

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2022112998-090-000



Fecha: 2023-10-10 17:02 Sec.día 1156

Anexos: No

Trámite:: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc:: 249-249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Remitente: 80030-80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
TRES
Destinatario:: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2022112998-090-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 249 249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Expediente : 2022-2404
Demandante : SETEYCO SAS
Demandados : ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. SIGLA ACCIÓN
FIDUCIARIA
Anexos :

En atención a lo expuesto en audiencia anterior, y de cara a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 373 del CGP, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profiere la siguiente sentencia escrita.

SENTENCIA

Las sociedades SETEYCO S.A.S., PUERTA DE ROSALES S.A.S. e INVERSIONES CAFI S.A., como fideicomitentes y por medio de apoderado judicial, demandan a la sociedad fiduciaria ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como fiduciario, para que sea removida de este cargo dentro de los patrimonios autónomos denominados FIDEICOMISO LOTE PROYECTO URAKU SUITES y FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES.

La anterior pretensión se eleva en razón a que la pasiva en “...su calidad de entidad de servicios financieros ha incumplido su deber de mantener los bienes objeto de fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.”, “...ha incumplido su deber de diligencia en la administración de negocios fiduciarios.”, “...ha incumplido su deber de rendir cuentas comprobadas de su gestión como administrador de los patrimonios autónomos.” y “...ha puesto en grave peligro los intereses jurídicos de la confianza pública en el sistema financiero.”.

Cuyo sustento fáctico, en síntesis, trata en cuanto acudieron a celebrar estos fideicomisos con la demandada dada la “...confianza generada por el aparente correcto funcionamiento de la entidad, su respeto por las normas nacionales y a las directrices de la Superintendencia Financiera de Colombia.”, sin

embargo, en curso y desarrollo de estos contratos “...LA FIDUCIARIA incumplió de manera reiterada y sistemática los contratos fiduciarios celebrados por mis poderdantes, socavando la confianza de los mismos en la ejecución profesional, la debida diligencia y cuidado que una fiduciaria vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia emplea en sus negocios propios”.

Incumplimientos que se tradujeron en; (i) demora de la transferencia de pagos de clientes a la cuenta del fideicomiso de recursos por más de un año, sin justificación alguna; (ii) cobro y descuento de sumas de dinero sin fundamento contractual ni legal tasadas en \$17.739.252,00 pesos M/cte., por concepto de comisión fiduciaria por escrituración de fecha 03/07/2014, pese a que sobre el desarrollo inmobiliario no se han hecho escrituraciones; (iii) se rehusó a registrar el avalúo del inmueble y del negocio, así como a actualizar los estados financieros del fideicomiso con dicho avalúo sin argumento válido, desatendiendo las instrucciones de los fideicomitentes radicada en diciembre de 2015; (iv) no hizo seguimiento de las obras, nunca elaboró los avalúos y no suministró las rendiciones de cuentas tal como se establece en los contratos y tampoco entregó información oportuna para ser entregada a las entidades financieras en cuanto a ventas y rendiciones de cuenta; y (v) declaró unilateralmente y sin fundamento jurídico la terminación y en estado de liquidación los contratos de Fideicomiso lote y Recursos, actuar que además iba en contravía de la cláusula compromisoria “vigésima séptima diferencias” y las condiciones establecidas en la cláusula “décima novena terminación” del fideicomiso recursos.

Igualmente refirió que mediante oficios radicados 2018127962-006 del 29 de octubre de 2018 y 2018153802-000 del 21 de noviembre de 2018, la Superintendencia Financiera de Colombia adelantó investigaciones en contra de la Sociedad Fiduciaria que condujeron a imponerle sanciones, así como a declarar “...dolo, negligencia y descuido en las funciones como fiduciario de ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., así como en la administración de otros negocios, lo que genera desconfianza comprobada sobre el buen resultado de la gestión encomendada.”, (derivados 000, 001 y 003).

Notificada la pasiva presentó escrito de contestación por medio del cual pidió se tuvieran como probadas las excepciones “NO EXISTE NINGÚN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL QUE HAYA DECLARADO QUE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA HAYA INCUMPLIDO LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL QUE DIERON ORIGEN A LOS FIDEICOMISOS LOTE Y RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES”, “ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. HA CUMPLIDO A CABALIDAD CON LAS OBLIGACIONES PREVISTAS EN LOS CONTRATOS Y EN LA LEY.”, “NO EXISTE NINGÚN ACTO ADMINISTRATIVO EN EL QUE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA HAYA SANCIONADO A ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. A TÍTULO DE DOLO.” e “IMPOSIBILIDAD DE DICTAR SENTENCIA SIN LA PRESENCIA DE TODAS LAS PARTES DE LA RELACIÓN NEGOCIAL QUE SE DISCUTE.”, (derivados 026 y 027).

CONSIDERACIONES

Verificada la existencia de los presupuestos procesales, y siendo competente conforme los artículos 57 y 58 de la Ley 1480 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, a resolver en derecho la controversia aquí suscitada.

IMPOSIBILIDAD DE DICTAR SENTENCIA SIN LA PRESENCIA DE TODAS LAS PARTES DE LA RELACIÓN NEGOCIAL QUE SE DISCUTE.

Sostiene la pasiva que no es posible “...proferir sentencia sin que a este juicio concurran los BENEFICIARIOS (sic) DE ÁREA.”, lo anterior roda vez que los considera “...litisconsortes necesarios...” y su no citación “...lesiona evidentemente, las garantías de las partes sobre las que recaerán los resultados del proceso, particularmente su derecho de contradicción en el juicio.”, como quiera que “...el cambio de

fiduciaria afecta directamente a los BENEFICIARIOS DE ÁREA, pues resulta variándose el elemento subjetivo del contrato.”.

Pues bien, basta para desechar esta solicitud el retrotraerse a los proveídos emitidos el 3 de agosto de 2022, así como el de 15 de diciembre de 2022 y 9 de marzo de 2023 (derivados 013, 023 y 043), las dos decisiones anteriores analizadas en sede de alzada por el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Civil con ponencia del magistrado Oscar Fernando Yaya Peña quien declaró inadmisibile la apelación.

Al respecto en las decisiones referidas, criterio que sigue manteniendo la Delegatura, se señaló que “...con independencia que se citen o no los beneficiarios, de encontrarse demostrados los elementos de la responsabilidad contractual y advertir que la consecuencia es la remoción la situación **no puede irradiar a afectar las obligaciones y derechos contractuales que tienen los beneficiarios de área, pues en esa hipotética circunstancia lo que conduciría es al cambio de una sociedad fiduciaria por otra cuyo objeto social está regulado y por ende incumbe cumplirlo en las mismas situaciones legales y contractuales ya sostenidas con los beneficiarios.**”, (resaltado ajeno al texto).

Derrotero que tiene su fuente en la Sentencia SC2879 de 2022 pues allí se ilustró por la Sala de Cas. Civil de la Corte Suprema de Justicia que no siempre que haya coligación contractual puede aludirse a un litisconsorcio necesario, ya que debe validarse es, si de “...la simple lectura de la demanda muestra que la actora no pretendió la resolución, la nulidad ni la modificación de ninguno de los negocios jurídicos celebrados en la estructuración del proyecto (...).”, es decir, no puede la declaración allá pedida como la de acá, modificar, menoscabar y/o minorizar los derechos que ya tienen los beneficiarios de área por el cambio de la sociedad fiduciaria de darse la remoción.

