



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL – Alcance / FIDUCIARIO - Facultades

[S]i bien por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada, “ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente –titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio”. De igual manera, se debe señalar que el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo, de tal suerte que de no existir restricción o estar expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin que pueda considerarse que las mismas son adquiridas por la fiduciaria o que se respalden con el patrimonio de esta, ello “sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes”.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Cuarta, y Corte Suprema de Justicia, de 13 de agosto de 2009, Radicación 25000-23-27-000-2004-01343-01(16510), C.P. William Giraldo Giraldo; 9 de agosto de 2012, Radicación: 25000-23-24-000-2007-00488-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno (E); y 3 de agosto de 2005, Radicación 1909, C.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

PATRIMONIO AUTÓNOMO - Está conformado por los bienes transferidos al fiduciario / BIENES FIDEICOMITIDOS - Deben estar separados de los bienes de la fiduciaria y de otros patrimonios autónomos constituidos / OBLIGACIONES DE LA FIDUCIA - Son las que resultan del desarrollo del fin para el cual fue creada / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[V]ale la pena señalar que para que la separación patrimonial no se vea afectada, es necesario que la condición del fiduciario la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, pues de lo contrario puede llegar a comprometer su patrimonio personal; de manera que corresponde al fiduciario en la realización de los actos que le competen como tal, dejar ver la condición en que actúa, conservando el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición, así como de separar los diferentes patrimonios autónomos a su cargo, entre unos y otros.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Cuarta, y Corte Suprema de Justicia de 8 de mayo de 2014, Radicación 25000-23-27-000-2007-00210-01 (19913), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; y 3 de agosto de 2005, Radicación 1909, C.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

PATRIMONIO AUTÓNOMO - Personería para su protección y defensa

[A] los patrimonios autónomos no se les ha conferido personalidad jurídica y, sin perjuicio de ello, su presencia da lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho que si bien pueden transcurrir pacíficamente, también pueden ser objeto de controversias o inclusive litigios que conllevan a que estos sean llamados, aun en ausencia de personería jurídica, a defender sus intereses. En consecuencia, tal como ha sido definido por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tenemos que aunque "sea autónomo el patrimonio (...), y que no tenga personalidad jurídica, no significa a su vez que no está al frente de él ninguna persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente". En consecuencia, dado que "solamente los establecimientos y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria pueden tener la calidad de fiduciarios (artículo 1226 C. de Co.), (...) significa, ni más ni menos, que quien como persona jurídica ostenta esa calidad, es quien se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo, al cual, desde esa perspectiva, no le falta entonces un sujeto titular del mismo así lo sea de un modo muy peculiar". En ese sentido, se ha dejado claro por la Jurisprudencia que es el fiduciario la persona a cargo del patrimonio autónomo y sin perjuicio del principio de separación patrimonial, ya que no puede deducirse algo diferente de otras normas mercantiles y en particular de la que señala los deberes indelegables del fiduciario enlistados en el artículo 1234 del C. de Co., entre los cuales se hallan aquellos que le imponen "realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia" y la de "llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente" , normas que indican claramente que en el plano sustancial el fiduciario es quien debe obrar por el patrimonio autónomo cuando la dinámica que le es inherente lo exija.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Primera, y Corte Suprema de Justicia de 9 de agosto de 2012, Radicación: 25000-23-24-000-2007-00488-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno (E); y 3 de agosto de 2005, Radicación 1909, C.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

FIDUCIARIO – Deber de evidenciar su calidad frente a terceros

[E]s cierto que es necesario que la condición del fiduciario se haga conocer a los terceros con quienes entra en relación, pues de lo contrario el ente fiduciario puede llegar a comprometer su patrimonio personal, o como sucedería en este caso, adquirir la calidad de enajenante directamente; de manera que corresponde al fiduciario en la realización de los actos que le competen como tal, dejar ver la condición en que actúa, manteniendo el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición, así como de separar los diferentes patrimonios autónomos a su cargo, entre unos y otros.

OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO DENTRO DEL NEGOCIO MERCANTIL- Le corresponde administrar el patrimonio autónomo / FIDUCIARIO – No responde a nombre propio cuando ha dado a conocer a terceros su calidad de vocero del patrimonio autónomo / PRINCIPIO DE DIVISIÓN PATRIMONIAL - Aplicación

[C]ontrario a lo dispuesto en los actos administrativos demandados e incluso la sentencia apelada, se tiene que sí obran pruebas, como bien lo alega el recurrente, que dan cuenta que FIDUCOLOMBIA en efecto, actuó desde el

principio en calidad de vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía y así lo hizo conocer a terceros, incluida la entidad demandada, inclusive, al momento de solicitar y obtener el permiso de enajenación. A lo anterior, se suma el hecho que, no se evidencian pruebas que den cuenta que la demandante ocultó su calidad de fiduciario, a efectos que, como se señala en los actos demandados, se entienda obligada FIDUCOLOMBIA, en nombre propio. Se recuerda entonces, que los bienes que recibe el fiduciario a ese título no se integran a su propio patrimonio y únicamente garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, obrando la separación entre tales patrimonios y los provenientes de otros negocios fiduciarios máxime cuando tal condición se hizo conocer a terceros, como sucedió en este caso. Así mismo, se recuerda que cuando el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo, como lo sería la enajenación de los inmuebles, las obligaciones con terceros en el proceso quedan directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos.

FIDUCIARIO – Vocero del patrimonio autónomo / SANCIÓN DEL DEPARTAMENTO TÉCNICO ADMINISTRATIVO DEL MEDIO AMBIENTE – No puede imponerse a fiduciaria en nombre propio cuando actúa como vocera de un patrimonio autónomo / PRINCIPIO DE DIVISIÓN PATRIMONIAL – Aplicación / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Se vulnera a fiduciaria al ser llamada a responder en nombre propio obviando su calidad de vocera de un patrimonio autónomo

[D]ado que FIDUCOLOMBIA actuó como enajenante de los inmuebles respectivos, en calidad de vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía, si bien se encontraba sujeta a la inspección, vigilancia y control de la entidad demandada, lo hacía con observancia del principio de división patrimonial que, en ausencia de un fundamento jurídico y fáctico válido que permitiera desconocerle, no puede permitir de manera automática que se haya imputado responsabilidad a FIDUCOLOMBIA en nombre propio, sino como vocera del patrimonio autónomo respectivo. Al respecto, conviene señalar que el Consejo de Estado, ya ha definido el deber de las entidades administrativas en identificar en debida forma al ente investigado dentro de los procesos sancionatorios, incluido el caso en que como sujeto investigado deba ser llamado el ente fiduciario que actúa como vocero de un patrimonio autónomo que carece de personería jurídica. (...) Lo anterior significa, que conforme a las pruebas que obran en el expediente correspondía en el trámite administrativo que llevó a la expedición de los actos demandados en el caso en concreto, vincular a FIDUCOLOMBIA, como enajenante, pero en su condición de vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía. (...) Así las cosas resulta claro que, en el caso en concreto, el DAMA erró al llamar a FIDUCOLOMBIA a responder en nombre propio dentro del trámite administrativo censurado, pasando por alto su calidad de vocero del patrimonio autónomo Santa Sofía, situación que conlleva a atender los argumentos del recurso de apelación incoado por el demandante, por violación directa del artículo 29 de la Constitución, como norma superior invocada como violentada en el recurso de apelación y la demanda, situación por la cual corresponde revocar la sentencia apelada y, en su lugar, disponer la declaratoria de nulidad de los actos demandados con el restablecimiento del derecho que corresponda al presente caso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / DECRETO LEY 078 DE 1987 – ARTÍCULO 2 NUMERAL 7 / DECRETO DISTRITAL 540 DE 1991 – ARTÍCULO 4 LITERAL G / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1226 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1234

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA - DESCONGESTIÓN

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00195-02

Actor: FIDUCOLOMBIA S.A

Demandado: DEPARTAMENTO TÉCNICO ADMINISTRATIVO DEL MEDIO AMBIENTE D.A.M.A

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Referencia: Recurso de apelación contra sentencia que denegó las pretensiones de la demanda.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de FIDUCOLOMBIA S.A., en su calidad de demandante, contra la sentencia del 7 de mayo de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en descongestión denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El 2 de noviembre de 2004, Sociedad Fiduciaria FIDUCOLOMBIA S.A. (en adelante FIDUCOLOMBIA), obrando por conducto de apoderado, ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las Resoluciones Nos. 560 del 24 de octubre de 2003, 017 del 20 de enero de 2004 y 647 del 4 de junio de 2004, por medio de las cuales el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente D.A.M.A, le impuso y confirmó una multa de quinientos mil pesos, impartiendo órdenes administrativas con fundamento en el numeral 7 del artículo 2 del Decreto Ley 078 de 1987.

1.1.1 Pretensiones

La parte actora, de conformidad con lo expuesto en escrito de demanda¹, solicitó como pretensiones de su demanda:

“PRIMERA: Que son nulos los actos administrativos contenidos en las siguientes Resoluciones:

-Resolución No. 560 del 24 de octubre de 2003, proferida por el Subdirector de Control de Vivienda del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA.

- Resolución No. 017 del 20 de enero de 2004, proferida por el Subdirector de Control de Vivienda del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA.

- Resolución No. 647 del 4 de junio de 2004, proferida por la Directora del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA.

SEGUNDA: Que como restablecimiento del derecho de mi representada, se decida por el Honorable Tribunal que no hay lugar al cobro de la multa establecida por las citadas Resoluciones y se condene al Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA, a pagar los perjuicios presentes y futuros causados a la Sociedad Fiduciaria FIDUCOLOMBIA S.A. que logren demostrarse dentro de este proceso.

TERCERA: Que se ordene al Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA, la devolución del dinero cancelado por concepto de multa, con sus respectivos intereses.

CUARTA: Que se condene al Departamento Administrativo del Medio Ambiente –DAMA, a pagar las costas y gastos que se generen dentro del proceso”.

1.1.2 Hechos

1.1.2.1 Señaló el actor que FIDUCOLOMBIA, celebró contrato de fiducia mercantil con la sociedad DESARROLLOS, TRABAJOS Y ESTUDIOS S.A., DESTRESA S.A. (en adelante DESTRESA), el cual se elevó a escritura pública No. 1244 del 31 de mayo de 1994 ante la Notaría 44 del Círculo de Bogotá D.C., y cuyo objeto, entre otras cosas, era la administración por parte de la fiduciaria del inmueble transferido, así como la regulación de la administración y giro de los recursos.

1.1.2.2 Respecto de los bienes fideicomitidos, estableció que los mismos eran cedidos y transferidos a título de fiducia mercantil irrevocable. Debido a ello, al patrimonio autónomo que se conformó se le denominó FIDEICOMISO SANTA SOFIA, el cual se mantuvo separado del resto de los activos de la fiducia y del cual era vocera FIDUCOLOMBIA.

¹ Folios 2 a 22 del cuaderno No.1. El demandante estimó la cuantía en quinientos millones de pesos, por cuenta de los perjuicios reclamados.

1.1.2.3 Mencionó que en la cláusula tercera del contrato de fiducia mercantil se estableció que la tenencia de los bienes inmuebles estaría en cabeza del fideicomitente a título de comodato precario, para lo cual se debería suscribir un acta en la que se hiciera constar la entrega. En el mismo artículo se determinó que el fideicomitente respondería por los daños y perjuicios que pudieran derivarse del descuido o mal uso de los predios y, se estableció en el gerente la obligación de contratar la construcción, ventas e interventoría de los proyectos, previa aprobación de la fiducia.

