

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., tres de febrero de dos mil veintiuno

Sentencia escrita conforme al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020. Ponencia discutida y aprobada en sesión de Sala de la fecha.

Proceso:	Verbal.
Demandante:	Marlene Palma Garzón.
Demandada:	Fiduciaria Central S.A., y otros.
Radicación:	11001310300220160065701.
Procedencia:	Juzgado 2 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto:	Apelación de sentencia.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La señora Marlene Palma Garzón, mediante apoderado, formuló demanda contra: (i) Fiduciaria Central S.A., como vocera de los patrimonios autónomos: “Fideicomiso Fiducentral SMIII-9”; “Fideicomiso Hotel Embajada” y “Fideicomiso Hotel Wyndham”, (ii) Luis F. Correa y Asociados S.A., y (iii) Andrés Fernando Correa López, en la que planteó las siguientes pretensiones:

1.1. Pretensión principal.

Declarar inexistente el negocio jurídico al que se refiere el documento titulado “*PROMESA DE VENTA DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWER HOTEL EMBAJADA*” suscrito el 4 de septiembre de 2008, modificado por el documento titulado “*OTROS SÍ AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRA VENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTE A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA DETERMINADOS COMO MINI SUITE 245 E (245 E)*” suscrito el 4 de mayo del 2009, por Fiduciaria Central S.A., Luis F. Correa y Asociados S.A., y por Marlene Palma Garzón, porque a dicho negocio jurídico le hacen falta sus requisitos o elementos esenciales para ser considerado un contrato en los términos definidos en el artículo 864 del Código de Comercio y en el artículo 1495 del Código Civil.

1.2. Pretensiones subsidiarias.

1.2.1. Primera Pretensión Subsidiaria.

Declarar la nulidad del negocio jurídico al que se refiere el documento indicado en la pretensión principal, porque en la promesa no concurren las exigencias del artículo 1611 del Código Civil, para que pueda producir obligaciones.

1.2.2. Segunda Pretensión Subsidiaria.

Declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico indicado en la pretensión principal, porque los actos o declaraciones de voluntad del negocio jurídico mencionado, carecen o no tienen una causa real.

1.2.3. Tercera Pretensión Subsidiaria.

Declarar la nulidad relativa del negocio jurídico señalado en la pretensión principal, porque el consentimiento manifestado por Marlene Palma Garzón, esta viciado por el “error de hecho” que “recae sobre”: (i) la especie del acto, contrato o negocio jurídico celebrado; (ii) la identidad de la cosa específica de que se trata el negocio jurídico celebrado; (iii) la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto, contrato o negocio jurídico celebrado, porque es diversa de la que creyó aquella persona; (iv) por el error acerca de la persona con quien se contrató, debido a que la consideración de la persona fue la causa principal del negocio jurídico aquí mencionado.

1.2.4. Cuarta pretensión subsidiaria.

Declarar la resolución del negocio jurídico indicado en la pretensión principal, como consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria, bajo la cual quedó sometida su existencia según lo estipulado en el “*Parágrafo Segundo*” de la cláusula “*CUARTA: PRECIO Y FORMA DE PAGO*” de la “*Primera Parte: CONDICIONES ESPECIALES*”, del documento titulado “*PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA*”.

1.3. Pretensiones consecuenciales de la declaratoria de cualquiera de las anteriores peticiones.

1.3.1. Condenar a la Fiduciaria Central S.A., y a Luis F. Correa y Asociados S.A., a pagar solidariamente a favor de Marlene Palma Garzón, \$40´000.000.00, por concepto de la devolución, reembolso o reintegro de dicha suma que fue entregada por la demandante a la primera de las citadas en cumplimiento de la obligación estipulada en la cláusula “*CUARTA: PRECIO Y FORMA DE PAGO*” de la “*Primera Parte. CONDICIONES ESPECIALES*” del documento titulado “*PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA*”, modificada por la cláusula “*TERCERA*” del documento titulado “*OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIONES ECONOMICAS DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO E (245 E)*”.

1.3.2. Por la indexación o actualización de cada una de las cuotas entregadas por la señora Marlene Palma Garzón a la Fiduciaria Central S.A., y que completó \$40´000.000.00, hasta la fecha en que se realice su pago efectivo.

1.3.3. Por los intereses moratorios a la tasa máxima permitida legalmente o en su defecto, por los intereses bancarios a la tasa máxima permitida, liquidados sobre cada una de las sumas entregadas por Marlene Palma Garzón a la Fiduciaria Central, hasta completar \$40´000.000.00, hasta la fecha en que se realice su pago efectivo.

1.3.4. \$8´000.000.00, por concepto de la sanción estipulada en el “*Parágrafo*” de la cláusula “*QUINTA*”, de la “*Segunda parte: CONDICIONES GENERALES*” del documento titulado “*PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS*”.

PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”, esto es, por la devolución de la suma correspondiente al 20% sobre \$40´000.000.00, que la actora entregó a la Fiduciaria Central a título de arras.

1.3.5. \$10´000.000.00, por concepto de perjuicios morales, que el fallido negocio jurídico al que llevaron la Fiduciaria Central S.A., y Luis F. Correa y Asociados S.A., a Marlene Palma Garzón, generando emociones de aflicción, congoja, desilusión, engaño, tristeza, pesar.

1.3.6. Por los rendimientos financieros, estipulados en el “*Parágrafo Segundo*” de la cláusula “**CUARTA: PRECIO Y FORMA DE PAGO**” de la “*Primera Parte: CONDICIONES ESPECIALES*” del documento titulado “**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**” calculados sobre cada una de las sumas y desde las fechas en que Marlene Palma Garzón las entregó a la Fiduciaria Central S.A., para completar \$40´000.000.00, hasta la fecha en que se realice su pago efectivo a favor de la demandante.

1.4. Quinta pretensión subsidiaria.

Declarar la resolución del negocio jurídico pluricitado, como consecuencia del incumplimiento de la obligación estipulada en la cláusula “**TERCERA: CELEBRACION DEL NEGOCIO PROMETIDO**” de la “*Primera parte: CONDICIONES ESPECIALES*”, modificada por la cláusula “**CUARTA**” del documento titulado “**OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONOMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO E (245 E)**”, incumplimiento atribuible a Fiduciaria Central, y Luis F. Correa y Asociados S.A.

1.5. Pretensiones consecuenciales de la quinta pretensión subsidiaria.

1.5.1. Condenar a Fiduciaria Central S.A., y a Luis F. Correa y Asociados S.A., a pagar solidariamente a favor de Marlene Palma Garzón, \$40´000.000.00, por concepto de la devolución, reembolso o reintegro de dicha suma que fue entregada por la demandante a la primera de las citadas en cumplimiento de la obligación estipulada en la cláusula “**CUARTA: de la “Primera Parte**”, del documento titulado “**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO**

CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”.

1.5.2. Por la indexación o actualización de cada una de las cuotas entregadas por la señora Marlene Palma Garzón a Fiduciaria Central S.A., para completar \$40´000.000.00, hasta la fecha en que se realice su pago efectivo a favor de la aquí demandante.

1.5.3. Por los intereses moratorios a la tasa máxima permitida legalmente o en su defecto, los intereses bancarios a la tasa máxima permitida, liquidados sobre las sumas entregadas por Marlene Palma Garzón a la Fiduciaria Central, hasta que completó \$40´000.000.00, liquidados hasta la fecha en que se realice su pago efectiva a favor de la aquí demandante.

1.5.4. \$8´000.000.00, por concepto de la sanción estipulada en el “Parágrafo” de la cláusula “QUINTA”, de la “Segunda parte: CONDICIONES GENERALES” del documento titulado “PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”, esto es, por la devolución de la suma correspondiente al 20% de \$40´000.000.00, que la actora entregó a la Fiduciaria Central a título de arras.

1.5.5. \$10´000.000.00, por concepto de los perjuicios morales, que el fallido negocio jurídico al que llevaron Fiduciaria Central S.A., y Luis F. Correa y Asociados S.A., a Marlene Palma Garzón, generándole emociones de aflicción, congoja, desilusión, engaño, tristeza, pesar.

1.5.6. Se condene a Fiduciaria Central S.A., para que como vocera y administradora, ya sea del patrimonio autónomo “FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”, del patrimonio autónomo “FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA”, o del patrimonio autónomo “FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE”, pague a favor de la demandante la suma de dinero por concepto de “frutos civiles”, que están llamados a producir los siguientes bienes:

a. La suma de \$656.620.61 mensual por los 261 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.1, suma calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.2, Cantidad causada desde el 4 de noviembre de 2011, hasta la fecha en que se declare judicialmente la resolución de negocio jurídico al que se refiere el documento titulado “PROMESA DE VENTA DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO

CAPITAL TOWER HOTEL EMBAJADA”, modificado por el titulado *“OTROS SÍ AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRA VENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA DETERMINADOS COMO MINI SUITE DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO (245 E)”*

b. En defecto de la anterior, por \$501.286.70 mensual que deben producir los 251 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.2, suma calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.1, cantidad causada desde el 4 de noviembre de 2011, hasta la fecha en que se declare judicialmente la resolución del negocio jurídico en cuestión.

c. En caso que, por cualquier razón en alguno de los tres patrimonios autónomos no existan las sumas de dinero suficientes para el pago de los frutos civiles, en los términos señalados, Fiduciaria Central S.A. estará obligada a responder por sus propios actos y con su patrimonio, en tal sentido debe ser condenada a pagar a la señora Marlene Palma Garzón \$656.620.61 mensual, por concepto de los frutos civiles que debe producir los 261 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.1, cantidad calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.2, o en su defecto la suma de \$501.286.70. mensual, por concepto de frutos civiles que están llamados a producir los 251 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.2, cantidad calculada conforme a la fórmula consignada en el hecho 396.1. Cualquiera de las sumas que se ordene pagar debe ser causada desde el 4 de noviembre de 2011, mensualmente hasta la fecha en que se declare judicialmente la resolución del negocio jurídico referido.

1.6. Sexta pretensión subsidiaria.

Se condene a Fiduciaria Central S.A., en calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos *“FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”*, *“FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE”* y *“FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA”* a que cumpla la obligación estipulada en la *“CLAUSULA QUINTA - OBLIGACIONES Y FACULTADES DE LA FIDUCIARIA”* en concordancia con la *“CLAUSULA DECIMA OCTAVA”* del *“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE”*, en concordancia con lo estipulado en el literal *“c”* de la cláusula *“PRIMERA”* de la *“Segunda Parte: CONDICIONES GENERALES”* del documento titulado

“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”, obligación que consistía en transferir a favor de MARLENE PALMA GARZÓN, el derecho real de dominio, en una cuota parte, equivalente a una quinta (1/5) parte, sobre los inmuebles que corresponden a las “*doscientas sesenta y una (261) suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A*”, identificados en el hecho 125.1, o en su defecto el derecho real de dominio en una cuota parte, equivalente a una quinta (1/5) parte sobre los inmuebles que corresponden a las “*doscientas cincuenta y una (251) suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel B*”, identificados en el hecho 125.2.

