



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	25000-26-26-000-2010-00143-00
Sentencia	SC3-21042960
Acción	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandante	LUIS ALFONSO POSSO BEDOYA Y OTROS
Demandado	FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.
Tema	Contrato de fiducia mercantil de administración y garantía. Presunto incumplimiento contractual que impidió la ejecución y pago de los certificados de garantía fiduciaria. Derecho de los beneficiarios o fideicomisarios a exigir el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario y hacer efectiva la responsabilidad por su incumplimiento (Art. 1235 del código de comercio). Relación contractual. Contrato de corretaje y mandato. Consecuencias de la representación del mandante. Se configura la caducidad del medio de control de controversias contractuales. Contabilización del término cuando se trata de contratos de derecho privado de la administración. No requieren liquidación. Acumulación de pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual. Fuente del daño. Fallo inhibitorio frente a pretensiones subsidiarias.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del presente proceso de controversias contractuales instaurado por las sociedades Ingefin S.A., Mesa de Inversiones S.A., Estructuradores S.A., en calidad de cesionaria de Credivalores – Crediservicios S.A., Rodríguez Jiménez y Cía. S en C., Sincron Diseño Electrónico S.A. y los señores Luis Alfonso Posso Bedoya, Alicia de Medrano, Andrés Fernando López Martínez, Ángela Piedrahita de Lozano, Belisa Restrepo de Jiménez, Danilo Hurtado, Diana Larrarte Saba, Diego Urdinola Arango, Esperanza Cruz Moreno, Fabiola Patiño, Fernando José Cabal Sinisterra, Fernando Trujillo Herrera, Fredy Fernando Penagos Rivera, Gilberto Sánchez Lesmes, Gustavo Adolfo Fernández Cabal, Halma Valencia, Hernán Cabal Rebolledo, Hugo Aparicio Gutiérrez Moreno, Iván Ramírez Wuttemberg, Jaime Álvarez, Jorge León Rivera Cruz, Josefina Prado, Juan Francisco Sarasti Jaramillo, Laurentino Carrión Diez, Leyla Yolanda Ogliastrì, Lucía Rodríguez Patiño, Luis Eugenio Cucalón, María Clara Rodríguez Estela, María Cristina Lora Garcés, María Cristina Sardi, María Estela Duque, Miriam Rodríguez Estela, Olga Hernández Benjumea, Pablo A. Arboleda Prado, Pablo José Borrero, Paula Andrea Gómez Osorio, Reinaldo Penagos, Víctor Manuel Rodríguez Estela y Yolanda León Henao contra la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 2 de marzo de 2007, la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial donde se convocó a audiencia de conciliación a Fiduagraria S.A. La audiencia se llevó a cabo el 10 de abril de dicha anualidad donde se manifestó ausencia de ánimo conciliatorio. En esa

misma fecha se emitió la correspondiente constancia (fls. 647-649, c. de pruebas).

El 23 de octubre de 2007, la parte actora presentó demanda de controversias contractuales contra la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. por el presunto incumplimiento de las cláusulas 2º, 3º, 4º, numerales 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 16 y 18 de la cláusula 7º y las cláusulas 10º y 12º del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre C.I. Dakar S.A. y la demandada, que conllevó a que no se ejecutaran los certificados de garantías fiduciarias que fueron expedidos a su favor, en calidad de beneficiarios. En consecuencia, pretenden el respectivo reconocimiento de los perjuicios que les fueron ocasionados.

Subsidiariamente, pretenden la declaratoria de responsabilidad extracontractual de la demandada y la consiguiente condena de los perjuicios ocasionados por la conducta negligente e imprudente de Fiduagraria S.A. en la administración del fideicomiso mercantil constituido en virtud del señalado acuerdo de voluntades que impidió el pago con cargo a los bienes fideicomitados, de los certificados de garantías fiduciarias.

Expresamente se solicitó:

"Pretensiones principales:

Primera pretensión. - *Que se declare que existe y es válido el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre CONFECCIONES DOSKAR MEDELLÍN Y CÍA. LTDA. hoy SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL DOSKAR S.A. – C.I. DOSKAR S.A. en Liquidación Obligatoria y la SOCIEDAD FIDUCIARIA INDUSTRIAL S.A. FIDUIFI S.A. (hoy FIDUAGRARIA S.A.) de fecha 3 de agosto de 2012 y los otrosíes Nos. 1 de fecha 3 de octubre de 2003, No. 2 de fecha 23 de diciembre de 2003, No. 3 de fecha 17 de febrero de 2004, No. 4 de fecha 10 de octubre de 2004, No. 5 de fecha 15 de octubre de 2004 y No. 6 de fecha 22 de octubre de 2004.*