Esto como quiera que “...lo buscado en este escenario es la remoción del fiduciario cuyas causales están señaladas en el artículo 1239 del C. de Co., **lo que implicaría una modificación de una parte no para poner a cualquier otra en su lugar, sino a otra sociedad que cumpla con las condiciones legales para poder tomar esta posición de fiduciario, pues ‘...Solo (...) las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.’, (inc. 3º art. 1226 C. de Co., en concordancia con el art. 29 y ss. de la Ley 45 de 1990).**

Por ende, aquí hablamos de un contrato intuitu personae, es decir, en consideración a las cualidades de la persona como ocurre con la confianza que genera en estar de por medio de este tipo de relación jurídica una sociedad fiduciaria, empero se insiste como marcadamente se le ha dicho en decisiones ya citadas, no de cara a que sea propiamente Acción Sociedad Fiduciaria el fiduciario.

Súmase que vuelve a señalarse, este cambio de fiduciario de acceder a su remoción, en modo alguno puede afectar los derechos contractuales que suscribieron los vinculados, no solamente porque ninguna modificación contractual se surte sino por cuanto en su lugar y como lo señalan el artículo 1226 del C. de Co. ya citado y la Ley 45 de 1990 en su lugar solamente puede ingresar una sociedad fiduciaria autorizada por la Superintendencia Financiera quien estaría obligada a cumplir los deberes legales indelegables de que trata el artículo 1234 del C. de Co., los estipulados en la Circulares Externas vigentes para cuando se produjo el contrato, los contractuales previamente establecidos y los de conducta que jurisprudencialmente y de forma reciente han sido más que señalados, (Sents. SC5430 de 2021, SC3772 de 2022 y SC3978 de 2022 entre otras).

Luego por donde se mire, los aquí beneficiarios en 51 contratos de vinculación como la pasiva lo señala no pueden ver menoscabado ninguno de sus derechos contractuales e incluso legales de proceder a declarar la remoción del fiduciario de encontrarse cumplida alguna o varias de las causales establecidas para dar paso a ese cometido.”.

DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA

Ahora bien, la controversia tiene por fuente la vinculación de los actores como partícipes a un **contrato de fiducia**, esto es, de un “*acto de confianza*” en virtud del cual “...una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero”. (Artículo 1226 del Código de Comercio y Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, compendiada en la Circular Externa 029 de 2014 – Parte II, Título II, Capítulo Primero).

A su turno, el literal b) numeral 1º del artículo 29 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero reconoce como una de las actividades autorizadas a las sociedades fiduciarias, el “*Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece*”.

Así mismo, la Superintendencia Financiera en la Circular Básica Jurídica, específicamente en la Parte II Título II Capítulo I Numeral 1.1., ha adoptado un concepto de negocio fiduciario que involucra la integralidad de una serie de actos que desarrolla la sociedad fiduciaria como profesional que presta servicios financieros, principio sobre el cual se profundizará más adelante al estudiar las figuras contractuales que envuelven a este litigio.

Dicho concepto que involucra tanto la fiducia mercantil como el encargo fiduciario tiene unos elementos que por pertinentes vale la pena resaltar, siendo estos: (i) la existencia de uno o varios actos de confianza, (ii) la entrega de uno o más bienes determinados, con la transferencia o no de la propiedad y, (iii) la realización de una finalidad específica, en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la fiducia inmobiliaria, la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia, define esta modalidad 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 un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato*”.

Tanto la doctrina, como la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia (Circular Externa 007 de 1996), aplicable para la fecha de inicio del negocio fiduciario aquí analizado, pues lo fue el 4 de abril de 2011 conforme da cuenta el mismo contrato allegado a derivado 026 y ss, han establecido distintas etapas dentro del esquema descrito, dentro del cual han de distinguirse (i) la etapa preliminar o de “*preventas*”, (ii) la etapa de desarrollo y (iii) la etapa de liquidación.

En la etapa de “*preventas*”, tal y como lo señalaba dicha Circular, la fiduciaria tiene la obligación de “(...)*efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de los interesados en adquirir inmuebles dentro del 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*”.

A su turno y respecto de estas condiciones para el traslado de los recursos al proyecto, se requiere entre otras que se tengan “(...)*las condiciones para garantizar que existen un número mínimo de compradores que aseguren la recuperación de los costos totales del proyecto, dejando solo en riesgo el número de unidades cuya venta aportará el equivalente a las unidades esperadas*”.

En esta etapa, y de cara al análisis de la responsabilidad del fiduciario, señalaba la Circular Básica, que “(...) *la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como: Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto (...)*”, “*Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores*” y “*Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto*”.

Igualmente imponía el deber de “...*prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio*” y “*realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto*”, (numerales 2.2.1. y 5.2., Capítulo Primero del Título V, de la Circular Básica Jurídica 07 de 1996, modificado por la Circular Externa 046 de 2008), situaciones que incluso son connaturales al mismo giro de este tipo de contratos y aplicables a este contrato.

En cuanto a la etapa de desarrollo, definida por la Circular Básica, al identificarla bajo la modalidad de administración y pagos como “(...) *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 inmobiliario”.

Frente a ésta, el instructivo contenido en la Circular Externa 007 de 1996 indicaba que la sociedad fiduciaria previo a comprometer su responsabilidad y dentro del análisis de control interno dispuesto por la Entidad debía establecer, entre otras obligaciones “*Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones*” (...) y “*Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto*”.

A su vez, y ya en vigencia de la CE 046 de 2008, se estableció conforme el numeral “...2.2.1 *Normas y principios a considerar...*” entre los cuales se encuentra que “*a. En la celebración de cualquier negocio fiduciario, además de las normas propias contenidas en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 146 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deberán atenderse las demás disposiciones imperativas aplicables a cada negocio en particular; así como, las propias de la naturaleza del contrato según la ley, la costumbre y la equidad natural al tenor de lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio.*”.

Y en su literal b) señaló: “*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:*

- i) Deber de información. (...)*
- ii) Deber de asesoría. (...)*
- iii) Deber de protección de los bienes fideicomitidos. (...)*
- iv) Deber de lealtad y buena fe. (...)*
- v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. (...)*
- vi) Deber de previsión. (...)*”.

En cuanto al negocio fiduciario en materia inmobiliaria en el artículo 5.2 del mismo instructivo desarrolló algunos de los deberes legales que recaen en las sociedades fiduciarias antes de comprometerse y vincularse en este tipo de contrataciones, sobre el punto se expresó por esta norma que “...Corresponde a las sociedades fiduciarias divulgar de manera adecuada y oportuna a sus posibles clientes y usuarios el alcance que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades, pues su participación involucra la confianza de las personas que hacen parte de los mismos, llámense compradores, propietarios de los terrenos, constructores, proveedores, establecimientos de crédito, etc., para quienes, por regla general, la presencia de la sociedad fiduciaria dentro del proyecto es determinante para su participación o contratación.

Así, las referidas sociedades fiduciarias deberán i) realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto, ii) contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y iii) efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.

En este sentido, la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como:

- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.
- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.
- Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes.
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.”.

A su paso, no sobra memorar que el artículo 871 del Código de Comercio establece de manera general que “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, 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”, guardando consonancia con lo normado en el artículo 7º, literal u) de la Ley 1328 de 2009, según el cual, son obligaciones especiales de las entidades vigiladas el observar, “Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarios, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros...”.

Ahora, como ya decantado lo tiene este Delegatura, el Negocio Jurídico materia de discusión tendrá un análisis que se efectuará, y así se ha entendido en su estructura, como uno solo, ya que si bien en su desarrollo se pactan diversos contratos, así como se crean diferentes estadios de negociación entre quienes hacen parte, lo cual genera diversos derechos y obligaciones a quienes intervienen en el proyecto (Promotor, Fideicomitente, Inversionista, Beneficiario), presupone entonces, que tanto el encargo fiduciario como el contrato de fiducia mercantil son coligados para los efectos de un análisis integral de la

relación entre el adquirente de una unidad inmobiliaria con la fiduciaria por medio del contrato de su vinculación.