1.7. Pretensiones consecuenciales de la sexta pretensión subsidiaria.

a. ORDENAR a Fiduciaria Central S.A., cumpla la obligación de transferir mediante el otorgamiento y firma de la respectiva escritura a favor de Marlene Palma Garzón, el derecho real de dominio, de una cuota parte, equivalente a una quinta (1/5) parte, sobre los inmuebles que corresponden a las “*doscientas sesenta y una (261) suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A*”, identificados en el hecho 125.1, o en su defecto el derecho real de dominio de una cuota parte, equivalente a una quinta (1/5) parte sobre los inmuebles que corresponden a las “*doscientas cincuenta y una (251) suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel B*”, identificados en el hecho 125.2.

b. Condenar a Fiduciaria Central S.A., para que como vocera y administradora de los tres fideicomisos citados pague a favor de la demandante la suma de dinero por concepto de los frutos civiles que están llamados a producir, según sea el caso, unos en defecto de los otros, los siguientes inmuebles.

b.1. \$656.620.61 mensual por los 261 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.1, cantidad calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.2, y que debe ser liquidada desde el 4 de noviembre de 2011, mensual hasta la fecha en que Fiduciaria Central S.A., cumpla la obligación de transferir a favor de la demandante el derecho real de dominio de una cuota parte, equivalente a 1/5 parte, sobre los inmuebles que corresponden a las 261 suites de la parte del inmueble denominado Hotel A, identificados en el hecho

125.1 de la demanda.

b. 2. En defecto de la suma relacionada anteriormente, por \$501.286.70 mensual que deben producir los 251 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.2, calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.1, cantidad causada desde el 4 de noviembre de 2011, hasta la fecha en que Fiduciaria Central S.A., cumpla la obligación de transferir a favor de la demandante, el derecho real de dominio, de una cuota parte, equivalente a 1/5 parte, sobre las 251 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel B, identificados en el hecho 125.2.

b.3. En caso que por cualquier razón en alguno de los tres patrimonios autónomos citados no existan las sumas de dinero suficientes para el pago de los frutos civiles, en los términos señalados, Fiduciaria Central S.A., estará obligada a responder por sus propios actos y con su patrimonio en tal sentido debe ser condenada a pagar a la señora Marlene Palma Garzón \$656.620.61 mensual, por concepto de los frutos civiles que deben producir los 261 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.1, cantidad calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.2, o en su defecto la suma de \$656.620.61. mensual, por concepto de frutos civiles que están llamados a producir los 251 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.2, cantidad proyectada conforme a la fórmula consignada en el hecho 396.1. Cualquiera de las sumas que se ordene pagar debe ser causada desde el 4 de noviembre de 2011, mensualmente hasta la fecha en que Fiduciaria Central S.A., cumpla la obligación de transferir a favor de la demandante, el derecho real de dominio, una cuota parte, equivalente a 1/5 parte sobre las 261 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A, identificadas en el hecho 125.1., o en su defecto sobre las 251 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel B, identificadas en el hecho 125.2.

1.8. Séptima pretensión subsidiaria.

Se declare la nulidad absoluta del *Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable* contenido en la escritura pública No. 3254 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “*FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA*”. Igualmente, el *Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable*

contenido en la escritura pública No. 3255 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM*”, porque el objeto de los citados contratos se trata de un objeto ilícito porque contraviene el derecho público de la Nación.

1.9. Octava pretensión subsidiaria.

Declarar la extinción, conclusión o terminación de los siguientes negocios fiduciarios: (I) CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE contenido en la escritura pública No. 3254 del 4 de noviembre de 1997 de la Notaría 1 de Bogotá, mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”. (II) CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE instrumentado en la escritura pública No. 3254 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA*”, (III) CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE del que da cuenta la escritura pública No. 3255 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE*”.

1.10. Pretensiones consecuenciales de las pretensiones subsidiarias séptima y octava.

a. Ordenar a Fiduciaria Central S.A., haga la liquidación según sea el caso de los patrimonios autónomos: “*FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”, “*FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA*” y “*FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE*”.

b. Condenar a Fiduciaria Central S.A. para que en calidad de vocera y administradora de los anteriores patrimonios autónomos, según sea caso, cumpla el deber indelegable consagrado en el numeral 7 del artículo 1234 del Código de Comercio, que consiste en transferir los bienes a la persona a la que corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario. Es decir, transferir a la demandante el derecho real de dominio, de una cuota parte, equivalente a una quinta (1/5) parte, sobre los inmuebles que corresponden a las “*261 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A*”, identificados en el hecho 125.1, o en su defecto el derecho real de dominio de una cuota parte, equivalente a 1/5 parte sobre las “*251 suites correspondientes a la parte del inmueble*”.

denominado *Hotel B*”, identificadas en el hecho 125.2.

c. Ordenar a Fiduciaria Central S.A., para que en calidad de vocera y administradora de los anteriores patrimonios autónomos, según sea caso, otorgue y firme la escritura mediante la cual se cumpla la obligación de transferir a favor de la demandante el derecho real de dominio, de una cuota parte, equivalente a 1/5 parte, sobre las “261 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado *Hotel A*”, identificadas en el hecho 125.1, o en su defecto el derecho real de dominio de una cuota parte, equivalente a 1/5 parte sobre las “251 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado *Hotel B*”, identificadas en el hecho 125.2.

d. Condenar a Fiduciaria Central S.A., para que como vocera y administradora de los tres fideicomisos que se vienen citando, pague a favor de la demandante la suma de dinero correspondiente a los “*frutos civiles*” que están llamados a producir, según sea el caso, unos en defecto de los otros, los siguientes inmuebles.

d.1. \$656.620.61 mensual por los 261 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.1, cantidad calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.2, y que debe ser liquidada desde el 4 de noviembre de 2011, mensual hasta la fecha en que Fiduciaria Central S.A., cumpla la obligación de transferir a favor de la demandante el derecho real de dominio de una cuota parte, equivalente a 1/5 parte, de las 261 suites de la parte del inmueble denominado *Hotel A*, identificadas en el hecho 125.1 de esta demanda.

d.2. En defecto de la suma relacionada anteriormente, por \$501.286.70 mensual que deben producir los 251 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.2, calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.1, cantidad causada desde el 4 de noviembre de 2011, hasta la fecha en que la Fiduciaria Central S.A., cumpla la obligación de transferir a favor de la demandante, el derecho real de dominio, de una cuota parte, equivalente a 1/5 parte, sobre las 251 suites de la parte del inmueble denominado *Hotel B*, identificadas en el hecho 125.2

d.3. En caso que, por cualquier razón, en alguno de los tres patrimonios citados no existan las sumas de dinero suficientes para el pago de los frutos civiles, en los términos señalados, la Fiduciaria Central S.A., estará obligada a responder por sus propios actos y con su

patrimonio en tal sentido debe ser condenada a pagar a la señora Marlene Palma Garzón la suma de \$656.620.61 mensual, por concepto de los frutos civiles que deben producir los 261 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.1, cantidad calculada con base en la fórmula consignada en el hecho 396.2, o en su defecto \$501.286.70. mensual, por concepto de frutos civiles que están llamados a producir los 251 bienes inmuebles identificados en el hecho 125.1, cantidad calculada según la fórmula consignada en el hecho 396.1. Cualquiera de las sumas que se ordene pagar debe ser causada desde el 4 de noviembre de 2011, mensualmente hasta la fecha en que la Fiduciaria Central S.A., cumpla la obligación de transferir a favor de la demandante, el derecho real de dominio, una cuota parte, equivalente a 1/5 parte sobre las 261 suites de la parte del inmueble denominado Hotel A, identificadas en el hecho 125.1., o en su defecto sobre las 251 suites correspondientes de la parte del inmueble denominado Hotel B, identificadas en el hecho 125.2.

1.11. Pretensiones de condena en costas.

Finalmente se condene a las demandadas a pagar solidariamente a la demandante las costas del proceso.

2. Como soporte fáctico del *petitum* se expuso:

2.1. El lote de terreno con la matrícula inmobiliaria No. 50C-14563210, estaba distinguido en el diseño urbanístico de Ciudad Salitre como Supermanzana Tres Nueve (SMIII-9), hacia parte del patrimonio autónomo “Fideicomiso Ciudad Salitre”, cuyo fiduciante, era la Beneficencia de Cundinamarca y el fiduciario la Fiduciaria Central S.A.

2.2. El 29 de mayo de 1997, la Junta Coordinadora del Proyecto Ciudad Salitre acordó que efectuada la liberación correspondiente y conforme al esquema de negociación planteada, es decir, de pago del lote contra el 18% de las ventas de las unidades inmuebles resultantes del proyecto inmobiliario específico que se construya en el lote vendido, el cual a su vez debía ser aportado a un fideicomiso, en consecuencia autorizó a Fiduciaria Central S.A., la transferencia del predio antes identificado a cualquiera de las siguientes firmas: Cusezar S.A., Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Luis Fernando Correa y Asociados y Parquederos Tequendama. Autorizando a

dicha entidad para firmar todos los documentos contractuales para perfeccionar la compraventa del lote SMIII-9.

2.3. El 4 de junio de 1997, Fiduciaria Central S.A., y Luis F. Correa y Asociados S.A., celebraron el contrato de compraventa del inmueble identificado con la matrícula 50C-1456210, el cual quedó consignado en la escritura pública No. 3253 de la Notaría 1ª de Bogotá, quedando estipulado el precio y la forma de pago en la cláusula sexta.

2.4. El precio del inmueble que ascendía a \$3.953'808.384.00, o la cantidad que resultaba según lo pactado en la cláusula respectiva, nunca fue pagado a favor de la Fiduciaria Central S.A., y/o a favor de la Beneficencia de Cundinamarca, con recursos propios de Luis F. Correa y Asociados S.A., sino con *“los recursos provenientes de captación del público con la destinación específica de ser aplicados a la compra de inmuebles, los provenientes de órdenes de separación de inmuebles, y los recaudados por las ventas de ellos o en general de muebles o inmuebles a cualquier título oneroso”* (cláusula sexta del contrato de fiducia), es decir, con recursos captados del público, entre los que se encontraba la señora Marlene Palma Garzón.

2.5. En el *“PARAGRAFO SEXTO”* de la cláusula *“SEXTA”* del contrato de compraventa se pactó una obligación de no hacer a cargo de Luis F. Correa y Asociados S.A., al igual que quedó pactado a cargo de Fiduciaria Central S.A., pues esta última no podía directamente permitirle a la primera *“hacer enajenaciones diferentes de las que recaigan sobre las unidades resultantes de la construcción del Proyecto Específico de ACTIVIDADES MULTIPLE”*.

2.6. En la cláusula tercera del contrato de compraventa se indicó que el comprador debía constituir un patrimonio autónomo en cabeza de Fiduciaria Central S.A., y transferirle a dicho patrimonio en el acto de constitución y en la misma fecha de otorgamiento de la escritura el inmueble objeto de la compraventa.

2.7. En el parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de compraventa, quedó especificado en qué consistiría el *“PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO”*. Igualmente, en la cláusula novena del referido negocio, se estableció la forma en que se desarrollaría la etapa de ventas del proyecto, quedando en cabeza del comprador la

obligación de adelantar la etapa de ventas de las unidades privadas resultantes de la construcción del desarrollo inmobiliario.

2.8. El 4 de junio de 1997, Luis F. Correa y Asociados S.A., y Fiduciaria Central S.A., celebraron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable con la escritura pública No. 3254 de la Notaría 1ª de Bogotá, mediante el cual el inmueble con matrícula No. 50C-1456210 formó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”, todo esto por efecto de la obligación que le impuso la entidad fiduciaria en la primera fiducia mercantil y de esta manera asegurar que recibiría el pago del precio del inmueble. Quedando en las cláusulas tercera y en el párrafo primero de la cuarta, el objeto de dicho negocio jurídico y la explicación en que consistiría el “*PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO SMIII-9 PROPIEDAD HORIZONTAL*”.

2.9. El referido contrato de fiducia se trató de una modalidad o tipo de negocio fiduciario, al cual le es aplicable la reglamentación consagrada en el numeral 8.2. del capítulo primero del título quinto de la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera.

2.10. El negocio jurídico se trató de una fiducia inmobiliaria de administración y pagos, lo que permitía que los beneficiarios del “*Fideicomiso Fiducentral SMIII-9*”, entre ellos la aquí demandante, recibieran de la Fiduciaria Central S.A., al finalizar el desarrollo y construcción del proyecto Inmobiliario Especifico SMIII-9 Propiedad Horizontal, como provecho o beneficio, la transferencia o la venta del derecho real del dominio sobre las unidades de inmuebles resultantes del proyecto inmobiliario y no la simple cesión de simples derechos personales, carentes de completo objeto.

2.11. Las prestaciones que debían recibir los beneficiarios o fideicomisarios, es decir, las personas de quienes Fiduciaria Central S.A., captó las sumas de dinero destinadas para el pago del precio del inmueble identificado con la matrícula No. 50C-1456210, entre ellos la señora Marlene Palma Garzón, era la transferencia o venta del derecho real de dominio sobre las unidades de los inmuebles resultantes del proyecto inmobiliario, independientemente de que dichas unidades se traten de habitaciones de un hotel llamadas “*supersuites*” o “*minisuites*”, de oficinas, de locales comerciales, de

apartamentos, etc., pues como el “*CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL*” correspondió a una fiducia inmobiliaria de administración y pagos, teniendo como finalidad la “*transferencia de las unidades construidas a quienes resultaran beneficiarios del respectivo contrato*”, al margen de cual fuera el uso para el cual se construyeran las unidades del inmueble, todo ello conforme a lo pactado en la cláusula quinta que se refiere a las facultades y obligaciones de la fiduciaria.