Segunda pretensión. – *Que se declare que existieron y fueron válidos los siguientes Certificados Fiduciarios de Garantía, expedidos y entregados por la SOCIEDAD FIDUCIARIA INDUSTRIAL S.A. FIDUIFI S.A. (hoy FIDUAGRARIA S.A.) a favor de las sociedades INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A., en ejecución del contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago de fecha 3 de agosto de 2002 y sus seis (6) adendas, y con cargo al fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI":*

2.1. *Certificado número 3-182-050 expedido el 10 de febrero de 2004, por valor de \$1.150.000.000 a favor de INGEFIN S.A.*

2.2. *Certificado número 2-182-085, expedido el 22 de junio de 2004, por valor de \$575.000.000 a favor de INGEFIN S.A.*

(...)

2.22. *Certificado número 3-182-109, expedido el 23 de septiembre de 2004, por valor de \$281.079.546 a favor de CREDIVALORES S.A.*

2.23. *Certificado número 3-54-109, expedido el 23 de febrero de 2004, por valor de \$1.054.000.000 a favor de CREDIVALORES S.A.*

2.24. *Certificado número 3-182-034, expedido el 20 de enero de 2004, por valor de \$625.000.000 a favor de CREDIVALORES S.A.*

Tercera pretensión. – *Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) obró de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió el objeto del contrato consagrado en la cláusula Segunda del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago, al permitir que el manejo, administración y recaudo de gran parte de los bienes que eran propiedad exclusiva del fideicomiso los realizara directamente el fideicomitente la compañía CONFECCIONES DOSKAR*

MEDELLÍN Y CÍA. LTDA., dando con ello lugar al deterioro de la solvencia y capacidad de pago del patrimonio autónomo.

Cuarta pretensión. – Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) obró de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió el objeto y la prelación de pagos establecida en la cláusula Décima Segunda del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago al entregarle directamente al fideicomitente gran parte de los bienes que eran propiedad del fideicomiso y que ya habían sido ingresados al patrimonio autónomo, los cuales fueron destinados a fines distintos que al de cancelar las obligaciones garantizadas con los certificados fiduciarios de garantía, dando con ella lugar al deterioro de la garantía y fuente de pago de los beneficiarios.

Quinta pretensión. – Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) obró de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió los numerales 1 y 2 de la cláusula Séptima del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago al no constituir un patrimonio autónomo con la totalidad de los bienes transferidos al fideicomiso y al no abrir oportunamente las cuentas bancarias necesarias para el recaudo de la cartera propiedad del fideicomiso.

Sexta pretensión. – Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. obró de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió el numeral 9 de la cláusula Séptima y el procedimiento establecido en la cláusula décima del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago al no informar a C.I. DOSKAR S.A., que los recursos recibidos en la cuenta de fideicomiso y sus rendimientos no eran suficientes para atender las obligaciones garantizadas con los certificados, y así mismo, porque no le exigió a esta última que se sirviera suministrar los fondos requeridos dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la notificación, e igualmente, porque tampoco informó por escrito de este hecho a los BENEFICIARIOS de la fuente de pago, para que tomaran las medidas a que hubiere lugar.

Séptima pretensión. - Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) obró de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió el numeral 16 de la cláusula Séptima del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago al no llevar la personería en la protección y defensa del fideicomiso y sus beneficiarios contra actos del propio fideicomitente, al permitir que el recaudo y administración de gran parte de los recursos que eran propiedad del fideicomiso, los realizara directamente C.I. DOSKAR S.A. y entregando directamente a esta última, parte de los recursos ya recaudados.

Octava pretensión. - Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) obró de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió el parágrafo de la cláusula Tercera del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago al expedir certificados fiduciarios a favor de otras personas sin solicitar la autorización de las sociedades INGENIERÍA FINANCIERA INGEFIN S.A., CREDIVALORES S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A. en calidad de beneficiarios y sin tener en cuenta que los bienes fideicomitados eran insuficientes para expedir dichos certificados.

Novena pretensión. - Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) obró de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió el numeral 4.1. del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago al no exigirle al Fideicomitente C.I. DOSKAR S.A., la transferencia al patrimonio autónomo de todos los recursos provenientes del(os) crédito(s) otorgado(s) al FIDEICOMITENTE por la(s) entidad(es) financiera(s), así como los recursos provenientes de otros créditos que se otorgaran al FIDEICOMITENTE.