Nótese que son actos jurídicos estrechamente relacionados entre sí desde el contrato que inicia el proyecto (Encargo), el que lo estructura y permite su gestión (Administración) y el que conduce a su desarrollo (Ejecución), en tanto cualquier determinación que se adopte entre unos y otros repercute inescindiblemente en los demás.

Sobre tal temática, el punto ya fue dilucidado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia quien enseñó: “(...) *los efectos jurídicos que de dicho instituto se desprenden, especialmente, en lo que tiene que ver con la incidencia que uno o unos de los contratos celebrados ejerce o ejercen sobre el otro o los otros, fundamentalmente, respecto de su validez, de su cumplimiento o incumplimiento y de las acciones que pueden adelantarse. (STC18476-2017, 15 de nov. 2017, Rad. 68001-31-03-001-1998-00181-02). (...) pues en conjunto todos ellos hacían posible la construcción de la obra para la que se constituyó el Patrimonio Autónomo, y la validez, cumplimiento o incumplimiento de alguno de ellos afecta de manera directa a todos, tanto así que no sería posible su ejecución. (...)*”¹, (resaltados ajenos al texto, posición ya anunciada en Sentencia SC18476-2017 del 15 de noviembre de 2017 y reiterada Sentencia del 19 de diciembre de 2018, expediente SC5690-2018).

Coligación en el análisis del litigio que contrario a lo que estima la pasiva en modo alguno implica litis consorcio necesario para llamar a este proceso a la constructora como en varios momentos de sus alegaciones lo expuso, pues el primero no es sinónimo del segundo, máxime si como se ha venido señalando, este ejercicio procesal de raigambre especial conduce a examinar las responsabilidades contractuales propias del giro del negocio llevadas a cabo por la entidad fiduciaria, que por demás son indelegables y excluyentes de otras actuaciones de quienes hicieron parte del negocio y que a fuerza de ser repetitivo, el cambio de sociedad fiduciaria como fiduciario puede conducir a desmejorar, modificar y/o morigerar las reglas ya establecidas entre los demás partícipes vinculados al negocio, dado que la actividad al ser de captación de dineros del público y ser considerada de interés público cuenta con regulación en su confección, desarrollo, ejecución e incluso liquidación cuya autonomía de las partes se ve limitada a propósito de estas normativas.

DEL PROCESO DE REMOCIÓN

Señala el artículo 1239 del C. de Co., que, a solicitud del interesado, -entiéndase quienes tengan un interés legítimo y la facultad de cara a la legitimación para elevar tal pedimento-, el fiduciario podrá ser removido de su cargo por el juez competente.

Causales que radican en tener “...*intereses incompatibles con los del beneficiario...*”, (numeral 1º), es decir, la persona designada en tal calidad por el fideicomitente sea aquél ora un tercero ajeno al negocio que dada la condición a su favor y una vez aceptada, le asiste el derecho a su reclamo legítimo para que se cumpla por las vías legales que correspondan por supuesto de cara a los conflictos que se susciten en desarrollo y ejecución de esta actividad que contravengan el mismo objeto y fin del negocio jurídico celebrado.

Nótese que el beneficiario de un negocio jurídico de fiducia tiene un derecho contractual restringido a la prestación específica prometida, para exigir el cumplimiento de la finalidad fiduciaria determinada en su favor, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 1235 del Código de Comercio, según el cual “[e]l beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes: Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad

¹ Cfr. Sentencia del 18 de mayo de 2018, Ref. STC6539-2018, Radicación No. 05001-22-03-000-2018-00075-01.

por el incumplimiento de ellas”, condición de Ley que brota del artículo 1506 del CC., esto es, la típica situación de “*estipulación para otro*” o “*estipulación en favor de otro*”, a cuyo tenor señala que “*cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él*”, (cfr. Sent. del 1° de julio de 2009, magistrado ponente William Namén Vargas, Ref. 11001-3103-039-2000-00310-01, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil).

Igualmente, aquélla que trata de la “*...incapacidad o inhabilidad...*”, (numeral 2°), que nada tendría que ver con el cumplimiento del objeto del contrato en su desarrollo y/o ejecución, sino de situaciones formales como a modo de ejemplo **las jurídicas**, y de aquéllas **materiales**, a modo ejemplo -revocación de la facultad, liquidación, extinción, conflicto de intereses entre otras-, que no le permitan al mandatario desempeñarse como fiduciario, es decir de imposibilidad de tal envergadura que son circunstancias personales que lo afectan en dicha calidad y rol a ejercer.

A su turno sigue la situación de comprobarse “*...dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario, o en cualquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundadamente del buen resultado de la gestión encomendada...*”, (numeral 3°).

Hipótesis a propósito de la cual la jurisprudencia nacional hasta el momento ha sido ajena, en tanto lo único que se ha señalado por la alta Corte en materia civil, sobre el particular, es que en aquellos eventos en que el fiduciario “*...se aparte de tales instrucciones, [por supuesto las legítimas y que no vayan en contra del objeto del fideicomiso] que incumpla sus deberes legales y contractuales, o que incurra en actos culposos en el cumplimiento de sus funciones, eventos en los cuales el fiduciante puede revocar la fiducia, si se reservó esa facultad; pedir la remoción del fiduciario, e incluso, demandarlo en juicio de responsabilidad, para que se le resarzan los perjuicios ocasionados (arts. 1236, num. 2; 1239, num. 3° y 1243 C. de Co.)*”, (Sent. SC-013 del 14 de febrero de 2006, Ref. Exp. No. 05001-3103-012-1999-1000-01, Sala de Cas. Civil Corte Sup. de Justicia).

Es decir, ha señalado que dados estos aspecto es posible acudir a esta vía a través de juicio, empero no ahondado en el recto entendimiento de la normativa, razón por la cual al amparo de los artículos 25 al 32 del Código Civil ha de verificar la debida interpretación de la normativa, y por contera, acudir a las fuentes como la doctrina nacional y foránea e incluso decisiones adoptadas en dicho contexto, las cuáles también resultan aplicables en estos escenarios y que ayudan al Juzgador a concretar posturas por vía de una apreciación razonable de la normativa como fuente de derecho.

Pues bien, indica en síntesis el artículo que debe demostrarse dolo, grave negligencia, descuido en las funciones que conduzcan a **dudar fundadamente** de la realización de la gestión que le fuere encomendada, vocablo resaltado que no trata de cualquier circunstancia, sino aquella que con fundamento y seriedad permite advertir que la administración entregada no llegara a su finalidad u objeto.

Nótese que en cuanto esta tercera causal, además de la duda razonable de llevar a buen término la gestión, dicha duda va precedida de la existencia de un dolo o culpa grave de su gestión como fiduciario sea en negocios propios, es decir, con el o los fideicomitentes o terceros interesados que demandan su remoción sea con ocasión al mismo contrato que le lesiona o aun cuando estos negocios les resulten ajenos pero pueden causar esta situación de zozobra, lo que lleva a significar que no se trata de cualquier acción sea administrativa o judicial entablada en contra de la Sociedad Fiduciaria, aun so capa de ser sancionada y/o condenada, sino de aquélla que brote con calificación de dolo, grave negligencia y desatención de funciones de tal naturaleza que bajo dicho criterio no permite aseverar nada diferente a que no le es posible continuar con su calidad de fiduciario.

Al respecto, ha de recordarse que el dolo ha sido entendido bajo “...*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.*”, (art. 63 CC.), en otras palabras, en conocer el posible efecto dañino por su actuar y en todo caso ejecutarlo deseando ese resultado dañino al otro.