2.12. Del contenido del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria celebrado entre Fiduciaria Central y Luis F. Correa y Asociados S.A., mediante la escritura pública 3254 del 4 de junio de 1997, y según las cláusulas que se refieren a los actos o las declaraciones de voluntad de los celebrantes, relacionados con la venta o enajenación del “*Proyecto Inmobiliario específico SMIII-9 Propiedad Horizontal*”, en favor de terceros, tenía como objeto necesariamente la venta y enajenación de las unidades de inmuebles resultantes de la construcción aquí mencionada.

2.13. No obstante lo pactado en la cláusula vigésima cuarta del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable y las reglamentaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria sobre la “*publicidad de fiducia inmobiliaria*”, a finales del 2006 la Fiduciaria Central S.A., y Luis F. Correa y Asociados S.A., con base en el contrato de fiducia tantas veces citado, comenzaron una campaña publicitaria a través de diferentes medios, utilizando el nombre de la primera, a fin de captar recursos del público en general, con los cuales una parte se pagaría el precio del lote de terreno y la otra se pagaría el desarrollo y la construcción del “*PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO SMIII-9 PROPIEDAD HORIZONTAL*” anunciado al público en general como “*CAPITAL TOWERS*”.

2.14. A fin de promocionar la venta del referido proyecto las citadas sociedades instalaron una sala de ventas en la Diagonal 22B (Avenida de la Esperanza) No. 51-38 de Bogotá.

2.15. La información utilizada en la campaña publicitaria fue engañosa porque no corresponde a la realidad, es insuficiente, induce o puede inducir a error, engaño o confusión; pues no es que la sociedad haya escogido a la fiduciaria por su trayectoria sino que se trató de la

obligación concertada en el contrato de compraventa y de fiducia.

2.16. Igual situación tuvo ocurrencia en el documento publicado en la Revista Internacional Inmobiliaria, edición No. 25 de marzo de 2008, pues el supuesto operador hotelero para el llamado Hotel Embajada, Diplomat Hotels, para el 2008, ni siquiera existía, porque solo hasta el 6 de febrero de 2009 por petición de Luis Fernando Correa Bahamón se constituyó la sociedad Diplomat Hotels S.A., con Nit 900.318.712-7, como consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio, sociedad que finalmente no fue el operador del llamado Hotel Embajada.

2.17. Con la finalidad de captar recursos del público y con fundamento en la cláusula sexta del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria contenida en la escritura pública No. 3254 de la Notaría 1ª de Bogotá, la Fiduciaria Central S.A., y Luis F. Correa y Asociados S.A., ofrecieron a las personas que se acercaban a la sala de ventas ya referenciado como “*RETORNO SOBRE LA INVERSIÓN ESTIMADO*” para el año 1 el 9.2%, para el año 2 el 10.4%, para el año 3 el 11.5%, para el año 4 el 12.6%, para el año 5 el 13.4%.

2.18. La publicidad referida desconoció la reglamentación a la que se refiere el literal “c” del numeral “2.6. Programas publicitarios adelantados por las Sociedades Fiduciarias” del Título I del Capítulo Sexto de la Circular Externa 007 de 1996, expedida por la Superintendencia Bancaria, pues no cumplió con la obligación de “*informarse de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria – esto es- si se trata de la administración de tesorería del proyecto, la vigilancia de todas las etapas de la obra, la inversión de los recursos que ingresen al fideicomiso, y demás conceptos de este tipo de fideicomiso, de tal suerte que para el adherente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros a los que se circunscribe la labor que adelantara la fiduciaria*”. Omitiendo a la par las normas consagradas en el numeral “5.2.” del Capítulo Primero del Título Quinto de la Circular Externa 007 de 1996, expedida por la Superintendencia Bancaria.

2.19. Fiduciaria Central S.A., y Luis F.. Correa y Asociados S.A., con el objeto de recaudar los recursos provenientes del público expidieron los documentos denominados

“Promesa de Venta de Derechos Fiduciarios Proyecto Capital Towers Hotel Embajada” y “Promesa de Venta de Derechos Fiduciarios Cuadrados”, conteniendo este último el objeto de la compraventa prometida y las condiciones generales de la misma.

2.20. El 4 de septiembre de 2008, por efecto de la confianza que generaba la participación y presencia de Fiduciaria Central S.A., dentro del “PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO SMIII-9 PROPIEDAD HORIZONTAL”, la señora Marlene Palma Garzón suscribió con los representantes de la citada sociedad y de Luis F. Correa Asociados S.A., estos últimos en calidad de promitentes vendedores el documento titulado “PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”.

2.21. El 4 de mayo de 2009, las partes suscribieron el documento titulado “Otro si al Contrato de Promesa de Compraventa de los Derechos Fiduciarios Inherentes a La Propiedad y Operación Económica del Hotel Embajada, Determinados como Minisuite Doscientos Cuarenta y Cinco E (245 E)”.

2.22. La cláusula 4ª de la primera parte del contrato y la 3ª del “otro sí”, contienen obligaciones a cargo de la señora Marlene Palma Garzón, las cuales cumplió entre el 2 de septiembre de 2008 y el 30 de junio de 2009, y que consistían en pagar \$40´000.000.00 a favor de Fiduciaria Central S.A., y Luis F. Correa y Asociados S.A.

2.23. No obstante lo plasmado en la cláusula 2ª de la primera parte del contrato de venta de derechos fiduciarios proyecto Capital Towers Hotel Embajada, que se refiere al documento del 15 de febrero de 2007, existen otros cuatro documentos: (i) Modificación a la reglamentación al contrato de fiducia mercantil: Fiducentral Fideicomiso SMIII-9, del 8 de noviembre de 2007. (ii) Reglamento al contrato de fiducia mercantil: Fiducentral Fideicomiso SMIII-9. Segunda Modificación, del 23 de enero de 2008. (iii) Reglamentación compilada al contrato de fiducia mercantil Fiducentral Fideicomiso SMIII-9, del 11 de diciembre de 2008. (iv) Adición a la reglamentación compilada al contrato de fiducia mercantil fiducentral fideicomiso SMIII-9, del 10 de junio de 2009; a los cuales la señora Marlene Palma Garzón nunca tuvo acceso, porque ni Fiduciaria Central S.A. o Luis F. Correa y Asociados S.A., le hicieron entrega de una copia.

2.24. El 27 de junio de 2012, Fiduciaria Central S.A., como vocera del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Embajada*” y Diplomats Embajada, celebraron “*CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL*”, para la Operación Hotelera del Hotel Embajada de Bogotá, D.C.

2.25. Diplomats Embajada Inc, es una sociedad extranjera con domicilio en Panamá, de la cual Diplomats Embajada, es una sucursal establecida en Colombia según el artículo 469 del estatuto mercantil, pero no puede ser considerada como persona jurídica en los términos del artículo 633 del Código Civil en concordancia con el artículo 98 del Código de Comercio. Además, que Diplomats Embajada Inc, no tiene experiencia en la operación hotelera pues fue constituida el 23 de diciembre de 2011.

2.26. La diligencia con la que debía actuar la Fiduciaria Central S.A., quedó reducida a favorecer los intereses de Luis Fernando Correa Bahamón, al permitir que tomara el control absoluto de la explotación económica del establecimiento de comercio denominado Hotel Embajada, del cual supuestamente saldrían las rentas, beneficios o utilidades para los beneficiarios inversionistas, lo que da como resultado que el fin del contrato de colaboración empresarial para la operación hotelera, celebrado el 27 de junio de 2012, era que las utilidades tuvieran como destino final el señor Luis Fernando Correa Bahamón.

2.27. Diplomats Embajada Inc mediante escritura pública No. 9915 del 29 de diciembre de 2011 de la Notaría Novena del Circuito de Panamá, otorgó poder general a Luis Fernando Correa Bahamón, para que manejara todos los aspectos de la sucursal Diplomats Embajada en Colombia.

2.28. El 27 de junio de 2012, Fiduciaria Central S.A., como vocera del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre*” y Diplomats Embajada, celebraron el denominado “*Contrato de Colaboración Empresarial*” para la operación hotelera del Hotel Wyndham Salitre.

2.29. El 3 de mayo de 2013, entre Luis Fernando Correa Bahamón (fideicomitente) y la Fiduciaria Central S.A., (fiduciario), celebraron “*Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos y Pagos – Operación Hotelera Fideicomiso Internacional Hotel Bussines IHB*”, pactando en la

cláusula 7ª que el beneficiario sería el fideicomitente, esto es, Luis Fernando Correa Bahamón.

2.30. El 1º de octubre de 2013, entre Diplomat Embajada y Fiduciaria Central S.A., como vocera del citado patrimonio, celebraron “*Contrato de cesión de derechos y obligaciones de operador hotelero - dentro del contrato de colaboración empresarial para la operación hotelera del Hotel Embajada en Bogotá D.C.*”

2.31. El 1º de octubre de 2013, entre Diplomat Embajada y Fiduciaria Central S.A., como vocera del patrimonio Fideicomiso Internacional Hotel Bussines IHB, celebraron el “*OTRO SI NO. 1 CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL EMBAJADA DE BOGOTÁ D.C.*”, incluyendo como una nueva parte en el contrato al Operador Hotelero 2, aunándose de esta forma como parte la Fiduciaria Central S.A., configurándose un conflicto de intereses de acuerdo al artículo 146 del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 38 de la ley 795 de 2003.

2.32. Fiduciaria Central S.A., permitió, facilitó y además participó directamente para que Diplomat Embajada, incumpliera la cláusula 18ª del Contrato de Colaboración Empresarial para la operación hotelera del Hotel Embajada de Bogotá, D.C.

2.33. Según el artículo 1233 del Código de Comercio y el artículo 1º del Decreto 1049 de 2006 “*Los patrimonios autónomos conformados en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil ...9 no son personas jurídicas*”. En tales circunstancias, no es legal, ni contractualmente permitido que Diplomat Embajada, se hiciera sustituir en las obligaciones que asumía en el “*Contrato de Colaboración Empresarial para la operación Hotelera del Hotel Embajada de Bogotá D.C.*”, por otro patrimonio autónomo, sino por una sociedad.

2.34. El negocio jurídico al que se refiere la “*Promesa de Venta de Derechos Fiduciarios Proyecto Capital Towers Hotel Embajada*” modificada por el “*otro si al contrato de promesa de compraventa de los derechos fiduciarios inherentes fiduciarios a la propiedad y operación económica del hotel embajada determinados como minisuite doscientos cuarenta y cinco E (245 E)*”, no cumple con el requisito consagrado en el numeral 1º del artículo 1611 del Código Civil, pues a pesar de constar

por escrito no recoge todos los aspectos y elementos necesarios para predicar la validez legal del negocio jurídico al que se refiere la promesa, en especial los relacionados con las obligaciones que se pudieran derivar de dicho negocio jurídico a favor de la demandante.

2.35. La segunda pretensión subsidiaria esta fundada en que la causa o motivo que indujo a la señora Marlene Palma Garzón a suscribir el 4 de septiembre de 2008, la “Promesa de venta de derechos fiduciarios proyecto capital towers hotel embajada”, con Fiduciaria Central S.A., y Luis F. Correa, el cual fue objeto de otro sí firmado el 4 de mayo de 2009, fue la propuesta de las cuotas o derechos fiduciarios de que trata la condición segunda de la primera parte del documento, donde confieren al promitente comprador, a prorrata de su respectiva participación, a recibir los rendimientos económicos derivados de la actividad de explotación económica de las 261 habitaciones que integran la unidad predial del Hotel Embajada, dentro de la red de operación Diplomat Hotels, que haría parte del proyecto inmobiliario Capital Towers.