Décima pretensión. – Que se declare que FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) obró

de manera negligente e imprudente en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" e incumplió el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago al no agotar en debida forma el procedimiento pactado en los parágrafos primero, segundo y tercero de la cláusula Cuarta del contrato, 1) Al no exigirle al fideicomitente, cuando se percató que los recursos líquidos del fideicomiso no eran suficientes para cubrir las obligaciones garantizadas, la transferencia de los recursos adicionales provenientes de cualquier otra fuente con el objeto de cumplir los pagos a favor de mis poderdantes, 2) a no realizar el seguimiento del pago de la cartera transferida y de los derechos patrimoniales cedidos y 3) al no reclamarle al fideicomitente la constitución de una póliza de manejo en formato para particulares que garantizara la cobertura que debía tener la custodia de los títulos en manos o en cabeza de C.I. DOSKAR S.A., dado lugar todo lo anterior, al deterioro de la solvencia y capacidad de pago del patrimonio.

Décima primera pretensión. – Que como consecuencia de la conducta negligente e imprudente de FIGUAGRARIA S.A. en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" y de los incumplimientos declarados conforme a las pretensiones (...) FIGUAGRARIA S.A. (antes FIDUIFI) es CONTRACTUALMENTE responsable frente a INGEFIN S.A., CREDIVALORES S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A. por los perjuicios económicos que les irrogó con dichos incumplimientos, y en especial, por el no pago a cargo de los bienes fideicomitados, que por la conducta negligente e imprudente de la Fiduciaria, no ingresaron al patrimonio autónomo, o que si ingresaron, éstos fueron entregados directamente por la fiduciaria al fideicomitente y no a los beneficiarios de las garantías fiduciarias.

Décima segunda pretensión. – Que como consecuencia de las anteriores declaraciones FIDUAGRARIA S.A. debe pagar a INGEFIN S.A., CREDIVALORES S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A. a título de indemnización de perjuicios, el valor de los recursos fideicomitados que por negligencia e imprudencia de la fiduciaria no ingresaron al patrimonio autónomo, o que una vez adentro, fueron entregados directamente por la fiduciaria al fideicomitente y que FIDUAGRARIA S.A. estaba en la obligación de destinarlos exclusiva y preferentemente al pago total o parcial de las obligaciones garantizadas por los certificados fiduciarios de garantía, relacionados en la segunda pretensión principal, así:

12.1. Por daño emergente, las siguientes sumas de dinero:

12.1.1. La suma de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL (\$1.377.385.698 M.L.) valor del saldo del capital insoluto de los créditos otorgados por los mandantes de INGEFIN S.A. a C.I. DOSKAR S.A. garantizados con los certificados fiduciarios de garantía Nos. 3-182-050, 3-182-085, 3-182-086, 3-182-091 y 3-182-101 o la suma que en su lugar se llegare a determinar.

12.1.2. La suma de SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS SETENTA TRES PESOS MONEDA LEGAL (\$695.616.973 M.L.) valor del saldo del capital insoluto de los créditos otorgados por los mandantes de MESA DE INVERSIONES S.A. a C.I. DOSKAR S.A. garantizados con los certificados fiduciarios de garantía Nos. 3-182-071, 3-182-075, 3-182-074, 3-182-103, 3-182-104, 3-182-106, 3-182-107, 3-182-105, 3-182-116, 3-182-117 y 3-182-118 o la suma que en su lugar se llegare a determinar.

12.1.3. La suma de MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL (\$1.743.386.147 M.L.) valor del saldo del capital insoluto de los créditos otorgados por los mandantes de CREDIVALORES S.A. a C.I. DOSKAR S.A. garantizados con los certificados fiduciarios de garantía Nos. 3-182-079, 3-182-078, 3-182-087, 3-182-088, 3-182-108, 3-182-109, 3-182-054 y 3-182-034 o la suma que en su lugar se llegare a determinar.

12.2. Por lucro cesante, las siguientes sumas de dinero:

12.2.1. A INGEFIN S.A. la suma de dinero que corresponda al perjuicio económico

derivado de haber sido injustamente privado por FIDUAGRARIA S.A. de obtener una ganancia lícita que se refleja en las comisiones que podría haber percibido en desarrollo de su objeto social, las cuales se han visto afectadas por los negocios dejados de realizar, al no poder contar con el dinero recuperado, el cual cumple una función rotativa en el medio del corretaje y que se cuantifica en el uno (1%) pro cuenta mensual, sobre el valor del dinero de que trata el numeral 12.1.1. de la pretensión décima segunda, causadas durante el periodo comprendido entre la fecha de exigibilidad de cada uno de los certificados de garantía identificados con los Nos. 3-182-050, 3-182-085, 3-182-086, 3-182-091 y 3-182-101, hasta la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar.

