



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|------------|--|
| Proceso | Verbal – Resolución Contrato de Encargo Fiduciario y/o Nulidad de Contrato de Resciliación. |
| Demandante | Juan Jacobo Rodríguez Gaviria |
| Demandado | Promotora Inmobiliaria Calycanto SAS, Promotora Inmobiliaria K7 SAS, Promotora Palmas SAS, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en nombre propio, y además como vocera del Fideicomiso Palmas K7. |
| Radicado | 05001 31 03 015 2021 00222 00 |
| Asunto | Incorpora Notificaciones. Resuelve Reposición contra auto que admitió la demanda. |

Se incorpora al expediente las constancias de notificación del auto que admitió la demanda, a las demandadas, y adunado mediante correo electrónico del 23 de agosto de 2021, y de las cuales se verifica que fueron efectivas, al ser remitidas y recibidas en el correo electrónico de cada una de las demandadas.

En otro orden de ideas, se tiene que la codemandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., quien en este asunto está demandada en nombre propio, y como vocera del FIDEICOMISO PALMAS K7, mediante correo electrónico adunado el 30 de agosto de 2021, luego de confirmar que fue debidamente notificada, y que se encuentra dentro del término de traslado, presentó recurso de reposición contra el auto del 20 de agosto de 2021, y para lo cual presentó extenso escrito, del cual se extracta:

“... Es necesario hacer claridad en que una cosa es ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como sociedad individualmente considerada la cual se encuentra identificada con el NIT. 800.155.413-6 y otra es ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A en calidad de vocera del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7 identificado con NIT. 805.012.921-0.

... que cuando se convoca a un proceso judicial a un patrimonio autónomo este comparece por intermedio de la entidad fiduciaria que ostente la calidad de vocera y administradora del mismo sin que pueda entenderse que quien se vincula es la entidad fiduciaria en su calidad de sociedad individualmente considerada.

... que, conforme a lo estipulado en los artículos 1226 y 1234 del código de comercio y al artículo 2.5.2.1.1 del decreto 2555 de 2010 los patrimonios autónomos pese a no tener personería jurídica, se constituyen en verdaderos receptores de derechos y obligaciones, derechos y obligaciones que no se hacen extensivos a la sociedad fiduciaria que funge como su vocera y administradora toda vez que los mismos se derivan de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia sin que por ello se comprometa la responsabilidad y/o patrimonio de la sociedad Fiduciaria.

... El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) consagra las Operaciones Autorizadas a las sociedades fiduciarias autorizadas, dentro de las operaciones enunciadas en dicho artículo no se contemplan, de manera directa o indirecta, actividades relacionadas con el (i) desarrollo urbanístico, (ii) construcción, (iii) entrega, (iv) promoción, (v) comercialización, (vi) interventoría, (vii) gerencia, (viii) garantía postventa etc. de proyectos inmobiliarios; lo anterior da cuenta de la imposibilidad que tienen las sociedades fiduciarias para adelantar, como sociedad individualmente considerada, ningún tipo de actividad relacionada con el sector inmobiliario.

... Por ello ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. no tiene injerencia en el desarrollo del proyecto inmobiliario "ACCESS POINT" pues no contaba ni cuenta con la capacidad legal ni contractual para ejercer actividades relacionada con el sector inmobiliario.

Es por lo anterior que las sociedades fiduciarias se catalogan como "sociedades de objeto social restringido" pues las mismas no cuentan con autorización legal para desarrollar, directa o indirectamente, ninguna actividad distinta a las autorizadas en el artículo 29 ibídem

Acción Sociedad Fiduciaria S.A. identificada con nit 800.155.413-6 no es parte integrante de la relación contractual derivada del contrato de encargo fiduciario de vinculación cuyo incumplimiento se reclama.