1.1.2.4 Adujo que la fiducia tenía, entre otras, la obligación de atender los pagos que demanda la ejecución de la obra, conforme las instrucciones de la gerencia del proyecto, previo visto bueno de la interventoría. De la misma manera, debía recibir totalmente terminada la obra por parte de la gerencia del proyecto, previo recibo de la interventoría y liquidar contablemente el fideicomiso.

Resaltó que la fiduciaria no fue la constructora, interventora ni partícipe del proyecto de construcción y, en consecuencia, no era responsable por la terminación, calidad, precio, cumplimiento y demás de la obra, ni por el cumplimiento de las obligaciones que adquiriera la sociedad fideicomitente como gerente del proyecto².

1.1.2.5 Sostuvo que, en la cláusula octava del contrato, se estableció el límite de la responsabilidad de la fiducia, al señalarse que las obligaciones que adquiere la misma en virtud del instrumento contractual son de medio y no de resultado, respondiendo hasta de la culpa leve en su gestión. Adicionalmente, adujo que se dejó plena constancia que la fiducia interviene en la ejecución del contrato como vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía y, por lo tanto, no comprometió su patrimonio sino tan solo el del fideicomiso mencionado.

1.1.2.6 Insistió que, al celebrarse el contrato de comodato precario, FIDUCOLOMBIA entregó el lote objeto de sanción con el fin de que el fideicomitente lo usara.

1.1.2.7 Manifestó que entre FIDUCOLOMBIA y DESTRESA se celebró un contrato de gerencia en el que en la cláusula décima primera de dicho instrumento se estableció que la fiduciaria dejaba expresa constancia que

² Todo lo anterior de conformidad con la cláusula séptima del contrato de fiducia mercantil.

intervenía como vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía y, por ende, radicaba en cabeza suya las obligaciones de: i) ejecutar las labores de dirección orientación general del negocio en los aspectos administrativos, financieros y legales del mismo, ii) establecer de acuerdo con el análisis de mercado, las especificaciones de acabados y conformación óptima de los bienes inmuebles según las apetencias y posibilidades del tipo de clientes que conforman el estrato socioeconómico al cual se destinan las distintas unidades que conforman el proyecto.

1.1.2.8 Indicó que entre FIDUCOLOMBIA y el Fideicomitente se suscribió un contrato de construcción por administración delegada en el cual se estipuló – cláusula vigesimoquinta- que la fiduciaria dejaba expresa constancia que intervenía como vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía del Sur.

1.1.2.9 Informó que el 24 de octubre de 2003 el subdirector de control y vivienda del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente (en adelante DAMA) expidió la Resolución No. 560, por medio de la cual impuso a la sociedad FIDUCOLOMBIA multa por quinientos mil pesos, así como también le ordenó allegar un estudio técnico específico para establecer la causa y determinar las soluciones a adoptar frente a los asentamientos diferenciales del bloque 3 de la urbanización y un control periódico de asentamientos del bloque No. 3 con el fin de detectar si estos persisten y, en el evento de que así fuera, *“establecer su causa y adoptar las soluciones oportunas”*.

1.1.2.10 Posterior a ello, señaló que el DAMA expidió la Resolución No. 017 del 20 de enero de 2004, en la que resolvió de forma negativa el recurso de reposición y concedió subsidiariamente el de apelación, siendo éste último resuelto de manera negativa, a través del acto administrativo No. 647 del 4 de junio de 2004.

1.1.2.11 Finalizó el accionante advirtiendo que el DAMA sancionó a la sociedad fiduciaria FIDUCOLOMBIA y no al patrimonio autónomo Santa Sofía o al constructor como correspondía conforme a lo pactado por las sociedades.

1.1.3 Disposiciones violadas y concepto de violación

1.1.3.1 Acusó el demandante, la supuesta transgresión de los artículos 2, 4, 29 y 123 de la Constitución Política, así como el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo.

1.1.3.2 Para sustentar su argumento expuso que conforme al concepto de fiducia mercantil consagrado en el artículo 1226 del Código de Comercio³, dicha figura contempla la transmisión de la propiedad u otro derecho de naturaleza patrimonial que una persona hace a otra, para que administre como si fuera dueño, pero con la obligación de entregar los bienes al final del contrato, así como los frutos y dividendos que se obtengan.

1.1.3.3 Sostuvo que conforme con el artículo 1233 ídem⁴, se regula la separación y afectación de los bienes fideicomitidos y, por ende, lo transferido por el constituyente sale del patrimonio de fideicomitente para integrar una universalidad propia, afectada a una finalidad que no se puede confundir con los bienes del fiduciario.

1.1.3.4 Con base en el anterior argumento, sostuvo que la separación patrimonial conlleva a que los acreedores del fideicomitente no puedan perseguir, conforme lo enseña el artículo 1234 del Código de Comercio, los bienes del negocio fiduciario a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo.

1.1.3.5 Es por ello que debe entenderse que el patrimonio autónomo no es la fiduciaria ni a la inversa, dado que ésta es la vocera de esa universalidad jurídica fuente de derechos y obligaciones, por ende, la responsabilidad que puede endilgársele al patrimonio autónomo es única, independiente de la que el fiduciario pueda tener respecto de su gestión frente al fideicomitente y/o beneficiario.

³ Artículo 1226. <CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL>. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas 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.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

⁴ Artículo 1233. <SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS>. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

1.1.3.6 De esta manera, se acusó que, de existir algún incumplimiento por parte del patrimonio autónomo, la multa debió imponerse a esta universalidad jurídica y no a la fiduciaria, quien únicamente actúa como mandante, es decir, no realiza actividades para provecho propio sino para los fines e intereses del patrimonio autónomo que administra.

1.1.3.7 En ese orden de ideas, y en tanto el demandante consideró que la sociedad fiduciaria dio estricto cumplimiento al contrato de fiducia mercantil, se acusó que la sanción debió imponerse al constructor o al patrimonio autónomo, pero nunca a FIDUCOLOMBIA.

1.1.3.8 Para finalizar, el actor solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados al considerar que de una confrontación directa de los mismos con las normas señaladas como infringidas, se tiene que éstos desconocen abiertamente su contenido normativo, razón por la cual se imponía el decreto de la medida cautelar deprecada.

1.2. Actuaciones procesales en primera instancia

1.2.1 Admisión de la demanda

Mediante auto del 7 de julio de 2005⁵ y una vez corregida en debida forma la demanda⁶, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, admitió la acción y denegó la medida cautelar deprecada al considerar que se necesitaba hacer un estudio de fondo respecto de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil con los instrumentos contractuales celebrados, a fin de determinar si la decisión controvertida contraría las disposiciones señaladas como infringidas.

Mediante escrito del 15 de julio de 2005⁷, el apoderado judicial de la parte accionante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revocara la decisión de denegar la medida cautelar, al considerar que existía infracción

⁵ Folios 52 a 53 del cuaderno No. 1, dicha providencia fue suscrita por los Magistrados Fredy Ibarra Martínez y Carlos Enrique Moreno Rubio.

⁶ Folios 34 a 43 del cuaderno No. 1.

⁷ Folios 59 a 60 del cuaderno No. 1.

manifiesta a las normas señaladas como violadas, decisión que fue confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado en auto del 4 de agosto de 2011⁸.

1.2.2 Contestación de la demanda por parte del ente demandado

En escrito del 8 de mayo de 2006⁹, el DAMA actuando mediante apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, al señalar que los cargos imputados no tenían vocación para prosperar, habida cuenta que los actos administrativos demandados fueron expedidos acorde con la legislación vigente y aplicable al caso en concreto. Lo anterior, teniendo en cuenta, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, señaló la pasiva que de conformidad con la Ley 078 de 1987, se le asignó al distrito capital como beneficiaria de la cesión del impuesto al valor agregado, las funciones de intervención que ejercía el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria relacionadas con el otorgamiento de permisos para desarrollar actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda y, para el desarrollo de los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción, así como también las actividades de enajenación de las viviendas resultantes de los mismos.

Como consecuencia de lo anterior, se le otorgó¹⁰ al DAMA la facultad de inspección, vigilancia y control, competencias que no se circunscribe a las personas naturales o jurídicas cuyo objeto social sea la construcción y compra venta de inmuebles destinados a vivienda sino también se dirige al desarrollo de la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, independientemente de las actividades contenidas en el objeto social de las personas jurídicas que las ejerzan.

De igual manera, resaltó que de conformidad con los decretos leyes 2610 de 1979 y 078 de 1987, la Subdirección de Control de Vivienda del DAMA, ejerce funciones de inspección, vigilancia y control previo, concurrente y posterior en el proceso de enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

⁸ Folios 40 a 50 del cuaderno No. 2 apelación de suspensión provisional.

⁹ Folios 72 a 95 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Estas facultades se encuentran expresas en el Decreto Ley 2610 de 1979.

En torno a lo anterior, manifestó que mediante la resolución No. 235 del 11 de septiembre de 1996, la Alcaldía Mayor de Bogotá, concedió a FIDUCOLOMBIA, el permiso de venta, aprobando la documentación presentada por la interesada, como titular del registro No. 96078, para anunciar y desarrollar la actividad de enajenación de unidades de vivienda (casas) del proyecto de urbanización Santa Sofía I.

Bajo tal marco, como consecuencia de varias quejas presentadas en contra del proyecto de vivienda en comento, la Subdirección de Control de Vivienda del DAMA siguiendo los trámites establecidos en el decreto distrital No. 540 de 1991, adelantó las investigaciones con respeto al debido proceso, concluyendo que al tener la sociedad FIDUCOLOMBIA, el registro enajenador, era ésta la llamada a responder por los incumplimientos a las normas que regulan la materia.

Para finalizar, la parte demandada propuso las excepciones de inepta demanda por ausencia de causa para solicitar el pago de perjuicios y, además, que se decretaran de oficio las que resulten probadas en el desarrollo del proceso.

1.2.3 Etapa probatoria

Mediante auto del 31 de agosto de 2006¹¹, la Magistrada conductora del proceso abrió a pruebas el trámite respectivo, disponiendo tener como pruebas los documentos aportados con la demanda, así como los antecedentes administrativos aportados por la parte pasiva.

1.2.4 Alegatos de conclusión

Por auto del 8 de julio de 2010¹², se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, en el cual las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

En oportunidad, el extremo actor allegó memorial el 20 de julio de 2010¹³ en el que reiteró y reafirmó los argumentos de defensa esbozados en la demanda dentro de los cuales describió las obligaciones que FIDUCOLOMBIA, adquirió

¹¹ Folios 105 a 106 del cuaderno No. 1.

¹² Folio 522 del cuaderno No. 1.

¹³ Folios 524 a 530 del cuaderno No. 1.

como consecuencia de la suscripción del contrato de fiducia mercantil con DESTRESA, ello con el fin de demostrar que no se debió sancionar a ésta sino al patrimonio autónomo Santa Sofía.

Por su parte, la aparte pasiva presentó sus alegatos de conclusión el 28 de julio de 2010¹⁴, en los que reiteró los argumentos de defensa, presentados con la contestación de la demanda.

