manifestó que fueron conciliados, fueron conciliados contra que o contra quien, quien los autorizó esos saldos o esos valores?. RESPUESTA: Esa conciliación se hizo con la gerencia del proyecto a cargo de la Dra. Marcos Alejandro Patiño Rueda, con David Nicolás Herrera Salcedo y con los contadores del proyecto que llevaban la totalidad de los registros contables. En esa conciliación fueron requeridos los beneficiarios de área (...) yo diría que en un 90% se presentaron, aclararon los valores que habían entregado para el pago de sus inmuebles, y en su momento tuvimos una certeza bastante alta de los valores que habían entregado los beneficiarios de área. PREGUNTA: Quiere decir ello entonces que los inversionistas que usted estaba tratando de conseguir, partían de esas cifras conciliadas, para saber cuánto habían pagado los beneficiarios de área (...) RESPUESTA: Sí señor. Siempre fue una información pública, en el sentido de que fue abierta y transparente, y fue de conocimiento, tanto de la fiduciaria, como de los posibles promotores, como de beneficiarios de área que participaban en el estudio de cualquier operación, siempre y fue algo de lo que personalmente me ocupé, de que las cifras reflejaran lo más fielmente posible todos los acreedores (...) tratamos de hacer el mejor y juicioso trabajo de consolidar todo el pasivo del proyecto, a través de la contabilidad y la verificación muy juiciosa de todas las obligaciones que tenía el proyecto frente a terceros.

La testigo David Nicolás Herrera Salcedo, quien se desempeñó como Gerente de la Marcos Alejandro Patiño Rueda desde 200929, fue más específica con relación al monto de los

28 Prueba traslada del proceso 95667-41-381-2012-30933 del Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín. Hora: 1:15:25 y ss.

29 inscrita en la Cámara de Comercio de Medellín el 11 de junio de 2009 (fls. 40-43, c. 1).

pagos efectuados tanto a la fiduciaria como de manera directa a la promotora. Al efecto, señaló: CRESIBIENES tiene \$729.342.152-28-474-2024-30919 en la fiducia, un aporte de

\$900.149.190-10-823-2012-48097 y otro de \$615.791.614-65-269-2004-36846. Para un local se le destinaron

\$452.799.989-59-113-2029-65014 y para el otro \$755.130.412-19-839-2032-36755. (...) en la promotora

\$410.640.397-32-650-2029-94587, uno de \$283.172.638-55-389-2005-90643 y otro de

\$719.272.527-55-541-2012-77266, en total pues, no te sabría decir en cuantos pagos. (...) el total recaudado fue \$206.462.936-60-913-2017-46096. (...) PREGUNTA: Y finalmente de la sociedad

Formabienes Consultoría Jurídica Aster S.A.S.S. RESPUESTA: Ay, esa es cual. (...) yo tengo una de ALTABIENES que es \$738.949.940-70-804-2021-33303 a la fiduciaria y otra de

\$200.435.674-61-403-2020-37960 a la promotora, y tengo otro que me imagino que es la de Valentín, de \$294.547.712-68-550-2031-74173 y a la promotora \$236.793.282-84-269-2002-24783.

Estas respuestas guardan correspondencia con lo plasmado en las comunicaciones de Marcos Alejandro Patiño Rueda como contador del proyecto Laura Isabel Montoya Pineda, que el juez ordenó tener en cuenta al decretarlas como prueba de oficio en la tercera parte de la audiencia (hora: 00.50.10).

A partir de los supuestos fácticos de la demanda y los medios de convicción referidos, se acomete el estudio individual respecto de las suplicantes:

a) Cresibienes S.A., suscribió contratos de encargo fiduciario sobre los locales 102 y 103, por un valor de \$744.469.515-93-933-2029-12893 y \$785.145.541-19-974-2016-32313, respectivamente (fls. 86 – 97, c. 1) y en la demanda adujo que por aquellos pagó un capital de \$672.396.392-11-864-2004-30761. Juliana Andrea Lemos Vargas admitió haber recibido \$867.930.523-99-267-2024-45915; y la Gerente del David Nicolás Herrera Salcedo reconoció \$318.400.109-71-574-2015-86852. A folios 824 y 831 obran los «anexos 1» de los dos contratos de encargo fiduciario, que dan cuenta de los planes de pago respecto a esos inmuebles. Dichos 30 Cfr. Audiencia hora: 1:31.50 y ss.

documentos tienen 3 columnas que refieren: mes, día y «valor Corficolombiana inversión local», sin especificar el año, por ello, debe entenderse que esas fechas atañen a las posteriores a la firma de los contratos que acaeció el 20 de febrero de 200831.

De ese modo, para pagar el precio de \$669.369.123-29-209-2022-40162 del local 102, Cresibienes S.A., se comprometió así:

Y en cuanto al local 103 cuyo precio total era

\$636.161.579-31-176-2017-44238, con las mismas precisiones respecto a la fecha de los pagos, se tiene:

31 Aunque en los contratos quedó escrita como fecha 20 de febrero de 2007, es claro que la relación del año no corresponde puesto que si la fiducia mercantil se celebró el 1° de septiembre de 2017, los contratos de encargo fiduciario tuvieron que ser posteriores, por lo tanto, se infiere que la fecha corresponde al año inmediatamente siguiente.

Así, esta accionante se comprometió a pagar a la Fiduciaria entre febrero de 2008 y mayo de 2010, la totalidad del precio acordado en los encargos fiduciarios, de manera que, para esa última anualidad, cuando según se constató ya estaban sucediendo los retrasos de la obra, debía haber pagado todo el precio. De ahí, que los \$479.505.587-46-594-2021-35358 acreditados como abonos, ni siquiera alcanzaron a cubrir el precio de uno de los locales.

b.) Altabienes S.A. (absorbida por Formabienes S.A.) celebró contratos de encargo fiduciario respecto de los locales 109, 125, 129 y 206, que tenían un precio total de

\$612.102.457-49-463-2021-47200. David Nicolás Herrera Salcedo dijo que recibió de esta compañía \$579.485.998-94-849-2035-21108, mientras que la Gerente de la Sergio Esteban Quintana Orozco relacionó las sumas de

\$840.345.627-58-651-2000-54342 y \$689.174.602-66-445-2028-66050, esto es, \$674.832.984-26-811-2024-69245 a

nombre del proyecto. Por cuento no existe ningún elemento demostrativo del cual pueda inferirse que con esa suma se satisfacían los pagos periódicos por los cuatro inmuebles en la forma pactada con los acreedores, solo puede concluirse

que esta demandante no demostró ser contratante cumplida o dispuesta a cumplir.

En síntesis, ninguno de los recurrentes 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.

3.- Laura Isabel Montoya Pineda de primera instancia sin otros miramientos descartó la legitimación de los convocantes para sacar avante la acción resolutoria, sin tener en cuenta que las accionadas también incumplieron las obligaciones de su incumbencia.

A propósito de la oportunidad en la que los contratantes debían cumplir sus compromisos contractuales, aunque se dilucidó que en principio las prestaciones debían ejecutarse de manera gradual, en definitiva y de frente a la satisfacción de sus recíprocas obligaciones y expectativas, éstos resultaban simultáneos. Ciertamente, de acuerdo a la literalidad de los tres contratos coligados, los fideicomitentes se comprometieron a desarrollar su proyecto inmobiliario en cuatro etapas y sobre cinco lotes de terreno que entrarían a conformar el patrimonio autónomo destinado para tal fin, así como a ordenarle a la Fiduciaria que procediera a la escrituración de los bienes prometidos a los beneficiarios de área; a su turno, en los negocios de encargo fiduciario y de promesa de transferencia del dominio, estos últimos asumieron la obligación de pagar por cuotas el precio de los inmuebles prometidos desde la etapa preoperativa en la que se encontraba el proyecto, de tal manera que para la

fecha

en que se proyectaba concluir la construcción hubiesen terminado de sufragar la totalidad del precio de las unidades inmobiliarias de su interés.

En ese sentido, en la cláusula séptima de los contratos de «Laura Isabel Montoya Pineda de vinculación al fideicomiso Marcos Alejandro Patiño Rueda» se consignó, (... ) la escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión de las unidades (...) será otorgada por Marcos Alejandro Patiño Rueda, como vocera de David Nicolás Herrera Salcedo, y por los Beneficiarios de Área o por sus cessionarios (...) una vez se haya cumplido por Laura Isabel Montoya Pineda de Área con la entrega de los recursos a los cuales se obliga en virtud del presente contrato, y una vez haya sido terminada la obra por parte de Juliana Andrea Lemos Vargas, se encuentre registrado el reglamento de propiedad horizontal de Laura Isabel Montoya Pineda y sus aclaraciones, en caso de que las haya, lo cual deberá darse en un plazo máximo de treinta meses contado a partir de la firma del presente contrato. (subraya intencional).