El día tres (3) de marzo de 2021 el demandante suscribió contrato de Encargo Fiduciario por medio del cual se vinculaba al FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7, en dicho contrato actuaron como partes los siguientes:

- PROMOTORA INMOBILIARIA K7 S.A.S.
- PROMOTORA PALMAS S.A.S.
- ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA única y exclusivamente en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO INMOBILIARIO K7

*En consecuencia, ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., identificada con NIT. 805.012.921-0, dio cumplimiento a lo consagrado en el artículo 2.5.2.1.1 del decreto 2555 de 2010 que reglamentó los artículos 1233 y 1234 del código de comercio, al indicar que actuaba en calidad de vocero y administrador de un Fideicomiso determinado... no puede predicarse frente a la sociedad ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, individualmente considerada, identificada con NIT. 800.155.413-6, incumplimiento contractual frente al demandante ya que esta no es titular de la relación contractual que se alude incumplida. ... no es parte la sociedad ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., individualmente considerada, del contrato cuya Resolución se persigue ... si se analizan los textos tanto del Contrato Fiduciario de Vinculación como del Otrosí realizado al mismo, se encuentra como parte vinculada por el mismo a las sociedades PROMOTORA INMOBILIARIA K7 S.A.S., PROMOTORA PALMAS S.A.S., al FIDEICOMISO INMOBILIARIO K7 y al demandante JUAN JACOBO RODRIGUEZ GAVIRIA, nótese, señor Juez, que dicho contrato mencionado, del cual se pretende su Resolución, **no fue suscrito por ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.,** como sociedad individualmente considerada, y por lo tanto carece de legitimidad en la causa por pasiva, pues NO existe una clara expresión de la voluntad que le vincule al contrato referido ... la legitimación en la causa por pasiva, habilita para dar cumplimiento de una determinada prestación o comportamiento y a su turno a contradecir las pretensiones elevadas por el demandante. ... el demandante acciona de forma principal conforme a lo estipulado en EL CONTRATO ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN suscrito el día tres (3) de marzo de 2019, del cual ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. no es parte.*

En consecuencia, resulta necesario considerar los argumentos que fueron presentados respecto de la inexistencia de relación contractual, todo ello con miras a concluir que debido al hecho que la demandante soporta su legitimación en un acto jurídico del cual mi poderdante no es parte, no es posible acreditar la calidad especial exigida por la norma, limitando de esta manera el derecho de acción de la parte demandante.

NI ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. NI EL PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7 HAN SUSCRITO EL DOCUMENTO DE RESCILIACIÓN DE CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN CUYA NULIDAD SE PERSIGUE

Pretende la parte demandante obtener la declaratoria de nulidad del contrato de RESCILIACIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN FIDEICOMISO PALMAS K7-ACCESS POINT suscrito por el demandante y las sociedades desarrolladores del proyecto inmobiliario "ACCESS POINT", no obstante dicho contrato no ha sido suscrito por la entidad

Fiduciaria, en su calidad propia, ni por el Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7, la razón de ello, obedece a que hasta la fecha del presente pronunciamiento no se ha radicado ante la entidad Fiduciaria la documentación que se hace exigible para dar inicio al trámite de devolución de aportes; por lo anterior no le son oponibles ni a la Fiduciaria ni al Fideicomiso las estipulaciones del contrato de Resciliación cuya nulidad se pretende sea declarada.... “

*Con base en las manifestaciones expuestas, **solicitó: Desvincular** a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. del proceso por cuanto no ostenta legitimidad en la causa por pasiva frente a los contratos de Encargo Fiduciario de Vinculación y Resciliación de Contrato Fiduciario de Vinculación cuya Resolución y/o Nulidad se pretende sea declarada, siendo que en consecuencia la parte demandante no ostenta legitimidad en la causa por activa frente a la sociedad ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.; y **Desvincular** a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y al FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7 del presente proceso por cuanto los mencionados no han suscrito el documento de RESCILIACIÓN DE CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN cuya Resolución y/o Nulidad se pretende sea declarada, siendo que en consecuencia la parte demandante no ostenta legitimidad en la causa por activa frente a la sociedad ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. ni frente al FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7.*

Enterada la parte demandante del presente recurso, por el envío que, de conformidad legal, le realizó la parte demandada del escrito y anexos del mismo, también en forma oportuna, se pronunció en contra del mismo, y para lo cual adujo, en síntesis:

“... que las razones de la vinculación de la Fiduciaria tanto como persona jurídica PROFESIONAL en su quehacer, así como VOCERA en los contratos objeto del litigio, resulta de la debida integración del contradictorio, pues si bien, se trata de un negocio jurídico celebrado en virtud de sus calidades de profesional, la responsabilidad de su actuar per se, es la que se cuestiona en la Demanda, sumado a su gestión como vocera y administradora del patrimonio autónomo individualmente considerado, ...