Así mismo, a participar en la toma de decisiones que de conformidad con el contrato de operación hotelera a que se refiere el parágrafo de la cláusula 1ª de la parte general de la promesa, y de manera irrevocable aceptó el comprador, y que le correspondía adoptar a la junta de beneficiarios de los derechos fiduciarios en la parte del patrimonio autónomo Fideicomiso Fiducentral SMIII-9, que correspondía a la propiedad y explotación económica del Hotel Embajada.

Igualmente, la participación en proporción al porcentaje de sus derechos en la totalidad de los derechos que conforman la parte del patrimonio inherente a la propiedad y explotación económica del Hotel Embajada, en la comunidad de la propiedad de la respectiva unidad inmueble cuando por cualquier causa legal o convencional, debía liquidarse el patrimonio autónomo Fideicomiso Fiducentral SMIII-9, en cabeza de Fiduciaria Central S.A.

2.36. La tercera pretensión subsidiaria, se funda en que el consentimiento dado por Marlene Palma Garzón al suscribir el 4 de septiembre de 2008, modificado por el otro sí firmado el 4 de mayo de 2009, respecto a la promesa de venta de derechos fiduciarios proyecto capital Towers Hotel Embajada esta viciado por error de hecho, en razón

a: (i) la especie del acto, contrato o negocio jurídico celebrado, (ii) la identidad de la cosa específica de que se trata el negocio jurídico celebrado, y (iii) la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto, contrato o negocio jurídico, porque es diversa de la que creyó aquella persona. Además, esta viciado por el error acerca de la persona con quien se contrató, debido a que la consideración de la persona fue la causa principal del negocio jurídico.

2.37. Los hechos que sustentan la pretensión 4ª subsidiaria, son que en el párrafo 2º, de la cláusula 4ª de la primera parte de las condiciones especiales de la *Promesa de Venta de Derechos Fiduciarios Proyecto Capital Towers Hotel Embajada*, dicho negocio quedó sometido al cumplimiento de una condición resolutive, como era que “*Si para el último día hábil del mes de marzo de dos mil ocho (2008), no se hubiera alcanzado el punto de equilibrio se resolverá este contrato de promesa sin que haya lugar a aplicación de arras ni de medida sancionatoria o indemnización alguna a cargo de las partes a menos que ellas decidan voluntariamente extender por un tiempo adicional sus efectos*”.

No obstante lo anterior, Fiduciaria Central S.A., no ha cumplido la obligación de restituir, devolver o pagar a favor de Marlene Palma Garzón, los recursos recibidos de parte de la aquí demandante, esto es, la suma de \$40´000.000.00, junto con los rendimientos financieros que dicha cantidad habría producido desde la fecha en que fue entregada a la demandada, y que deben liquidarse hasta la fecha en que sean realmente pagados a la demandante.

2.38. Los hechos que fundan la quinta pretensión subsidiaria se cimientan en que, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 3ª de la “*Primera Parte de las Condiciones Especiales de la Promesa de Venta de Derechos Fiduciarios Proyecto Capital Towers Hotel Embajada*”, modificada por la cláusula 4ª del “*Otro si al contrato de promesa de compraventa den los derechos fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del hotel embajada, determinados como minisuite doscientos cuarenta y cinco E (245 E)*”, se generó una obligación a cargo de Luis F. Correa y Asociados S.A., y de la Fiduciaria Central S.A.

Sin embargo, Luis F. Correa y Asociados S.A., incumplió lo acordado porque el 30 de junio de 2011, no emitió la comunicación con destino a la Fiduciaria Central S.A., y con

copia certificada a la señora Marlene Palma Garzón, con el fin de informarle la transferencia de los derechos fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del Hotel Embajada, que la primera persona citada tiene en el patrimonio autónomo Fideicomiso Fiducentral SMIII-9, constituido mediante la escritura pública No. 3254 del 4 de junio de 1997.

Con fecha 30 de junio de 2011 o anterior, no existe inscripción efectuada por la Fiduciaria Central S.A., como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Fiducentral SMIII-9 a favor de Marlene Palma Garzón; como tampoco existe la certificación de propiedad de los derechos fiduciarios expedida por la citada entidad a favor de la persona natural.

Las comunicaciones de fechas 21 y 23 de junio de 2011, remitidas por la representante legal de Luis F. Correa y Asociados S.A., a la Fiduciaria Central S.A., y a la señora Marlene Palma Garzón, ratifican el incumplimiento de parte de las dos entidades involucradas.

2.39. La sexta pretensión subsidiaria se funda en que Fiduciaria Central S.A., mediante el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable celebrado con la escritura pública No. 3254 de la Notaría 1ª de Bogotá, la obligación relacionada con la transferencia de las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato de fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable, esto es las unidades inmuebles privadas resultantes de la construcción del proyecto inmobiliario específico SMIII-9 propiedad horizontal a favor de las personas de las cuales la Fiduciaria Central S.A., recibió los recursos provenientes de captaciones del público con la destinación específica de ser aplicados a la compra de inmuebles, los provenientes de órdenes de separación de inmuebles, y los recaudados por las ventas de ellos o en general de la enajenación de muebles o inmuebles a cualquier título oneroso, entre ellas, Marlene Palma Garzón.

De otro lado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1º del artículo 1240 y 1234 del Código de Comercio, una de las causales de extinción del negocio fiduciario es haberse realizado plenamente sus fines; y, uno de los deberes indelegables del fiduciario además de los previstos en el acto constitutivo, es el de *“Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una*

vez concluido el negocio fiduciario”, en el caso particular lo pactado en la escritura pública No. 3254 de la Notaría 1ª de Bogotá, por lo que la entidad está en la obligación de transferir a favor de la señora Marlene Palma Garzón, el derecho de dominio en la “comunidad sobre la propiedad de la respectiva unidad de inmueble”, es decir el derecho de dominio en común y proindiviso sobre las 261 suites del hotel “A” o en su defecto las 251 del hotel “B”.

En ninguno de los contratos tantas veces citados fue estipulado cuál era el porcentaje, la proporción, el monto o la cantidad en la cual participaría Marlene Palma García en la comunidad sobre la propiedad de la respectiva unidad de inmueble cuando por cualquier causa legal o convencional debiera liquidarse el patrimonio autónomo Fideicomiso Fiducentral SMIII-9.

2.40. Las pretensiones séptima y octava subsidiarias, están fundadas en argumentos similares a los anteriores, añadiendo que el objeto del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable contenido en la escritura pública No. 3254 del 4 de junio de 1997, de la Notaría 1ª de Bogotá D.C., que dio origen al fideicomiso o patrimonio autónomo “Fideicomiso Fiducentral SMIII-9”, fue cumplido o realizado plenamente, pues la propiedad horizontal se construyó como lo demuestra la escritura pública No. 1900 del 23 de junio de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, en la cual se constituyó el reglamento de propiedad horizontal del conjunto de uso comercial Capital Towers – propiedad horizontal, que corresponde a la construcción desarrollada en el inmueble de matrícula 50C-1456210, que inicialmente formó el patrimonio autónomo “Fideicomiso Fiducentral SMIII-9”, se encuentra cumplido, configurándose la causal de extinción del negocio fiduciario como lo establece el numeral 1 del artículo 1240 del Código de Comercio.

Además, la Fiduciaria Central S.A. desconoció uno de los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil, porque permitió que en la celebración del contrato de fiducia mercantil irrevocable, mediante la escritura pública No. 3254 del 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 de Bogotá, y en el contenido en la escritura pública 3255 del 4 de noviembre de 2011, de la misma oficina notarial, actuaran en calidad de supuestos fiduciantes o fideicomitentes Luis F. Correa & Asociados S.A., y Andrés Fernando Correa López, personas que no contaban con la facultad legal para hacer transferencia a título de fiducia

mercantil de las 251 y 261 unidades inmuebles privadas resultantes del proyecto inmobiliario específico de actividad múltiple SMIII-9 propiedad horizontal del conjunto de uso comercial Capital Towers propiedad horizontal, del patrimonio autónomo “Fiducial Fideicomiso SMIII-9”, “Fideicomiso Hotel Embajada” y “Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre”, respectivamente.

Conforme a lo anterior, Fiduciaria Central S.A., desconoció los derechos de los fiduciarios o fideicomisarios, y lo dispuesto en los artículos 1227, 1233, el numeral 4º del artículo 1234 del Código de Comercio. Además, que confundió los 251 bienes inmuebles, con el establecimiento de comercio denominado “Hotel Embajada”, lo que se demuestra con lo estipulado en el contrato de fiducia mercantil irrevocable, celebrado mediante la escritura No. 3254 del 4 de noviembre de 2011.

Al declarar la extinción, conclusión o terminación de los negocios fiduciarios creados a partir del referido contrato y los patrimonios autónomos, se debe condenar a Fiduciaria Central S.A., a transferir a favor de Marlene Palma Garzón, el derecho real de dominio, en una cuota parte, equivalente a 1/5 parte, sobre las 261 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado hotel “A”, o en su defecto la 1/5 parte sobre las 251 suites correspondientes al inmueble denominado hotel “B” (Folios 478 a 557 del cuaderno 1 y 558 a 730 del cuaderno 1A).

3. El 2 de mayo de 2017, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda instaurada por Marlene Palma Garzón, contra Fiduciaria Central S.A., como vocera de los patrimonios autónomos: “Fideicomiso Fiducial SMIII-9”; “Fideicomiso Hotel Embajada” y “Fideicomiso Hotel Wyndham”; Luis F. Correa y Asociados S.A., y Andrés Fernando Correa López; ordenando correr el traslado correspondiente. Decisión que fue corregida frente a la clase de asunto, el 20 de junio de esa misma anualidad (Folios 732 y 734 cuaderno 1A).

3.1. Fiduciaria Central S.A., una vez notificada, contestó la demanda, indicando que de lo narrado en el acápite de hechos, algunos de ellos no eran hechos jurídicos, que otros eran ciertos y los restantes no eran ciertos o no le constaba. De otro lado, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: (i) “Falta de legitimación en la causa por pasiva”. (ii) “El contrato de promesa

de venta de derechos fiduciarios no requiere ninguna formalidad para su existencia”. (iii) “Inexistencia del daño reclamado”. (iv) “Convalidación de la nulidad”. (v) “Inexistencia de nulidad relativa (anulabilidad) por imposibilidad de ser alegada por el demandante por efecto de la prescripción extintiva de la acción”. (vi) Fiduciaria Central no vende derechos fiduciarios, y (vi) oposición al juramento estimatorio.” (Folios 892 a 899 cuaderno 1A)

3.2. Fiduciaria Central S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Embajada*” contestó la demanda, indicando que la gran mayoría de los hechos no le constaban por no ser hechos de su representado, que algunos pocos eran ciertos y los restantes no son hechos jurídicos sino pretensiones. De otro lado, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que tituló: (i) “*Falta de legitimidad*” tanto por pasiva como por activa. (ii) *Carencia de causal legal para iniciar la acción*. (iii) “*Legitimidad del contrato de fiducia en virtud del cual se da origen al fideicomiso Hotel Embajada*”. (iv) “*No procedencia de la extinción, conclusión o terminación del contrato fiduciario*” (v) “*Improcedencia del desconocimiento de los derechos que le asisten a todos los beneficiarios del fideicomiso Hotel Embajada*”. (vi) “*Doctrina de los actos propios*”. (vii) *Inexistencia de un derecho personal del demandante en el Fideicomiso Hotel Embajada*. (viii) *Imposibilidad de realizar entrega de “frutos civiles” hipotéticos*, y (ix) *Imposibilidad de suscribir escritura pública de transferencia de los inmuebles que conforman el fideicomiso*” (Folios 920 a 961 cuaderno 1A)

3.3. Fiduciaria Central S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre*” contestó la demanda en similares términos, se opuso a las pretensiones y planteó como medios de defensa (i) “*Falta de legitimidad*” tanto por pasiva como por activa. (ii) *Carencia de causal legal para iniciar la acción*. (iii) “*Legitimidad del contrato de fiducia en virtud del cual se da origen al fideicomiso Hotel Embajada*”, y (iv) “*No procedencia de la extinción, conclusión o terminación del contrato fiduciario*” (Folios 968 a 1002 cuaderno 1A).