1.3 Sentencia recurrida

Mediante sentencia del 7 de mayo de 2012¹⁵ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en descongestión dispuso denegar las pretensiones de la demanda, luego surtir el estudio del caso frente a los argumentos expuestos por las partes, en los siguientes términos:

En primer lugar, declaró *“no probadas las excepciones propuestas por la accionada denominadas “Inepta Demanda por Ausencia de Causa para solicitar el pago de perjuicios y las que sean decretadas “De oficio”, señalando que al ser el extremo actor el ente sancionado con los actos demandados, este podía acudir válidamente ante la jurisdicción contenciosa con el propósito de que sean protegidos los derechos que consideró vulnerados. En consecuencia, señaló el fallador que no era viable decretar una excepción de inepta demanda al observar que sí podía existir una causa para solicitar una indemnización, la cual, en todo caso, debe ser soportada por el actor al momento de analizar de fondo el asunto. En igual sentido, señaló el a quo que no encontraba probada ninguna excepción de oficio, en los términos del artículo 306 del C.P.C.¹⁶, de tal suerte que correspondía desestimar las defensas propuestas en tal sentido por la parte pasiva.*

¹⁴ Folios 531 a 555 del cuaderno No. 1.

¹⁵ Folios 588 a 632 del cuaderno No. 1.

¹⁶ **ARTÍCULO 306.** Resolución sobre excepciones. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción. “

Definido lo anterior, la sentencia procedió con el estudio de la objeción por error grave presentada por la parte accionada, contra el dictamen pericial solicitado por la parte actora para determinar el monto de los perjuicios reclamados, definiendo que el dictamen no adolecía de error alguno y, por ende, sería válido para los efectos que correspondieran conforme a la decisión de fondo que fuera adoptada por el Tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal continuó con el análisis del cargo denominado “*Violación de los artículos 2, 4, 29 y 123 de la Constitución Política y artículo 2 del Código Contencioso Administrativo*”, concluyendo que los actos demandados no incurrieron en vicio alguno de nulidad, por lo que no era posible hablar de perjuicios ni tener en cuenta los valores determinados en el dictamen pericial.

Al respecto, se tiene que los argumentos expuestos en la decisión de primera instancia para desestimar las pretensiones de la demanda se sintetizan en los siguientes términos:

En primer lugar, concluyó el *a quo* que la Subdirección de Control de Vivienda – DAMA, sancionó a la actora en cumplimiento de sus labores de control y vigilancia atribuidas por la ley, al establecerse el incumplimiento de las normas que reglamentan la enajenación de los inmuebles destinados a vivienda en los procesos de urbanismo. Lo anterior, por cuenta de irregularidades en la construcción adelantada en el proyecto Santa Sofía I Etapa de la Ciudad de Bogotá, situación por la cual encontró que la accionada era competente para proferir las resoluciones demandadas.

En este sentido, la sentencia señaló que frente a la responsabilidad de la actora por la amenaza de ruina de la urbanización Santa Sofía I etapa, se probó que se le había concedido a FIDUCOLOMBIA permiso para “*anunciar y desarrollar la actividad de enajenación de... (168) apartamentos del proyecto*”¹⁷, situación por la cual se hizo objeto de control y vigilancia por parte del accionado como enajenadora del mencionado proyecto.

Así mismo, la sentencia definió que al haberse probado que los inmuebles que hacen parte de la urbanización en comento, presentan deficiencias constructivas,

¹⁷ Folio 621 del cuaderno No. 1

el ente accionado sancionó a la fiduciaria por ser la responsable de las irregularidades presentadas en el proyecto, al realizar la actividad de enajenación de los inmuebles destinados a vivienda de la mencionada Urbanización, dando cumplimiento a lo determinado por el Decreto Ley 078 de 1987 artículo 2, numeral 7.

De igual manera, se precisó que respecto de la alegación relativa a que el contrato de fiducia suscrito entre el accionante y la sociedad DESTRSA es ley para las partes, la fiduciaria debió expresar frente a terceros particulares de buena fe, que actuaba en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo y, al no probarlo, la actora no se exoneró de responsabilidad.

Se determinó entonces, que la sanción se le impuso a la actora por ser esta quien obtuvo registro para el desarrollo de la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda quedando sujeta a la inspección, vigilancia y control de la accionada, razón por la que no se “desconfiguró” el concepto de fiducia al expedir la resolución sancionatoria, pues como ya se indicó, la demandante fue la que se sometió a la normativa aplicable a los enajenadores de inmuebles de vivienda y, por ende, a la posible imposición de la respectiva sanción.

Asimismo, se concluyó que no existió transgresión a los fines del estado ni al derecho al debido proceso, en la medida que, por un lado, la accionada dio cumplimiento a las obligaciones estipuladas en la ley, evidenciando inclusive, el propósito de servir a la comunidad y, por otro, que de las pruebas obrantes en el expediente se evidenciaba que a la actora se le respetó el debido proceso, dado que esta actuó durante la actuación administrativa e hizo uso de los respectivos recursos, los cuales fueron resueltos con las resoluciones acusadas, todo lo cual, descartaba la supuesta transgresión del debido proceso y, además, asentaba el hecho de que la actuación demandada se ajusta plenamente a la ley.

Finalmente, la sentencia apelada agrega que *“la fiduciaria tiene la obligación de elegir y vigilar adecuadamente a los contratistas de la fiducia, lo cual lo hace en mayor o menor grado, mediante su participación activa en todo momento, por lo que, si en esto ocurren fallas, sus deberes la hacen responsable”*.

En consecuencia, al concluir que el DAMA, al expedir los actos acusados, no transgredió normas constitucionales, ni legales, ni se extralimitó en sus funciones, el a quo dispuso denegar las pretensiones de la demanda.

1.4 Recurso de apelación presentado por FIDUCOLOMBIA

Por medio de escrito radicado el 29 de mayo de 2012¹⁸, el demandante interpuso recurso de apelación en el que solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Al respecto, el apelante manifestó que disentía de la sentencia proferida en primera instancia toda vez que, a su juicio, en el análisis de los cargos se definió como sustento central para la denegación de las pretensiones, lo siguiente:

“Además manifiéstalo referente al artículo 1602 del C. C., traído a colación por el actor respecto a que el contrato es ley para las partes es decir que, para la sociedad Destresa S.A., y la accionante, tal como lo indicaba la actora, la Sala advierte que la Fiduciaria decidió expresar frente a terceros particulares adquirentes de buena fe, que actuaba en calidad de vocero y administrado del respectivo patrimonio autónomo, y al no probarlo, la actor (sic) no se exonero de responsabilidad.”

En este sentido, adujo el actor que dentro del proceso no solo se manifestó, sino que se demostró que la fiduciaria, siempre actuaba en calidad de vocera del patrimonio autónomo.

Lo anterior considerando, por una parte, que en los hechos 3, 8¹⁹, 9 y 12 de la demanda se expresó, en su orden, lo siguiente:

“(…) conforme con la Escritura Publica No. 1244 de 1994, se constituyó una fiducia mercantil en donde específicamente el hecho tercero manifiesta: “al Patrimonio autónomo que se conformo (sic) con los bienes anteriormente mencionados, se le denomino (sic) FIDEICOMISO SANTA SOFIA, el cual se mantiene separado del resto de los activos de la fiduciaria, y del cual era vocera Fiducolombia S.A.”.

“En virtud de la clausula (sic) octava del contrato, se estableció el limita (sic) de la responsabilidad de la Fiduciaria, al establecer que las obligaciones que adquiere la FIDUCIARIA (...) de medio y no de resultado. Adicionalmente LA

¹⁸ Folios 638 a 640 del cuaderno No.1.

¹⁹ Revisada la transcripción del recurrente se tiene que esta corresponde al hecho 6 de la demanda.

FIDUCIARIA deja expresa constancia de que interviene (...) como vocera del patrimonio autónomo (...)

(...) en la cláusula (sic) Decima Primera (...) se estableció que la Fiduciaria dejaba expresa constancia de que intervenía como vocera del patrimonio autónomo (...)

(...) se suscribió un contrato de Construcción por administración Delegada y en la Cláusula (sic) Vigésima Quinta del mismo, se estableció que la Fiduciaria dejaba expresa constancia de que intervenía como vocera del patrimonio autónomo (...)”

De igual manera, el recurrente adujo que conforme con la Escritura Pública No. 7387 del 25 de septiembre de 2011, elevada en la Notaría No. 29 del Círculo de Bogotá D.C., se podía corroborar que en las ventas efectuadas por parte de FIDUCOLOMBIA, de las unidades de la primera Etapa del Conjunto Mirador de Santa Sofía, se les expresó de manera clara y categórica a los terceros de buena fe, que FIDUCOLOMBIA, actuaba en representación y como vocera del patrimonio autónomo. Lo anterior, por cuanto en la escritura pública en comento se consignó lo siguiente:

“Vendedor: Fiducolombia S.A., actuando exclusivamente como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Santa Sofía (...)

(...) quien obra en representación del patrimonio autónomo Fideicomiso Santa Sofía, de conformidad con el poder otorgado por (...) FIDUCOLOMBIA, y vocera del patrimonio autónomo fideicomiso santa Sofía (...)”

Bajo tal marco, señaló el recurrente que se desvirtúa de manera contundente las aseveraciones expresadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, puesto que en todo el desarrollo del proceso se manifestó y comprobó que la fiduciaria actuó como vocera y en representación del patrimonio autónomo, de tal suerte que, a juicio del actor, no solo entre las partes integrantes del negocio jurídico de fiducia, sino también en cuanto concernió a la venta de las unidades mobiliarias, se demostró que de acuerdo con las Escrituras de Compraventa de las unidades familiares, FIDUCOLOMBIA actuaba como representante y como vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía.

En consecuencia, consideró el demandante que se comprobó la exoneración de responsabilidad que debe ser reconocida en el presente proceso, so pena de vulnerar derechos fundamentales constitucionales como lo son el derecho al debido proceso, pues la responsabilidad establecida en este caso solo podía endilgarse al patrimonio autónomo, al que debía imponerse la multa, ya que la

fiduciaria únicamente actuó como mandante, sin que realizara actividades en provecho propio, sino para los fines e intereses del patrimonio autónomo.

1.5 Concesión del recurso y trámite de segunda instancia

Mediante auto del 12 de julio de 2012²⁰, el Magistrado sustanciador del proceso en primera instancia, concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de mayo de 2012.

En sede del Consejo de Estado, el recurso de alzada fue admitido en por el Consejero Ponente de la Sección Primera de esta corporación mediante auto del 6 de septiembre 2012²¹.

1.5.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia

Mediante auto del 26 de junio de 2013²², se corrió traslado a las partes y al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, para que presentaran sus alegatos de conclusión, oportunidad que fue utilizada únicamente por las partes, en los siguientes términos:

1.5.1.1. Alegatos de conclusión de la parte actora – apelante único

La parte actora, presentó en oportunidad sus alegatos de conclusión²³, planteando como problema jurídico a resolver, el siguiente cuestionamiento:

“¿Pueden las sociedades Fiduciarias ser objeto de sanciones administrativas, por deficiencias en construcciones que efectuaron y desarrollaron personas jurídicas ajenas por completo a la fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos que se encuentran en el Patrimonio Autónomo”

Frente a lo anterior, en síntesis, la parte recurrente señaló que FIDUCOLOMBIA se encuentra impedida para ejercer actividades de construcción, motivo por el cual la imputación de responsabilidad efectuada en los actos demandados resulta errada, dado que no se le puede endilgar responsabilidad alguna a quien no ha desplegado la actividad que ha ocasionado el daño.