Y en la cláusula cuarta de las «Promesas de transferencia de dominio» se indicó que el promitente uno hará entrega al promitente dos del inmueble que se pretende transmitir a título de restitución de beneficio, «veinte meses después de la obtención del punto de equilibrio de cada etapa. Esta fecha está supeditada al cumplimiento por parte del promitente dos (...) en el cumplimiento de los pagos de las cuotas a que se obliga (... )».

Desde la perspectiva de los contratos bilaterales, salta a la vista el incumplimiento de los fiduciantes derivado de la omisión de traspasar al patrimonio autónomo los cinco lotes descritos en los tres negocios jurídicos mencionados, obligación que era inherente a la naturaleza del contrato genitor de fiducia mercantil, pues al tenor del artículo 1226 del Código de Comercio, éste consiste, precisamente, en la

transferencia del bien o de los bienes que hace el fiduciante al fiduciario para cumplir una finalidad determinada, en este caso, la construcción de un complejo inmobiliario, el cual solo podía materializarse en la forma acordada con los vinculados, con la aportación de la totalidad de los inmuebles requeridos para ese efecto.

De ahí, que sin importar en cuantas etapas se pretendía concluir el proyecto y mucho menos si expresamente en el acto de constitución de la fiducia no se condicionó la iniciación de la obra a la transferencia de todos los bienes al patrimonio autónomo que administraría la fiduciaria, lo cierto es que la desatención de ese deber por parte de los fideicomitentes, dada la naturaleza del contrato, es contraria a las exigencias de la buena fe que hace parte integrante de aquel conforme al artículo 1603 del Sergio Esteban Quintana Orozco, según el cual, «[...]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella», en armonía con el 871 del Código de Comercio, que extiende esa conformidad a «la ley, la costumbre o la equidad natural».

Por otra parte, al tenor de los mismos actos jurídicos cuya estrecha conexión causal es innegable, al momento previsto para realizar la escrituración se consolidaría la transferencia de dominio de los espacios privados y comunes de las edificaciones a los beneficiarios de área, para esa época, entonces, ellos deberían haber terminado de pagar la totalidad del precio, y a su turno, los Fiduciantes tener

concluida la obra y registrado el reglamento de propiedad horizontal del proyecto.

Así las cosas, si como quedó visto los demandantes no efectuaron todos los pagos durante la ejecución del proyecto, y al no acreditar en el juicio que honraron en forma debida esos convenios faltaron a la carga que los habilitaba para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, esa situación no impide que, de cara al incumplimiento de las prestaciones correlativas de sus contradictores, puedan considerarse en un plano de mutua inobservancia pues aquellos tampoco acreditaron la satisfacción de sus deberes en la forma y tiempo fijados.

En consecuencia, como los beneficiarios de área no terminaron de pagar el precio durante el plazo y los Fideicomitentes no integraron a cabalidad el patrimonio autónomo antes de dar inicio a las obras materiales que ni siquiera concluyeron, tampoco constituyeron reglamento de propiedad horizontal, y mucho menos le ordenaron a la Fiduciaria proceder a la escrituración de los bienes prometidos, no

llama a duda que el incumplimiento de los contratantes fue recíproco, simultáneo y sustancial.

4.- Las anteriores apreciaciones ponen de relieve el mutuo e injustificado incumplimiento de los contratantes, y que aun así el fallo opugnado los mantuvo vinculados a una relación jurídica que de hecho ya estaba definitivamente frustrada, sin otorgarle solución a la controversia que los enfrentó. Lo ocurrido, permite deducir la concurrencia de los supuestos que viabilizan aplicar el criterio recientemente acuñado por la Corte en SC25594-53-335-2008-90707, reiterado en SC3666- 2021, respecto a la posibilidad de acceder a la resolución del contrato en los eventos de recíproco incumplimiento, pero sin indemnización de perjuicios.

#### 5.- De la responsabilidad de las accionadas

Las súplicas de la demanda se dirigieron de manera principal a que se declarara que los convocados son responsables en forma solidaria, por el incumplimiento grave de dos obligaciones principales: i) traditar o transferir a los demandantes el dominio de los locales comerciales ofrecidos y, ii) no realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto Fiduciario, conforme a lo pactado en los contratos de «Encargo fiduciario de vinculación al David Nicolás Herrera Salcedo» y «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio», que suscribieron con los accionantes.

##### 5.1.- Responsabilidad de los Fideicomitentes.

David Nicolás Herrera Salcedo y David Nicolás Herrera Salcedo, formularon la defensa que denominaron «imposibilidad jurídica para ejercer la acción resolutoria», frente a la cual bastan las apreciaciones efectuadas en precedencia para hallarla infundada, con la precisión referente al mutuo incumplimiento advertido en esta causa. Por lo demás, el incumplimiento endilgado a los impulsores porque «se sometieron con su vinculación a un mecanismo alternativo de solución de conflictos», tampoco tiene sustento, toda vez que en el plenario obra respuesta de la Cámara de Comercio de Bogotá, referente a que el trámite de «amigable composición» invocado, concluyó el 27 de junio de 2014, cuyo informe final da cuenta de que éste terminó «sin fórmulas de transacción entre las partes» (fls. 88829-45-163-2000-70560, c.1)

También alegaron «ausencia de solidaridad», sustentada en que «bajo ningún entendido puede predicarse la existencia de solidaridad entre las demandadas», porque cada una de ellas desempeñó un rol específico en el fideicomiso Marcos Alejandro Patiño Rueda. Además, porque el 31 de julio de 2009 entre David Nicolás Herrera Salcedo y Sergio Esteban Quintana Orozco

S.A como cedentes, a favor de David Nicolás Herrera Salcedo S.A. como cesionaria, se suscribió el contrato de «cesión de posición contractual y participación en el Sergio Esteban Quintana Orozco», por virtud del cual, la cesionaria adquirió el 100% de los derechos y obligaciones que se derivaban del contrato de Marcos Alejandro Patiño Rueda, negocio aceptado expresamente por la Fiduciaria y conocido por todos los beneficiarios de área, quienes al suscribir los documentos de vinculación adhirieron a las estipulaciones del contrato fiduciario, que incluía la cesión del fideicomitente.

En orden a demostrar sus aseveraciones, aportaron copia del referido contrato (fls. 573 – 575 c.1), que da cuenta del acuerdo entre cedentes y cesionaria, con la firma de la representante de Corficolombiana en señal de notificación.

Tal documento cumple los requisitos previstos en la cláusula vigésima sexta del Contrato de Marcos Alejandro Patiño Rueda y así se concretó su objeto: «El cedente mediante el presente documento cede a título gratuito a los cesionarios, el ciento por ciento (100%) de la posición contractual como Fideicomitentes y participación en el Juliana Andrea Lemos Vargas», y en la sexta se indicó que «los cesionarios al momento de la presente cesión, manifiestan conocer y aceptar en su integridad el contrato de Marcos Alejandro Patiño Rueda denominado David Nicolás Herrera Salcedo (...)»

El acto jurídico cedido fue el de Juliana Andrea Lemos Vargas, y aunque no existe constancia de que los beneficiarios de área hayan aceptado expresamente la cesión que a título gratuito hicieron los fiduciantes con quienes suscribieron los respectivos negocios, se resalta que el apoderado de los demandantes en el traslado de las excepciones manifestó que era cierto que dicha cesión «fue de conocimiento tanto de mis apoderados como de los demás beneficiarios de área», pero que aquella operó solamente respecto de la calidad de fideicomitentes de los demandados, y que de ahí en adelante, por lo menos, David Nicolás Herrera Salcedo siguió ejerciendo su función de gerente, promotor y vendedor del proyecto inmobiliario.

Al efecto, debe tenerse en cuenta que a la luz del artículo 894 del Código de Comercio, «La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888» (subraya intencional).