... Postula la demandada como argumento medular de su recurso, la independencia entre FIDUCIARIA y PATRIMONIO AUTONOMO, desconociendo adrede en su extensa compilación normativa que el numeral primero (1º) del Art 1234 del Código de Comercio, establece de manera taxativa que:

*“[Artículo 1234]. **Son deberes indelegables del fiduciario**, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:*

(1°) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;”

*Nótese, que el primer deber establecido allí, recae sobre la fiduciaria individualmente considerada y no sobre el patrimonio autónomo, pues desde el abordaje conceptual de la fiducia mercantil en el artículo 1226 del CoCo, el legislador no dudó en denominar como **“persona”** tanto al fideuciante o fideicomitente, como al fiduciario, todo ello, con el fin de atribuirle a la persona jurídica individualmente considerada unos deberes indelegables, ni siquiera sujetos a la existencia o no de un patrimonio autónomo en el cual asuma su vocería, sino, como sujeto de obligaciones per se, que para poder desvirtuar su responsabilidad frente al incumplimiento de las mismas (como persona jurídica individualmente considerada), deberá acreditar un eximente de responsabilidad, sin que sea relevante para el efecto el examen de su diligencia cumplida. Lo anterior, atendiendo lo dispuesto en el **artículo 1243 del Código de Comercio, que habla de la responsabilidad del fiduciario.***

La doctrina y la jurisprudencia han acogido dichos presupuestos de manera pacífica, al respecto el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, sobre el particular enseña:

*“La fiduciaria es responsable por incumplimiento, si en forma intencional o imprudente quebranta alguna de sus obligaciones, **ya sea por acción o por omisión. También es culpable si la calidad de su actuación no alcanza el nivel mínimo exigido para ese cargo.**”*

Es entonces, el actuar negligente y deficiente de la hoy recurrente, la razón por la cual se hace necesario que deba concurrir en calidad de codemandada al juicio de responsabilidad profesional que promueve el demandante

*Resalta en su escrito la recurrente que **“Acción fiduciaria S.A. identificada con Nit. 800.155.413-6 no es parte integrante de la relación contractual derivada del contrato de encargo fiduciario de vinculación cuyo incumplimiento se reclama”**, afirmación a todas luces desprovista de cualquier fundamento cuando menos lógico, pues el contrato denominado “Encargo de vinculación al fideicomiso inmobiliario palmas K7 Torre 3”, deriva necesariamente del Contrato de Fiducia Mercantil (contrato principal u originario) suscrito entre la Fiduciaria y los fideicomitentes tanto en la Escritura Pública N° 5.672 del 29 de Mayo de 2015 de la Notaría 15 de Medellín, como del documento privado que la “modificó integralmente”, el día 14 de marzo de 2016, contratos que son referenciados de manera expresa en el contenido del “Encargo de vinculación” suscrito por el demandante, **contratos todos que la Fiduciaria se negó a proporcionar copia de los mismos al demandante,***

... que Acción Fiduciaria, en el encargo de vinculación actuó “única y exclusivamente” como vocera y administradora del patrimonio autónomo, pero olvida que lo que reclamado en la acción es precisamente que no cumplió sus deberes como empresa, como profesional en su ramo y contrario a ello, faltó a los deberes de legales de buena fe, cuidado, pericia, previsión, entre otros ...