²⁰ Folios 645 y 646 del cuaderno No. 1.

²¹ Folio 7 del cuaderno No. 2.

²² Folio 11 del cuaderno No. 2.

²³ Folios 12 a 27 del cuaderno No. 2.

De igual manera, señaló que la actividad de la fiduciaria se enmarcó en lo establecido en el contrato de fiducia respectivo, y en consecuencia, nunca se comprometió a nombre propio sino que actuó como vocera de un patrimonio sin que su actuación nunca fuera la de constructor.

Aunado a lo anterior, señaló el recurrente que no puede responsabilizarse a la entidad fiduciaria por la construcción de una urbanización sobre terrenos deficientes, cuando la licencia de construcción fue otorgada por el mismo Distrito, haciendo parte de este la oficina que imputó la responsabilidad que hoy se discute.

De otra parte, insistiendo en que la fiduciaria no fue responsable de la construcción de la Urbanización Santa Sofía, señaló el recurrente que no existió nexo causal del cual se derive la supuesta responsabilidad que, consideró, fue imputada en aplicación de los criterios de responsabilidad objetiva que se encuentran proscritos por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, de lo anterior, solicitó que se reconozcan las pretensiones de la demandada toda vez que FIDUCOLOMBIA, no estaba llamada a responder por los vicios que se presentaron en la construcción.

1.5.1.1. Alegatos de conclusión de la parte demandada

La parte demandada, presentó escrito de alegatos²⁴ en el que solicitó confirmar el fallo de primera instancia, para lo cual ratificó los argumentos de defensa que fueron expuestos a lo largo del proceso.

En tal sentido, señaló que la sanción impuesta a la parte actora goza de fundamento legal y validez dentro del ordenamiento jurídico, habida cuenta que quien ejerció la actividad de enajenación de la unidades de vivienda fue FIDUCOLOMBIA, siendo quien debe responder administrativamente por las deficiencias constructivas del proyecto que enajenó, sin perjuicio que la propiedad del mismo corresponda a una universalidad jurídica amparada por el contrato de fiducia mercantil, universalidad que, a su juicio, no es sujeto de derechos y obligaciones al carecer de personería jurídica.

²⁴ Folios 28 a 31 del cuaderno No. 2.

1.6. Impedimento del Magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio

Mediante escrito radicado el 12 de febrero de 2018, el Magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio manifestó su impedimento para conocer y decidir la segunda instancia del proceso de la referencia, con fundamento en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que como Magistrado de la Sección Primera, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca suscribió el auto que admitió la demanda y negó la suspensión provisional.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

De conformidad con el artículo 129 del C.C.A²⁵ y en cumplimiento del Acuerdo número 357 del 5 de diciembre de 2017²⁶, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para proferir fallo dentro de los procesos de segunda instancia que sean remitidos por los Despachos de la Sección Primera.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el numeral 2²⁷ del citado acuerdo, el Despacho del Consejero Roberto Augusto Serrato Valdés, remitió el proceso de la referencia con destino al Despacho de la Consejera Rocío Araújo Oñate, situación por la cual corresponde a la Sección Quinta de esta corporación proferir la sentencia de segunda instancia que acorde a derecho corresponde.

2.2 Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el sentido del recurso de apelación interpuesto por el demandante, si existe mérito suficiente para revocar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante

²⁵ “Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.”

²⁶ Mediante el cual, ante la Sala Plena del Consejo de Estado los integrantes de los Secciones Primera y Quinta suscribieron acuerdo con el fin de que esta última contribuya a la descongestión de la primera.

²⁷ “Distribución de los expedientes. Los expedientes se distribuirán de la siguiente forma: (...) DESPACHO DE ORIGEN (...) DESPACHO DE DESTINO ... ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS (...) ROCÍO ARAÚJO OÑATE”

la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento de la referencia.

Al respecto, la Sala advierte desde ya, que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil²⁸, según el cual *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”*.

2.2.1. Cuestión previa

En atención al escrito radicado el 12 de febrero de 2018, mediante el cual el Magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio manifestó su impedimento para conocer y decidir la segunda instancia del proceso de la referencia y, teniendo en cuenta que efectivamente como Magistrado de la Sección Primera, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca suscribió el auto del 7 de julio de 2018 que admitió la demanda y negó la suspensión provisional²⁹, corresponderá aceptar el impedimento respectivo, tal como se consignará en la parte resolutive de esta providencia.

2.3 Análisis del caso concreto

Entrando al análisis del caso en concreto, se tiene que el recurrente solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, a efectos de que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 560 del 24 de octubre de 2003, 017 del 20 de enero de 2004 y 647 del 4 de junio de 2004, proferidas las dos primeras, por el Subdirector Técnico Administrativo del Medio Ambiente, y la última por la Directora del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente.

²⁸ Aplicable al presente asunto en virtud de lo dispuesto en el literal c del numeral 1º del artículo 625 del Código General del Proceso *“c) Si en el proceso se hubiere surtido la etapa de alegatos y estuviere pendiente de fallo, el juez lo dictará con fundamento en la legislación anterior. Proferida la sentencia, el proceso se tramitará conforme a la nueva legislación.* Por lo anterior, teniendo en cuenta que el término del traslado para alegar corrió entre el 28 de mayo el 10 de junio de 2009 (folio 186 reverso cuaderno número 3), el presente asunto se encuentra para fallo previo a la entrada en vigencia del Código General del Proceso (1 de enero de 2014, como lo dispone su artículo 627 y como lo definió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 25 de junio de 2014, expediente nro. 49.299, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

²⁹ Folios 52 y 53 del cuaderno principal del expediente

Al respecto, se recuerda que mediante los actos demandados se impuso a la sociedad FIDUCOLOMBIA multa por quinientos mil pesos, ordenándole allegar un estudio técnico específico para establecer la causa y determinar las soluciones a adoptar frente a los asentamientos diferenciales del bloque 3 de la urbanización Santa Sofía I, así como la realización de un control periódico de asentamientos del bloque No. 3 con el fin de detectar si estos persisten y, en el evento de que así fuese, *“establecer su rata y adoptar las soluciones oportunas”*³⁰.

En ese sentido, es muy importante señalar que dentro del presente trámite no se han censurado los supuestos de hecho que dieron lugar a la sanción impuesta, esto es, *“la existencia de deficiencias constructivas, consistentes en patologías de las escaleras”*³¹ que fueron materia de investigación, así como tampoco existió reproche frente al monto de la multa impuesta, ni la naturaleza de las órdenes que fueron impartidas en contra del demandante, aspectos que, por ende, no serán abordados en el análisis del presente caso.

Sin embargo, el demandante erige completamente su inconformidad en la supuesta imposibilidad de la entidad demandada para imponer a FIDUCOLOMBIA la sanción en comento, habida cuenta que en su calidad de fiduciaria solo actuó como vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía del Sur, patrimonio autónomo al cual, a juicio del actor, correspondía imponer la respectiva multa.

Al respecto, tenemos que dentro del presente proceso nada se ha debatido respecto de la existencia del contrato de fiducia mercantil celebrado entre FIDUCOLOMBIA, en calidad de fiduciario, y DESTRESA, en calidad de fideicomitente, ni tampoco se ha refutado la conformación del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Santa Sofía, en los términos que dan cuenta las pruebas documentales obrantes en el expediente, de tal suerte que el análisis de rigor se somete a la existencia del negocio fiduciario y, por ende, los efectos que podían recaer en la actuación administrativa adelantada por el DAMA.

Así las cosas, corresponde reseñar que frente a la calidad en la que se sancionó a FIDUCOLOMBIA, las resoluciones demandadas señalan lo siguiente:

³⁰ Resolución 560 del 24 de octubre de 2003

³¹ Resolución 560 del 24 de octubre de 2003

“Que es precisamente por la razón antes expuesta, que la investigación se dirigió contra la persona jurídica que desarrolló la actividad de enajenación de los inmuebles destinados a vivienda (...) que tal y como se encuentra demostrado (...) fue la sociedad FIDUCOLOMBIA S.A., quien suscribió las promesas y escrituras de compraventa de las unidades que integran el proyecto, como también fue la persona jurídica registrada que obtuvo el correspondiente permiso de ventas.

*En síntesis, frente a las actuaciones administrativas desarrolladas por esta Subordinación, la responsabilidad no se endilga por la condición de constructor, **la responsabilidad deviene de su calidad de enajenante.**”³²(Se resalta)*

De igual manera, tenemos que la sanción impuesta deviene de la configuración de la violación a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 2° del Decreto Ley 078 de 1987, en concordancia con el literal g) del artículo 4 del Decreto Distrital 540 de 1991, que señalan:

*“**Artículo 2°.-** Por virtud de lo dispuesto en el presente Decreto, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios ejercerán las siguientes funciones:*

(...)

7. Ejercer el control necesario para lograr que, en las relaciones contractuales con los adquirentes, las personas que desarrollen las actividades a que se refieren la Ley 66 de 1968 y el Decreto Ley 2610 de 1979, no desmejoren las especificaciones contempladas en los planos arquitectónicos, den cumplimiento a los reglamentos de propiedad horizontal y se ajusten a los modelos de contratos aprobados por esas mismas entidades territoriales.”

*“**Artículo 4°.-** De la competencia de la Administración Distrital. (...).*

g. Ejercer el control necesario para lograr que en las relaciones contractuales con los adquirentes, las personas que desarrollen las actividades a que se refieren la Ley 66 de 1968 y el Decreto Ley 2610 de 1979, no desmejoren las especificaciones contempladas en los planos arquitectónicos, den cumplimiento a los reglamentos de propiedad horizontal y se ajusten a los modelos de contratos aprobados por la Dirección de Urbanización y Vivienda de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C.”

Así las cosas, es evidente que en los actos demandados el DAMA determinó que FIDUCOLOMBIA fue enajenante en nombre propio, de los inmuebles destinados a vivienda de la urbanización Santa Sofía I, es decir, consideró que el demandante desarrolló en nombre propio las actividades a que se refiere la Ley

³² Folio 30 del cuaderno de antecedentes administrativos – Resolución 017 del 20 de enero de 2004.

66 de 1968³³, ello sin consideración de la existencia del contrato de fiducia mercantil que dio lugar a la conformación del patrimonio autónomo Santa Sofía.

En consecuencia, la Sala encuentra que el debate de segunda instancia debe ser dirimido luego de efectuar algunas consideraciones sucintas y pertinentes al caso, en relación con la fiducia mercantil, para luego abordar el análisis de los argumentos de apelación, definiendo si en efecto fue imputada válidamente responsabilidad como enajenante en nombre propio a FIDUCOLOMBIA dada la conformación del patrimonio autónomo Santa Sofía y de esa manera, poder determinar la procedencia o improcedencia de la solicitud de nulidad de los actos administrativos demandados.

En ese sentido, la Sala advierte que el orden planteado se adopta por razones de método, que permitirán analizar de manera lógica, sencilla y ordenada el marco jurídico aplicable y, de manera seguida, verificar si las inconformidades del apelante permiten definir, o no, si era la fiduciaria el ente llamado a responder en nombre propio, dentro del trámite administrativo objeto de inconformidad.