En ese caso, aunque no se probó que a los demandantes se les hubiera notificado la cesión, la respuesta que frente a esa defensa presentó su apoderado tiene efectos de confesión conforme al artículo 197 del Código de Sergio Esteban Quintana Orozco - vigente para la época de integración del contradictorio-, además, la conducta que ellos observaron en la ejecución del contrato también da cuenta de la aceptación tácita de la cesión, dado que efectuaron pagos directamente a la Promotora, tal y como lo reconoció su representante legal al absolver interrogatorio, cuando admitió que ellos hacían pagos tanto a favor del Fideicomiso como de la Promotora<sup>32</sup>.

Con todo, debe tenerse en cuenta que Sergio Esteban Quintana Orozco y Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. no solo fueron demandados en calidad de Fideicomitentes iniciales, sino que el primero también lo fue como gerente del proyecto y la segunda como constructora, calidades irrefutables que éstos asumieron en la Laura Isabel Montoya Pineda según quedó consignado en el párrafo de la cláusula primera: «8. Gerente del proyecto, o simplemente el gerente, será Laura Isabel Montoya Pineda, quien será la persona encargada de adelantar, por su cuenta y riesgo, la gestión administrativa, jurídica y técnica del proyecto y la coordinación general de éste»; y «9. Constructor del Proyecto. La construcción la efectuará la sociedad Juliana Andrea Lemos Vargas S.A.».

Aunado a lo anterior, no puede pasar inadvertido que Laura Isabel Montoya Pineda en los contratos de «promesa de transferencia de dominio», manifestó actuar en nombre propio, y como representante legal de Marcos Alejandro Patiño Rueda

32 Cfr. 2º parte audiencia. Hora: 00:29:08.

S.A., de ahí que la primera condición lo mantiene atado a esta causa de manera personal; en cuanto a la segunda, comoquiera que esta última cedió a título gratuito su posición y participación en el Laura Isabel Montoya Pineda, ello constituyó una donación, que al tenor del artículo 1476 del David Nicolás Herrera Salcedo, no priva a sus acreedores de la acción que contra ella tuvieran.

Puestas de ese modo las cosas, resulta palpable que tanto Juliana Andrea Lemos Vargas S.A., en su papel de

«cesionaria de la posición contractual como Fideicomitentes y participación en el Sergio Esteban Quintana Orozco»; como Juliana Andrea Lemos Vargas y Laura Isabel Montoya Pineda S.A., son obligadas solidarias frente a los demandantes, razón por la cual es infundada la excepción propuesta.

#### 5.2.- Responsabilidad de la Fiduciaria.

Corficolombiana S.A. fue demandada como vocera y administradora del Laura Isabel Montoya Pineda y en su propio nombre. La imputación se presenta en dos vertientes que guardan relación con las dos formas en que fue vinculada al juicio, en primer lugar, se le acusa de no haber cumplido la obligación de escriturar a los accionantes las unidades inmobiliarias prometidas y, en segundo, por falta de diligencia en su gestión al no velar por la integración del patrimonio autónomo con los cinco lotes necesarios para la construcción del proyecto y pese a ello, haber transferido dineros al constructor.

5.2.1.- Responsabilidad de la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo Marcos Alejandro Patiño Rueda.

El 1º de septiembre de 2007 Sergio Esteban Quintana Orozco y Laura Isabel Montoya Pineda S.A., como fideicomitentes y beneficiarios, celebraron con Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A., un contrato de «Laura Isabel Montoya Pineda de Administración», en virtud del cual se constituyó el patrimonio autónomo «Laura Isabel Montoya Pineda», y entre las instrucciones dadas a la Fiduciaria en la cláusula 20, se plasmó, «9. Otorgará las escrituras mediante las cuales se transferirán a los beneficiarios de área, los bienes inmuebles en cabeza del patrimonio autónomo, respecto de los cuales, de acuerdo con los contratos celebrados, tengan derecho cada uno de ellos (...).».

Como contratos coligados a este, se suscribieron los de

«Laura Isabel Montoya Pineda de vinculación al David Nicolás Herrera Salcedo» en los que, además de los involucrados en la David Nicolás Herrera Salcedo, fueron parte los ahora demandantes en calidad de «beneficiarios de área»; así como los de «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio», que fueron firmados por estos últimos y por los fiduciarios, sin participación

de la fiduciaria.

Dentro de ese entramado negocial, es claro que la finalidad última de los Fideicomitentes era conseguir la vinculación a su proyecto constructivo de terceros que hicieran aportes económicos para su realización, quienes, a su vez, tenían interés en participar en él para adquirir la propiedad de algunas de las unidades inmobiliarias que

harían parte de su estructura. Siendo esa la causa y fin último de la relación contractual, su conclusión se orientaba a la transferencia que a título de «restitución de beneficio», recibirían los beneficiarios de área, a través de la Fiduciaria, tal y como quedó plasmado en los contratos.

En esas condiciones, Corficolombiana como vocera del patrimonio autónomo, para efectuar dicha transferencia a los

«promitentes compradores», estaba condicionada a recibir la instrucción de los «Beneficiarios del Fideicomiso», de acuerdo con lo indicado en la cláusula 1º contrato de promesa de transferencia de dominio; además, para obrar de ese modo, era menester verificar que se dieran los supuestos previstos en el canon séptimo de los encargos fiduciarios, esto es, que el beneficiario de área hubiera cumplido «con la entrega de los recursos a los cuales se obligó», y que los beneficiarios hubiesen terminado la obra y registrado el reglamento de propiedad horizontal.

Si como quedó dicho, los negocios de encargo fiduciario y de promesa de transferencia del dominio, fueron incumplidos tanto por los beneficiarios de área como por el fideicomitente, y además, la obra constructiva del Marcos Alejandro Patiño Rueda quedó paralizada de manera definitiva antes de que se finiquitara la ejecución de su primera etapa, ningún incumplimiento puede derivarse para la vocera del patrimonio autónomo por el hecho de que la escrituración de las unidades inmobiliarias no se hubiese llevado a efecto, comoquiera que esa gestión estaba necesariamente condicionada al previo cumplimiento de los deberes de aquellos contratantes.

#### 5.2.2.- Responsabilidad de Laura Isabel Montoya Pineda S.A.

La atribución de responsabilidad a la fiduciaria en nombre propio se centró en el incumplimiento de los deberes previstos en los numerales 1º, 4º y 7º del artículo 1234 del Código de Comercio, con sustento en que no veló para que al Fideicomiso ingresaran los cinco predios en los que debía edificarse el proyecto y, pasando por alto esa situación, siguió adelante sin advertirle a los beneficiarios de área el riesgo de no estar completa la titularidad de los lotes a nombre del patrimonio autónomo.

Escrutado el contrato de Marcos Alejandro Patiño Rueda, en el ordinal segundo de las consideraciones iniciales, se refirió que el fideicomitente «instruye a Sergio Esteban Quintana Orozco para que ésta como vocera y administradora del Fideicomiso suscriba con los propietarios, la escritura pública por medio de la cual éstos transfieran la propiedad de Sergio Esteban Quintana Orozco», que correspondían a los predios de matrículas 24055-69-322-2020-40554, 20344-51-401-2009-52599, 77157-84-432-2005-51832, 44464-45-219-2013-47045 y 001-

555867 (cláusula 3º); además, entre las definiciones adoptadas en la cláusula primera, se incluyó: «7. Los inmuebles: Son los lotes que se transferirán a la Fiduciaria por medio de escritura pública que suscriba con Marcos Alejandro Patiño Rueda», y en la cláusula tercera, «David Nicolás Herrera Salcedo que formarán parte de Laura Isabel Montoya Pineda son los identificados con los folios 38873-70-305-2012-35433, 33784-21-607-2019-17283, 31512-49-159-2010-40185, 86955-61-467-2034-46555, y 66441-34-178-2018-77140»

Posteriormente, en la cláusula vigésima, se plasmaron las instrucciones que la fiduciaria debía seguir para el desarrollo del objeto del proyecto, siendo la primera, «suscribir, como vocera y administradora de Sergio Esteban Quintana Orozco, la escritura pública por medio de la cual se transfiere a ella, la propiedad sobre los inmuebles», y en el numeral 4 «administrar los valores recaudados y los recursos financieros obtenidos, destinándolos a girar las sumas correspondientes a costos y gastos de Laura Isabel Montoya Pineda (...)»