... Indica el recurrente, que la Fiduciaria NO es titular de la relación contractual que se alude incumplida, desconociendo que en el peor de los casos, su responsabilidad no solo no tendría origen en el incumplimiento a la literalidad de la estipulación establecida en el contrato, del que dicho sea de paso ha reconocido su existencia no solo para realizar el recaudo de los dineros, sino además, del cual ha obtenido una REMUNERACIÓN.

Sobre la legitimación en la causa tanto por activa de la parte demandante, como por pasiva de la parte recurrente, replicó la parte actora:

“... Criterios que a todas luces han sido ampliamente rebasados por la doctrina procesal contemporánea, téngase como un ejemplo (entre muchos existentes) sobre la superación de tan añeja tesis, se pueden destacar, entre otros, el profesor Hernán Fabio López Blanco, que en sus enseñanzas sobre derecho procesal afirma:

“Es por completo indiferente que quien tiene la calidad de parte esté asistido o no por el derecho sustancial, debido a que la misma surge del ejercicio del derecho de acción y éste no requiere necesariamente de aquel, aun cuando, si se persigue una actuación exitosa, es obvio que deberá también existir el mismo respecto de la parte que espera ser gananciosa [...]

A la sazón del primer supuesto, aduce además, que en lo que respecta a los contratos que se aportaron al proceso, el de Vinculación, el otro sí y el de Resciliación, los mismo no son fuente de obligaciones para la demandada, y menos la legitiman por pasiva para comparecer al juicio, pues indica expresamente que: **“NO existe una clara expresión de voluntad [de la Fiduciaria] que le vincule al contrato referido...”**, situación a la postre termina siendo desvirtuada por los actos y/o conductas de la misma que hoy repele la acción, bastará con que el Despacho conozca un documento que se aportará como prueba, en el que la propia Fiduciaria, no solo reconoce la existencia de la resciliación, sino que además utiliza a su conveniencia dicho documento, es decir, le atribuye los efectos que hoy desconoce.

En comunicación enviada por la Fiduciaria al Demandante por conducto del suscrito apoderado, el día 26 de julio de 2021, mediante documento oficial suscrito por la apoderada especial de Acción Fiduciaria, en tratándose de la solicitud de documentos que soportan la relación contractual a la cual

estaba sometido el demandante en calidad de Beneficiario de área, la hoy demandante le NEGÓ entregar o acceder a cualquier tipo de documentos, anteponiendo la existencia del demandado contrato de resciliación, mismo que hoy desconoce...

... en comunicación del 15 de julio del 2021, suscrita incluso por la misma funcionaria PAULA SOFLA FREYDELL MONTOYA, expresaba al hoy demandante que los recursos por él aportados en calidad de Beneficiario de Área, estaban invertidos en el proyecto, razón por la cual no era posible devolverlos, pero si lo reconoce como sujeto activo vinculado al proyecto (tan sólo 11 días antes de la última misiva en que desconoce por completo su vinculación)

... Finaliza la sustentación del recurso de reposición con la siguiente afirmación: “NI ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., NI EL PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7 HAN SUSCRITO EL DOCUMENTO DE RESCILIACIÓN DE CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO CUYA NULIDAD SE PERSIGUE”, reduciendo su vinculación a la rubricación del mismo y no a los efectos que expresamente le ha atribuido para afirmar que en virtud de tal documento el hoy demandante no hace parte del Fideicomiso, lo que en otras palabras podría decirse que ni es beneficiario y tampoco dueño del dinero depositado que a hoy la DEMANDADA se niega a restituir...”

Finalizó su exposición contra el recurso de reposición, advirtiendo sobre el precedente judicial imperante, y que incluso la demandada recurrente ha sido objeto de condenas en su contra todas ratificadas por la Corte Suprema de Justicia, y para lo cual transcribe parte de sentencia de casación REF: 11001-3103-039-2000-00310-01, MP. William Namen Vargas. Y solicita, no acceder a la desvinculación del proceso de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en nombre propio, y como vocera y administradora del Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7.

CONSIDERACIONES

El artículo 318 del Código General del Proceso establece que:

“Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie

fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto. ...”