Sin perjuicio de lo anterior, no se desconoce que el demandante en su escrito de alegatos de segunda instancia, pretendió ampliar el espectro de la controversia planteando nuevos argumentos tales como los relativos a la proscripción de la responsabilidad objetiva y la inexistencia de nexos causales, sin embargo, teniendo en cuenta que tales alegaciones no fueron materia de apelación e inclusive pueden resultar ajenos al debate surtido en primera instancia, la Sala advierte que no se abordarán motivos de inconformidad que resulten distintos a la censura oportunamente planteada en el recurso de apelación.

En consecuencia, la Sala procede con el análisis que corresponde al caso en concreto, en los siguientes términos:

2.3.1. Consideraciones pertinentes en relación con la fiducia mercantil

Frente a este punto, debemos partir señalando que el artículo 1226 del Código de Comercio, define el contrato de fiducia mercantil como *“un negocio jurídico en*

³³ Artículo 1o. de la Ley 66 de 1968: *“El Gobierno Nacional, a través del Superintendente Bancario ejercerá la inspección y vigilancia de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda y sobre el otorgamiento de créditos para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas.”*

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”.

Ahora bien, debe tenerse claro que *“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”³⁴* y que, además, *“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”³⁵* aspecto al cual se suma que por disposición específica de la ley *“Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitados”³⁶.*

Así las cosas, si bien por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada, *“ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina **patrimonio autónomo**, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente –titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio”³⁷.*

De igual manera, se debe señalar que el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo, de tal suerte que de no existir restricción o estar expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitados, sin que pueda

³⁴ Artículo 1227 del Código de Comercio

³⁵ Artículo 1233 Ídem.

³⁶ Artículo 1244 Ídem

³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sentencia del 13 de agosto de 2009, Consejero ponente: William Giraldo Giraldo, Radicación número: 25000-23-27-000-2004-01343-01(16510).

considerarse que las mismas son adquiridas por la fiduciaria o que se respalden con el patrimonio de esta, ello “*sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes*”³⁸.

Al respecto, a efectos ilustrativos, conviene señalar que el Consejo de Estado ha manifestado en relación con la fiducia mercantil, entre otras cosas, lo siguiente³⁹:

“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.

Este estatuto establece además que los bienes objeto de la fiducia salen del patrimonio del fideicomitente pero no entran al del fiduciario (artículo 1227) y, que para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo (artículo 1233).

Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, entre otros, realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, (...)”

Ahora bien, advierte la Sala que el estudio del negocio jurídico de la fiducia mercantil supone, como sucede a menudo con diferentes asuntos en el derecho, un espectro muy amplio de materias sujetas a debate, análisis y explicación. Sin embargo, dado el sentido del debate causado por el demandante en este caso, considera la Sala que el análisis de rigor en este caso debe centrarse y referir al menos de manera sucinta a dos aspectos específicos, a saber: i) el principio de separación patrimonial entre los patrimonios autónomos y la sociedad que los administra y ii) **determinar quién lleva la personería para la protección y defensa de dicho patrimonio.**

³⁸ 1 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios, 5ª edición, Legis, p. 846. – Recogido por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 1909.

³⁹ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E). Bogotá, D.C., 9 de agosto de dos mil doce (2012). Radicación: 25000-23-24-000-2007-00488-01. Actor: FIDUCIARIA POPULAR S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Lo anterior, por cuanto dichos aspectos resultan decisivos al momento de definir la procedencia, o no, de la inconformidad del apelante en este caso, sin que sea necesario abordar todas las aristas de la figura de la fiducia mercantil, tal como se evidenciará más adelante, en confrontación con las siguientes consideraciones:

2.3.1.1 En primer lugar, debemos recalcar para los efectos que nos interesan en este caso, que es en virtud del contrato de fiducia mercantil que los patrimonios autónomos existen y desarrollan las actividades para las que fueron constituidos y que, además, dada la naturaleza de dicho negocio jurídico opera la separación patrimonial entre los patrimonios autónomos y la sociedad que los administra.

Al respecto, tenemos que en sentencia del 8 de mayo de 2014⁴⁰, proferida por la Sección Cuarta de esta corporación se dijo:

Con fundamento en la anterior norma [se refiere al artículo 1226 del C.Co], la Sala ha precisado que una vez el fiduciante transfiere los bienes al fiduciario, se forma con ellos un patrimonio autónomo, separado del resto de activos de la entidad y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. Este patrimonio autónomo está afecto a la finalidad para la cual fue creado y no forma parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, de manera que los bienes fideicomitidos sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida, es decir, que la fiducia tiene como deuda la finalidad para la cual fue creada.

*La exigencia de la separación de los «bienes fideicomitidos» del resto del activo de una Fiduciaria, busca que ese patrimonio **no se confunda con el del fiduciario ni con otros patrimonios igualmente constituidos**, por ello se constituye como patrimonio autónomo y contablemente debe ser reflejado de manera transparente su registro como bienes propios del fideicomiso⁴¹.*

Así pues, una vez constituida la fiducia surge un patrimonio autónomo únicamente afecto al cumplimiento de las obligaciones que sean contraídas para desarrollar la finalidad para la cual fue creado. Aunque el patrimonio autónomo sea administrado por la sociedad fiduciaria es independiente de su patrimonio y de los demás negocios fiduciarios, además, los bienes que lo constituyen dejan de ser parte del patrimonio del fiduciante, pues se escinden de él. (se resalta)

En este sentido, vale la pena señalar que para que la separación patrimonial no se vea afectada, es necesario que la condición del fiduciario la haga conocer de los

⁴⁰ Consejo de Estado - Sección Cuarta - Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia. Bogotá, D.C., 8 de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación: 250002327000200700210 01 (19913). Actor: FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. (NIT. 800143157-3). Demandado: DISTRITO CAPITAL. Impuesto predial –

⁴¹ Consejo de Estado _ Sección Cuarta_C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié sentencia de 7 de mayo de 2008..

terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, pues de lo contrario puede llegar a comprometer su patrimonio personal; de manera que corresponde al fiduciario en la realización de los actos que le competen como tal, dejar ver la condición en que actúa, conservando el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición, así como de separar los diferentes patrimonios autónomos a su cargo, entre unos y otros.

Al respecto, resulta pertinente citar las consideraciones que en este sentido, ha efectuado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴², en los siguientes términos:

“(…)

*5. En ese sentido, "el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o estar expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, **lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes**"; y cuanto más las puede ejercer si el respectivo contrato en el que participa con ocasión de ser fiduciario, debe celebrarlo porque así se le impone en el acto de constitución de la fiducia, lo que implica llevar la personería para ese efecto.*

***Mas para que así ocurra y no entre el fiduciario a responder por el acto propio, es menester que la condición de tal la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, desde luego que si no obra de ese modo puede llegar a comprometer su patrimonio personal; es a él, entonces, a quien en la realización de los actos que le competen como fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa, precisamente para traducir en concreto el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición y de estos entre sí, como dispone el artículo 1233 del C. de Co. (...)**(Se resalta)*

2.3.1.2 En segundo lugar, en cuanto concierne a definir **quien lleva la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos**, resulta muy importante señalar que a los patrimonios autónomos no se les ha conferido personalidad jurídica y, sin perjuicio de ello, su presencia da lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho que si bien pueden transcurrir

⁴² Ibidem

pacíficamente, también pueden ser objeto de controversias o inclusive litigios que conllevan a que estos sean llamados, aun en ausencia de personería jurídica, a defender sus intereses.

En consecuencia, tal como ha sido definido por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tenemos que aunque *“sea autónomo el patrimonio (...), y que no tenga personalidad jurídica, no significa a su vez que no está al frente de él ninguna persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente”*. En consecuencia, dado que *“solamente los establecimientos y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria pueden tener la calidad de fiduciarios (artículo 1226 C. de Co.), (...) significa, ni más ni menos, que quien como persona jurídica ostenta esa calidad, es quien se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo, al cual, desde esa perspectiva, no le falta entonces un sujeto titular del mismo así lo sea de un modo muy peculiar”*⁴³ (se resalta).

En ese sentido, se ha dejado claro por la Jurisprudencia⁴⁴ que es el fiduciario la persona a cargo del patrimonio autónomo y sin perjuicio del principio de separación patrimonial, ya que no puede deducirse algo diferente de otras normas mercantiles y en particular de la que señala los deberes indelegables del fiduciario enlistados en el artículo 1234 del C. de Co., entre los cuales se hallan aquellos que le imponen *“realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”* y la de *“llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente”*, normas que indican claramente que en el plano sustancial el fiduciario es quien debe obrar por el patrimonio autónomo cuando la dinámica que le es inherente lo exija.

De igual manera, no sobra citar algunas de las consideraciones de la jurisprudencia sobre el tema, en los siguientes términos:

“(...) b) De modo que, como lo dijo la Corte respecto de otra especie de patrimonio autónomo, según providencia de 8 de agosto de 1994, a la que se hacen las adaptaciones que demanda el presente caso, en la cual se citó al tratadista Enrico Redenti, nuevamente acogida en Sentencia 038 de 1999,

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 1909.

⁴⁴ *Ibíd*em

*Expediente 5227, bien se puede afirmar ahora que también la fiducia no es persona, ni natural ni jurídica, y por consiguiente no tiene propiamente capacidad para ser parte de un proceso; pero por el hecho de que ella no tenga esa condición ni tenga por consiguiente un representante, deviene que no pueda demandar, ni ser demandada. Mediante la teoría del 'patrimonio autónomo' **ello es posible, pero siempre por conducto del fiduciario**, quien como titular de los bienes fideicomitidos asume el debate judicial para proteger intereses en razón de esa su condición, "sin que en tal caso se pueda decir, ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente), ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras él un sujeto de quien sea representante). Surge más bien de ahí un tertium genus, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal (...)"⁴⁵ (Se resalta y subraya).*

Así mismo, podemos reseñar que la Jurisprudencia del Consejo de Estado también ha definido, lo siguiente⁴⁶:

*"(...) el patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aunque se constituye en receptor de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia, no es persona natural ni jurídica, por lo cual debe actuar por conducto del fiduciario quien, a su vez, actúa como vocero y administrador del patrimonio autónomo y en tal carácter celebra y ejecuta 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.*

*Agrega esta disposición que, en desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario lleva 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." (Se resalta)*

2.3.1.3 Bajo el marco expuesto, podemos concluir que i) **los bienes que recibe el fiduciario a ese título no se integran a su propio patrimonio y únicamente garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, obrando la separación entre tales patrimonios y los provenientes de otros negocios fiduciarios, sin perjuicio que obre causal**

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Primera - Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E). Bogotá, D.C., 9 de agosto de dos mil doce (2012). Radicación: 25000-23-24-000-2007-00488-01. Actor: FIDUCIARIA POPULAR S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

válida que le obligue en nombre propio o haga responder directamente al ente fiduciario⁴⁷, y ii) aunque el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, quien lleva la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos es el fiduciario.

En consecuencia, dejando claro los aspectos relevantes en relación con los patrimonios autónomos y que conciernen al caso, procederá la Sala a determinar la procedencia del recurso de apelación incoado por el demandante.