Ahora bien, como no existe discusión respecto a que de los referidos bienes el identificado con matrícula 75049-75-354-2032-55831 no ingresó al fideicomiso, así se afirmó en el libelo y lo admitieron los convocados, corresponde analizar si la Fiduciaria desatendió sin justificación su obligación legal de «realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia», o su deber de defender los bienes del fideicomiso (num. 1 y 4, art. 1234 C. de Co.), por el hecho de

haber dado por superada la fase preoperativa de la primera etapa permitiendo la iniciación y avance de la ejecución de la obra sin la adquisición del denominado «quinto lote», que a la postre nunca ingresó al patrimonio autónomo.

Aunque por virtud del referido contrato de fiducia mercantil Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. asumió la obligación de suscribir las escrituras por medio de las cuales los propietarios de los 5 predios destinados para la ejecución del proyecto se los transferirían al Fideicomiso, lo cierto es que los fideicomitentes no honraron a cabalidad ese compromiso atinente, nada más ni nada menos, que a la completa conformación del fideicomiso en que se construiría el conjunto inmobiliario. No obstante, la fiduciaria no demostró que diligentemente hubiese desarrollado actividades encaminadas a defender los bienes destinados a ese propósito, orientadas a verificar y a exigir que estuvieran incluidos todos aquellos necesarios para lograr su cometido en la forma estipulada desde su constitución.

Resulta además incuestionable que siendo esa una de las principales obligaciones asumidas por los fiduciantes, su omisión comprometía la debida conformación del fideicomiso y, de contera, la satisfacción de las obligaciones contraídas con los terceros vinculados como beneficiarios de área por sus expectativas frente a lo que sería el complejo inmobiliario en su conjunto; de ahí lo infundada que resulta la tesis referente a que al haberse planteado la construcción del proyecto en cuatro etapas, no era indispensable contar con la titularidad de los cinco predios en cabeza del fideicomiso Juliana Andrea Lemos Vargas, para iniciar la fase operativa de la primera, pues, conforme al acervo probatorio, la voluntad de los accionantes al vincularse a ese proyecto no era solo adquirir alguno de los locales comerciales que allí se construirían, sino hacer parte de lo que representaban todas esas edificaciones concentradas en un mismo lugar, dadas las bondades y beneficios económicos que ofrecían.

Siendo ello así, es claro que la fiduciaria no era una convidada de piedra en punto a la verificación de que el patrimonio autónomo estuviese integrado en su totalidad antes de que se iniciara la fase operativa del proyecto, pues con independencia de que en las cláusulas contractuales no se le haya impuesto de manera específica esa obligación, es evidente que en su calidad de administradora profesional en ese tipo de negocios, estaba compelida a realizar con diligencia todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, que, naturalmente, incluían la completa composición del patrimonio autónomo, como garantía de seriedad frente a todos los vinculados al proyecto inmobiliario.

A ese respecto, cobra especial relevancia lo acotado en segmentos anteriores acerca de la función integradora del contrato que ostenta la buena fe y las reglas secundarias de conducta que emanan de ella, como información, consejo y previsión, de mayor exigencia dado el carácter de negocio basado en la confianza propio del celebrado con los ahora demandantes, quienes se duelen de no haber sido informados sobre la falta de adquisición de ese predio ni de las consecuencias adversas que para su inversión podrían derivarse de los paulatinos retrasos en que fueron incurriendo los constructores de la obra.

Es claro que en la fiducia inmobiliaria, el deber de información se concreta en la comunicación que la fiduciaria, actuando como administradora de los recursos de los inversionistas y vocera del patrimonio autónomo, debe mantener con los beneficiarios interesados en el buen suceso de las obras, quienes comúnmente constituyen la parte débil de la relación contractual y centran sus expectativas respecto al conocimiento de la información de lo que allí acontezca, en la seriedad, probidad y diligencia de la fiduciaria, que como se indicó en precedencia, funge como depositaria de la confianza de que cumplirá correctamente el objeto del contrato atendiendo su capacidad administrativa y técnica en la gestión de intereses ajenos, por lo que la defraudación de esa confianza va en contra también del principio de buena fe en su función integradora del negocio jurídico.

Obsérvese que en su defensa Corficolombiana ni siquiera adujo que al tener conocimiento de la falta de tradición del lote Nro. 5 al fideicomiso les hubiera informado a los beneficiarios de área esa circunstancia o su opinión acerca de las consecuencias que esa omisión pudiera llegar a generar, o las prerrogativas de las que gozaban los contratantes de no integrarse debidamente el terreno destinado a la finalidad de la fiducia. Tampoco mencionó, y mucho menos probó, que hubiera tomado medidas encaminadas a exigir a los fiduciantes que, previo al adelantamiento de las obras, se consolidara el

patrimonio autónomo con todos los inmuebles necesarios para su cometido, lo que deja al descubierto una absoluta falta de previsión de cara a los efectos que esa desatención podía generar en el desarrollo inmobiliario y en la garantía de su íntegra ejecución, lo que resulta intolerable respecto de una profesional autorizada para celebrar y administrar negocios fiduciarios mercantiles.

Y no se diga que la mencionada sociedad acreditó la debida diligencia que se espera de una profesional en esos

menesteres, con la copia de la escritura 5061 del 28 de julio de 2008, por la cual Laura Isabel Montoya Pineda y Juliana Andrea Lemos Vargas S.A., celebraron contrato de «compraventa de gananciales y derechos hereditarios vinculados» con Marcos Alejandro Patiño Rueda de Chica, sobre el inmueble de matrícula 001- 555872 (fls. 809 – 813, c. 1), por cuanto ese acto no era idóneo para transferirlo al patrimonio autónomo Marcos Alejandro Patiño Rueda; es más, el mismo David Nicolás Herrera Salcedo al rendir interrogatorio manifestó que le restituyó el referido bien a su propietario, ante la imminencia de la paralización del proyecto, a manera de garantía para aquel, lo que, de suyo, iba en contra de los intereses del fideicomiso y de los demás beneficiarios.

Las anteriores apreciaciones son suficientes para concluir que Juliana Andrea Lemos Vargas, desatendió sus obligaciones legales y convencionales en los aspectos que le endilgaron los gestores de la Litis, al tiempo que inobservó la buena fe y los deberes secundarios de información, previsión y consejo inherentes a la modalidad contractual que la vinculó con los accionantes, los cuales entraron a integrar el contrato de conformidad con los artículos 1603 del Laura Isabel Montoya Pineda y 871 del Código de Comercio.

En consecuencia, se procede a analizar las defensas formuladas en aras de enervar las pretensiones.

a).- «Diligencia y cuidado. Ausencia de culpa», sustentada en que cumplió todas sus obligaciones, en la medida que administró los recursos de forma adecuada y les dio la destinación pactada, por lo que no puede asumir las consecuencias de un eventual incumplimiento de las demás demandadas en la ejecución del proyecto y la fecha de entrega a los accionantes.

Al respecto, en la parte expositiva de esta providencia, se elaboró la pertinente disertación concerniente a que la carga de diligencia que deben acreditar estas sociedades no es la propia de un hombre común por el hecho de que al tenor del artículo 1243 del Código de Comercio solo estén obligadas a responder por culpa leve, sino que obedece a un estándar mayor exigible a un profesional especializado en administrar fiducias mercantiles, esto es, la de «un buen hombre de negocios», que le impone acreditar extrema diligencia en la gestión encomendada.

Nítidamente se advierte que el actuar de la fiduciaria en el evento examinado al no velar por la debida integración del fideicomiso cuya administración le fue confiada, no se aviene a la especial diligencia exigible a una profesional en su especialidad, de cara a las consecuencias que esa situación podía llegar a generar en el desarrollo del proyecto, sin que sea menester reproducir el análisis efectuado al deducir su incumplimiento. Por lo anterior, la excepción resulta frustránea.

b).- «Contrato no cumplido. Incumplimiento contractual de los demandantes» frente a esta defensa bastan las consideraciones efectuadas al analizar la viabilidad de la acción resolutoria, pues advertida la situación de mutuo

incumplimiento, se descarta la posibilidad de éxito de la excepción que le endilga esa desatención solo a los accionantes o a los demás demandados; y en cuanto a la denominada «esquema fiduciario de beneficiarios de área para el desarrollo de proyectos inmobiliarios», es apenas ilustrativa del modelo negocial pero no contiene ningún argumento defensivo concreto, por lo que no amerita pronunciamiento, y la denominada «ausencia de nexo causal», tampoco tiene asidero, dado que, tal y como se estudió en acápite anterior, la responsabilidad de la fiduciaria es directa derivada de su falta de diligencia y no de los retrasos y paralización del proyecto.

c).- «Ausencia absoluta de legitimación en la causa por activa en relación con de Formabienes Servicios Comerciales Vector S. en C.S.». Al respecto, cabe precisar que en la demanda se afirmó que esta sociedad se vinculó al fideicomiso también por el local 208, sin embargo, en los documentos adosados aparece Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. como el beneficiario de área de ese local (fls. 147 – 158 y 20898-99-751-2033-49256), además, se allegó documento denominado «cesión de posición contractual en el encargo de vinculación al fideicomiso soler grandes (local comercial)», fechado 19 de mayo de 2010, suscrito por Sergio Esteban Quintana Orozco en representación de

Laura Isabel Montoya Pineda y el representante de Juliana Andrea Lemos Vargas de Bienes 21 S.A., y se anuncia que aquella fue aceptada por Sergio Esteban Quintana Orozco (fls. 159 -161, c. 1), sin embargo, la comunicación obrante a folio 161 carece de constancia de recibido y como puede verse en su escrito de réplica la fiduciaria cuestionó la legitimación por activa en lo que respecta a ese local.