La grave negligencia ha de entenderse como aquel descuido y/o falta de cuidado de tal entidad o magnitud que podría decirse es insuperable, de llevar un adelantamiento de los negocios entregados en su administración de tal forma que no conduzca a nada distinto a observar que su calidad de profesional es poco prudente en dicho manejo, esto es, sin moderación o cautela en su desarrollo y ejecución.

Al respecto, se ha dicho por medio de decisión arbitral que de cara a esta causal y para que produzca efectos, resulta “...*preciso que la negligencia o el descuido incurrido por el fiduciario en el desarrollo de sus funciones sea ‘grave’, calificativo legal que implica que no basta la ocurrencia de cualquier clase de negligencia o descuido por parte del fiduciario, sino que se requiere que la una o el otro sean grandes, de mucha importancia, de tal entidad que ponga en riesgo los activos dados en fiducia o el patrimonio autónomo o atente contra el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso mercantil.*”

Contrario sensu, la remoción no procede cuando la negligencia o el descuido del fiduciario acreditados en el proceso no tienen esa materialidad, aun si los mismos llegan a comportar el incumplimiento de un determinado deber contractual o legal.”.

Para aclarar que “...*es la autoridad competente la llamada a determinar en cada caso concreto si se cumple o no el supuesto legal en comento.*”, (cfr. Laudo Arbitral de 9 de mayo de 2003 llamado Fiduciaria Cafetera S.A. Fiducaf  S.A. vs. Fideicomiso Quijano Rueda Hermanos e Inmobiliaria e Inversiones Quijano Rueda Hermanos Ltda.).

Igualmente, la doctrina foránea, para el caso de Argentina frente al tema ha ahondado y enseño: “...*El fiduciario, además de propietario de los bienes fideicomitados, desde el punto de vista de sus obligaciones, tiene a su cargo una serie de deberes tendientes al mejor desarrollo de su cometido, y cuyo incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, le puede acarrear una serie de consecuencias, entre ellas, la posibilidad de ser removido judicialmente [art. 1678, inc. a)], y la de responder por los daños y perjuicios.*”

La Ley establece en el artículo 1674: ‘El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.’ La norma fija un standard o parámetro legal que se llena con las obligaciones concretas establecidas en la ley y en el contrato de fideicomiso de que se trate. Siguiendo ese standard, el criterio es que una gestión que debería ser la de un ‘buen hombre de negocios’, fundada en la buena fe y en la confianza, es lo que servirá a los jueces como parámetro para determinar si el fiduciario ha cumplido diligentemente su función. La regla liminar es que el fiduciario est  obligado a cumplir los fines del fideicomiso según el acto constitutivo. Esto, a su vez, dependerá del tipo de fideicomiso en cuestión (de administración, de garantía, etc.), y de la clase de bienes que se transmitan (v.gr., inmuebles, acciones, créditos, etcétera).’.

Escenarios que hasta ahora se han planteado apenas por vía jurisprudencial en nuestro país, cuando ciertamente en este contexto foráneo, el concepto de responsabilidad del fiduciario como buen hombre de negocios campea no un análisis y tesis de una Corporación como órgano que sienta precedente, sino que allí la Ley ya lo tiene consignado y no asiste a discusión.

Igualmente, en dicho derecho foráneo ya est  superada la temática de si este tipo de negocio contiene obligaciones de medio o de resultado, pues la misma Ley ya lo pregona, al respecto se ha dicho: “...*El cumplimiento del fiduciario se liga al deber de obrar con la diligencia de un ‘buen hombre de negocios’;* y

el de hacerlo con prudencia, sin culpa, adoptando todas las medidas necesarias para el logro del resultado esperado, aunque finalmente éste no se obtenga.

Sin perjuicio de lo dicho, hay obligaciones del fiduciario que son de ‘resultado’, como por ejemplo la suscripción de una escritura en una fecha determinada, el pago de una prestación con fondos que se hallan disponibles en una cuenta fiduciaria, interponer una demanda en término para evitar una prescripción, etc. Siendo de resultado, el factor de atribución es objetivo, pues no es menester probar la culpa; no porque ésta no exista, sino porque carece de interés.

El Código Civil y Comercial fija claramente la situación al establecer en el art. 1723: ‘cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva’. Agrega el art. 1768, dedicado a la responsabilidad profesional, que ‘la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido a un resultado concreto’.

Y en lo que llama la atención de este proceso, frente a la remoción del fiduciario, bajo esta causal tercera se ha señalado que procede si se comprueba la existencia de una justa causa de remoción, ya que “...Al requerir una causa, la remoción implica una sanción. Esa es su naturaleza. Por ese motivo, aunque el art. 1678 no lo requiera, entendemos que la remoción sólo es admisible cuando el incumplimiento obedece al actuar negligente o doloso del fiduciario. Dado que la remoción es con intervención del juez, este debe constatar que hubo incumplimiento imputable de las obligaciones a cargo del fiduciario, o una situación que lo coloque en la imposibilidad material o jurídica de cumplir (aquí, en este último supuesto ya no es necesaria la culpa).

Tanto la Ley y -usualmente- los contratos de fideicomiso imponen al fiduciario una gran cantidad de obligaciones. Aunque la ley no lo aclara, entendemos que el incumplimiento de cualquiera de ellas que tenga importancia en el caso concreto, aun cuando otras hayan sido cumplidas, habilita para solicitar la remoción. No obstante, si el incumplimiento es de escasa importancia, una acción de remoción no debería prosperar.

Si el fiduciario actuó con la diligencia y prudencia propias de un buen hombre de negocios (art. 1674) y se produjo un incumplimiento, descartado el caso fortuito o la fuerza mayor, tampoco procedería la remoción.”, (cfr. Remoción Judicial del Fiduciario por Incumplimiento. Causales. Procedimiento. Medidas cautelares. Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski).

Por otro lado, la doctrina nacional al tema a dicho: “*Tanto el fideicomitente como el fideicomisario -partes interesadas- pueden pedir la remoción del fiduciario bajo una reglamentación que es distinta en Colombia y suscita algunos interrogantes.*

Cualquiera de los dos puede acudir ante el juez para solicitar su remoción por las causales de ley, que suponen diversas hipótesis de incumplimiento del fiduciario o de censura grave a su comportamiento (...) cuando su conducta haga dudar, fundadamente de que pueda obtener un buen resultado de su gestión².

Este supuesto final merece un comentario aparte. La ley supone que el fiduciario actuará lealmente y de forma diligente. Esa es la premisa implícita en la confianza que se le deposita. De manera que ‘si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones’ ella se desvirtúa y destruye la confianza depositada. Pero la sanción en Colombia no se fulmina si tales conductas se establecen en función del fiduciario. Ella se extiende a cualquier otro negocio propio o ajeno cuando en relación con ellos se

² Colombia. Art. 1239, C. de Co. En Guatemala, art. 786, C. de Co., puede pedirse la remoción por causas similares, así como en Paraguay, art. 30 30, L 921 de 1996.

produzca idéntica comprobación. Es decir, y esto es de la mayor transcendencia, no le basta al fiduciario manejar en forma prudente y diligente el negocio que se le confía; su actuación cuidadosa y de buena fe debe ser norma de conducta en su actividad mercantil pues, la falla que pusiera en evidencia su yerro en otras actuaciones puede legitimar a cualquier parte interesada para pedir su remoción como fiduciario, aun de un negocio correctamente manejado.