3.4. Legalmente notificada la sociedad Luis F. Correa y Asociados S.A., contestó la demanda, pronunciándose sobre los fundamentos fácticos, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de: (i) “*Cumplimiento de los requisitos legales del contrato “promesa de venta de derechos fiduciarios proyecto Capital Towers Hotel Embajada*”. (ii) *Inexistencia de Incumplimiento de la demandada e inexistencia de publicidad engañosa*. (iii) *Deber de informarse*. (iv) *Prescripción de la acción de anulabilidad – nulidad relativa*. (v) *Convalidación*

y ratificación del negocio celebrado. (vi) Prescripción y caducidad., y (vii) Objeción del juramento estimatorio (Folios 1091 a 1155 cuaderno 1B).

3.4. El señor Andrés Fernando Correa López, por medio de apoderado judicial, respondió la demanda en similar sentido a lo señalado por Luis F. Correa y Asociados S.A. (Folios 1157 a 1221 cuaderno 1B).

3.5. Fiduciaria Central S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo “Fideicomiso SMIII9” contestó la demanda, en igual sentido que Andrés Fernando Correa López (Folios 1222 a 1286 cuaderno 1B)

4. Trabada la relación jurídico procesal, se abrió el debate a pruebas; y se surtieron las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 de la ley 1564 de 2012, profiriéndose sentencia que denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Pronunciamiento que fue apelado por la parte vencida, concediéndose la alzada en el efecto suspensivo (Folios 1336 a 1338 cuaderno 1B)

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de hacer una síntesis del asunto, el *a quo* dijo que el problema a resolver era determinar si había lugar a declarar la nulidad del contrato fiduciario y condenar a la pasiva a pagar los frutos que producen los inmuebles objeto del contrato o si por el contrario debían prosperar las excepciones; para tal fin explicó que la fiducia se caracteriza por ser un acto de confianza en virtud del cual una persona entrega a otra uno o más bienes determinados transfiriendo la nuda propiedad de los mismos, para cumplir con ellos una finalidad específica ya sea en beneficio del fideicomitente o un tercero; negocio que incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, o los negocios denominados fiducia pública de que trata la ley 80 1993.

Indicó que este tipo de negocio se compone por lo general de la fase de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario, que para el caso en estudio era la operación hotelera; intervienen en este tipo de acto los

fideicomitentes o constituyentes del negocio, la sociedad fiduciaria, los participantes o inversionistas y los operadores del negocio.

Explicó que, conforme al texto del contrato aportado y sus anexos, y de su clausulado, no puede endilgarse incumplimiento, habida cuenta que las obligaciones de las partes son las adquiridas en el contrato suscrito por ellas, según el artículo 1602 del Código Civil, sin que se observe que se haya comprometido el vendedor ni Fiduciaria Central, ni a entregar rendimientos correspondientes al 1% o cualquier otro porcentaje a lo beneficiarios.

Resaltó que en la escritura pública No. 3254 del 4 de junio de 1997, se indicó como se haría la distribución de los rendimientos a falta de instrucciones, ni tampoco se indica que fuera algún porcentaje concreto, por tanto, concluyó que al no haber sido una obligación contraída por los contratantes, no puede invocarse un incumplimiento.

Reseñó que el contrato atacado atendió los requisitos generales de los artículos 1602, 1611 y 1615 del Código Civil, y 881 del Código de Comercio, pues el objeto se cumplió a cabalidad, como fue corroborado con los interrogatorios, los informes generales, órdenes de pago y rendimientos del fideicomiso Hotel Embajada, donde se verifica que la demandante es beneficiaria y titular del derecho fiduciario adquirido, por lo que mal puede disponerse la nulidad y /o resolución.

Respecto al objeto de la promesa de compraventa, señaló que está tiene una obligación de hacer, que es un elemento esencial suyo, y al concretarse el acto preparatorio quedó extinto, y cualquier estudio sobre su existencia o validez o eficacia, así como su cumplimiento resulta fútil.

Agregó, que de la lectura de los documentos aportados por la demandante, esta no compró un derecho real sobre un inmueble sino un derecho fiduciario, en esa medida los títulos fiduciarios circulan y pueden ser transferidos sin necesidad de escritura pública, por lo que el negocio jurídico en torno a esos títulos fiduciarios no exigen ningún tipo de solemnidad.

Finalmente manifestó que los rendimientos reclamados jamás fueron garantizados de ninguna forma puesto que la obligación reclamada a cargo de la sociedad Fiduciaria es

de medio y no de resultado, mas cuando se trataba de un complejo hotelero que dependía de su construcción y puesta en funcionamiento.

LA APELACIÓN

Como motivos de su disenso planteó la parte demandante:

(i) El estudio realizado solo se limitó a la solicitud de nulidad de la promesa de compraventa, a pesar que fueron acumuladas varias pretensiones, entre ellas, que se declarara inexistente el negocio jurídico por la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 864 del Código de Comercio, y artículo 1495 del Código Civil; la sentencia debió iniciar por el análisis de las otras pretensiones como son las de nulidad de la promesa, nulidad absoluta, resolución por incumplimiento de la promesa, extinción de los fideicomisos SMIII, Hotel Wyndham y Hotel Embajada.

(ii) La resolución de la promesa por incumplimiento no se fundó en el no pago de los rendimientos, sino por que no se atendieron los requisitos o obligaciones a cargo del promitente vendedor concretamente con la celebración del negocio jurídico prometido en las fechas señaladas en dicha promesa, como se funda la pretensión de inexistencia o nulidad.

(iii) La promesa es nula porque no cumple todos los requisitos del artículo 1611 del Código Civil, y no porque no se elevó a escritura pública, porque efectivamente se trataba de venta de derechos fiduciarios y no reales, es decir, que debía cumplir con lo estipulado en el artículo 1226 del Código de Comercio.

(iv) Faltó estudio pormenorizado de las pretensiones, pues se ocupó del estudio de una de ellas.

(v) Se desconoció el estudio de los artículos aplicables a este tipo de asunto, los artículos 864, 1226 del Código de Comercio y 1495 del Código Civil, y lo pactado en el contrato matriz denominado fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable celebrado el 4 de junio de 1997, que dio origen al negocio objeto del proceso, al desconocer la cláusula 3ª,

parágrafo 1º cláusula 4ª, 5ª, 6ª.

(vi) Respecto del contrato de promesa se desconoce la cláusula relacionada con el objeto de la misma, la cláusula 4ª, relacionada con el precio y el pago, y la cláusula 3ª respecto a la celebración del negocio prometido.

Conforme a lo anterior, pidió que se revocara la sentencia.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, la apoderada sustituta de la parte demandante insistió en los mismos argumentos.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo el recurso de apelación propiciado por la parte demandante contra la sentencia expedida en primer grado.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos concretos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados ante esta Sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. A fin de abordar el estudio de los reproches presentados por el recurrente, debe decirse que, en efecto, como en capítulo precedente se dejó consignado la señora Palma en el libelo genitor planteó sus aspiraciones procesales de forma acumulada así: como pretensión principal deprecó se declarara la *inexistencia* de la **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”** de 4 de septiembre de 2008, modificada por el otro sí suscrito el 4 de mayo de 2009; y enseguida como pretensiones subsidiarias y sucesivas pidió se declarara la *nulidad absoluta, nulidad relativa y la resolución* del citado negocio jurídico. De allí que, en el mismo orden debían analizarse, pues descartada la viabilidad de la primera, correspondía estudiar en turno las subsiguientes.

También es cierto que el juez cognoscente en primera instancia, no siguió tal secuencia; pero no lo es menos que señaló que siendo la promesa un contrato preparatorio se consumaba con la satisfacción de la obligación de hacer que allí se acordaba, que fue lo ocurrido en éste caso, pues los derechos fiduciarios prometidos en venta fueron transferidos a la adquirente señora Palma, luego inocuo era analizar los ataques al contrato de promesa; argumento que además de no merecer crítica alguna por la parte apelante, resulta acertado a la luz de la normativa patria y de la jurisprudencia que ha sido reiterativa en enseñar que el contrato de promesa se distingue por ser transitorio y solemne, como quiera que su objetivo se dirige a la celebración de una convención ulterior, esa sí definitiva; y las obligaciones que de este tipo de negocios surgen, son solamente de hacer:

“...es contrato con efectos obligatorios, cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real (...) esa tipología de negocio preparatorio tan solo origina una obligación de celebrar -in futurum- el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede -por definición- ser traslativo o constitutivo de derechos’ (cas. Civil, mayo 8/2002, exp. 6763; A. CHIANALE, Contratto preliminare, in Digesto Discipline privatistiche, Sez. Civile, 276; P. FORCHIELLI, Contratto preliminare, Nov. Dig., Torino, 1959, IV, 683). Tampoco, por sí, genera prestación diferente a la de estipular el contrato futuro definitivo. Con todo, las partes, accidentalia negotia, pueden acordar otras prestaciones compatibles y, de ordinario, pactan ‘otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se advienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran venero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer’ (cas. Marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759). Por esa vía, se llega a dar alcance a obligaciones diferentes, las cuales, desde luego, generan efecto vinculante y deben cumplirse en un todo conforme a lo estipulado. El problema, sin embargo, vuelve a plantear la autonomía de ambos tipos negociales según la mayor o menor amplitud del contenido accidental, pues, en el esquema del contrato preliminar, las partes están obligadas a estipular el definitivo cuyas prestaciones están subordinadas a su celebración y son inherentes a su naturaleza, estructura y función, por lo cual, no deben antelarse in integrum. Nada obsta, empero, estipular el

cumplimiento anticipado de algunas prestaciones del contrato posterior. En fin, la promesa de compraventa genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio” (cas. sentencia de 7 de febrero de 2008 [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01)

4. En el *sub lite*, debe resaltarse que el contrato de promesa cuya inexistencia –y subsidiarias nulidad y resolución- se ruego, se satisfizo, se perfeccionó, como de ello dan cuenta los documentos arrojados por la misma demandante: la constancia emitida por Luis F. Correa Asociados según la cual la señora Palma Garzón canceló la totalidad del derecho prometido en venta (folio 14); la misiva de 23 de junio de 2011 mediante la cual la misma sociedad informó a la aquí demandante que había impartido instrucción a Fiduciaria Central S.A. para que le fueran transferidos los derechos fiduciarios “*inherentes a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA*” e hiciera la inscripción como beneficiaria en el libro respectivo adjuntado la comunicación enviada a la fiduciaria, que en verdad aparece recibida por ésta como así lo aceptó al contestar los hechos 303 y 305 de la demanda la “*se indica que la parte demandante como beneficiaria, desde el primer momento de su vinculación al fideicomiso que represento, se encuentra debidamente inscrita como beneficiaria*” (folios 171-172, 946); los certificados de valor patrimonial de derechos fiduciarios que fueron expedidos y remitidos a la demandante para efectos tributarios de los años 2011 a 2013 (folios 168-170 cuaderno 1) en los que se verifica que la demandante es beneficiaria y titular de un derecho fiduciario, con una participación del 0.074627% en el Fideicomiso Hotel Embajada; los informes de órdenes de pago a favor de la señora Palma Garzón incluso hasta el año 2018 (folios 848-850, 1012-1014).

Tal circunstancia no se desvirtúa con las respuestas que al absolver interrogatorio dio la demandante en el sentido que no tenía conocimiento de que hubiese sido inscrita en el Libro de Registro de Beneficiarios por que ello no le había sido comunicado; aseveración reiterada que resulta contradictoria con los documentos referidos que ella misma adosó con su demanda; y con otras de sus

respuestas, pues admitió haber recibido rendimientos de su inversión, informes de gestión o rendición de cuentas e incluso haber asistido y participado en las Asambleas de beneficiarios; a ello se suma el que por su condición de abogada la señora Palma Garzón debía saberlo, o por lo menos inferirlo pues en una profesional del derecho inconcebible es que sin queja percibiera rendimientos y participara en asambleas sin conocer la causa que para ello la legitimaba; en todo caso tenía la posibilidad de pedir una certificación respecto a su calidad frente al fideicomiso.