En esas condiciones, comoquiera que al tenor del artículo 894 del Código de Comercio «[I]a cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888», no queda otro camino que declarar probada la mencionada excepción.

d).- «Ausencia de legitimación en la causa por pasiva de Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. en posición propia», por cuanto esa sociedad «participó en el contrato cuya declaratoria de incumplimiento se pretende en calidad de vocera y administradora del Juliana Andrea Lemos Vargas, pero en forma alguna participó en posición propia», y al no ser parte en el contrato, mal podría incumplir las obligaciones plasmadas en él.

Es del caso señalar que esa compañía se le imputó negligencia en el cumplimiento de su gestión y desatención de algunos de sus deberes legales e indelegables consagrados en el artículo 1234 del estatuto mercantil, esto es, de obligaciones propias contraídas por virtud del contrato de fiducia mercantil y los conexos de encargo fiduciario, de ahí que, en la forma como se plantearon los hechos y pretensiones de la demanda, sí estaba llamada a resistir de manera directa las pretensiones.

En pasadas oportunidades la Sala se ha pronunciado acerca de la factibilidad de demandar la responsabilidad directa de la fiduciaria cuando cause daño a consecuencia de sus propias acciones u omisiones y no en calidad de vocera del patrimonio autónomo que administra<sup>33</sup>. Así, por ejemplo, en SC 1º jul. 2009, exp. 21227-25-298-2002-82642, puntualizó que, si bien el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del contrato por los actos o negocios de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, los que recaen directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo, de todas maneras,

(...) esa sola circunstancia no autoriza excluir in radice la responsabilidad personal del fiduciario por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio "directamente por situaciones en que se le sindique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo" (Cas.civ. agosto 3/2005 [SC-47559-12-183-2011-10652], exp.1909).

Sobre este aspecto, la Corte reiterando su doctrina, puntualizó por regla general "que las obligaciones que adquiera el fiduciario en la cabal ejecución del encargo recaen sobre ese patrimonio autónomo, no sobre el suyo propio, por manera que su responsabilidad no se ve comprometida. Ahora, cosa distinta es, como ya se puso de presente, que por razones de otra índole, verbi gratia., las derivadas de un obrar excesivo o contrario a las estipulaciones negociales o a los fines de la fiducia, entre otras posibles hipótesis que no es del caso escrutar en toda su extensión, el fiduciario comprometa su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida, en que el que con su dolo o culpa causa un daño está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario

33 Cfr. CSJ SC 3 AGO. 2005 exp. 1909; CSJ SC 31 may. 2006, exp. 0293 y CSJ SC41484-74-299-2025-99970.

(art. 2341 del C. Civil)". (Cas.civ. mayo 31/2006 [SC-80845-25-273-2012-85230], exp.0293).  
(...)

Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.

Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados. (subraya intencional).

En suma, como tuvo oportunidad de precisarlo en época pretérita la Corte, las características y peculiaridades de la fiducia mercantil y, en particular, la conformación del patrimonio autónomo, la escisión patrimonial y la personalidad jurídica del fiduciario, no excluyen en determinadas hipótesis su responsabilidad personal, tal como lo consideró el tribunal al imponerla a la demandada recurrente por su conducta lesiva de los derechos de la demandante al rehusarse a devolverle los dineros entregados en parte del precio si el proyecto se frustraba, no obstante, comprometerse y encontrarse autorizada expresa e irrevocablemente por la fideicomitente promitente vendedora en el contrato de promesa y en el contrato de fiducia, por un acto inherente a su gestión, pues con tal conducta se apartó de las instrucciones impartidas al respecto.

Deviene de lo expuesto, la infertilidad del medio exceptivo y del titulado «tasación excesiva de los eventuales perjuicios», soportado en que no era posible pedir indemnización a la fiduciaria en posición propia.

d).- «Inexistencia de solidaridad entre Laura Isabel Montoya Pineda

S.A. como vocera y administradora del Marcos Alejandro Patiño Rueda y Sergio Esteban Quintana Orozco, Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. y Sergio Esteban Quintana Orozco», como quiera que las obligaciones a cargo de cada

una de las demandadas eran distintas y perfectamente diferenciadas. Ningún pronunciamiento se hará sobre esta excepción, por cuanto si el apoderado de Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. en toda la extensión de su escrito de réplica recalcó que solo actuaba en representación de esa compañía en «posición propia» (fls. 714 – 749, c.1.1.), carecía de legitimidad para proponer medios enervantes en favorecimiento de la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, que, a su vez, acudió al juicio confiriendo poder a otro togado.

6.- De la responsabilidad in solidum endilgada a los demandados.

Teniendo en cuenta que en el libelo se pidió declarar a los convocados solidariamente responsables frente a los accionantes, es menester analizar si, de acuerdo con la ley o lo concertado en los mencionados negocios jurídicos, es factible predicar una responsabilidad de esa índole.

Se memora que las obligaciones solidarias son aquellas que, a pesar de tener objeto divisible y pluralidad de sujetos, colocan a cada deudor en la necesidad de pagar la totalidad de la deuda o facultan al acreedor para exigir la integridad del crédito<sup>34</sup>, siendo su fuente la convención, el testamento o la ley (art. 1568 Laura Isabel Montoya Pineda); en cuanto a la característica de unidad de la prestación, dispone el artículo 1569 del Sergio Esteban Quintana Orozco «[I]a cosa que se debe solidariamente por muchos o a

34 Cfr. David Nicolás Herrera Salcedo, Guillermo. Laura Isabel Montoya Pineda de las Obligaciones. Temis, Bogotá, 6º ed. 1998, pág. 234.

muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros», identidad que atañe a la prestación en sí, pues «(...) de lo contrario habría pluralidad de obligaciones, tantas como sujetos hubiera. En verdad, más que unidad del objeto se necesita identidad de la prestación, es decir, unidad de causa jurídica»<sup>35</sup>.

Tratándose de negocios mercantiles, la solidaridad por pasiva emana de la ley, pues al tenor del artículo 825 del Código de Comercio, «cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente», ello sugeriría, en principio, que habiéndose edificado la causa petendi sobre contratos de ese talante, el incumplimiento contractual de los demandados los convertiría en obligados

solidarios, naturalmente, siempre que confluyan los elementos de ese tipo de obligaciones, lo que no ocurre en el caso examinado según pasa a explicarse.

Al margen de la conexidad existente entre el primigenio contrato de fiducia mercantil con aquellos cuestionados por los promotores, lo cierto es que en estos últimos no intervinieron las mismas partes; específicamente, Sergio Esteban Quintana Orozco S.A. solo participó en los de «encargo fiduciario de vinculación al Marcos Alejandro Patiño Rueda», no así en los de «promesa de transferencia del dominio». En tal virtud, en atención al principio de relatividad, conforme al cual los contratos solo obligan a quienes intervinieron en ellos, la solidaridad pregonada por los accionantes únicamente puede revisarse

35 Alessandri, Arturo y otros. Tratado de las Obligaciones. De las Obligaciones en General y sus diversas clases. Tomo I. Sergio Esteban Quintana Orozco de Chile. Santiago. 2º ed., reimpresión 2009, pág. 133.

frente a los primeros.