2.3.2. Análisis de los argumentos de apelación

Descendiendo al análisis del caso concreto, debemos reiterar que nada se ha debatido dentro del proceso respecto de la celebración y condiciones del contrato de fiducia mercantil celebrado entre FIDUCOLOMBIA y DESTRESA, así como tampoco se han refutado las pruebas documentales que obran en el expediente y dan cuenta de las condiciones del contrato y la conformación del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Santa Sofía, de tal suerte que las consideraciones jurídicas efectuadas, en relación con la fiducia mercantil y más concretamente la separación patrimonial de los patrimonios autónomos y su representación, **resultan totalmente aplicables en la definición de la presente instancia, de cara a las pruebas que obran en el proceso respecto del citado negocio mercantil.**

En efecto, debemos señalar que los documentos que obran en el expediente, dan cuenta, de la celebración del contrato de fiducia mercantil junto con sus modificaciones, la constitución del patrimonio Santa Sofía y las obligaciones del ente fiduciario dentro del negocio mercantil, entre otros, en los siguientes términos⁴⁸:

*“(…) **CLÁUSULA PRIMERA:** partes – Son partes del presente contrato: DESTRESA S.A. en calidad de FIDEICOMITENTE y FIDUCOLOMBIA S.A. en calidad de fiduciario. **CLÁUSULA SEGUNDA: BIENES QUE CONFORMAN EL PATRIMONIO AUTÓNOMO** – El patrimonio autónomo denominado Santa Sofía constitutivo mediante documento privado ... estará conformado por: A) un lote de terreno denominado Santa Sofía Sur*

⁴⁷ Se recuerda que Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

⁴⁸ Folios 16 a 33 del cuaderno No 4. Ver también Folios 37 a 48 de cuaderno de Anexos No 2

(...) B) Los recursos provenientes de la caja inicial del proyecto a desarrollar, de los créditos que se obtengan para efecto del desarrollo de la construcción y de las cuotas iniciales y de más aportes que hagan los futuros adquirientes de las viviendas: (...) **OBJETO EL CONTRATO** – El objeto del contrato presente contrato consiste en la administración por parte de la FIDUCIARIA de la construcción de un proyecto de Vivienda de Interés Social a desarrollarse en el lote (...) que hace parte del patrimonio autónomo denominado Santa Sofía, celebrando para tal efecto los contratos de construcción, gerencia, ventas e interventoría e igualmente las utilidades del proyecto según lo establecido en el presente contrato. (...) **OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA** – Además de las legales y aquellas consagradas en otras cláusulas (...) 11) Mantener los bienes objeto del negocio fiduciario separados de los propios y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios (...)" (Se subraya)

De la revisión del anterior clausurado, resulta evidente que la fiduciaria se obligó únicamente a la administración del patrimonio autónomo Santa Sofía sin que tuviese respecto del proyecto a desarrollar la condición de enajenante o constructor.

Bajo tal contexto, es claro que en atención al marco jurídico y fáctico que se ha expuesto hasta ahora, el debate que nos ocupa se dirime al verificar si la entidad FIDUCOLOMBIA, en atención a los efectos derivados del negocio fiduciario que dio lugar al patrimonio autónomo Santa Sofía, cuya conformación se encuentra plenamente probada⁴⁹, fue enajenante⁵⁰ en nombre propio de los inmuebles destinados a vivienda, o si se determinó válidamente una causal para que fuera llamada a responder en nombre propio.

Así las cosas, considera la sala que el resultado de dicha verificación permite determinar si en efecto, debía darse lugar a la actuación administrativa en contra del demandante en nombre propio o si, por el contrario, correspondía responsabilizarlo en términos distintos a los reflejados en los actos administrativos demandados.

⁴⁹ Folios 37 a 48 de cuaderno de Anexos No 2

⁵⁰ A Folio 30 del cuaderno de antecedentes administrativos – Resolución 017 del 20 de enero de 2004 se deja claro que “En síntesis, frente a las actuaciones administrativas desarrolladas por esta Subordinación, la responsabilidad no se endilga por la condición de constructor, **la responsabilidad deviene de su calidad de enajenante.**”

Al respecto, tenemos que el debate planteado no resulta novedoso, habida cuenta que guarda consonancia con los asuntos definidos en la Sentencia que fue censurada y en la que se advirtió lo siguiente⁵¹:

*“Además manifiéstalo referente al artículo 1602 del C. C., traído a colación por el actor respecto a que el contrato es ley para las partes es decir que, para la sociedad Destresa S.A., y la accionante, tal como lo indicaba la actora, la Sala advierte que la Fiduciaria debió expresar frente a terceros particulares adquirientes de buena fe, **que actuaba en calidad de vocero y administrados del respectivo patrimonio autónomo, y al no probarlo, la actor (sic) no se exoneró de responsabilidad.**” (Se resalta)*

Lo anterior, coincide además con el contenido de los actos demandados, que, en resolución desfavorable de las defensas y recursos planteados por el hoy demandante, definieron lo siguiente:

“Acorde con las pruebas que obran en el expediente, FIDUCOLOMBIA, obtuvo registro para desarrollar la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda No. 96078(...)

(...) no obstante que en las explicaciones rendidas durante la actuación administrativa y en los argumentos que expone el representante legal de la Fiduciaria arguye que en este caso la enajenación de las unidades que hacen parte de la Urbanización “Santa Sofía” I Etapa, actuó como vocera de un patrimonio autónomo (...) es claro que la eficacia de estas estipulaciones tienen plenos efectos interpartes ... mas no en relación con los terceros que adquirieron de buena fe, a sabiendas que contrataban y se obligaban recíprocamente con esta última, pues por ningún lado del expediente aparece prueba en la cual se muestre que se les haya advertido que la fiduciaria no contaría con ellos ninguna obligación.

De tal suerte, al haber celebrado los contratos de compraventa, sin haber efectuado advertencia alguna a los adquirientes de vivienda de que contrataba en nombre del Fiduciante, para este caso DESTRESA S.A., o como vocera de un patrimonio autónomo creo un alto grado de confianza (...). Por consiguiente, al no haber puesto de presente ante los terceros, de manera clara la condición bajo la cual actuaba, esto es, en nombre del patrimonio autónomo del cual era titular comprometió ante ellos su propia responsabilidad, pues fundó en ellos la creencia de que se comprometía y contrataba en nombre propio.⁵²” (Se resalta)

En tales términos, es evidente que en los actos administrativos⁵³ e inclusive, la misma sentencia apelada⁵⁴, se define que FIDUCOLOMBIA fue **enajenante** en nombre propio, ya que no se probó que FIDUCOLOMBIA efectivamente advirtió

⁵¹ Folio 624 del cuaderno No. 1

⁵² Folios 6 y 7 de la Resolución 647 de 2004

⁵³ Folios 37 a 48 de cuaderno de Anexos No 2

⁵⁴ Folio 624 del cuaderno No. 1

sobre la separación patrimonial que operaba respecto del patrimonio autónomo Santa Sofía, de tal suerte que no era válido atender la supuesta calidad de vocero de FIDUCOLOMBIA, al momento de la enajenación de las unidades de vivienda respectivas.

Al respecto, según fue expuesto previamente, es cierto que es necesario que la condición del fiduciario se haga conocer a los terceros con quienes entra en relación, pues de lo contrario el ente fiduciario puede llegar a comprometer su patrimonio personal, o como sucedería en este caso, adquirir la calidad de enajenante directamente; de manera que corresponde al fiduciario en la realización de los actos que le competen como tal, dejar ver la condición en que actúa, manteniendo el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición, así como de separar los diferentes patrimonios autónomos a su cargo, entre unos y otros.

Sin embargo, la Sala advierte desde ahora que a la luz de las pruebas que obran en el expediente, incluidas las documentales allegadas con el expediente administrativo, denota que el DAMA erró en su vinculación directa de FIDUCOLOMBIA como enajenante, desconociendo su calidad de vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía, al menos por las situaciones reflejadas en los actos administrativos demandados, pues no es cierto que la calidad de fiduciario se haya ocultado a terceros, evitando la ocurrencia de la separación patrimonial respectiva.

En efecto, tenemos que dentro del proceso obran, entre otras cosas, documentos que dan cuenta de lo siguiente:

1. Copia de la Resolución 235 del 11 de septiembre de 2011, proferida por la Oficina de Registro y Control Inmobiliario de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., por la cual “*se concede permiso para anunciar y desarrollar la actividad de enajenación de viviendas de interés social a la sociedad **FIDUCOLOMBIA S.A. FIDEICOMISO SANTA SOFIA***”⁵⁵ (se resalta).

⁵⁵ Folios 100 a 102 del cuaderno de copias certificadas por el Subdirector Jurídico del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, como copias fiel de los documentos que reposan en los archivos de la entidad demandada.

2. Copia de certificación expedida por la Oficina de Registro y Control Inmobiliario, del permiso para la enajenación de vivienda a favor de “la sociedad FIDUCOLOMBIA S.A. FIDEICOMISO SANTA SOFIA”⁵⁶.
3. Copia del poder dirigido a la Oficina de Control Inmobiliario dentro del trámite de “*PERMISO DE VENTAS PROYECTO SANTA – SOFIA*”, conferido por el representante legal de FIDUCOLOMBIA “*como vocero del patrimonio autónomo FIDEICOMISO SANTA SOFIA*”⁵⁷.
4. Copia de informe técnico de la Oficina de Registro, control inmobiliario y V.I.S. en el que se refleja como solicitante “*FIDUCOLOMBIA S.A. FIDEICOMISO SANTA SOFIA*”⁵⁸.
5. Copia de licencia de construcción No. 013245 del 23 de enero de 1998, en la que figura como propietario “*Y TITULAR FIDUCOLOMBIA S.A. FIDEICOMISO SANTA SOFIA*”⁵⁹.
6. Copia de contrato de promesa de compraventa, proyecto Santa Sofía. - 1ª Etapa, en el que obra “*FIDUCOLOMBIA S.A., sociedad fiduciaria (...) que tiene el carácter de Fiduciario del FIDEICOMISO SANTA SOFIA*” como promitente vendedor⁶⁰.
7. Copia de la escritura pública de número 7387, en la que figura como vendedor de vivienda de interés social “*FIDUCOLOMBIA S.A. ACTUANDO EXCLUSIVAMENTE COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO SANTA SOFÍA.*”⁶¹

Nótese entonces, que contrario a lo dispuesto en los actos administrativos demandados e incluso la sentencia apelada, se tiene que sí obran pruebas, como bien lo alega el recurrente, que dan cuenta que FIDUCOLOMBIA en efecto, actuó desde el principio en calidad de vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía y así lo hizo conocer a terceros, incluida la entidad demandada, inclusive, al momento de solicitar y obtener el permiso de enajenación. A lo anterior, se suma el hecho que, no se evidencian pruebas que den cuenta que la demandante ocultó su calidad de fiduciario, a efectos que, como se señala en los actos demandados, se entienda obligada FIDUCOLOMBIA, en nombre propio.

⁵⁶ Folio 98 del cuaderno de copias certificadas por el Subdirector Jurídico del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, como copias fiel de los documentos que reposan en los archivos de la entidad demandada.

⁵⁷ Folio 103 del cuaderno de copias certificadas por el Subdirector Jurídico del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, como copias fiel de los documentos que reposan en los archivos de la entidad demandada.

⁵⁸ Folio 106 del cuaderno de copias certificadas por el Subdirector Jurídico del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, como copias fiel de los documentos que reposan en los archivos de la entidad demandada.

⁵⁹ Folio 145 del cuaderno de copias certificadas por el Subdirector Jurídico del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, como copias fiel de los documentos que reposan en los archivos de la entidad demandada.

⁶⁰ Folios 146 a 155 del cuaderno de copias certificadas por el Subdirector Jurídico del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, como copias fiel de los documentos que reposan en los archivos de la entidad demandada.