12.2.2. A esta misma sociedad, los intereses moratorios sobre cada uno de los valores mencionados en los numerales 12.1.1. y 12.2.1. a la tasa moratoria máxima efectiva anual autorizada por las disposiciones legales existentes y, de acuerdo con la indicada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

12.2.3. A MESA DE INVERSIONES S.A. la suma de dinero que corresponda al perjuicio económico derivado de haber sido injustamente privado por FIDUAGRARIA S.A. de obtener una ganancia lícita que se refleja en las comisiones que podría haber percibido en desarrollo de su objeto social, las cuales se han visto afectadas por los negocios dejados de realizar, al no poder contar con el dinero recuperado, el cual cumple una función rotativa en el medio del corretaje y que se cuantifica en el uno (1%) pro cuenta mensual, sobre el valor del dinero de que trata el numeral 12.1.1. de la pretensión décima segunda, causadas durante el periodo comprendido entre la fecha de exigibilidad de cada uno de los certificados de garantía identificados con los Nos. 3-182-071, 3-182-075, 3-182-074, 3-182-103, 3-182-104, 3-182-106, 3-182-107, 3-182-105, 3-182-116, 3-182-117 y 3-182-118, hasta la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar.

12.2.4. A esta misma sociedad, los intereses moratorios sobre cada uno de los valores mencionados en los numerales 12.1.1. y 12.2.1. a la tasa moratoria máxima efectiva anual autorizada por las disposiciones legales existentes y, de acuerdo con la indicada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

12.2.5. A CREDIVALORES S.A. los intereses moratorios sobre el valor mencionado en el numeral 12.1.3 a la tasa moratoria máxima efectiva anual autorizada por las disposiciones legales existentes y, de acuerdo con la indicada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el 29 de marzo de 2006, fecha en la que recibieron un abono parcial como consecuencia de la dación en pago, hasta la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar, hasta la fecha en que se produzca el pago de la condena.

Décima tercera. - *Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.*

Pretensiones subsidiarias:

Primera pretensión. – *En subsidio de la pretensión décima segunda precedente, solicito se declare que con ocasión de la conducta negligente e imprudente de FIDUAGRARIA S.A. en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" y de los incumplimientos declarados conforme a las pretensiones (...) FIDUAGRARIA S.A. es EXTRA CONTRACTUALMENTE responsable frente a cada uno de los demandantes por los perjuicios económicos que les irrogó con dichos incumplimientos, y en especial, por el no pago con cargo a los bienes fideicomitidos, que por la conducta negligente e imprudente de la Fiduciaria no ingresaron al patrimonio autónomo, o que si ingresaron, éstos fueron entregados directamente por la fiduciaria al fideicomitente y no a los beneficiarios de las garantías fiduciarias.*

Segunda pretensión. - *Que como consecuencia de la anterior declaración, FIDUAGRARIA S.A. debe pagar a cada uno de mis poderdantes, a título de indemnización de perjuicios, el valor de los recursos fideicomitidos que por negligencia*

e imprudencia de la fiduciaria no ingresaron al patrimonio autónomo, o que una vez adentro, fueron entregados directamente por la fiduciaria al fideicomitente y que FIDUAGRARIA S.A. estaba en la obligación de destinarlos exclusiva y preferentemente al pago total o parcial de las obligaciones garantizadas por los certificados fiduciarios de garantía, relacionados en la segunda pretensión principal, así:

2.1. Por daño emergente, las siguientes sumas de dinero o, en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar:

Nombre de la persona natural o jurídica	Valor del perjuicio
1. YOLANDA LEÓN HENAO	37.779.049
2. ESPERANZA CRUZ MORENO	26.776.710
(...)	
52. LAURENTINO CARRIÓN DIEZ	63.088.946
53. MARÍA ISABEL ESTELA DUQUE	59.761.126
54. CREDIVALORES S.A.	1.743.386.147

2.2. Por lucro cesante, las siguientes sumas de dinero:

2.2.1. A cada una de las personas naturales y jurídicas relacionadas en el numeral 2.1. los intereses moratorios sobre el valor del perjuicio mencionado en dicho numeral, a la tasa moratoria máxima efectiva anual autorizada por las disposiciones legal existentes y, de acuerdo con la indicada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el 29 de marzo de 2006, fecha en la que recibieron un abono como consecuencia de la dación en pago realizada por C.I. DOSKAR S.A., hasta la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar.

2.2.2. A INGEFIN S.A. la suma de dinero que corresponda al perjuicio económico derivado de haber sido injustamente privado por FIDUAGRARIA S.A. de obtener una ganancia lícita que se refleja en las comisiones que podría haber percibido en desarrollo de su objeto social, las cuales se han visto afectadas por los negocios dejados de realizar, al no poder contar con el dinero recuperado, el cual cumple una función rotativa en el medio del corretaje y que se cuantifica en el uno (1%) pro cuenta mensual, sobre el valor del dinero de que trata el numeral 12.1.1. de la pretensión décima segunda, causadas durante el periodo comprendido entre la fecha de exigibilidad de cada uno de los certificados de garantía identificados con los Nos. 3-182-050, 3-182-085, 3-182-086, 3-182-091 y 3-182-101, hasta la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar.