Tal como expresamente lo determina la norma, este recurso tiene como finalidad que el funcionario, juez o magistrado, que emitió un auto retorne nuevamente a su estudio, para que si es del caso varíe la decisión inicial, la revoque o la mantenga, si así lo considera; por tanto, se dispone el despacho al estudio del recurso para tomar la decisión correspondiente.

Pues bien, se duele la sociedad ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., de haber sido llamada a este litigio en nombre propio, argumentando que no tiene injerencia en el proyecto inmobiliario “ACCESS POINT” ya que no ha tenido en ningún momento capacidad legal o contractual para ejercer las actividades relacionada con el sector inmobiliario, esto es, (i) desarrollo urbanístico, (ii) construcción, (iii) entrega, (iv) promoción, (v) comercialización, (vi) interventoría, (vii) gerencia, (viii) garantía postventa etc. de proyectos inmobiliarios tal como se verifica del contenido del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

En tal sentido, y como lo advirtió el recurrente, el contrato de fiducia, según el código de comercio, artículo 1226 se describe así:

Art: 1226. La fiducia mercantil es 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.(...)

Y, efectivamente, en virtud de esta figura legal una persona confía la administración de unos bienes a una entidad fiduciaria, con el fin de que la entidad fiduciaria cumpla una finalidad preestablecida, mediante la creación de un patrimonio autónomo, de la cual es vocera y administradora la sociedad Fiduciaria.

Por definición legal, las partes del contrato de fiducia son:

- **Fiduciante o fideicomitente**, que es la persona que entrega los bienes, “fideicomite” los bienes.

- **Fiduciaria**, a quien se transfieren los bienes para cumplir una finalidad determinada, y que por disposición de la Ley 45 de 1990, debe ser una persona jurídica.
- **Fideicomisario**, o beneficiario, quien finalmente es el destinatario del objetivo de la formación de ese contrato.

Así también, se tiene que el artículo 1227 de la misma obra, preceptúa:

Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Norma esta que establece, que las obligaciones contraídas en el contrato de fiducia, están garantizadas con los mismos bienes transferidos en cumplimiento de dicho contrato, y por ende, es el beneficiario el único facultado para perseguir los bienes de la fiducia, siempre y cuando dicha persecución tenga como causa el incumplimiento en la ejecución del encargo.

Téngase en cuenta que la demanda tiene como fundamento la tardanza injustificada de las accionadas en la devolución de los recursos por el pagados, cuando en el contrato de encargo de vinculación al Fideicomiso Inmobiliario Palmas K7 torre 3, en su cláusula 5ª, quedó expresamente consignado:

QUINTA. DEVOLUCIÓN RECURSOS. Si el CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIOS DE ÁREA solicita los recursos aportados conforme al plan de pagos del presente contrato, el FIDEICOMISO descontará de los dineros entregados a la misma, el valor de la cláusula penal del valor total previsto en la cláusula tercero (El Plan De Pagos) del presente contrato, los se será entregados a la GERENCIA y restituirá el excedente a los CONSTITUYENTES Y/O BENEFICIARIOS DE ÁREA, previa deducción de la comisión de la FIDUCIARIA. ...”

Igualmente, téngase en cuenta que con la demanda se acreditó que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. también fue requerida por la parte demandada para la DEVOLUCIÓN de los recursos aportados, según se verifica del documento fechado el 21 de diciembre de 2020, quien en respuesta a derecho de petición, manifestó: “*Acción*

Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera del FA-3172 FIDEICOMISO PALMAS K7 le informa: (i)- (ii) a la fecha se recepcionan y continuarán recepcionando los aportes realizados por los beneficiarios de área; ...

Más adelante advierte: que a la fecha no ha sido radicada por parte de la Gerencia del Proyecto, las sociedades PROMOTORA INMOBILIARIA K7 SAS. Y PROMOTORA PALMAS SAS instrucción de desistimiento para la devolución de los recursos aportados por Ud...