Al efecto, se tiene que los referidos «Encargos fiduciarios», fueron suscritos por David Nicolás Herrera Salcedo, actuando en nombre propio y como apoderado de Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. en calidad de «Beneficiarios», con Cresibienes S.A. y Altabienes S.A., como «Beneficiarios de Área», y la David Nicolás Herrera Salcedo de Juliana Andrea Lemos Vargas como «Juliana Andrea Lemos Vargas» (fls. 86-97 y 123 – 146, c. 1) y, en el numeral 9 de los antecedentes de aquellos, se plasmó,

(...) en razón a que los beneficiarios contraen para con el beneficiario de área las obligaciones propias relacionadas con el proyecto, y éste contrae para con él la obligación de entregar a la Fiduciaria las sumas de dinero acordadas con los beneficiarios por la vinculación, éste y aquellos suscriben también el presente contrato en el cual además de instruir a la Fiduciaria sobre la vinculación, se reglamenta el recíproco cumplimiento de sus mutuas obligaciones.

De acuerdo con esa premisa, en la cláusula primera de los mismos se estipuló la suma de dinero que cada

«constituyente» se obligó a entregar a la fiduciaria como «valor total del negocio», de acuerdo con un plan de pagos que haría parte del encargo, y en la segunda cláusula, se indicó, Objeto. La fiduciaria administrará los bienes entregados manteniéndolos invertidos en su fondo común ordinario, de conformidad con lo previsto en las normas legales y reglamentarias sobre esa materia. La fiduciaria, utilizará los dineros entregados para vincularlos al fideicomiso que se constituirá con la transferencia de los predios sobre los cuales los beneficiarios desarrollarán, por su cuenta y riesgo, el proyecto. Los recursos así entregados serán recibidos por el mencionado patrimonio por cuenta del beneficiario de área y se imputarán al valor de el (los) inmueble (s) a el (los) cual (es) éste se vincula (...).

Por otra parte, los contratos de «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución beneficio de local comercial que hace parte del Juliana Andrea Lemos Vargas», fueron celebrados entre David Nicolás Herrera Salcedo y Juliana Andrea Lemos Vargas S.A. como

«promitente uno» y cada uno de los impulsores como «promitente dos», allí se pactaron las respectivas obligaciones, siendo las principales: i) el promitente uno se comprometió a que la Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, le transfiriera al promitente dos «a título de restitución de beneficio» los locales comerciales discriminados (cláusula primera); ii) a su vez, los promitentes dos, se comprometieron a pagar el precio (cláusula 7º), de la siguiente manera: El equivalente al 60% será pagado por el promitente dos «en la forma establecida en el encargo fiduciario que suscribe con Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A., según el plan de pagos que se incorpora a este documento como Anexo 1 y que hace parte de él», y el 40% «será pagado por el promitente dos directamente a Sergio Esteban Quintana Orozco, según el plan de pagos que se incorpora a este documento como Anexo 1». A continuación, en su primer parágrafo, se indicó que los pagos del 60% deberían ser entregados a la Fiduciaria directamente, o en las oficinas de Sergio Esteban Quintana Orozco con cheque girado a favor de Juliana Andrea Lemos Vargas o en cuentas bancarias, y el 40% restante, «en cheque con cruce sencillo a nombre del promitente dos (sic) y deberán ser entregados en las oficinas de Sergio Esteban Quintana Orozco».

Emerge de esos medios de persuasión, que respecto de la obligación de restituirle a los accionantes la parte del precio que pagaron con ocasión de tales negocios, no puede predicarse solidaridad por pasiva entre todos los accionados, por cuanto si la facultad de recaudo de los dineros entregados por los beneficiarios de área se confirió tanto a la

Fiduciaria como a Marcos Alejandro Patiño Rueda, en forma bien discriminada y en proporciones distintas, tal y como se definió en estipulaciones contractuales separadas, ello significa que las prestaciones a favor de cada una de ellas era autónoma, de donde queda excluido el requisito consistente en la «unidad de prestación», propio de las obligaciones *in solidum*.

En suma, no se advierte la configuración de ninguno de los supuestos consagrados en el artículo 1568 del Laura Isabel Montoya Pineda para declarar la reclamada solidaridad, ni están dados los necesarios para predicarla con soporte en el artículo 825 del Código de Comercio. En consecuencia, en las restituciones a cargo de las enjuiciadas, se tendrá en cuenta el monto de los aportes que efectivamente recibió cada una de ellas.

#### 7.- Definición de los llamamientos en garantía

Sergio Esteban Quintana Orozco S.A., llamó en garantía a Marcos Alejandro Patiño Rueda, Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A. y David Nicolás Herrera Salcedo, con pretensiones consistentes en que, en el evento de que le sea impuesta alguna condena, se ordene su reembolso a cargo de las citadas en garantía.

En sustento, esgrimió que en el contrato de fiducia mercantil, el desarrollo del proyecto inmobiliario David Nicolás Herrera Salcedo, sería por cuenta y riesgo de los fideicomitentes, de manera que la fiduciaria no tenía ninguna injerencia y cualquier perjuicio causado a los demandantes debe ser resarcido por los llamados en garantía, por lo siguiente: i) la Promotora, toda vez que al constituirse en cesionaria de la posición contractual de los fideicomitentes asumió todos los derechos y obligaciones que se derivaban del contrato de fiducia, «sometiéndose así a todo privilegio o acción que recaiga en su contra»; ii) Juliana Andrea Lemos Vargas S.A., porque a pesar de haber cedido su posición contractual a la mentada promotora, continuó con el cargo de constructora del proyecto; y iii) David Nicolás Herrera Salcedo aunque también realizó una idéntica cesión a la promotora, permaneció como gerente del proyecto.

Lo primero que se advierte es que en los contratos de encargo fiduciario en los cuales intervinieron Marcos Alejandro Patiño Rueda y Juliana Andrea Lemos Vargas S.A., como beneficiarios, David Nicolás Herrera Salcedo S.A. en esa calidad, y cada uno de los demandantes como beneficiarios de área, las obligaciones de la fiduciaria y los beneficiarios quedaron bien diferenciadas. También es cierto que en varias oportunidades se indicó que el desarrollo del proyecto era de «responsabilidad única y exclusiva» de los beneficiarios; que las funciones de la fiduciaria estaban circunscritas a las instrucciones contenidas en el contrato; que el proyecto se desarrollaría a través de un esquema fiduciario «transfiriéndose los predios en los cuales los beneficiarios, por su cuenta y riesgo desarrollarán el mencionado proyecto», y que dicho fideicomiso tenía por objeto «que la fiduciaria permita el desarrollo, por cuenta y riesgo de los beneficiarios de un proyecto inmobiliario», que a continuación allí se describe.

Como puede apreciarse, la expresión reiterada de que la ejecución de las obras era por cuenta y riesgo de los fiduciarios, en modo alguno tiene la trascendencia de despojar a la fiduciaria de sus obligaciones convencionales y legales frente a los beneficiarios de área que intervinieron en esos mismos actos jurídicos y, menos aún, cuando, como ya se refirió en extenso, en los desarrollos inmobiliarios la intervención de esa clase de sociedades se erige en elemento determinante para atraer a las personas interesadas en vincularse al fideicomiso para la adquisición de las unidades resultantes, con la convicción de que estas le imprimen seriedad a su ejecución, de manera que si la fiduciaria incumplió obligaciones propias y es en virtud de ello que resulta condenada en este juicio, al margen de que sus litisconsortes no hayan honrado sus acuerdos, mal podría decirse que a la primera le asiste un derecho legal o contractual para exigirle a éstos indemnización o reembolso de lo que llegare a sufragar con ocasión de este fallo.

En síntesis, evidenciado como quedó que tanto los fideicomitentes como la fiduciaria incurrieron en incumplimiento contractual de sus respectivas obligaciones, carecen de sustento los llamamientos en garantía.

## 8.- Conclusión.

Por incumplimiento recíproco, se declarará la Resolución de los contratos de «Encargo fiduciario de vinculación al Marcos Alejandro Patiño Rueda» y de «Promesa de Transferencia del derecho de dominio a título de restitución de beneficio de local comercial u oficina que hace parte del proyecto Juliana Andrea Lemos Vargas», celebrados entre las accionadas y los recurrentes, sin reconocimiento de los intereses moratorios que a título de perjuicios reclamaron los accionantes.