2.2.4. A MESA DE INVERSIONES S.A. la suma de dinero que corresponda al perjuicio económico derivado de haber sido injustamente privado por FIDUAGRARIA S.A. de obtener una ganancia lícita que se refleja en las comisiones que podría haber percibido en desarrollo de su objeto social, las cuales se han visto afectadas por los negocios dejados de realizar, al no poder contar con el dinero recuperado, el cual cumple una función rotativa en el medio del corretaje y que se cuantifica en el uno (1%) pro cuenta mensual, sobre el valor del dinero de que trata el numeral 12.1.1. de la pretensión décima segunda, causadas durante el periodo comprendido entre la fecha de exigibilidad de cada uno de los certificados de garantía identificados con los Nos. 3-182-071, 3-182-075, 3-182-074, 3-182-103, 3-182-104, 3-182-106, 3-182-107, 3-182-105, 3-182-116, 3-182-117 y 3-182-118, hasta la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o en su defecto, la suma que en su lugar se llegare a determinar.

2.2.4. A INGEFIN S.A. y a MESA DE INVERSIONES S.A. los intereses moratorios sobre cada uno de los valores mencionados en los numerales 2.2.3 y 2.2.4, respectivamente, a la tasa moratoria máxima efectiva anual autorizada por las disposiciones legales existentes y, de acuerdo con la indicada por la Superintendencia Financiera de Colombia.”

Como fundamento de las pretensiones, se señaló que la sociedad CONFECIONES DOSKAR MEDELLÍN Y CÍA. LTDA. en Liquidación Obligatoria celebró contratos de corretaje con

INGEFIN S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A. para que estas compañías, en ejercicio de su objeto social, consiguieran inversionistas que le facilitaran a C.I. DOSKAR S.A. dineros a título de mutuo o crédito.

Se indicó que, igualmente, C.I. DOSKAR S.A. acudió a CREDIVALORES S.A. para que esta última le otorgara créditos con recursos propios que efectivamente se constituyeron.

Se afirmó que como consecuencia de la actividad encomendada a INGEFIN S.A. las siguientes personas naturales y jurídicas otorgaron créditos a C.I. DOSKAR S.A., por distintas sumas de dinero: Leyla Yolanda González Ogliastri, Olga Hernández Benjumea, Yolanda León Henao, Esperanza Cruz Moreno, Pablo José Borrero, Freddy Fernando Penagos Rivera, Teresa Rivera Penagos, Ángela María Piedrahita de Lozano, Sabine Kuntschen, Paula Gómez Osorio, Miriam Rodríguez Estela, María Isabel Botero Salcedo, Fernando Trujillo Herrera, Hernán Cabal Rebolledo, Juan Francisco Sarasti Jaramillo, Gilberto Sánchez, Sincron Diseño Electrónico Ltda., Danilo Hurtado, Susana Mejía, María Cristina Lora Garcés, Halma Valencia, Belisa Restrepo Jiménez, Lucía Patiño, María Clara Rodríguez Estela, Fabiola Patiño de Sánchez, María Cristina Sardi, Rodríguez Jiménez & Cía. S en C., Reinaldo Martínez, Luis Eugenio Cucalón, Iván Ramírez Wuttemberg, Víctor Manuel Rodríguez Estela, Fernando José Cabal Sinisterra, María Eugenia Gutiérrez de Martínez y Jaime Álvarez.

Se sostuvo que por medio de MESA DE INVERSIONES S.A. las siguientes personas naturales y jurídicas otorgaron créditos a C.I. DOSKAR S.A. de iguales características: Luis Alfonso Posso Bedoya, Andrés Fernando López Martínez, Inversiones Mareste Ltda., Josefina Pardo de Schneider, María Isabel Estela Duque, Jorge León Rivera Cruz, Pablo A. Arboleda Prado, Diana Larrete Saba, Diego Urdinola Arango, Hugo Gutiérrez Moreno, Productos Alimenticios La Locura S.A. y Laurentino Carrión Díez.

Se alegó que, como garantía y fuente de pago de todos los créditos o mutuos descritos, C.I. DOSKAR S.A. ofreció la cobertura derivada de certificados fiduciarios de garantía que se emitieron en virtud del desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado el 3 de agosto de 2002 entre C.I. DOSKAR S.A. y la SOCIEDAD FIDUCIARIA INDUSTRIAL S.A. – FIDUIFI S.A. hoy Fiduagraria S.A.