Quiere decir lo anterior que la prestación de hacer, que es esencial a la promesa, se encuentra totalmente satisfecha, lo que evidentemente permite concluir que ese contrato preparatorio, aportado junto con la demanda, quedó extinto y cualquier estudio sobre su existencia, validez y eficacia, así como el análisis acerca de su cumplimiento resulta inútil; ahora bien se resalta que con el simple hecho de la celebración del contrato prometido –la compraventa– el contrato preparatorio, es decir, la promesa de contrato pierde total eficacia sin necesidad de que las partes así lo manifiesten en el documento contentivo de la compraventa propiamente dicha.

Es verdad que la jurisprudencia también ha enseñado que cuando en la promesa se incluyen cuestiones propias del negocio a celebrar éstas subsisten y se entienden incorporadas al contrato al que la promesa se refiere:

“Por sabido se tiene que el contrato de promesa naturalmente es fuente de una y principal obligación: hacer el contrato prometido. Otorgar la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa del inmueble, cuando este es el tipo de bien sobre el cual se versa. Sin embargo, como con claridad lo ha explicado la Corporación, nada obsta para que las partes en el cuerpo de una misma convención combinen diferentes tipos de contratos o prestaciones, o tratándose del contrato de promesa, hacer una mixtura donde además de contraer la obligación de hacer o celebrar el contrato prometido, se anticipe el cumplimiento de prestaciones propias de este contrato fin, lo cual resulta válido por virtud de los principios de la autonomía privada y de la libertad contractual, en tanto el surgimiento de estas obligaciones no precise de una solemnidad diferente a la establecida para el contrato de promesa por el art. 89 de la ley 153 de 1887. De allí que estilen los contratantes cuando de promesa de compraventa se trata, estipular obligaciones sobre el pago del precio y la entrega material de la cosa, que

naturalmente sólo vendría a generar el contrato prometido”.
(Cas. de 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420)

Por consiguiente, cuando en un mismo documento las partes se comprometen a celebrar posteriormente el contrato definitivo, pero además adelantan estipulaciones sobre prestaciones que han de regir el convenio conclusivo, tales como las condiciones de pago, la forma de entrega de la cosa, y las garantías, entonces es preciso admitir que esas obligaciones tienen plena vigencia una vez se perfecciona el acuerdo prometido –siempre que se trate de uno consensual y que los contratantes no hayan convenido otra cosa–; sin que ello signifique que la promesa coexista con el negocio principal, pues el pacto de realizar el contrato a futuro quedó extinto por completo, y solo las cláusulas referidas a regular el convenio final se entenderán incorporadas en éste, independientemente del documento o acto en el que se hayan establecido”.¹ CSJ, Cas. Civ. Sent. Dic 16/2013. (Destacado a propósito)

Empero, tal directriz no tiene operabilidad en este caso, como quiera que en la promesa no se incluyeron cláusulas propias del negocio a celebrar.

En el contrato de promesa de compraventa de derechos fiduciarios proyecto Capital Towers Hotel Embajada celebrado entre Luis F. Correa & Asociados S.A. y Marlene Palma Garzón el 4 de septiembre de 2008, con las modificaciones introducidas en el otrosí de 4 de mayo de 2009¹, los contratantes adquirieron las siguientes obligaciones:

(i) La promitente compradora, la señora Palma, se comprometió a recibir “*los Derechos Fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA que el primero tiene en el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”, y en contraprestación a pagar la suma de \$40’000.000,00 en la forma y términos indicados en el Anexo; así mismo se comprometió a entregar a la fiduciaria diligenciado el formulario de vinculación y la declaración de origen de fondos. Adquisición que le daba derecho de percibir los rendimientos económicos derivados de la explotación económica de las habitaciones que integran el Hotel Embajada, y a participar en la toma de decisiones.

¹ Para la fecha de suscripción del contrato de promesa de compraventa y su otrosí, ya se había acreditado el punto de equilibrio indicado en el contrato de fiducia mercantil Fideicomiso Capital Towers SMIII-9, como lo certificó la Vicepresidente de Operaciones de Fiduciaria Central, folio 1061 del cuaderno 1B.

Efectivamente, la señora Palma cumplió con el pago tal como se certificó el 15 de julio de 2010 por el prometiente vendedor (folio 14 cuaderno 1); y ha hecho uso de sus derechos.

(ii) Por su parte la prometiente vendedora, Luis F. Correa & Asociados S.A., se obligó a enajenar los derechos fiduciarios mencionados prometidos en venta “*mediante una comunicación emitida por EL PROMETIENTE VENDEDOR con destino a la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., con copia enviada por correo certificado a EL PROMETIENTE COMPRADOR, informándole el hecho de haberle transferido, a este último, los derechos fiduciarios objeto de la negociación. En la misma comunicación EL PROMETIENTE VENDEDOR le solicitará a FIDUCIARIA CENTRAL S.A. que efectúe, como vocera del FIDEICOMISO SMIII-9, la inscripción en el Libro de Registro de Beneficiarios y que expida, con destino al PROMETIENTE COMPRADOR, la certificación de propiedad de los derechos fiduciarios adquiridos por éste*”, fijando como plazo el último día hábil de diciembre de 2010, plazo prorrogable por 6 meses más, es decir hasta el último día hábil de junio de 2011.

Lo que en efecto se cumplió, pues mediante misiva de 21 de junio de 2011 dirigida a Fiduciaria Central, la señora Yelena Jaramillo Gallego, representante de la vendedora, informó que le transfería a la señora Palma Garzón el derecho fiduciario inherente “*a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA que hace parte del Proyecto Inmobiliario denominado CAPITAL TOWERS*”, por lo que conforme al contrato de fiducia mercantil Fideicomiso SMIII-9 y sus reglamentaciones, solicitó “*se sirvan inscribir a Marlene Palma Garzón, como beneficiario(s), titular(es) del derecho fiduciario número DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO E (245E) en el respectivo libro de registro de beneficiario*”, documento que ostenta sello de recibido el “*2011/6/03 HOR.08:31*” (folio 172 cuaderno 1).

De tal proceder informó a la demandante, mediante comunicación del 23 de junio de 2011 (folio 171 cuaderno 1).

Poniendo de presente que la obligación del prometiente vendedor era la de comunicar a la Fiduciaria de la transferencia de los derechos fiduciarios y solicitarle a ésta la inscripción en el libro respectivo, con lo que satisfizo su carga contractual; no lo es menos que, tales solicitudes fueron atendidas por Fiduciaria Central, tanto así que desde el año 2011 ha expedido los certificados de valor

patrimonial de derechos fiduciarios a nombre de la señora Marlene Palma Garzón por la Minisuite 245E correspondientes al valor por ella cancelado.

Del contrato cuestionado en este litigio, el de promesa de compraventa, no emergen cláusulas adicionales que fueran a regir el contrato de venta de los pluricitados derechos fiduciarios.

En este orden de ideas sucumben la pretensión principal y las subsidiarias que cuestionaron el contrato de promesa de venta de derechos fiduciarios, esto es, las pretensiones subsidiarias 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª y sus consecuenciales.

5. Antes de proseguir, pertinente es recordar el principio de buena fe constitucionalmente consagrado, y sobre el que ha dicho el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“A propósito de la buena fe, en reciente pronunciamiento, la Corte aludió sobre el tema en los siguientes términos:

“Empero, desde otra perspectiva, la buena fe se vislumbra como un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agraviar los intereses jurídicos ajenos. Desde este punto de vista, la buena fe genera deberes y se califica cotejándola con un prototipo abstracto colocado en el contorno social de la persona”.

“Refiriéndose a estos aspectos de la buena fe, ha dicho esta Corporación que “en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento”.

‘Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, aparece ajustar el comportamiento a un

arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad” (Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp.5372).

En oportunidad posterior, la Corporación volvió a ocuparse de tal principio y, en la siguiente síntesis, patentizó sus pilares: “la noción de buena fe suele ser contemplada desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, aquella que mira el interior de la persona y, por ende, toma en cuenta la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones; en segundo lugar, como una regla de conducta, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad; y, finalmente, como un criterio de interpretación de los contratos” (Sentencia del 2 de febrero de 2005, Exp. 1997-9124 02). Tema revalidado en sentencia del 9 de agosto de 2007, Exp. 00254.01.

Síguese, entonces, que actuar de buena fe impone la observancia irrestricta de unas reglas de proceder conforme a la rectitud, honestidad, probidad y, contrariamente, asumir prácticas distintas a lo éticamente establecido en un momento y lugar determinado por cada grupo social, es desconocer tal principio.”²

Recordando más adelante:

“Sobre los aspectos valorados en precedencia, huelga memorar la siguiente sentencia emitida por la Corte:

“3. Ahora, cuando las partes realizan una regulación específica de los intereses involucrados en sus esferas dispositivas (negocio jurídico), con apego a la reglamentación normativa vigente, propician, paralelamente, que la ley les brinde el reconocimiento y convalidación de la voluntad declarada, en los términos por los que hayan optado los mismos contratantes. Pero ese posicionamiento les impone, colateralmente, la observancia irrestricta de reglas de conducta que involucran conceptos ligados a la lealtad y buena fe, tanto para sí como para con

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de enero de 2011. MP. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 3103 025 2001 00457 01

aquellos que de una u otra forma resultan afectados (Art. 1603 *ibidem*)”.

“La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles”.

“El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohijar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: ‘Nemo auditur propriam turpitudinem allegans’”.

“En cabal realización de estas premisas, las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o qué duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada “Teoría de los Actos Propios”.

“Aparece, entonces, que asumir posiciones diversas y contradictorias respecto de los mismos aspectos fácticos y los mismos intereses económicos, puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante” (Sent. Cas. Civil. del 9 de agosto de 2007, Exp. 00254.01). Es esa descripción, por regla, la que delinea el contexto de la teoría de los actos propios.”. (Subraya la Sala).

Postulados que irradian claridad a la hora de evaluar controversias como las que en esta oportunidad se someten a decisión jurisdiccional.

6. Se prosigue entonces con el estudio de la pretensión 6ª

subsidiaria en la que se persigue se condene a Fiduciaria Central como vocera del Fideicomiso Fiducentral SMIII-9, o en su defecto como vocera del Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre, o en su defecto como vocera del Fideicomiso Hotel Embajada cumpla obligación contenida en la cláusula 5ª, en concordancia con la cláusula 18ª, en concordancia con el literal c) de la cláusula 1ª de la segunda parte de las condiciones generales del contrato de promesa de venta de Derechos fiduciarios del proyecto Capital Towers Hotel Embajada y proceda a transferirle a la demandante Palma Garzón el derecho real de dominio de 1/5 parte sobre los inmuebles que corresponden a las 261 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A.

6.1. La cláusula 5ª de la escritura 3254 de 1997 en el que se consignan las obligaciones y facultades de la Fiduciaria entre las cuales se anotó que *“... formalizará, en la medida en que ellas se ajusten a las condiciones de oferta, las promesas de venta y las escrituras de enajenación de las unidades inmuebles privadas que EL FIDEICOMITENTE construya en desarrollo del proyecto a su cargo, cada vez que este lo solicite y sin que pueda oponerse LA FIDUCIARIA a dicha petición, ...”*

6.2. En la cláusula 18ª de la misma escritura 3254 de 1997 se consignó el límite de las obligaciones de la Fiduciaria señalando que estas eran de medio y no de resultado y conforme a ellas *“su función se limita a conservar la propiedad de los bienes fideicomitidos, administrar los recursos y transferir las unidades privadas resultantes del proyecto conforme a lo estipulado en este instrumento”*.