(...) Ahora bien, aunque no se diga parece obvio, en primer término, que resulten causas justificadas aquellas causales de remoción judicial consagradas en el artículo 1239 del Código de Comercio, junto con las que las partes hayan podido precalificar como tales en el contrato, lo que es siempre posible. No parece, en cabio fácil invocar el incumplimiento severo de las obligaciones a su cargo, como causa justificativa de la solicitud, pues tal definición escapa de suyo a la competencia ordinaria de una autoridad administrativa, así esté dotada de tan amplias facultades como la Superintendencia lo está frente al contrato”, (Cfr. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Su significación en América Latina, Legis Editores S.A., Rodríguez Azuero, Sergio.).

Y por último, la causal 4ª que trata de eventos “...Cuando no acceda a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia, o a dar caución o tomar las demás medidas de carácter conservativo que le imponga el juez.”, desatención que generaría situaciones de conducta alarmante, entre otras cosas, porque dentro de los deberes legales y de resultado están el de rendir cuentas y el de tener los bienes del fideicomiso separados de los suyos y el de los demás fideicomisos, y el segundo aparte resulta de gravedad tal que incluso iría en contravía de las reglas propias de un estado social de derecho al no acatar acciones ingentes en este contexto emitidas por su órgano rector como lo sería la Superintendencia Financiera y con mayor razón si la decisión proviene de autoridad judicial.

DEL CASO EN CONCRETO.

Lo primero a señalar es que no asiste discusión a la existencia de los contratos de fiducia, menos de la calidad de partes dentro de dichos negocios de los aquí demandantes y la demanda, los primeros como fideicomitentes y la segunda como fiduciario.

Igualmente, no puede tener cabida a discusión alguna, en tanto así se señaló al fijar el litigio como incluso se estableció en los interrogatorios llevados a cabo, el proyecto constructivo se llevó a cabo, es decir, el objeto del contrato como era el desarrollo de la obra de construcción de apartamentos de los beneficios de área quienes se hicieron partícipes por vías de encargo se efectuó, cosa distinta es lo que tiene que ver con la información suministrada a los beneficiarios de área y las situaciones suscitadas para dar el trámite de este negocio a entenderlo como de connotación turística propiamente dicho, a ser en realidad una propiedad horizontal con fines de vivienda turística, regulaciones, aspectos y situaciones diferenciadas por la normatividad empero que no son objeto de este proceso, razón por la cual no se entrará a ahondar.

Sin embargo, este paréntesis resulta importante y necesario traerlo a colación por dos circunstancias, la primera que da cuenta que el proyecto inmobiliario se construyó, es más, conforme lo confesó el representante legal de la fideicomitente (SETEYCO S.A.S) en interrogatorio llevado a cabo al señor Joaquín Fidalgo Barcenas así se adujo, en tanto dijo se construyó y dotó para el año 2015, e incluso aceptó que en dicha construcción procedió a arrendarlo para atender las situaciones de pagos de sostenimiento mientras se superaba la eventualidad de la escrituración dada la problemática para dar paso a la “...operación hotelera...”, de allí que de suyo da cuenta que los dineros contenidos en el PA del Fideicomiso Recursos Proyecto Uraku Suites sí fueron a parar a su finalidad, la construcción.

La segunda, dado que, por este mismo evento, frente a los giros que cuestionó se dieron en el año 2014 pero que luego de tres (3) meses de aclarado el tema se efectuaron estos; y posteriormente, se continuó

con un normal desarrollo, y por demás calificada su conducta en contra de abstenerse de contestar la razón o razones de demora, como a modo de ejemplo requerimientos para adicionar por presentar estos documentos de forma incompleta, situación que así lo refiere la pasiva, ha de calificarse en contra, máxime si se tiene que con independencia de esta presunta demora, so capa de estar probada, se reitera, en nada afectó el desarrollo inmobiliario en su finalidad y objeto, o por lo menos ello no está probado.

Ahora en lo que toca con el cobro de comisiones por escrituración, adujo el mismo actor en interrogatorio que esto se dio fue por un error en la designación del gasto que de forma posterior se le dijo no eran escrituraciones sino comisiones, por supuesto añadió, que esto sucedió luego de mucho insistir en la aclaración de estos dineros, lo cual ocurrió por la misma época, año 2014 en adelante, mismo decir del representante legal de la pasiva, es decir, que fue un error en la conceptualización del pago empero que este sí existió y en la actualidad ya está corregido.

Mismo actuar que se predica del avalúo que no fuere aceptado o reconocido por la sociedad fiduciaria, lo que sucedió en el año 2016, pues al indagarle al demandante por qué no se aceptó este avalúo, tampoco recuerda el argumento de no tenerlo en cuenta y simplemente señaló que la fiduciaria no lo aceptó y tampoco lo realizó, sin embargo, de la respuesta emitida por el representante legal de la Sociedad Fiduciaria, señor Omar Eduardo Suárez Gómez, y que trata del 19 de abril de 2016, no se evidencia situación contraria a lo pactado en el negocio fiduciario que diera lugar a tener el avalúo allegado como parte del negocio de administración y pagos, esto como quiera que allí se le indica que *“...una vez analizada su solicitud en cuanto al registro del avalúo por usted aportado, nos permitimos informar que toda vez que el objeto contractual del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración por medio del cual se constituyó el FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES, no conlleva seguir con la titularidad jurídica de las unidades resultantes del proyecto, ni mucho menos conlleva la operación de la unidades inmobiliarias resultantes, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actuando única y exclusivamente como vocera del FIDEICOMISO LOTE PROYECTO URAKU SUITES, se abstiene de proceder a su solicitud de registrar el mencionado avalúo. Por tal razón, hacemos devolución del avalúo radicado en nuestras instalaciones.”*, (derivado 026, PDF llamado comunicado no Registro avalúo).

Réplica que no se evidencia antojadiza, arbitraria o contraria a las reglas y naturaleza del contrato de administración y pagos del fideicomiso, si en cuenta se tiene que en efecto, el objeto no es que la fiduciaria administre los bienes en sí, sino los dineros para su construcción, tampoco era la llamada a realizar la operación hotelera y por demás, en efecto, según lo pactado, respecto de cada beneficiario de área su función es proceder a escriturarles su propiedad adquirida por medio del contrato de vinculación al encargo, situaciones que no llevan consigo *per se* y para funcionamiento de este tipo de relación contractual el tener como referencia y registro en el PA un avalúo de los terrenos, pues tampoco era su obligación efectuar el avalúo, contrario a ello, el mismo demandante así lo reconoció y atestó en el interrogatorio que se llevó a cabo.

Además de cara a la no verificación del proyecto, indicó que la Sociedad Fiduciaria no tenía información del negocio, lo visitó una o dos veces y no tenía conocimiento del estado real de este, empero también reconoció que no era lo pactado pues tenía el proyecto una interventoría quien debía rendir los informes incluso a la sociedad fiduciaria.

Esto significa que si bien hubo desavenencias en el curso del desarrollo y ejecución del contrato entre fideicomitentes y fiduciario, llama la atención que si la confianza se veía deteriorada por estos eventos como lo dice en su escrito y según se expresara sucedieron en los años 2014 y perduraron hasta el año 2016, solamente hasta el año 2022 mes de junio deciden demandar, pues si el evento era tan gravoso como lo señala en su libelo no se entiende la razón que la remoción tuviese tanto tiempo de espera, máxime cuando este escenario reviste de gravedad y justificación como se refiere en el acápite de remoción de la considerativa.