⁶¹ Folios 1 a 15 del cuaderno de anexos de la demanda.

Se recuerda entonces, que **los bienes que recibe el fiduciario a ese título no se integran a su propio patrimonio y únicamente garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, obrando la separación entre tales patrimonios y los provenientes de otros negocios fiduciarios máxime cuando tal condición se hizo conocer a terceros, como sucedió en este caso.**

Así mismo, se recuerda que cuando el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo, como lo sería la enajenación de los inmuebles⁶², las obligaciones con terceros en el proceso quedan directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, ello *“sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes”*⁶³.

En este sentido, es muy importante reiterar, que las facultades del DAMA que dieron lugar a los actos administrativos en este caso, refieren únicamente al control ejercido sobre el **enajenante**⁶⁴, por lo que es evidente que la presente decisión no puede ser confundida ni asumida como una regla general de exención de responsabilidad de FIDUCOLOMBIA en otros ámbitos o frente a otras autoridades en relación con los hechos que fueron materia de investigación, ni tampoco como un indicador en la definición de otros trámites administrativos o judiciales en los que se debata la responsabilidad de los involucrados y/o posibles responsables, incluida la entidad demandante, por estos mismos hechos, bien sea como vocera del patrimonio o a nombre propio, en caso de presentarse causales de hecho y de derecho que permitan imputarle responsabilidad de manera directa.

Sin embargo, se advierte que, en el presente caso nada diferente al supuesto ocultamiento de la calidad de fiduciario, sirvió de báculo para imputar responsabilidad a FIDUCOLOMBIA **como enajenante** en nombre propio y en tal sentido ejercer las facultades sancionatorias con las que contaba el DAMA

⁶² Folios 37 a 48 de cuaderno de Anexos No 2

⁶³ 1 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios, 5ª edición, Legis, p. 846. – Recogido por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 1909.

⁶⁴ A Folio 30 del cuaderno de antecedentes administrativos – Resolución 017 del 20 de enero de 2004 se deja claro que *“En síntesis, frente a las actuaciones administrativas desarrolladas por esta Subordinación, la responsabilidad no se endilga por la condición de constructor, la responsabilidad deviene de su calidad de enajenante.”*

desconociendo los efectos de la fiducia mercantil y el patrimonio autónomo, por lo que al no mediar otras causales probadas que permitan imputarle responsabilidad directa en dicha calidad en el caso concreto, emana claro que los actos administrativos demandados erraron al responsabilizar al actor desconociendo de manera caprichosa la conformación del patrimonio autónomo Santa Sofía y la calidad de vocero, con la que realizó la actividad de enajenación.

Ahora bien, lo anterior no desconoce que es el fiduciario la persona a cargo del patrimonio autónomo y **quien lleva la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos**, sin perjuicio del principio de separación patrimonial que claramente fue desconocido por el DAMA.

En consecuencia, dado que FIDUCOLOMBIA actuó como enajenante de los inmuebles respectivos, en calidad de vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía, si bien se encontraba sujeta a la inspección, vigilancia y control de la entidad demandada, lo hacía con observancia del principio de división patrimonial que, en ausencia de un fundamento jurídico y factico válido que permitiera desconocerle, no puede permitir de manera automática que se haya imputado responsabilidad a FIDUCOLOMBIA en nombre propio, sino como vocera del patrimonio autónomo respectivo.

Al respecto, conviene señalar que el Consejo de Estado, ya ha definido el deber de las entidades administrativas en identificar en debida forma al ente investigado dentro de los procesos sancionatorios, incluido el caso en que como sujeto investigado deba ser llamado el ente fiduciario que actúa como vocero de un patrimonio autónomo que carece de personería jurídica. En efecto, esta corporación ha definido lo siguiente⁶⁵:

“(…)

En efecto, teniendo la entidad que adelanta el proceso sancionatorio el deber de identificar adecuadamente al presunto infractor y conociendo además que la ley dispone que los patrimonios autónomos deben actuar por intermedio de su representante, debió vincular al mismo precisamente a éste, lo cual no hizo, pues si se observan los actos acusados se advierte que en ningún momento se precisa en ellos que el sujeto que finalmente sancionó sea la

⁶⁵ Consejo de Estado - Sección Primera - Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E). Bogotá, D.C., 9 de agosto de dos mil doce (2012). Radicación: 25000-23-24-000-2007-00488-01. Actor: FIDUCIARIA POPULAR S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

sociedad fiduciaria administradora (que no lo es en todo caso) del Patrimonio Autónomo Ecopetrol, quien figuraba como titular de la cuenta corriente especial de compensación cuyo manejo dio origen al procedimiento administrativo.

Y es que aunque los patrimonios autónomos son receptores de derechos y obligaciones, no son personas naturales ni jurídicas, debiendo actuar, para todos los efectos legales, a través del fiduciario, quien es su vocero y lleva su personería, (...)”

Lo anterior significa, que conforme a las pruebas que obran en el expediente correspondía en el trámite administrativo que llevó a la expedición de los actos demandados en el caso en concreto, vincular a FIDUCOLOMBIA, como enajenante, pero en su condición de **vocera del patrimonio autónomo Santa Sofía**.

Al respecto, huelga advertir, que para que fuese procedente imputar responsabilidad en nombre propio a FIDUCOLOMBIA, debían existir causales que no den lugar a que la separación patrimonial ocurra en relación con la enajenación en calidad de vocera del patrimonio autónomo, las cuales deben involucrar la responsabilidad directa del fiduciario, como lo sería, el no haber dado conocer a los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, que se actuaba como vocero del patrimonio autónomo, situación que, contrario a lo dispuesto en los actos demandados, no sucedió en este caso, tal como se encuentra acreditado, y se estableció previamente en esta providencia.

Al respecto, la Sala considera adecuado concluir, aludiendo a lo considerado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia⁶⁶, en los siguientes términos:

“44. Así, es pertinente aclarar las condiciones del contrato de fiducia mercantil mediante el cual se llevan a cabo el objeto de los patrimonios autónomos. De acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio, 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. De acuerdo con la misma disposición, solo los establecimientos de crédito y las entidades fiduciarias, vigiladas por la Superintendencia Financiera, podrán tener la calidad de fiduciarios.

⁶⁶ Corte Constitucional - Sentencia C-438/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

45. El aspecto central del contrato de fiducia es la precisa determinación acerca del uso que debe darse a los recursos otorgados. Así, de acuerdo con la misma normativa: (i) 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 (Art. 1227 C. Comercio); y (ii) dentro de los deberes del fiduciario está 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 (Art. 1234-3). A partir de este marco normativo, la doctrina nacional ha considerado que “[e]l fiduciario, en cumplimiento de la finalidad perseguida, tiene el poder-deber de contraer obligaciones con cargo al patrimonio autónomo, respetando los términos y condiciones fijados para el efecto en el contrato. || Consecuentemente, al surgir tales deudas los bienes fideicomitidos deben servir como respaldo de ellas, de conformidad con lo estatuido en el artículo 1227 del Código de Comercio, a cuyo tenor los bienes objeto de la fiducia “solo garantizan las obligaciones contraídas.” || En tal sentido, si bien el patrimonio autónomo no es persona jurídica, sus bienes puede ser gravados por el fiduciario en las mismas condiciones aplicables a un sujeto de derecho”

En igual sentido, no sobra reseñar que lo expuesto en líneas anteriores, puede ser confrontado con el derecho al debido proceso, norma superior alegada como transgredida en el recurso de alzada, que si bien genera un espectro muy amplio de garantías que pudieran verse vulneradas, en efecto se encuentra violentado, pues no puede desconocerse que la actuación del DAMA en este caso, carece de fundamento fáctico y jurídico válido para imputar responsabilidad directa **como enajenante** en nombre propio al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso en realidad demuestran otro efecto diferente, al menos en el caso en concreto, todo lo cual encuadra en una actuación ajena a derecho y reprochable en defensa del derecho constitucional en comento, aun cuando los fundamentos sustanciales recaigan en el desconocimiento de normas y principios propios del derechos mercantil, según se dijo previamente.

Así las cosas resulta claro que, en el caso en concreto, el DAMA erró al llamar a FIDUCOLOMBIA a responder en nombre propio dentro del trámite administrativo censurado, pasando por alto su calidad de vocero del patrimonio autónomo Santa Sofía, situación que conlleva a atender los argumentos del recurso de apelación incoado por el demandante, por violación directa del artículo 29 de la Constitución, como norma superior invocada como violentada en el recurso de apelación y la demanda, situación por la cual corresponde revocar la sentencia apelada y, en su lugar, disponer la declaratoria de nulidad de los actos demandados con el restablecimiento del derecho que corresponda al presente caso.

2.4 Declaraciones y condenas

2.4.1 Declaración de nulidad de los actos administrativos demandados

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de los actos administrativos censurados por violación del debido proceso consagrado en el artículo 29 Constitucional, según fuera alegado en la demanda y recurso de apelación.

En consecuencia, se declarará la nulidad de las siguientes Resoluciones:

Resolución No. 560 del 24 de octubre de 2003, proferida por el Subdirector de Control de Vivienda del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA.

Resolución No. 017 del 20 de enero de 2004, proferida por el Subdirector de Control de Vivienda del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA.

Resolución No. 647 del 4 de junio de 2004, proferida por la Directora del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA.

2.4.2. Restablecimiento del derecho

Frente a este punto, la Sala advierte que, a título de restablecimiento del derecho, se dispondrá la devolución de lo que pagado por FIDUCOLOMBIA, por concepto de multa, esto es, la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00) correspondiente al monto que fue especificado en los actos administrativos demandados.

Sin embargo, se desestimaré la pretensión segunda de la demanda, en la que se solicitó *“se condene al Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA, a pagar los perjuicios presentes y futuros causados a la Sociedad Fiduciaria FIDUCOLOMBIA S.A. que logren demostrarse dentro de este proceso”*, habida cuenta que se considera que el dictamen pericial rendido durante el proceso, NO tiene mérito suficiente para sustentar válidamente los perjuicios reclamados por el accionante, por falta de firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, como a continuación se explica:

En primer lugar, tenemos que el dictamen pericial rendido en primera instancia⁶⁷, estimó que *“La reparación de daños y perjuicios integrales al corte del 30 de Abril de 2007, asciende a la suma de \$726.448.479 (Setecientos Veintiséis Millones Cuatrocientos Cuarenta y Ocho Mil Cuatrocientos Setenta y Nueve Pesos M/CTE), lo anterior con fundamento en un análisis somero de: i) el comportamiento macroeconómico en general de la económica, ii) el comportamiento económico del sector fiduciario y iii) el análisis del comportamiento económico de FIDUCOLOMBIA.*

Así las cosas, revisadas las consideraciones del perito para la determinación y cuantificación del daño emergente, lucro cesante y los daños y perjuicios presentes y futuros, resulta claro que las cifras consolidadas devienen de apreciaciones generales en materia macroeconómica confrontadas con conclusiones también generales del comportamiento del sector fiduciario, que en momento alguno aluden siquiera a la forma en que la sanción impuesta determinó de manera cierta el comportamiento macroeconómico reseñado por el perito, aspecto que evidencia los supuestos efectos perjudiciales de la sanción impuesta, se mantienen en el ámbito de la especulación y no pueden ser siquiera deducidos en el caso en concreto.