6.3. El literal c) de la cláusula 1ª de la segunda parte de las condiciones generales del contrato de promesa de venta, refiere a la obligación del prometiente vendedor de enajenar a la prometiente compradora las cuotas o derechos fiduciarios que le conferirían a ésta *“A prorrata de su respectiva participación, los siguientes derechos y facultades básicas: ... c) A participar, en proporción al porcentaje que sus derechos de participación representen en la totalidad de los derechos que conforman la parte del patrimonio autónomo inherente a la propiedad y explotación económica del HOTEL EMBAJADA, en la comunidad sobre la propiedad de la respectiva unidad inmueble cuando, por cualquier causa legal o convencional, deba liquidarse el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII- 9 en cabeza de FIDUCIARIA CENTRAL SA.”*

6.4. La aspiración procesal formulada en esta pretensión tampoco tiene vocación de prosperidad, como quiera que lo que adquirió la señora Marlene Palma, se reitera, fueron derechos fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del Hotel Embajada y no el derecho de dominio de alguna unidad privada. Por otro lado, siguiendo las reglas contractuales que invoca la actora en esta pretensión es claro que la Fiduciaria debía transferir las unidades privadas a quien el fideicomitente le indicara, condición que en este caso no se ha verificado, pues Luis F. Correa y Asociados S.A. quien detentaba tal calidad no solicitó que le transfirieran el dominio de una unidad privada o cuota parte en alguna de ellas a la señora Palma Garzón, pues el objeto del contrato prometido y más tarde perfeccionado fue la transferencia de derechos fiduciarios, y no lo que aquí se busca.

7. En la siguiente pretensión subsidiaria, la 7ª, planteó la nulidad de los contratos de “*Fiducia Mercantil Irrevocable*” contenidos en las escrituras públicas # 3254 y 3255 del 4 noviembre de 2011 en las que el objeto de ambos contratos es idéntico, “*se trata de un objeto ilícito porque contraviene al derecho público de la nación*”.

7.1. Para emprender el análisis, preciso es clarificar en qué consiste el contrato de fiducia. El artículo 1226 del Código de Comercio, señala sobre la fiducia mercantil que:

“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.”

El negocio fiduciario, se caracteriza por ser un acto de confianza en virtud del cual una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, ya sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero llamado

beneficiario, negocio que incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias³.

Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, si no hay transferencia de la propiedad, por regla general se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Estatuto Mercantil en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En algunos contratos del encargo fiduciario, la entrega de bienes a la fiduciaria no es esencial. Dichos bienes incluso, pueden ser adquiridos por la fiduciaria posteriormente en desarrollo de su encargo.

La sociedad fiduciaria nunca adquiere la propiedad absoluta de los bienes recibidos a título de fiducia.

Frente a la constitución de la fiducia el artículo 1228 *ídem*, dispone: “La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento”.

Los deberes del fiduciario, que son indelegables, además de los previstos en el acto de constitución, se contemplan en el artículo 1234 *eiusdem*, tópico sobre el que la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado:

“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

³ La Circular Básica Jurídica Superintendencia Financiera de Colombia, PARTE II, MERCADO INTERMEDIADO, TÍTULO II, CAPÍTULO I. trae el concepto de negocio fiduciario.

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 Código de Comercio (...)”⁴.

En cuanto a la participación fiduciaria, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia en su numeral 5.5 del capítulo I, título II de la Parte 2 señala que los negocios fiduciarios por medio de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias son aquellos *“...en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto del proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales.”*

Por regla general, este tipo de negocio se compone por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario que para el caso en estudio es la operación hotelera.

Intervienen en este tipo de actos: *i) Los fideicomitentes o constituyentes del negocio, ii) La sociedad fiduciaria, iii) Los partícipes y/o inversionistas, y iv) Los operadores del negocio.*

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, sentencia del 3 de agosto de 2005, Exp. 1909.

7.2. En el *sub lite*, se observa que a través de la primera de las escrituras atacadas, la #3254 de 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de esta ciudad, se celebró el contrato de fiducia mercantil irrevocable en el que participaron: como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central en calidad de vocera del patrimonio autónomo “*Fiducial Fideicomiso SMIII-9*” como tradente, y Fiduciaria Central en su condición de vocera del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Embajada*” como adquirente⁵; consignándose el objeto del negocio así: “*la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL EMBAJADA, ...*”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “*Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA*” (Folios 62-147 cuaderno 1).

Y mediante la escritura pública #3.255 otorgada ese mismo día en la misma oficina notarial, se celebró el contrato de fiducia mercantil irrevocable donde participaron: como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “*Fiducial Fideicomiso SMIII-9*” como tradente, y Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre*” como adquirente⁶, señalándose como objeto del negocio: “*la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL WYNDHAM SALITRE, ...*”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “*Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE*” (Folios 319 -464 del cuaderno 1).

En ambos se incluyó la definición de “5. *DERECHO DE PARTICIPACION FIDUCIARIA*”, como “*la cuota o parte en que se entiende dividido el PATRIMONIO AUTONOMO y respecto de la cual debe existir una relación con un determinado BENEFICIARIO.*”; y se dijo más adelante que son “7. *...BENEFICIARIOS del presente contrato de Fiducia Mercantil las*

⁵ En la cláusula primera numeral 1° se lee: “Es por cuenta de LOS FIDUCIANTES que FIDUCIARIA CENTRAL S.A., como vocera y administradora fiduciaria del patrimonio autónomo denominado FIDUCIAL FIDEICOMISO SMIII-9, aquí denominado EL TRADENTE, del cual son beneficiarios igualmente los mencionados fiduciantes, transfiere para la constitución del patrimonio autónomo que por este acto se constituye, las unidades inmuebles y demás bienes relacionados en la Sección Segunda de este público instrumento”

⁶ En la cláusula primera numeral 1° se lee: “Es por cuenta de LOS FIDUCIANTES que FIDUCIARIA CENTRAL S.A., como vocera y administradora fiduciaria del patrimonio autónomo denominado FIDUCIAL FIDEICOMISO SMIII-9, aquí denominado EL TRADENTE, del cual son beneficiarios igualmente los mencionados fiduciantes, transfiere para la constitución del patrimonio autónomo que por este acto se constituye, las unidades inmuebles y demás bienes relacionados en la Sección Segunda de este público instrumento”

personas titulares de los correspondientes DERECHOS DE PARTICIPACIÓN FIDUCIARIA que hayan sido o sean designadas como tales por LOS FIDEICOMITENTES en cumplimiento de lo acordado entre dichas personas y éstos. Igualmente podrán ser BENEFICIARIOS las personas que celebren, en calidad de cesionarios, los contratos de cesión de derechos y obligaciones con los BENEFICIARIOS ya designados. La condición de BENEFICIARIO dará derecho a participar, en la proporción que corresponda al respectivo derecho fiduciario, tanto en las utilidades, excedentes o rendimientos que arroje y se liquiden por razón de la explotación económica del HOTEL EMBAJADA y las gestiones fiduciarias, como en la transferencia del derecho de dominio de los bienes que conformen EL FIDEICOMISO deba hacerse a título de restitución, una vez termine el presente contrato de fiducia o la explotación económica del hotel embajada según el caso.”

7.3. Ahora bien, indiscutible es que conforme a las pautas de nuestro Código Civil para que una persona se obligue a otra por acto o contrato se requiere que éste, a más de reunir otros requisitos, recaiga sobre el objeto lícito (artículo 1502, numeral 3º). Si el objeto es ilícito, el contrato generador de la obligación es absolutamente nulo, como con toda claridad lo pregonan los artículos 1740 y 1741; adicionalmente el artículo 1519 del mismo estatuto establece que: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”*.

Pese a la imputación que hizo el demandante, no surge con nitidez cual es el sustento de la nulidad así invocada, pues los cimientos fácticos en que se erigió la pretensión 7ª subsidiaria (folio 489 del cuaderno 1), inexplicablemente los mezcló con los que soportan también la pretensión 8ª subsidiaria, y de los 47 hechos con sus correspondientes subdivisiones, indistintamente alude al incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, a la ausencia de facultad legal de Fiduciaria Central, al desconocimiento por ésta de los elementos esenciales del contrato de fiducia, la ocurrencia de causa de extinción del negocio fiduciario, la incursión en conflictos de interés, la discusión sobre la titularidad del dominio de las unidades privadas del proyecto Capital Tower, cuestionó que se hayan confundido *“empresa”, “establecimientos de comercio”* y *“cosas corporales de naturaleza inmueble”*, asimilando a un solo bien los 261 inmuebles del establecimiento de comercio Hotel Wyndham Salitre; y que se desconocieron los artículos 1226, 1233 del Código de Comercio porque Luis F. Correa y Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López no

tenían facultad legal para actuar como fiduciantes o fideicomitentes, por tanto no podían transferir los 251 y 261 inmuebles a los patrimonios autónomos Fideicomiso Hotel Embajada y Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre respectivamente, ni para afectar o gravar los dichos patrimonios para la explotación económica de los establecimientos de comercio Hotel Embajada y Hotel Wyndham Salitre, y el verdadero propósito era dar el uso y goce de los bienes inmuebles de dichos patrimonios, totalmente gratis a Diplomat Hotels S.A., con lo que se contravienen los numerales 4,6 y 7 del artículo 1234 *ibídem*; y no está cumpliendo ninguna finalidad o provecho para los beneficiarios.

Ningún supuesto fáctico señala el porqué los contratos en cuestión tienen un objeto ilícito, ni en qué forma se contraviene el derecho público de la Nación. La interminable lista de reproches podría estructurar otra clase de acciones, pero no configuran un objeto ilícito; sin que la explotación económica de un establecimiento de comercio en la modalidad *hotel*, califique como tal, por el contrario es una actividad legalmente permitida; los bienes transferidos para conformar el patrimonio autónomo se hallaban en el comercio sin restricción alguna y de origen lícito (en contrario no se alegó ni probó), y en el negocio estructurado los dineros ‘captados’ lo fueron como contraprestación (precio) del derecho o participación fiduciaria que adquirieron los beneficiarios, entre ellos, los derechos de los que es titular la señora Palma Garzón como beneficiaria.

Dentro del precedente marco jurídico y fáctico, no se avizora que los contratos de fiducia mercantil cuestionados hayan recaído en objeto ilícito, como que se ajustaron a los elementos esenciales del específico negocio jurídico.

8. La pretensión 8ª subsidiaria encaminada a que se declare la extinción, conclusión o terminación de los contratos fiduciarios contenidos en las escrituras públicas Nos. 3254 del 4 de junio de 1997 de la Notaría 1ª de Bogotá, 3254 y 3255 ambas del 4 de noviembre de 2011 y de la Notaría 42 de Bogotá; se fundó de manera contradictoria en que “*el objeto o finalidad determinada por el constituyente*” se cumplió; y en que la entidad fiduciaria incumplió sus obligaciones.

8.1. La terminación de un contrato de fiducia mercantil,

por las causales legales o contractuales determinadas en el ordenamiento jurídico o por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, comporta necesariamente la extinción del patrimonio autónomo, bajo el entendido que el uno es consecuencia del otro, por tal motivo pertinente es examinar las causales de terminación de los contratos de fiducia mercantil.

El artículo 1240 del Código de Comercio, consagra las siguientes causales de extinción o terminación del contrato de fiducia, sin consideración a aquellas causales que las partes en el ejercicio de su liberalidad pudieran pactar:

“ARTÍCULO 1240. <CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO>. Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes:

- 1) Por haberse realizado plenamente sus fines;*
- 2) Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;*
- 3) Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;*
- 4) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;*
- 5) Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;*
- 6) Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;*
- 7) Por disolución de la entidad fiduciaria;*
- 8) Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;*
- 9) Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;*
- 10) por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y*
- 11) Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.”*

Para el caso en estudio atendiendo el sustento de la pretensión subsidiaria 8ª y sus derivadas, interesa la causal contenida en el numeral 1º “*por realizarse plenamente sus fines*”, que se desprende del contenido de los hechos 353 y 354 de la demanda; a los que por los demandados Luis F. Correa y Asociados, Andrés Fernando Correa López, Fideicomiso SMIII9, en sus respectivos libelos se contestó: “353. *Es cierto.*- 354 *Es cierto, El negocio fiduciario una vez concluido por cumplimiento de su objeto pasó a su estado de liquidación*”, y aclaró que los inmuebles que estaban en venta -locales comerciales y oficinas- fueron

vendidos y a la fecha de contestación sólo faltaba por transferir la propiedad de una oficina.

8.2. En este orden debe recordarse que un contrato de fiducia se constituye para crear un patrimonio autónomo que ha de cumplir un propósito determinado, y una vez se satisface con la finalidad contemplada en el acto constitutivo termina el negocio fiduciario; en otras palabras termina normalmente al satisfacer su objeto y la función económica del negocio jurídico de fiducia mercantil de administración.