Igualmente en el expediente también se adunó escrito fechado el 14 de abril de 2021, dirigido entre otros, a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, y del cual también se aportó la respectiva constancia de recibido por dicha entidad, que da cuenta del desistimiento del negocio fiduciario por parte del demandante, en donde informa todos los pormenores desde que tomó la decisión de desistir el 17 de julio de 2020, y además se queja de las muchas evasivas e incumplimiento de la devolución del dinero, teniendo en cuenta que el contrato principal, dice, contemplaba de manera taxativa los remedios contractuales con sus respectivas indemnizaciones.

Sin embargo, como en la demanda se endilgan a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., unas actuaciones que se dice han ocasionado perjuicios al demandante, indiscutiblemente su comparecencia al proceso debe ser en nombre propio, pues se dice que son sus actos, como sociedad, junto con los demás codemandados, las que generaron el perjuicio por el que se demanda; y es precisamente lo que aquí acontece, pues la demanda presentada, tiene como causa el presunto incumplimiento de la parte demandada, entre ellas ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en lo relacionado con la devolución de los recursos que aportó el demandante, en razón de la rescisión del contrato de encargo fiduciario; téngase además en cuenta, que está citada en su doble calidad, en nombre propio, y como vocera del patrimonio autónomo constituido, con ocasión de su gestión como gestora del objetivo señalado.

Cuando se demanda a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., imputándose incumplimiento, no se está haciendo referencia expresa a las actividades del desarrollo urbanístico, construcción, etc., pero si se habla de las obligaciones a que se comprometió en el contrato de encargo fiduciario; en donde, como ya se indicó, en la cláusula quinta del mismo, quedó establecido que el FIDEICOMISO descontará de los dineros entregados a la misma, el valor de la cláusula penal, y restituirá el excedente a los CONSTITUYENTES Y/O BENEFICIARIOS DE ÁREA, previa deducción de la comisión de la FIDUCIARIA.

En el presente asunto, cuando se dice el FIDEICOMISO, se hace referencia AL FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7, cuya vocera y administradora es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, y por tanto es esta última quien la representa, y quien debe obrar en nombre de ella; si no lo hace, se tiene el actuar de dicho profesional fiduciario como negligente y falta de cumplimiento de las finalidades de su administración, en detrimento de los intereses de los vinculados al proyecto, y por supuesto las consecuencias de dicho incumplimiento solo pueden recaer en el autor del mismo, no en el patrimonio autónomo; más aún cuando ya ha quedado claro, que la FIDUCIARIA, es quien ha recibido los recursos aportados, y por tanto, también es esta quien, según los compromisos del contrato, debería devolverlos, en caso de que a ello hubiere lugar.

El artículo 1234 del Código de Comercio, señala los deberes de las sociedades fiduciarias, y para el efecto consagra:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, y en concordancia con el anterior, el artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, establece los deberes y derechos de las sociedades Fiduciarias; así reza expresamente la norma:

ARTÍCULO 2.5.2.1.1 Derechos y deberes del fiduciario. *Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.*

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

PARÁGRAFO . *El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.*

Y precisamente es con base en el presunto incumplimiento de la FIDUCIARIA es que se presentó la demanda, quien tal como preceptúa el inciso 3° de la última norma citada, debe, en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 1234 del Código de Comercio, llevar la personería del patrimonio autónomo en las actuaciones de carácter administrativo, y ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia, tarea que si no es realizada o realizada en forma deficiente, genera consecuencias al remiso, y no al representado.

Ahora, con respecto a la LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, que repele también mediante el recurso, y con fundamento en que el contrato Fiduciario de Vinculación, como el otrosí realizado al mismo, no fue suscrito por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., ni por el FIDEICOMISO INMOBILIARIO PALMAS K7, por tanto, no existe una clara expresión de voluntad que les vincule al contrato, habrá de advertir el Despacho, que tal como se ha venido analizando a lo

largo de esta providencia, la demanda se fundó en el supuesto o presunto incumplimiento de compromisos adquiridos en el contrato de vinculación al fideicomiso; y en tal sentido, previo a desestimar la presencia en este proceso de la sociedad fiduciaria o de alguna de las demás sociedades o del patrimonio autónomo demandados, debe verificarse dentro del trámite, si dicha relación jurídica sustancial extiende sus efectos a cada una de las demandadas, es decir, será cuestión probatoria, definir si en la situación fáctica planteada en la demanda, también están involucradas estas, o si por el contrario nada tienen que ver con tales imputaciones.