Se señaló que en la cláusula Segunda del contrato se indicó que el objeto contractual era constituir un fideicomiso que "constituya una fuente de pago de las obligaciones a cargo del fideicomitente y a favor de los beneficiarios de la fuente de pago". Beneficiarios dentro de los cuales se encuentran "las personas jurídicas que otorguen créditos al fideicomitente" como INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. Asimismo, se indicó que en el contrato se pactaron cuáles serían los bienes que ingresaban al fideicomiso, los plazos en los que se pagarían las acreencias de C.I. DOSKAR S.A., así como los demás aspectos necesarios para cumplir con el objeto contractual. Se señaló, igualmente, que el fideicomitente únicamente sería beneficiario de los remanentes que llegaren a quedar después de satisfechas las obligaciones con terceros.

Se manifestó que FIDUAGRARIA S.A. expidió los certificados de garantía a favor de INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. en desarrollo del acuerdo de voluntades y teniendo en cuenta su calidad de beneficiarios del fideicomiso.

Se indicó que, con el informe de rendición de cuentas del 30 de junio de 2004, las sociedades

en mención notaron que C.I. DOSKAR S.A. estaba recaudando directamente los dineros provenientes de la recuperación de cartera de propiedad exclusiva del fideicomiso y sólo hasta diciembre de esa anualidad, se percataron que la fiduciaria inició el proceso de recaudo de las cuentas bancarias del patrimonio autónomo, cuando debió realizarlo desde la suscripción del contrato.

Se afirmó que, como consecuencia de lo señalado, a finales de 2004, C.I. DOSKAR S.A. incumplió con el pago de los créditos adquiridos con los inversionistas y/o mandatarios de INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A.

Se arguyó que debido al incumplimiento de C.I. DOSKAR S.A., en el mes de marzo de 2005 los demandantes solicitaron a FIDUAGRARIA S.A. la ejecución de los certificados de garantía expedidos a su favor. Sin embargo, con comunicación VNF-051 del 8 de abril de 2005 se determinó que los bienes fideicomitados eran insuficientes para responder por las obligaciones amparadas pues Fiduagraria S.A. incumplió con las obligaciones de administración del fideicomiso; no sólo permitió al fideicomitente recaudar, apropiarse y administrar los bienes de propiedad del patrimonio autónomo por dos (2) años, sino que entregó a C.I. DOSKAR S.A. bienes que ya habían ingresado al fideicomiso con el fin de destinarlos al pago de obligaciones diferentes a las cuales estaban destinados.

Se sostuvo que Fiduagraria S.A. tampoco informó por escrito al fideicomitente y a los beneficiarios que los recursos del fideicomiso y sus rendimientos eran insuficientes para atender las obligaciones de C.I. DOSKAR S.A. con anterioridad a esa fecha, no realizó todas las operaciones requeridas para obtener liquidez y efectuar pagos a los demandantes, no realizó control del flujo de los ingresos relacionados con el fideicomiso, ni realizó una inspección a los libros de contabilidad del fideicomitente, lo que constituyó un incumplimiento contractual de las cláusulas 2º, 3º, 4º, numerales 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 16 y 18 de la cláusula 7º y las cláusulas 10º y 12º del señalado acuerdo de voluntades que impidió a los demandantes recibir sus dineros e intereses.

2. Actuación procesal.

La demanda de la referencia fue presentada ante el Juzgado 43 Civil del Circuito Judicial de Bogotá, quien a través de auto del 31 de octubre de 2007 inadmitió la demanda (fl. 800, c. 11). Con auto del 11 de enero de 2008 se admitió el escrito introductorio (fls. 908 y 909, c. 11).

Fiduagraria S.A. contestó la demanda dentro del término de ley y propuso como excepción la falta de jurisdicción y competencia (fls. 5-12, c. 4).

Con auto del 7 de mayo de 2009, el Juzgado 43 Civil del Circuito Judicial de Bogotá negó la excepción propuesta por la demandada (fls. 55-58, c. 4). En auto del 18 de agosto de 2009 el a quo confirmó la decisión y concedió el recurso de apelación interpuesto por Fiduagraria contra la señalada decisión (fls. 45-47, c. 4 y 6).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Civil revocó la decisión adoptada en primera instancia y declaró probada la excepción de falta de jurisdicción. En consecuencia, remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera para lo de su competencia (fls. 30-36, c. 1).

Mediante providencia del 4 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B avocó conocimiento del asunto debido a que Fiduagraria era una sociedad de economía mixta con un capital público superior al 50% (fls. 67 y 68, c. 1). Con auto del 28 de enero de 2011, se confirmó la decisión (fls. 94 y 95, c. 1).