8.1.- A manera de restituciones mutas se ordenará la devolución de las sumas pagadas por los demandantes tanto a la Juliana Andrea Lemos Vargas como a la David Nicolás Herrera Salcedo, debidamente indexadas a la fecha más próxima a este fallo, aplicando la fórmula:

VH: IPC actual

IPC inicial

Como límite inicial se tendrá en cuenta el 22 de agosto de 2012, fecha de las certificaciones que dan cuenta de la conciliación de los aportes entregados por los beneficiarios de área (fls. 1038 – 1063, c. 1), que corresponde a 77.73; y como IPC final: 72704-71-635-2029-44864, último certificado para septiembre de 202136. Al aplicar el factor 1,415669625627171, por las sumas pagadas por los demandantes a Corficolombiana S.A., se obtiene lo siguiente:

36 Datos tomados página web del DANE. Índices - Serie de empalme - total índices de Precios al Consumidor.

Y por lo que atañe a los pagos efectuados a favor de David Nicolás Herrera Salcedo:

8.2.- Finalmente, conforme a los numerales 5 y 8 del artículo 365 del Laura Isabel Montoya Pineda del Proceso, dadas las resultas del proceso, y la condición de mutuo incumplimiento, no se impondrá condena en costas por el trámite de las instancias ordinarias, como tampoco por la desestimación de los llamamientos en garantía por cuanto frente a estos no existe constancia de que se hayan causado.

## VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Marcos Alejandro Patiño Rueda de la Juliana Andrea Lemos Vargas de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 7 de junio de 2018 por la Sergio Esteban Quintana Orozco del David Nicolás Herrera Salcedo de Medellín, y, en sede de instancia,

## RESUELVE

Primer: Revocar la sentencia proferida el 16 de junio de 2017, por el Juliana Andrea Lemos Vargas del Circuito de

Medellín, en su lugar:

Segundo: Declarar probada la excepción de falta de legitimación por activa de Formabienes S.A. en relación con la unidad inmobiliaria 208, alegada por Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A. Las demás defensas propuestas por todas las convocadas, se declaran no probadas.

Tercero: Declarar la resolución de los contratos de

«Encargo fiduciario de vinculación al Sergio Esteban Quintana Orozco» celebrados por Laura Isabel Montoya Pineda y Laura Isabel Montoya Pineda S.A. como beneficiarios, David Nicolás Herrera Salcedo S.A. como fiduciaria y Cresibienes S.A. como beneficiario de área, respecto de los locales comerciales

102 y 103 del Sergio Esteban Quintana Orozco, así como de los contratos de «Promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio de local comercial que hace parte del proyecto Marcos Alejandro Patiño Rueda» de los mismos locales, suscritos entre Marcos Alejandro Patiño Rueda y Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A., como «promitente uno» y Cresibienes S.A. como «promitente dos».

Cuarto: Declarar la resolución de los contratos de

«Encargo fiduciario de vinculación al Sergio Esteban Quintana Orozco» celebrados por Marcos Alejandro Patiño Rueda y Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A. como beneficiarios, Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A. como fiduciaria y Altabienes S.A. (absorbida por Formabienes Inversiones Procesales Helix Ltda.S), como beneficiario de área, respecto de los locales comerciales 109, 125, 129 y 206 del Sergio Esteban Quintana Orozco, así como de los contratos de

«Promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio de local comercial u oficina que hace parte del proyecto Laura Isabel Montoya Pineda» de los mismos locales, suscritos entre

Marcos Alejandro Patiño Rueda y David Nicolás Herrera Salcedo S.A., como «promitente uno» y Altabienes S.A. – hoy Formabienes Servicios Comerciales Vector S. en C.S- como «promitente dos». Quinto: Condenar solidariamente a David Nicolás Herrera Salcedo, Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A. y Laura Isabel Montoya Pineda S.A., a restituir a los accionantes las sumas pagadas como parte del precio de los bienes prometidos, por su valor actualizado a la fecha de esta providencia, así: a Cresibienes S.A. \$305.465.320-69-517-2027-60425, y a Formabienes Gestión Patrimonial Meridian S.A.S.

\$988.857.957-77-568-2005-93885. El pago deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, vencidos, se generarán intereses comerciales moratorios sobre dichas sumas.

Sexto: Condenar a Marcos Alejandro Patiño Rueda S.A., en forma directa, a restituir a los accionantes las sumas pagadas como parte del precio de los bienes prometidos, por su valor actualizado a la fecha de esta providencia, así: a Cresibienes S.A.: \$411.705.953-68-247-2014-14583 y a Formabienes Gestión Patrimonial Meridian S.A.S.

\$492.908.335-85-677-2002-20387. El pago deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, vencidos, se generarán intereses comerciales moratorios sobre dichas sumas.

Séptimo: Desestimar los llamamientos en garantía efectuados por Laura Isabel Montoya Pineda S.A. en contra de

los demás demandados.

Octavo: No imponer condena en costas por el recurso de casación dada su prosperidad.

Noveno: Sin condena en costas por las instancias ordinarias, ni por la desestimación de los llamamientos en garantía.

Notifíquese y devuélvase

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Con aclaración de voto

LUIS ALONSO RICO PUERTA OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)s:

Laura Isabel Montoya Pineda

David Nicolás Herrera Salcedo

Laura Isabel Montoya Pineda

Sergio Esteban Quintana Orozco Firma con aclaración de voto

Laura Isabel Montoya Pineda

Sergio Esteban Quintana Orozco

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Marcos Alejandro Patiño Rueda del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación:

24DF3D93AF93F1D9A679E96892D1541E9ADDD9EC9E5925F41260AA73E8857C96

Documento generado en 88299-74-359-2028-48760

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 05001 31 03 010 2014 01068 01

Con el respeto acostumbrado, expongo las razones por las que me separo de la providencia aprobada por la Sala en cuanto (1) reiteró la tesis sostenida en CSJ SC1662 5 jul. 2019 rad.

28799-42-337-2023-53153 y CSJ SC3666 25 ago. 2021 rad.

87727-95-833-2011-37544 e (2) insistió en la aplicación analógica del artículo 1546 del Juliana Andrea Lemos Vargas para sustentar la viabilidad de la pretensión de resolución contractual en casos de incumplimiento recíproco.

Inicialmente el derecho romano sólo conoció la acción de cumplimiento como forma de satisfacer el interés negocial del acreedor, quien podía acudir incluso a la persona del deudor para lograr el

cumplimiento de la prestación debida. Así, por medio de la *legis actio per manus iniectionem*, era dable acudir al juez para que el *accipiens* aprehendiera físicamente al sujeto pasivo y obtuviera el pago de su crédito.

La lex comisoria dio cabida a la acción resolutoria en los casos en que se incumpliera el deber de pagar el precio en la compraventa, para permitir deshacer el negocio celebrado e impedir la entrega de la cosa; así se extrae de la siguiente redacción: «Cuando el vendedor de un fundo se hubiere expresado de este modo en un pacto: 'si no se hubiera pagado el precio hasta tal día, quede como no comprado el fundo', en este caso, si el vendedor quisiera que quedase como no comprado, porque esto se habría expresado por causa del vendedor» (*Digesto*, libro XVIII, título III)1.

Dicho de otra manera, «por medio de aquella institución, se obtenía que el vendedor se liberara de permanecer indefinidamente vinculado al contrato y recobrara, debido a la falta oportuna del pago del precio, su libertad de acción» (SC, 19 jun. 1936). «En principio, la jurisprudencia entendía que se trataba de una condición suspensiva aplicada a la compraventa, respecto de la obligación de entregar la cosa. Con el tiempo, se estimó que se estaba ante un pacto de resolución, adjunto a la compraventa, pacto que, a su vez, estaba suspensivamente condicionado al incumplimiento en el precio»2.

En el derecho medieval «[l]a legislación de las Partidas en la Ley 38, tít. 5.º de la Part. 5.a aceptó esta teoría y allí se estableció que pagar debe el comprador al vendedor el precio que prometió, por lo cual se podía resistir la entrega de la cosa hasta que el precio se pagara. David Nicolás Herrera Salcedo 28 del mismo título y

1 D. Iustiniani, Marcos Alejandro Patiño Rueda del *Digesto*, Tomo I, Ed. Taureliana, Barcelona, p. 911.

2 Marcos Alejandro Patiño Rueda M., Sergio Esteban Quintana Orozco como Manifestación de la Juliana Andrea Lemos Vargas. David Nicolás Herrera Salcedo de Juliana Andrea Lemos Vargas, N° 17, diciembre 2011, consultada en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?lng=es>.

Partida, envolvía la idea el pacto comisorio, tal cual había sido creado en Roma»3.