Más bien lo que se evidencia de los elementos aportados son situaciones y diferencias contractuales en interpretaciones, en todo caso, no puede dejarse pasar por alto que el mismo artículo 1234 en su numeral 4º faculta a las fiduciarias a “...llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente...”, por supuesto desde un ámbito de lo razonable, y ciertamente, lo que brota del plenario es que dadas las conductas en el desarrollo y ejecución del contrato las partes demandante y aquí demandada buscaron demostrar su razón en la forma en que se pactó y celebró el negocio, lo que de suyo conducía a conductas soportables en el ordenamiento legal, es decir, que no evidencian o revisten la causa justificativa y total que condujera al retiro del fiduciario por vía de gravedad en los presuntos incumplimientos.

En efecto, si bien se adujo que se obstruyó el desarrollo del proyecto por parte de la demandada al negarse a acceder a la aceptación del operador hotelero con fundamento que no cumple con sus políticas pese a que era un operador reconocido como la cadena Hilton, no del todo es acertado tal postulado, pues ciertamente lo que se advierte sucedió es que la cadena hotelera al ver que el proyecto no es propiamente destinado a la hotelería y turismo sino que es de la connotación de vivienda de propiedad horizontal con destinación a vivienda turística, le llevó a solicitar para poder efectuar sus actos de operador, el modificar nada más y nada menos que el mismo objeto del contrato, situación que se tiene como advertida de los interrogatorios llevados a cabo en tanto se señaló precisamente que se requería esta modificación para que la cadena hotelera pudiera ingresar, pues era una de sus exigencias.

Por ende, no es simplemente como lo quiere hacer ver la actora que se cambian los derechos de los beneficiarios de área, pues no es lo mismo tener una propiedad al final del negocio que se celebró a contar con la condición de dueño de derechos fiduciarios hoteleros, cuestión que solamente algunos, no todos, y aun so capa de la mayoría, suscribieron las transacciones aportadas y vistas a derivado 026 en este sentido, en tanto los señores Carlos Fernando Faccini Orozco, Maribel Otero Rodríguez, Diego Alberto Rodríguez Romero, Gloria Romero Vergel y Rubén Beltrán Chauvez adujeron no estar de acuerdo con desprenderse de su derecho de beneficio de área prometido, (cfr. Derivado 026, carpeta 15, Comunicaciones oposición Beneficiarios de Área).

Y es que no puede pasarse por alto que los contratos nacen para cumplirse (art. 1602 del CC.) y en las condiciones ofrecidas, pues no es lo mismo, se insiste, ser propietario de un bien inmueble con zonas comunes y destinado a vivienda turística, que modificar la condición a tener derechos fiduciarios que implican dejar de lado la capacidad y calidad de futuro propietario de un terreno para simplemente tener derechos de operación hotelera sustitutos de un alea que trata del ejercicio hotelero en su propio adelantamiento correlativo sea ingresos, gastos, rendimientos y/o pérdidas.

Es decir en otras palabras, dejan de tener una propiedad que por sí representa un capital fijo y disponible con un presupuesto de posibles ingresos adicionales cada vez que se arrienda por la vía de turismo, a tener unos derechos en papeles comerciales si así se quiere significar como a modo de ejemplo acciones, los cuales dependiendo de cómo surja el proceso de hotelería y se comporte el mercado pueden obtener a cada cierre de balance y de contar con márgenes de ganancias, beneficios en dinero conocidos comúnmente como rendimientos.

Y en caso contrario, de un ejercicio neutro se verían compelidos a no tener ganancias y peor aún, de presentarse pérdidas entrar a soportarlas con su patrimonio, circunstancias que aquí brillan por su ausencia se hubiesen informado a los beneficiarios de área que suscribieron estas transacciones de una manera oportuna, clara, completa, suficiente y/o comprensible, pues hablamos de consumidores financieros latos, esto es, desprevenidos sobre este tipo de negociación y neófitos, o por lo menos no se probó por la actora lo contrario, esto es, que conocidos todos estos riesgos de parte de los beneficiarios decidieran aceptarlos bajo el entendido que conocían dejaban una propiedad representada en patrimonio

para obtener a su turno derechos fiduciarios que podrían causarles ganancias o pérdidas viéndose compelidos a soportar las segundas e incluso salir a afrontarlas con sus propios recursos.

De ir más allá, no hablamos como se quiere hacer ver, de una simple modificación contractual de cambiar a la Sociedad Fiduciaria, sino de una maquinación conducente a cambiar **todas las reglas contractuales ofertadas a los adherentes**, pues su objeto final de tener un beneficio de área representado en inmuebles se modifica derechos fiduciarios susceptibles de un alea en los términos atrás vertidos, razón por la cual encuentra esta sede y con justificación la Sociedad Fiduciaria como fiduciario se opusiera a esta conducta, pues ha de recordarse que está representa, por así autorizarlo el Estado, el ejercicio de notorio interés público de captación de recursos y de suyo de proteger a estos beneficiarios de área como clientes suyos y como consumidores financieros incluso como lo señala la norma en contra de las mismas instrucciones de los fideicomitentes.

Sumase que no es posible adoptar estas decisiones por mayorías, pues cada parte vinculada y adherente tiene unos derechos ya consolidados suscritos a la prestación dada a su favor para el caso de los beneficiarios de área, regla contractual que le genera sus derechos al tenor del artículo 1602 del CC., y que solamente puede ser modificado por acuerdo de las partes, es decir, **todas en cada negocio de vinculación y no por mayorías**, y en todo caso, por decisión judicial, segundo escenario que no existe noticia se haya acudido para desenmarañar el entrabe que se tenía de cara a la operación hotelera y consecuente modificación del objeto del contrato y consecuente directriz a propósito de los derechos de los beneficiarios ya ofertados y aceptados por estos.

Y es que ciertamente de los relatos, es posible deducir por vía de indicio que esto se pretendía dar de la forma señalada, pues claramente la cadena Hilton en voces del interrogatorio del demandante “...señaló que seguía con el proyecto año 2016 pero si la Sociedad Fiduciaria se retiraba e ingresaba otro fiduciario...”, sería ello precisamente ya que se convirtió en un problema que le impedía modificar la oferta a la cual se vincularon los beneficiarios de área y quien procedió a enseñarles los riesgos que podrían tener, de allí que algunos decidieran no aceptar la transacción como se viera renglones antes.

Y si bien su actuar en este punto deja mucho que desear al realizar una citación y reunión exclusiva con los beneficiarios de área e incluso podría decirse oculta a los fideicomitentes, como quiera que así lo refirió el demandante a quién incluso lo expulsaron por no estar citado, amén de la conducta de la pasiva al pedirle pruebas en este sentido que no allegó pese a que su representante legal en interrogatorio adujo que siempre que citaban se dejaba las constancias, correos de citación orden del día y acta, pruebas que brillan por su ausencia y que con una certificación en contrario pretenden dejar sin efecto tal acto al decir que las realizadas en el año 2016 fueron “...reuniones informativas...” respecto de las cuáles no hay soportes, (cfr. Derivado 069, PDF Certificación Reunión), lo cual no guarda relación con todo lo aquí suscitado.

Actuar que resulta contrario a la buena fe contractual, y cuya conducta si bien reprochable, tampoco apareja la condición de remoción que trae la norma, pues implica precisamente sobre situaciones justificables de gran gravedad que impidan el desarrollo del proyecto fiduciario o que por situaciones conexas, (procesos administrativos, sanciones y hasta procesos judiciales), se encuentre en un contexto tal la sociedad fiduciaria que no conduzca a entender nada distinto a que estos eventos impiden pueda seguir desarrollando su función y calidad de fiduciario.

Es así como se puede sostener que la situación pedida a declarar no tiene cabida, pues la vía procedente es transformar por acuerdo de todas las partes el fideicomiso o crear uno nuevo con las consecuencias indemnizatorias que repercutiría tal situación a propósito de los vinculados que les desconocieran sus derechos, por demás, no está recordar que la modificación de la parte contractual, para el caso el

fiduciario, al ser un contrato *intuitu personae*, requiere de su autorización, o en su defecto, proceder a la liquidación del negocio y crear uno nuevo.