Ocurrida alguna de las causales previstas en la norma, termina el contrato de fiducia y debe procederse a la liquidación del patrimonio autónomo. Para tales efectos aun cuando el Código de Comercio no lo precisa, a pesar de que se haya cumplido el plazo o la condición que determina la extinción del contrato de fiducia, la entidad fiduciaria conserva la facultad de representación y vocería del patrimonio autónomo a que haya lugar para llevar a cabo la liquidación efectiva del mismo, tal y como sucede en las sociedades cuando entran en estado de disolución y se liquidan (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 86).

8.3. Ahora, la aquí demandante pide que se declare la extinción, conclusión o terminación de los siguientes negocios fiduciarios:

8.3.1. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE contenido en la escritura pública No. 3254 del 4 de junio de 1997 de la Notaría 1 de Bogotá, mediante la cual se celebró contrato de fiducia mercantil inmobiliaria y se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”, (folios 175-214 cuaderno 1).

Negocio que celebraron Luis F. Correa y Asociados S.A., como fideicomitente y beneficiario del fideicomitente; Fiduciaria Central S.A. “Fiducentral SA-Fideicomiso Ciudad Salitre-” como fiduciaria, a través del cual el primero transfirió a la segunda a título de fiducia mercantil irrevocable el derecho de dominio sobre el lote denominado Supermanzana Tres Nueve (SMIII-9) del diseño urbanístico de Ciudad Salitre, distinguido con matrícula No. 050-1456210 con el que se formó el patrimonio autónomo denominado “*FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”, afecto “a la planeación, estudio, diseño, construcción y desarrollo en el lote

descrito en la cláusula segunda, a la promoción y ventas en general, a la ejecución de un PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO destinado a ACTIVIDAD MULTIPLE al que las partes han convenido en denominar SMIII-9 PROPIEDAD HORIZONTAL...”

8.3.2. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE celebrado en la escritura pública No. 3254 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, en la cual se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA*”, afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio del mismo nombre (folios 62-147 cuaderno 1).

Negocio en el que participaron como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “*Fiducial Fideicomiso SMIII-9*” como tradente, y Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Embajada*” como adquirente; consignándose el objeto del negocio así: “*la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL EMBAJADA, ...*”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “*Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA*”.

8.3.3. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE contenido en la escritura pública No. 3255 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE*” (folios 320-464 cuaderno 1).

Negocio de fiducia mercantil irrevocable donde participaron: como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “*Fiducial Fideicomiso SMIII-9*” como tradente, y Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “*Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre*” como adquirente, señalándose como objeto del negocio: “*la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL WYNDHAM SALITRE, ...*”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “*Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE*” .

8.4. En los dos últimos instrumentos se incluyó la

definición de “DERECHO DE PARTICIPACION FIDUCIARIA”, como “la cuota o parte en que se entiende dividido el PATRIMONIO AUTONOMO y respecto de la cual debe existir una relación con un determinado BENEFICIARIO.”, y se dijo quienes tenían la condición de beneficiarios como en párrafo precedente se transcribió -numeral 7.2. (folio 64 vuelto cuaderno 1; cláusula Primera, definiciones numeral 7.).

Y si como *ut supra* se explicó, el contrato de promesa de compraventa celebrado entre Luis F. Correa y Asociados S.A. y la señora Marlene Palma Garzón, recayó y se perfeccionó respecto de los “Derechos Fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA” vinculados a la MINISUITE 245 E; refulge la ausencia de legitimación para deprecar la extinción, conclusión o terminación, del contrato de fiducia atinente al Hotel Wyndham Salitre, en el cual la aquí demandante no ostenta derecho alguno.

8.5. Ahora bien, en la definición 14 de la cláusula 1ª de la escritura 3254 de 2011 se indicó: “14. *TRADENTE: Es el patrimonio autónomo denominado FIDUCENTRAL FIDEICOMISO SMIII-9 cuyo vocero y administrador fiduciario es igualmente FIDUCIARIA CENTRAL S.A., actual titular inscrito del derecho de dominio de los inmuebles que se aportan en este mismo instrumento público, por cuenta de LOS FIDUCIANTES, para la conformación del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA.- EL TRADENTE no adquiere la calidad de parte dentro del presente contrato de fiducia, ni se obliga de manera alguna dentro del mismo, porque aporta al FIDEICOMISO los inmuebles que se relacionan al final de este contrato por cuenta de LOS FIDEICOMITENTES y siguiendo instrucciones expresas de los mismos.” (Se subraya).*

Claro quedó que son patrimonios autónomos distintos, cuyos bienes y derechos son separados, aunque la vocera y administradora fuera la misma entidad fiduciaria.

Ergo, también carece de legitimación la demandante para pedir la extinción del “FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”, cuando no fue parte en su celebración, como tampoco adquirió y por ende, no es beneficiaria ni titular de derechos fiduciarios en él.

8.6. En la escritura 3254 de 2011 al constituirse el fideicomiso Hotel Embajada, es cierto que, conforme a la cláusula 8ª “INSTRUCCIONES”, la Fiduciaria como vocera de ese patrimonio autónomo, entre otras cargas asumió la de “18. *Liquidar el FIDEICOMISO de manera anticipada en el evento que no sea posible explotar económicamente el HOTEL*

EMBAJADA o cuando la Asamblea General de Beneficiarios así lo decida.”; asimismo se obligó a “19. Transferir a cada uno de los BENEFICIARIOS los inmuebles fideicomitados, es decir el HOTEL EMBAJADA, en el evento en el que se liquide el presente FIDEICOMISO o así lo decida la Asamblea General de Beneficiarios, teniendo en cuenta para el efecto la participación de cada BENEFICIARIO dentro del FIDEICOMISO” ; correlativamente los beneficiarios tendrán derecho, entre otros, “A recibir a prorrata de su participación y a la liquidación del FIDEICOMISO que se haga como consecuencia de la terminación del presente contrato de fiducia por cualquier causa, la restitución de los bienes objeto del negocio fiduciario”.

No obstante ello, no aparecen demostradas causales para que se procediera a la liquidación pues, de un lado se ha venido cumpliendo el objeto del patrimonio autónomo que, se insiste, fue constituido para la explotación económica del establecimiento de comercio denominado Hotel Embajada; la Fiduciaria, como vocera y administradora del respectivo fideicomiso ha venido ejerciendo sus funciones, invertido los recursos y entregado a los beneficiarios mensualmente las rentas derivadas de la explotación del hotel en proporción a su respectiva participación y no se ha demostrado que la Asamblea General de Beneficiarios haya dispuesto la liquidación.

De otro lado, véase como en la cláusula 27^a de la escritura pública #3254 de 4 de noviembre de 2011, a través de la cual se constituyó el Fideicomiso Hotel Embajada, se consignaron las reglas contractuales para la terminación, advirtiéndose que además de las causales previstas en el artículo 1240 del Código de Comercio el contrato de fiducia mercantil terminaría sí en su ejecución sobrevinieren circunstancias que impidan su cabal cumplimiento, tales como el incumplimiento de la obligación de atender los gastos del fideicomiso o por incumplimiento de los fideicomitentes y beneficiarios en la actualización de la información de acuerdo a las normas del sistema de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo; y en las cláusulas siguientes 28^a y 29^a se establecieron las reglas para la liquidación del fideicomiso previendo las respectivas pautas que habrá de seguir la fiduciaria para ello. Sin que en el trámite de este proceso judicial aparezca demostrado la ocurrencia de alguno de esos motivos para la extinción del contrato; por el contrario, surge indiscutido que se ha venido ejecutando el contrato fiduciario respondiendo al objeto del mismo.

Las intrincadas elucubraciones de la demandante al exponer los hechos soporte de la pretensión que en este numeral se estudia, aluden a que al haberse construido el proyecto inmobiliario específico destinado a actividad múltiple denominado por las partes SMIII- 9 que dio como resultado el conjunto de uso comercial Capital Towers Propiedad Horizontal tuvo ocurrencia la causa de extinción del negocio fiduciario por haberse realizado plenamente sus fines y en consecuencia debía la Fiduciaria proceder a la liquidación del patrimonio autónomo Fideicomiso Fiducentral SMIII-9; sin embargo en criterio del actor la Fiduciaria incumplió con sus deberes al hacer la transferencia a título de fiducia mercantil del patrimonio autónomo Fiducentral Fideicomiso SMIII-9 al patrimonio autónomo Fideicomiso Hotel Embajada y al Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre; y al permitir que Luis F. Correa y Asociados y Andrés Correa López actuaran en estos dos últimos contratos como fiduciantes o fideicomitentes cuando ellos no eran dueños de las unidades privadas resultantes del complejo Capital Towers; al incurrir en confusión de los conceptos legales de empresa, establecimiento de comercio, cosas corporales de naturaleza inmueble, confundiendo los bienes del Fideicomiso Hotel Embajada con los del Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre; y culminó diciendo que como la Fiduciaria entregó de manera gratuita el uso y goce de los inmuebles de esos fideicomisos a favor de Diplomat Hotels SA, y/o Diplomat Embajada y/o Diplomat Wyndham Bogotá, los beneficiarios no reciben ninguna clase de utilidades o rendimientos, por tanto la fiducia a que se refieren las escrituras públicas #3254 y #3255 de 4 de noviembre de 2011 se deben extinguir por la imposibilidad absoluta de realizar los fines para los cuales fueron constituidos dichos contratos de fiducia mercantil y además por la declaración de la nulidad del acto constitutivo y por el incumplimiento gravemente culposo atribuible a la Fiduciaria Central.

En cuanto a la alegada imposibilidad de cumplir con su objeto el Fideicomiso Hotel Embajada, bien pronto emerge su desatino, pues se reitera su objeto se fijó para “*la explotación económica del establecimiento de comercio HOTEL EMBAJADA*”, de la cual se han entregado rendimientos a los BENEFICIARIOS, en proporción a la respectiva participación de cada uno, entre ellos a la señora Marlene Palma Garzón, como ella misma lo admitió ha recibido rendimientos y participado en las Asambleas lo cual se

corroborada de la documental arrimada (folios 848-850, 1012-1014).

Tampoco se configura la causal del numeral 9º del artículo 1240 del Estatuto Mercantil, pues como se concluyó en el numeral precedente (7) el acto de constitución del Fideicomiso Hotel Embajada no tiene vicio que implique su nulidad.

En lo concerniente al incumplimiento de la Fiduciaria Central, además de no haber sido planteada pretensión para su declaratoria, no está contemplado como motivo de extinción o terminación de los contratos de fiducia mercantil.

Por último, no resulta superfluo señalar que de la extinción o terminación de los contratos de fiducia atacados no se sigue lo perseguido por la demandante en cuanto reclama se le transfiera el “*equivalente a una quinta (1/5) parte, sobre los inmuebles*” que corresponden al Hotel A o las que conforman el Hotel B, habida cuenta que, como ya se ha explicado, el objeto del negocio por ella celebrado no recayó sobre el derecho de dominio de bienes inmuebles, sino de un derecho fiduciario equivalente al 0.074627% en el Fideicomiso Hotel Embajada. Adicionalmente, distinto a las intrincadas elucubraciones plasmadas en la *causa petendi*, la demandante no aportó elemento de juicio que acredite los señalamientos que hizo, no satisfizo la carga probatoria que en ella gravitaba y que no puede tenerse por honrada con sus meras afirmaciones pues tal privilegio a nadie le es concedido.

9. Corolario de lo así discurrido, por los motivos aquí explicados, las pretensiones de la demandante no podían recibir decisión favorable; conclusión a la que si bien lacónicamente llegó el *a quo*, no logró ser derruida con los argumentos del censor; de allí que la sentencia impugnada se confirmará y al recurrente vencido se le condenará en costas.

DECISIÓN

Con cimiento en lo consignado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, atendiendo la motivación de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de las costas de esta instancia. En firme esta providencia ingrese el plenario al despacho.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
Magistrada

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

Firmado Por:

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 011 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

HILDA GONZALEZ NEIRA
MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 009 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD
DE BOGOTÁ, D.C.-SANTAFE DE BOGOTÁ D.C.,**

**MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación:

44e1f79875d57c9ca563b307b0a982217e318a5afd3f869272doedff47e9df7

9

Documento generado en 03/02/2021 04:48:23 PM