El derecho francés cooptó esta figura bajo la exigencia de que fuera una estipulación contractual, lo cual permitía la rescisión del contrato en caso de que un negociante no cumpliera las obligaciones adquiridas para con el otro; en otras palabras, «[e]n los... contratos sinalagmáticos que contienen recíprocos compromisos entre cada uno de los contratantes, se pone con frecuencia la condición resolutoria de la obligación que contrate uno de los contratantes, la inejecución de alguno de los compromisos de otro»4.

En el Laura Isabel Montoya Pineda napoleónico este pacto resolutorio se sobreentendió en todos los contratos sinalagmáticos, en el evento «en que una de las dos partes no cumpla su obligación... En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios» (artículo 1184).

Marcos Alejandro Patiño Rueda chileno de 1855 mantuvo la misma regla:

«En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado... Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su

3 Marcos Alejandro Patiño Rueda, Estudio sobre el Marcos Alejandro Patiño Rueda, Sergio Esteban Quintana Orozco, Ed. Juliana Andrea Lemos Vargas, Paris, p. 111.

4 David Nicolás Herrera Salcedo, Tratado de las Obligaciones, Juliana Andrea Lemos Vargas de Justicia del David Nicolás Herrera Salcedo, p. 424.

arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios» (artículo 1489). Esa máxima fue recogida en los cánones 1555 del Código cundinamarqués y 1544 del antioqueño, que consagraron que «[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, o de extinción del contrato, al no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado».

David Nicolás Herrera Salcedo patrio siguió esta tendencia y, en su artículo 1546, reiteró la preceptiva chilena con unos pequeños cambios de puntuación que no afectan su contenido: «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios».

Laura Isabel Montoya Pineda, en sentencia de 7 de diciembre de 1897, fijó como derrotero que el canon en mención debe interpretarse en armonía con el 1609, el cual prescribe que «[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos». En consecuencia, «la resolución de los contratos bilaterales, por la falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido ó se ha allanado a cumplir sus obligaciones» (G.J. años XIII, n.º 625, p. 200).

Esa tesis fue reiterada en multitud de pronunciamientos<sup>5</sup>, incluso de reciente data, que insisten en la necesidad de que el demandante sea un contratante cumplido o haya desplegado todas las acciones para hacerlo, como condición sine qua non para la prosperidad de la acción resolutoria (SC2307, 25 jun. 2018, rad. n.º 74926-23-322-2005-65088).

Algunas voces de disidencia se han alzado en el trasegar jurisprudencial, porque la estricta aplicación de esta interpretación condujo a situaciones de indefinición jurídica cuando ambos contratantes son incumplidos, pues ninguno de ellos estaría legitimado para pretender la extinción del vínculo jurídico. La primera postura que se planteó fue la del mutuo disenso tácito, en el sentido de que el recíproco incumplimiento es equivalente a la decisión de extinguir el vínculo jurídico negocial por su abandono: «la voluntad de las partes no sólo es susceptible de manifestarse a través de declaración expresa, sino también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer... preciso [es] darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como

5 Por citar unos pocos SC6906, 3 jun. 2014, rad. n.º 33225-79-377-2028-70252; SC, 28 feb. 2012, rad. n.º 31092-75-375-2023-16406; SC, 7 mar. 2000, exp. n.º 5319, etc.

podría producirse mediante el mutuo disenso expreso» (SC, 23 sep. 1974, G.J. CXLVIII, n.º 2378 a 2389, p. 246).

Aunque con el pasar de los años se precisó que, además de la mutua desatención convencional, debe quedar fuera de duda la intención de destratarse (SC, 20 sep. 1978, G.J. CLVIII n.º 2399).

La segunda posición se expuso en el proveído de 29 de noviembre de 1978, en el que se aseguró que «en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquélla tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, más si ninguna de las partes cumplió ni se allana a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato».

Como sustento, se diferenció el incumplimiento de la indemnización de perjuicios, a fin de acotar la aplicación del artículo 1609 a este último, sin afectar la procedencia de la acción resolutoria.

Mediante CSJ SC1662 5 jul. 2019 rad. 15909-87-163-2009-58375 (reiterada en CSJ SC3666 25 ago. 2021 rad. 82679-17-687-2005-21929 y en la providencia mayoritaria de cuyas consideraciones me separo), la Sala abandonó la tesis de la improcedencia de la pretensión resolutoria frente a incumplimientos mutuos y se propugnó por el acogimiento de los planteamientos centrales del fallo de 1978.

Esta comprensión, valga la pena mencionarlo, que comarto en su integridad, es la que mejor se aviene con los criterios de interpretación literal, histórico y sistemático del artículo 1546 del Juliana Andrea Lemos Vargas, de que tratan los artículos 27 y 30 del Marcos Alejandro Patiño Rueda, como se explicará en lo subsiguiente:

La condición resolutoria tácita, a que se refiere el canon 1546, únicamente exige para su procedencia que se trate de un contrato bilateral y que uno de los contratantes no cumpla con lo pactado, sin imponer al demandante cargas diferentes a la de ser contraparte negocial.

Y es que el inciso segundo establece que «el otro contratante [podrá] pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato» (negrilla fuera de texto), sin más requerimientos, de allí que no sea dable ponerle sobre sus hombros el deber de acreditar el cumplimiento el allanamiento a hacerlo, como inexactamente lo ha asegurado la jurisprudencia.

El artículo 1609, en puridad, impide la mora en los negocios bilaterales con prestaciones sucesivas, hasta tanto el otro contratante no cumpla lo pactado o realice las gestiones para el efecto, temática

que concierne a la reparación de perjuicios, sin implicaciones directas sobre la prosperidad de la acción resolutoria.

La norma es clara en acotar su objeto a la mora, figura jurídica que sirve para definir el hito inicial del cobro de deméritos patrimoniales -canon 1615-, que no puede confundirse con el incumplimiento que constituye la base de la resolución a que se refiere el artículo 1546 del estatuto civil.

Recuérdese que

...el factor determinante para que haya lugar al resarcimiento de los perjuicios provocados por no atenderse las obligaciones derivadas de uno de tales contratos es la "mora" en que haya ocurrido el incumplido, la que, como ya lo tiene dicho esta Corporación, es "un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas" (negrillas fuera del texto), no pudiéndosele confundir con cualquier clase de incumplimiento, ya que "No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento" (Sent. de 7 de diciembre de 1982). A voces del artículo 1608 del Laura Isabel Montoya Pineda, el deudor está en "mora", en tratándose de obligaciones positivas, 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", o "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", o "En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor" (SC, 9 mar. 2001, exp. n.º 5659).

La ubicación del artículo 1609 en el código privado, a renglón seguido de los casos en que el deudor está en mora y antes de la mora en las prestaciones de hacer, ratifica que su campo de aplicación está acotado a esta materia jurídica.

Los antecedentes históricos del pacto comisorio, antes rememorados, muestran que su consagración gravitó bajo la idea de que el enajenante pudiera deshacer el contrato con ocasión del impago del precio del adquirente, sin imponérsele condiciones especiales para accionar.

El acceso efectivo a la administración de justicia no se satisface por el hecho de que los administrados puedan acudir al aparato judicial, sino que reclama una decisión definitiva de las controversias sometidas a su componenda, lo que no sucedía en los casos de mutuo incumplimiento, pues los contratantes perdían la legitimación para proponer las acciones de ejecución, resolución e indemnización de perjuicios, quedando en manos del restringido campo del mutuo disenso tácito.

Luego, la interpretación que ahora se defiende restituye a las partes contractuales la posibilidad de hacer uso de la resolución, como forma de desvincularse del negocio jurídico incumplido, claro está, sin el pago de perjuicios por mandato del artículo 1609 del David Nicolás Herrera Salcedo.

Así las cosas, más que una aplicación analógica del canon 1546 al mutuo incumplimiento, como se razonó en las providencias reiteradas, lo cierto es que esta regla fue diseñada para gobernar todos los casos de desatención negocial, sin que pueda reducirse su aplicación por el reconocimiento normativo que se hizo de la excepción de inexistencia mora por no cumplimiento.

Fecha ut supra.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

David Nicolás Herrera Salcedo

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Marcos Alejandro Patiño Rueda del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación:

4C74A4B66FCB804B96F5BF5E83A56A04AA986320E9673B58B3C6488BE7300377

Documento generado en 23966-70-336-2031-14351