Al respecto la Ley y jurisprudencia han indicado lo siguiente; el artículo 887 del C. de Co., enseña que para este tipo de contratos “...de ejecución periódica o sucesiva **cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.**”

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”.

A su turno la jurisprudencia ha ilustrado: “2. La cesión de contrato se recibe en Colombia como un acto mercantil típico. Pese a su carácter especial, se engloba dentro de la Teoría general del contrato mercantil. Esto es, se revela como un potencial contrato accesorio de un acto mercantil principal.

Sus efectos son irretroactivos: sus efectos se producen ‘entre cedente y cesionario desde que aquélla se celebre’ -artículo 894 ibidem-. Su formación o perfeccionamiento da cuenta, como regla general, de dos hacedores: el cedente y el cesionario. «’De consiguiente, para probar la cesión basta demostrar que se ha declarado mutuamente la voluntad de ceder’»³. Así emerge del artículo 887 ibidem, según el cual «quienes celebran pactos mercantiles de ejecución periódico o sucesiva pueden hacerse sustituir por un tercero, en todas o algunas de las relaciones emanadas de él, sin necesidad de aceptación expresa del estipulante cedido, siempre y cuando tal sucesión no esté prohibida o limitada, por la ley o por una cláusula acordada por sus suscriptores» (CSJ, Sala de Casación Civil, rad. 110131030261998-21524-01, 24 de julio de 2012).”, (Sent. SC3772 de 2022 Sal Cas. Civil. C. Sup. de J.).

Y en pretérita oportunidad la misma corporación expuso de cara a este tipo de relación jurídica: “...Por la cesión de contratos bilaterales o de prestaciones periódicas cualquiera de las partes en el involucradas por vía de un negocio jurídico puede ceder **su posición contractual** en forma íntegra siempre y cuando el contrato no se haya cumplido enteramente, transfiriendo sus relaciones tanto activas como pasivas en frente del otro contratante cedido.”.

Por ello, “...La cesión contractual es la sustitución o transmisión de parte o todo de las relaciones contractuales, tanto en su aspecto activo como en el pasivo, derivadas de un contrato. De ahí, la cesión contractual tiene por efecto ‘(...) el sub ingreso, por un solo acto de un nuevo sujeto en la posición jurídica activa y pasiva de uno de los originales contratantes, sin necesidad de acudir a dos actos separados de cesión en la parte activa y de asunción en la posición pasiva’...”.

Y se trata, “...en consecuencia, de la transmisión a favor de un tercero, el cesionario contractual ‘(...) de toda la posición contractual de uno de los contratantes originarios (cedente), como complejo de derechos y obligaciones interdependientes que existían en cabeza del contratante (...)’⁴. Y no simplemente de la transmisión de un bien, sino de la condición de contratante de una las partes a un tercero, como función económico social, en un contrato bilateral.”.

De allí que señala la Corte que “...los ‘(...) contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, **no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante**

³ Enneccerus y Lehmann. Derecho de obligaciones. T. II. V.1. Bosch, 1954., pág. 382.

⁴ *Ibidem*, p. 225.

cedente esté autorizado por pacto expreso de hacerla o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante (...) lo hubiera consentido (...)."

Y reiteró "...como en otra ocasión se señaló, las '(...) obligaciones, y especialmente las que se contraen *intuitu personae*, **no pueden cederse sin el consentimiento de la parte en cuyo favor se contrajeron. Es la falta de consentimiento de esta parte lo que hace ineficaz la cesión (...)**"⁵.

Y concluyó, "*Por lo tanto, la cesión a tercera persona de un derecho de esta especie, arrastraría consigo la obligación que lo apareja, esto es que implicaría la sustitución del cedente por el cesionario en la órbita del contrato, o más concretamente la transferencia de éste, fenómenos jurídicos no reglados por nuestra ley civil, pero que, sin embargo, por no estar vedados, ni ser contrarios al orden público, **ante el principio de la libertad de las convenciones han de considerarse en general como viables, bajo una condición sine qua non, a saber: que la cesión de deuda o de contrato por una de las partes a un tercero, tenga la aceptación ya previa, ya coetánea o posterior de la otra parte***"⁶.

Es así como la norma y la jurisprudencia nos recuerda que la cesión no es posible darla por vía del simple mandato o instrucción, ya que al tenor del artículo 1226 del C. de Co., nos encontramos en aquellos negocios considerados *intuitu personae*, ya que "...solo (...) las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios."

Ahora de pasar a las situaciones que administrativa y legalmente ha tenido que soportar la Sociedad Fiduciaria, casos a propósito de los cuáles en algunos ha resultado por un lado sancionada de cara a sus deberes como profesional en este tipo de negocio y otros condenada incluso con su propio patrimonio al encontrar el elemento de culpa al tenor del artículo 1243 del C. de Co., ha de señalarse que no puede resultar la remoción del hecho de encontrar incumplimientos, ya que de suceder esto así, cualquier sociedad fiduciaria tendría lugar a ser removida por cualquier sanción y/o condena en firme que sea declarada en su contra, lo cual desnaturaliza el mismo negocio y giro del contrato financiero.

Al respecto se insiste so pena de ser repetitivos, que la ocurrencia de la situación de remoción cabe siempre que se evidencien las conductas del mismo contrato de fiducia discutido u otros donde haya estado o tenga calidad de fiduciario, tuviese acciones administrativas o sanciones adelantado su trámite, o procesos judiciales con declaraciones de responsabilidad, de tal magnitud y gravedad que en verdad justifiquen el aplicar la sanción de remoción.

Pues si pese a sus conductas consagradas las primeras de forma objetiva, es decir, sin que requieran calificación de ser eventualmente dolosas o de culpa grave en tanto verificado el incumplimiento compete la sanción al estar la carga consagrada en la Ley, y las segundas, en aplicación del criterio de culpa de que trata el artículo 1243 del C. de Co., cuyo deber es obrar como buen hombre de negocios, resulta sancionado o condenado, *per se* ello abre a paso a entender en un fiduciario incapaz de conducir el objeto del fideicomiso a su final.

Y es que mirado el tema en contexto se pone de presente el informe pedido de oficio y allegado a derivados 075, 077 y 079, información que confrontada no permite evidenciar que la desconfianza puede tener la magnitud que se pretende predicar.

Nótese que administrativamente ha sido sancionada la pasiva en siete (7) oportunidades, y de cara a las responsabilidades por vía judicial, se tiene condenas en dieciocho (18) oportunidades, empero la otra cara

⁵ CSJ. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 15 de junio de 1943, LV-718.

⁶ CSJ. Civil. Sentencia de 28 de julio de 1960 (XCIII-123).

de la situación es que para el período solicitado y que cubre estos dos (2) eventos, años 2018 a 2022, la Sociedad Fiduciaria ha manejado en total ocho mil ciento treinta y siete (8.137) contratos de fiducia.

La información relacionada con la cantidad de negocios inmobiliarios administrados por la Entidad de la referencia a cada uno de los periodos solicitados es la siguiente:

SUBTIPO	31/12/2018	31/12/2019	31/12/2020	31/12/2021	31/12/2022
ADMINISTRACIÓN Y PAGOS	1,010	1,007	976	942	888
PREVENTAS	136	132	135	116	100
TESORERÍA	575	600	540	505	475
TOTALES	1,721	1,739	1,651	1,563	1,463

Cualquier aclaración al Respecto con gusto será atendida.