Así mismo, encuentra el despacho que las consideraciones frente al comportamiento económico de FIDUCOLOMBIA, resultan generalizadas, carentes de claridad y contundencia, habida cuenta que nunca abordan la incidencia de la sanción impuesta, o la relación de esta con los indicadores económicos y consideraciones expuestas por el perito, de manera clara y concreta.

Es más, el único aspecto medianamente concreto que es mencionado en la determinación de perjuicios corresponde a la supuesta afectación reflejada en el indicador de imagen corporativa, la cual, en todo caso, nunca se correlaciona con los efectos directos de la sanción, sino que se mantienen en elucubraciones subjetivas abstractas y carentes de prueba, por ejemplo, en los siguientes términos:

“Las multas – sanciones de índole administrativo una vez en firme y que se les imponen a los empresarios, se traducen en el ámbito económico nacional de forma directa o indirecta a través (sic) de los diferentes medios de comunicación, las prácticas empresariales, los presuntos perjudicados y de

⁶⁷ Folios 1 a 19 del cuaderno contentivo del dictamen.

forma masiva a travez (sic) del registro de proponente (sic) que controla Confecamaras y con la actualización anual del registro mercantil (...)

(...) Criterios incuantificables ya que solamente está determinado por la objetividad de las personas que conforman el grupo de selección y estudio de las propuestas licitatorias (...)

Recuperar la imagen corporativa a causa de actos administrativos implica que deba hacerse un esfuerzo en la inversión publicitaria. Gasto que efectivamente se dio en 2006 (...) por lo tanto se establece que para 2006, Fiducolombia S.A, dejó de obtener utilidades por la suma de \$631.305 Millones de pesos, ya que este valor fue invirtio (sic) en un gasto extraordinario de publicidad.”

Nótese, que en momento alguno se refirió a prueba que demostrara, la difusión de la sanción en medios de comunicación, su incidencia en prácticas empresariales o siquiera la consumación efectiva del registro de la sanción impuesta ante “Confecamaras” ni al interior del registro mercantil, situación que hace evidente que no existe soporte alguno a los efectos insinuados por el perito, sino que se alude a dicha hipótesis mediante conjeturas carentes de prueba.

En igual sentido, tampoco se definió, menos aún fue verificado documentalmente, que las estrategias comerciales del demandante, respondieran a la sanción impuesta por el DAMA, para que sea válido considerar, como extrañamente sucede en este caso, que el aumento en la inversión en publicidad de FIDUCOLOMBIA, respondió directamente a los actos administrativos que fueron demandados en este caso.

Así las cosas, no puede negarse que el dictamen no indicó razones válidas por las cuales se tomaron en cuenta los valores iniciales reflejados en las respectivas valoraciones de daño emergente, lucro cesante pasado y lucro cesante futuro, ni se explicó de manera clara el procedimiento realizado para obtener los valores totales de los supuestos perjuicios causados, así como tampoco señaló con fundamento en qué documentos se establecieron las cifras indicadas, ya que, inclusive, ni siquiera existe relación de prueba documental que diera cuenta de la fecha del pago efectivo de la multa, para sustentar el resultado de la indexación consignada en el dictamen.

Bajo tal marco, considera la Sala que el dictamen pericial rendido en primera instancia, sin perjuicio de la denegación de la objeción presentada, no tiene el mérito suficiente para probar los perjuicios reclamados, habida cuenta que el

mismo no cumple fielmente las exigencias dispuestas por el artículo 241 del C. de P.C., esto es, firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, situación por la cual corresponde desestimar la pretensión indemnizatoria que nos ocupa, por falta de sustento probatorio de los perjuicios reclamados, tal como sobre la materia ya ha definido la jurisprudencia que para el efecto se cita⁶⁸:

“En primer lugar advierte la Sala que, aún en el caso de que el dictamen pericial no haya sido objetado por las partes, éste, como cualquier medio probatorio debe ser analizado y valorado por el juez de la causa con miras a establecer su idoneidad para probar el asunto sobre el cual versa, de modo que son procedentes algunas precisiones.

El dictamen pericial constituye un elemento más de prueba que debe ser valorada por el funcionario judicial inicialmente de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 241 del Código Procesal Civil, y luego en conjunto con los demás medios probatorios en orden a las reglas de la sana crítica. El dictamen es un medio de convicción con el cual un experto aporta al proceso elementos técnicos, científicos o artísticos, con miras a contribuir a dilucidar la controversia.

La ley procesal determina que la pericia contenga una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, explicando cuáles fueron los instrumentos, materiales y sustancias empleados, exigencia lógica si se atiende a que con base en esa relación el funcionario judicial lleva a cabo la apreciación del dictamen, dado que las conclusiones tienen como soporte y garantía de credibilidad las labores adelantadas por el perito para llegar a esa opinión.

*Además, deben contener las conclusiones formuladas por los expertos con arreglo a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada, **respondiendo ordenadamente y en forma concreta y expresa todos los puntos sometidos a su consideración.** En síntesis, el dictamen debe contener dos partes, la descripción del proceso cognoscitivo, y las conclusiones. El primero comporta la clase de dictamen, las preguntas por responder, el objeto, persona, cosa o fenómeno sometido al proceso de conocimiento, **explicar de manera clara el procedimiento técnico, artístico o científico realizado, informando la metodología y medios utilizados, y describir los hallazgos o comprobaciones realizadas, dejando memoria o reproducción de ellos.** Las comprobaciones comparadas con el cuestionario extendido por el funcionario judicial y sus respuestas, arrojan las conclusiones del dictamen.*

Presentado el dictamen, el funcionario judicial debe examinar la coherencia del proceso cognoscitivo, la congruencia en las conclusiones y todo el conjunto, de acuerdo con las preguntas contenidas en el cuestionario, por eso el dictamen debe ser claro, preciso y explicar los exámenes, experimentos e investigaciones realizadas y los fundamentos técnicos,

⁶⁸ Consejo de Estado - Sentencia de 18 de febrero de 2016, (Expediente núm. 13001-23-31-002-2001-00362-01, Actora: ADUANAS BELETUR LTDA S.I.A., Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso

científicos o artísticos de las conclusiones.” (subrayas y resaltado fuera de texto)” (Las negrillas y subrayas del texto).

En consecuencia, el monto de la condena que se impondrá al DAMA asciende a la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000.00)**, valor que deberá ser actualizado con la corrección de la capacidad adquisitiva del dinero, de conformidad con el artículo 178 del CCA, tal como lo solicitó la parte actora en su pretensión tercera, ejercicio último que la Sala no puede realizar en este momento, teniendo en cuenta que no obran expediente los medios probatorios para conocer la fecha exacta en que se realizó el pago por parte de la FIDUCOLOMBIA⁶⁹.

2.4.3 Costas

Frente a este punto, es preciso advertir que, en relación a las costas del proceso, sin perjuicio al hecho que la decisión apelada será revocada, considera la sala que se mantendrá incólume la decisión de no condenar en costas, con fundamento en que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de ninguna de las partes del proceso. En consecuencia, se resalta que dicha condena sólo procede cuando la parte vencida ha actuado de manera temeraria o abusiva, vale decir, de acuerdo con la *“conducta asumida por las partes”*, en virtud de lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., en concordancia con los artículos 392 y 393 del C. de P. C., aplicables al caso por la remisión del artículo 168 del C.C.A.

Al respecto, conviene señalar que la jurisprudencia de la Sección Primera de esta corporación ha dispuesto sobre la materia⁷⁰:

“Por último, es preciso advertir con relación a las costas del proceso, que le asistió razón al a quo, cuando ordenó no condenar en costas, con fundamento en que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes del proceso, pues lo cierto es que dicha condena sólo procede cuando la parte vencida ha actuado de manera temeraria o abusiva, vale decir, de acuerdo con la “conducta asumida por las partes”, en virtud de lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., en concordancia con los artículos 392 y 393 del C. de P. C., aplicables al caso por la remisión del artículo 168 del C.C.A.”

⁶⁹ La parte demandante no allegó al expediente copia de la consignación de la multa, solo afirmó en las pretensiones de la demanda haberla pagado lo cual no fue controvertido por la entidad demandada.

⁷⁰ Consejo de Estado – Sección Primera - Sentencia de 21 de abril de 2016, Consejera ponente doctora **María Elizabeth García González** Expediente No. 76001-23-31-000-2012-00630-01

En consecuencia, se denegará la pretensión cuarta de la demanda, en la que se requirió que *“se condene al Departamento Administrativo del Medio Ambiente – DAMA, a pagar las costas y gastos que se generen dentro del proceso”*.

2.5 Otras disposiciones

Encuentra la Sala, que junto con el escrito de alegatos de conclusión presentado por la pasiva⁷¹, se allegó documento suscrito por la Subdirectora Jurídica de la Secretaría Distrital del Hábitat, en el que se confirió poder a la abogada Claudia Marcela Medina Silva, sin que dicha apoderada haya sido reconocida hasta la fecha.

De igual manera, se evidencia que mediante memorial radicado el 21 de abril de 2014⁷², se aportó sustitución del poder conferido a Claudia Marcela Medina Silva a favor de Jorge Alberto Guerrero Barriga, a quien tampoco se ha reconocido en tal calidad dentro del presente asunto.

Sin perjuicio de lo anterior, se evidencia que mediante memoriales radicados el 23 de junio de 2016⁷³ y 29 de junio de 2016⁷⁴, los apoderados principal y sustituto, en su orden, presentaron renuncia al poder que les fuera conferido allegando copia de las comunicaciones enviadas a la parte pasiva en su calidad de poderdante.

Conforme con lo anterior, corresponde entonces reconocer personería a los citados profesionales del derecho, en el orden en que fueron conferidos el poder y la sustitución, para luego aceptar las renunciaciones correspondientes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

⁷¹ Folios 32 a 42 del cuaderno No 2.

⁷² Folio 45 del cuaderno No 2.

⁷³ Folios 47 a 49 del cuaderno No 2.

⁷⁴ Folios 51 a 52 del cuaderno No 2.

PRIMERO. – Aceptar el impedimento manifestado por el Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, de conformidad con las razones expuestas en la cuestión previa de esta providencia.

SEGUNDO. - REVOCAR la sentencia proferida el 7 de mayo de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión, denegó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

En su lugar, se dispone lo siguiente:

1.1. DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 560 del 24 de octubre de 2003, proferida por el Subdirector de Control de Vivienda del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA., 017 del 20 de enero de 2004, proferida por el Subdirector de Control de Vivienda del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA y 647 del 4 de junio de 2004, proferida por la Directora del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA.

1.2. A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDENAR al **DEPARTAMENTO TÉCNICO ADMINISTRATIVO DEL MEDIO AMBIENTE - DAMA.**, o a quien haga sus veces, a cancelar a la parte demandante por concepto de daños y perjuicios ocasionados con la expedición de los actos anulados, la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000.00)**, con su correspondiente ajuste de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.3. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. - RECONOCER personería a la abogada Claudia Marcela Medina Silva, como apoderado de la parte demandada dentro del presente asunto, en los términos del poder que le fue conferido.

CUARTO. - RECONOCER personería al abogado Jorge Alberto Guerrero Barriga, como apoderado de la parte demandada dentro del presente asunto, en los términos de la sustitución del poder que le fue conferido.

QUINTO. - ACEPTAR las renunciaciones presentadas por Claudia Marcela Medina Silva y Jorge Alberto Guerrero Barriga, en calidad de apoderado principal y sustituto, respectivamente.

SEXTO. - DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

SEXTO. - ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