La de falta de legitimación en la causa por pasiva, se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas, naturales o jurídicas, que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda, lo cual tal como viene de advertirse debe verificarse a lo largo del trámite, y en tal sentido, es al momento de la decisión final, donde debe adoptarse la decisión en cuanto a este presupuesto.

“Este presupuesto es la misma institución que los doctrinantes conocieron con el nombre de *personería sustantiva*. La misma que Rocco nombra como *legitimación para obrar* cuando la contrapone o parangona con la que él mismo denomina *legitimatio ad processum*. Es la que menciona Carnelutti como *legitimación para pretender o para resistir a la pretensión* y la que Hernando Devis Echandía enuncia como *legitimación para obtener sentencia de fondo o mérito*.¹⁷”

Para que dentro del proceso judicial, pueda proferirse una decisión que defina el asunto puesto al conocimiento de la jurisdicción, deben concurrir lo que la jurisprudencia y la doctrina ha denominado requisitos formales y sustanciales, los cuales permiten que los actos jurídicos que deban realizarse, se verifiquen conforme a las formas propias de cada juicio establecidas en la ley; estos requisitos, son los denominados Presupuestos Procesales propiamente dichos y Presupuestos Materiales.

Entre los presupuestos materiales, según la doctrina, se tiene la legitimación en la causa que hace referencia a la pretensión o al derecho sustancial, y que a voces de la jurisprudencia, hace “... referencia a los requisitos necesarios para que el juez pueda dictar sentencia en la cual se pronuncie sobre lo pedido por las partes intervinientes en el conflicto intersubjetivo de intereses y cuya ausencia da lugar a la sentencia inhibitoria,

esto es, la terminación del proceso absteniéndose de resolver el problema que ante él ha sido llevado, quedando este en el mismo estado inicial.” (Corte Constitucional, C-666, 1996)

Así las cosas, concluye el juzgado, que por el momento dentro del presente proceso, se encuentran las partes que deben estar presentes para que pueda ser resuelta la pretensión propuesta, mediante una sentencia de fondo; y por tanto, y con base en lo aquí expuesto y analizado, no se repondrá el auto impugnado.

En virtud de lo anterior, el juzgado,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto del 20 de agosto de 2021, por lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personería en los términos y para los efectos del poder conferido, a la sociedad DUQUE PEREZ y ECHAVARRIA SAS, con nit. 900.931.608-7, y a su abogado adscrito ALEJANDRO ECHAVARRIA DAPENA, con T.P. No. 255.818 del C.S. de la J., para representar a las codemandadas PROMOTORA INMOBILIARIA CALYCANTO SAS, y PROMOTORA INMOBILIRIA K7 SAS.

TERCERO: INCORPORAR la respuesta a la demanda, que presentan mediante correo electrónico del 22 de septiembre de 2021, PROMOTORA INMOBILIARIA CALYCANTO SAS, y PROMOTORA INMOBILIRIA K7 SAS, respuesta en la cual se advierte la interposición de EXCEPCIONES DE MÉRITO Y OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Se tendrá en cuenta que simultáneamente con la presentación de la contestación, se acreditó haber enviado copia de la misma a los demás sujetos procesales.

NOTIFÍQUESE

RICARDO LEÓN OQUENDO MORANTES
JUEZ

¹ Teoría General del Derecho Procesal. Beatriz Quintero, Eugenio Prieto. Temis 4ª Ed. P.459.

Firmado Por:

**Ricardo Leon Oquendo Morantes
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 015 Oral
Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b2ffff5a359ca5580449b9eed2a1920d9ec7008377addfe0d5a4604548102b9b**

Documento generado en 04/10/2021 04:40:12 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>