Cordialmente,



MARIA FERNANDA BELTRÁN VIEIRA
421000-DIRECTOR DE FIDUCIARIAS

Esto no significa sin más que matemáticamente hablando y por vía de porcentajes, frente a las siete (7) sanciones que de un 100% que atañe a los 8137 negocios fiduciarios a su cargo, ha tenido un rango de aproximadamente 0,09% que representan estos negocios, es decir, no llega si quiera al uno porcentual, (1%).

Visto desde las demandas en la que ha sido condenada, tendríamos el mismo escenario, pues hablaríamos bajo el mismo idioma en un aproximado de 0.23%, también por debajo el uno porcentual (1%), lo cual quiere significar que la situación que se pretende poner de relieve no luce de aquéllas justificativas.

Contratos 100%	Porcentaje	Contratos Sanciones y/o Demandas	
8137	0,09%	7,3233	Sanciones
8137	0,23%	18,7151	Demandas

Ahora de verse por el valor a que se alude por el demandante, y que se puede sustraer de la certificación expedida por la Dirección Legal de Fiducias, (comunicación No. 2023058214-004-000 de fecha 14 de junio de 2023) en una relación del periodo de 2 años (2018 a 2020) con 18 sentencias en firme condenatorias en contra de la parte demandada y que suman DIEZ MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL TREINTA Y TRES PESOS CON TRES CENTAVOS (\$10.437.463.033,⁰³), ha de recordarse que al ser esta actividad regulada y para poder continuar con el permiso de ejercerla, efectuada una condena a cualquier vigilada, incluyéndose a la aquí demandada, debe ajustarse su PYG y proceder apropiar estos valores, pagarlos y reintegrarlos a su ejercicio.

Nótese como entre otros deberes, las Sociedades Fiduciarias deben contar y hacer parte del Sistema Integral de Administración de Riesgos (SIAR), el cual entre otros aspectos resulta de "...un conjunto de políticas, estrategias, prácticas, procedimientos, metodologías, **controles y umbrales y/o límites** que, de manera integrada y coordinada, le permiten a la entidad: (...) a. Establecer y fomentar una cultura de riesgo. b. Diseñar, implementar y monitorear el marco de apetito de riesgo y la estrategia para su ejecución.

c. Articular la gestión de riesgos con el plan del negocio, los niveles de capital y liquidez y el apetito de riesgo. d. Identificar, medir, controlar, monitorear y reportar oportuna e integralmente los riesgos inherentes al desarrollo del negocio, incluidos los derivados de la administración de activos de terceros. e. Contribuir a la evaluación de la suficiencia de capital y liquidez.”.

Todos los aspectos destinados precisamente a que en el desarrollo de su ejecución como autorizada del Estado cuente con la debida solvencia para atenuar, controlar, asumir y responder por situaciones como las aquí enrostradas, en tanto la finalidad entre otras es, obtener por vía de medición la suficiencia del nivel de cubrimiento de las provisiones estimadas frente a las pérdidas que efectivamente sean observadas, (CE. 018 de 2021 de la SFC).

En palabras más sencillas, las vigiladas entre ellas las Sociedades Fiduciarias como la aquí pasiva, están obligadas para poder funcionar y continuar con su permiso y ejercicio de captación de dineros del público, en tener mecanismos que mitiguen y sean consecuentes con estas condenas y riesgos de operatividad, cuya finalidad trata de adoptar mecanismos que les permitan responder por estas sumas sin afectar su actividad frente a los demás sujetos con los cuales contratan, y por demás, tener las provisiones necesarias para afrontar este tipo de situaciones.

Seria esto suficiente para denegar las súplicas, empero en lo que toca con el Fideicomiso Lote Proyecto Uraku Suites, ha de decirse que se está ante una carencia de objeto, esto debido a que por vía de liquidación **judicial** la Superintendencia de Sociedades admitió este patrimonio autónomo en liquidación y le designó liquidador, el cual según informó a esta sede con ocasión a la prueba de oficio pedida, ya aceptó y se posesionó del cargo, luego cualquier orden de remoción caería al vacío, (cfr. Derivados 057, 082 y 083)

Es decir, por ministerio de la misma Ley, la Sociedad Fiduciaria en cuanto a este fideicomiso ya no tiene la calidad de fiduciario, menos puede sostenerse como se dijera en alegatos, que se le requiere alguna autorización de Acción Sociedad Fiduciaria para continuar con el trámite de liquidación o de disposición sobre los bienes que componen este patrimonio autónomo, pues la vía legal suple cualquier desavenencia que se pueda presentar entre quienes componen y son partícipes del negocio, esto por la potísima razón que la voluntad contractual y reglas que implantaron las partes en dicha relación jurídico comercial de naturaleza financiera pasa a un segundo plano al acudir a esa vía de liquidación, en tanto quedan sujetas a las órdenes que se impartan en dicho escenario y a lo sumo lo que podrán hacer de contar con interés y legitimación es presentar los recursos y objeciones que consideren y les permita dicho procedimiento de naturaleza legal, empero al final de cuentas, estarán sometidos a la decisión del Juez a cargo de la liquidación conforme lo prevé la Ley 1116, la que incluso en su artículo 48 señala que el nombramiento del liquidador conlleva a que tenga “...la representación legal...”.

Además, ha de tenerse en cuenta que conforme certificó el Juez del proceso de Liquidación, Superintendencia de Sociedades, “...el Auto de apertura al proceso de Liquidación judicial quedó en firme, con fecha de ejecutoria del 12 de mayo de 2023.” y “...que el 05 de junio de 2023, el Doctor German Darío Olano Ortiz, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.399.350, aceptó el cargo y se posesionó como liquidador del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Lote Proyecto Uraku Suites, con Nit 805.012.921, lo cual consta en Acta de Posesión No. 2023-01-501416.”, aclarando que se designó una persona natural como quiera que no existe sociedad fiduciaria inscrita en dicho registro de liquidadores, empero “...que el relevo de un auxiliar de la justicia se presenta en los eventos establecidos en los artículos 2.2.2.11.6.2. y siguientes del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, por lo que, de presentarse en el futuro alguna de los presupuestos establecidos en la norma, este despacho procederá con la respectiva remoción.”, (derivados 082 y 083).

En síntesis, se denegará la excepción “*IMPOSIBILIDAD DE DICTAR SENTENCIA SIN LA PRESENCIA DE TODAS LAS PARTES DE LA RELACIÓN NEGOCIAL QUE SE DISCUTE*” y visto que las demás defensas propuestas no se encaminan a la situación objeto de debate, de oficio conforme la facultad consagrada en el artículo 282 del CGP., se declararán probadas las llamadas, AUSENCIA DE PRUEBA QUE PERMITA LA REMOCIÓN DE LA DEMANDADA y HECHO SUPERADO.

No se condenará en costas al no encontrarse probada su existencia y por consecuente su causación, (num. 8º del artículo 365 del CGP.).

DECISIÓN

Conforme con lo expuesto, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción IMPOSIBILIDAD DE DICTAR SENTENCIA SIN LA PRESENCIA DE TODAS LAS PARTES DE LA RELACIÓN NEGOCIAL QUE SE DISCUTE.

SEGUNDO: DECLARAR probadas de oficio las excepciones AUSENCIA DE PRUEBA QUE PERMITA LA REMOCIÓN DE LA DEMANDADA y HECHO SUPERADO.

TERCERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS
PROFESIONAL ESPECIALIZADO
80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES TRES

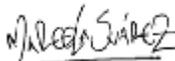
Copia a:

Elaboró:
DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS
Revisó y aprobó:
DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS

Superintendencia Financiera de Colombia
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES
Notificación por Estado

La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado

Hoy 11 de octubre de 2023



MARCELA SUÁREZ TORRES
Secretario