El 22 de junio de 2012 se negó la solicitud denominada “conflicto negativo de competencias”, se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente a Fiduagraria (fls. 194 y 195, c. 1). Mediante auto del 11 de septiembre del 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C confirmó la decisión (fls. 209-212, c. 1) y se adicionó en el sentido de declararse la nulidad de todo lo actuando dentro de la jurisdicción civil a partir del auto inadmisorio de la demanda, sin perjuicio de la validez de las pruebas recaudadas (fls. 217 y 218, c. 10). El Consejo de Estado – Sección Tercera confirmó la declaratoria de nulidad mediante auto del 26 de noviembre de 2014 (fls. 239-244, c. 10).

Fiduagraria S.A. allegó la contestación de la demanda en oportunidad¹ (c. 11).

Con auto del 16 de febrero de 2016, se profirió decisión respecto a las pruebas solicitadas por las partes (fls. 239-241, c. 1).

El 1º de octubre de 2020 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto (archivo 014, expediente electrónico).

Las partes presentaron alegatos de conclusión el pasado 26 de octubre de 2020 (archivo 016 y 017, expediente electrónico).

El Ministerio Público no rindió concepto.

3.- Contestación de la demanda.

El 28 de mayo de 2015 la **Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - Fiduagraria S.A.** presentó contestación de la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones elevadas por la parte actora, con excepción de la primera, relativa a la declaratoria de existencia del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la demandada y CÍA. DOSKAR S.A.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

Excepción de “caducidad de la acción contractual”: alegó que teniendo en cuenta que la fuente de la obligación de la que presuntamente proviene la responsabilidad contractual de la demandada son los certificados de garantía expedidos por Fiduagraria, el término de caducidad de dos (2) años de que trata el artículo 136 del C.C.A. deben contabilizarse desde el vencimiento de los certificados de garantía, representativos de la condición de beneficiarios del contrato de fiducia mercantil, debido a que en ese momento ocurrieron los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento a la demanda.

Excepción de “Extinción de la garantía fiduciaria por extinción de la obligación principal”: argumentó que entre los beneficiarios y C.I. DOSKAR S.A. se celebró contrato

¹ Fijación en lista efectuada el 14 de mayo de 2015 (fl. 216 vuelta, c. 1) por el término de 10 días que vencían el 29 de mayo del mismo año. La contestación fue allegada el 28 de mayo (c. 11).

de transferencia de propiedad pro solvendo o para pago, modificado posteriormente para darle la calidad de pro soluto y dación de pago. En este sentido, señaló que como la dación de pago extinguió la obligación principal de pago entre C.I. DOSKAR S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A., CREDIVALORES S.A. E INGEFIN S.A., se extinguió la obligación de pago por parte de la fiduciaria, pues el fideicomiso se constituyó para pagar las acreencias del fideicomitente y las mismas estarían extinguidas.

Aunado a que el mismo demandante confesó que a varios de los inversionistas les fue entregado un cheque por el monto de obligación, por medio del cual aquella se entendió satisfecha.

Excepción de “Los inversionistas no llenan los requisitos previstos en el contrato para ser considerados como beneficiarios”: adujo la demandada que el fideicomitente únicamente designó como beneficiarios del contrato de fiducia mercantil a INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. por lo que los inversionistas de estas sociedades carecen de la calidad de beneficiarios y, por ende, no se encuentran facultados para presentar el medio de control de controversias contractuales.

Excepción de “Límites de la garantía fiduciaria, contenido y vigencia de los certificados de garantía”: señaló que si se tiene en cuenta las cláusulas y términos del contrato celebrado, se evidencia que la recuperación efectiva del crédito no configura responsabilidad para la fiduciaria pues aquella no responde por la eficacia de la garantía. Máxime cuando los certificados de garantía no se encontraban vigentes: los certificados Nos. 3-182-034, 3-182-054, 3-182-074, 3-182-075, 3-182-103 y 3-182-106 fueron reemplazados por otros que, a su vez, se encontraban vigentes hasta marzo de 2005.

Excepción de “Cancelación de los certificados de garantía por orden de la Superintendencia de Sociedades”: indicó que en el marco del proceso de liquidación en el que se encontraba C.I. DOSKAR S.A., se profirió el Auto 610-000113 del 31 de enero de 2011, mediante el cual la Superintendencia de Sociedades ordenó la cancelación de todos los certificados de garantía expedidos durante la vigencia del fideicomiso, de conformidad con el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

En este sentido, sostuvo que les correspondía a los demandantes hacerse parte del proceso de liquidación judicial de la fideicomitente, por lo que si no reclamaron sus derechos como acreedores de la misma, no es posible atribuir la responsabilidad a la fiduciaria a través de otro mecanismo judicial distinto al previsto en el proceso de insolvencia.

Excepción de “daño eventual”: afirmó que el daño alegado por los demandantes es eventual y el mismo no es indemnizable. Además, destacó que se trata de una actividad de intermediación financiera sin autorización del Estado que configura el delito de captación masiva y habitual de recursos del público.

Excepción de “ausencia de daño”: señaló que los demandantes no demostraron que se les causó un daño y, en todo caso, el mismo no es imputable a la fiduciaria.

Excepción de “venire contra factum proprium non valet”: indicó que los demandantes sostienen que el esquema de negocio fiduciario causó perjuicios al permitir que la recolección de dineros se realizara por parte del fideicomitente, sin embargo, arguye que desconocen que accedieron a este esquema legal al aceptar las garantías fiduciarias; aunado

a que varios certificados se expidieron después de que tuvieron conocimiento de los presuntos incumplimientos de C.I. DOSKAR S.A.

Excepción de “las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado”: alegó que de conformidad con la cláusula quinta del contrato de fiducia celebrado con C.I. DOSKAR S.A., las obligaciones pactadas eran de medio y no de resultado, por lo que se pactó que Fiduagraria S.A. no sería responsable por la insuficiencia de los recursos recaudados y administrados en el encargo fiduciario, pues la obligación recaía única y exclusivamente en el fideicomitente.

Excepción de “diligencia de la fiduciaria”: sostuvo que la Fiduciaria tomó las acciones que estaban a su alcance para el buen recaudo de la cartera que servía de fuente de pago de las obligaciones garantizadas, pues la cláusula primera del otrosí No. 3 modificó la cláusula quinta del contrato y dispuso que le correspondía al fideicomitente “efectuar el cobro, clasificación y calificación de la cartera transferida”. De allí que fuera C.I. DOSKAR S.A. quien debía desarrollar y aplicar su propia metodología de gestión y medición del riesgo crediticio implícito en la cartera transferida al fideicomiso. No obstante, Fiduagraria S.A. interpuso querrela penal contra el señor Alberto Peralta Barros, representante legal de la fideicomitente, por el delito de abuso de confianza.

Afirmó que, en todo caso, Fiduagraria S.A. cumplió con las instrucciones de pago impartidas por el fideicomitente a favor de los beneficiarios y hasta que hubo recursos líquidos en el fideicomiso.

Excepción de “hechos insuperables”: arguyó que la relación jurídica entre C.I. DOSKAR S.A. y los demandantes surgió debido a la necesidad de financiar el plan de expansión de la capacidad de producción y comercialización de la primera, en virtud de la celebración de un contrato de maquila que celebró con la sociedad Liverpool S.A. Sin embargo, debido a que C.I. DOSKAR S.A. y Liverpool S.A. entraron en proceso de liquidación, se vieron afectados los flujos futuros que constituían la fuente de pago, por lo que Fiduagraria S.A. informó al fideicomitente y a los beneficiarios, en comunicados de fecha 8 de abril de 2005 y 6 de enero de 2005, sobre la disminución del valor de los flujos de ingresos proyectados a futuro que posteriormente se concretó en la promoción del acuerdo de estructuración del 20 de septiembre de 2006.

Excepción de “anatocismo”: destacó que los demandantes solicitaron el pago del capital, los intereses y el capital más intereses, pues la suma denominada “saldo del capital in soluto de los créditos” en las pretensiones de la demanda, corresponde al capital más los intereses menos lo recibido por la venta de los bienes y, de igual forma, se solicita el reconocimiento de los intereses moratorios sobre el valor del capital insoluto, lo que va en contra de los artículos 1617 y 2235 del código civil, así como del 886 del código de comercio.

4.- Alegatos de las partes.

4.1.- Parte actora.

El 26 de octubre de 2020 presentó alegatos de conclusión en tiempo², donde señaló que el objeto principal de la presente acción no está encaminado a cobrar créditos insolutos o

² En auto del 1 de octubre de 2020 se señaló que los alegatos de conclusión correrían desde el 23 de octubre del mismo año y por el término de 10 días (archivo 014, expediente electrónico).

hacer efectivos los certificados fiduciarios (realización de la garantía), sino a que se reconozcan los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia del incumplimiento de Fiduagraria S.A. de las obligaciones adquiridas en el contrato de fiducia, es decir, por el mal manejo y administración de la garantía.

Reiteró que la demandada incumplió con las obligaciones estipuladas en los numerales 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 16 y 18 de la cláusula séptima del contrato, así como la cláusula décima del mismo al i) no constituir el patrimonio autónomo con la totalidad de los bienes transferidos al fideicomiso, ii) no verificar periódicamente su consolidación, iii) no abrir las cuentas bancarias necesarias para el recaudo de la cartera de propiedad del patrimonio autónomo y permitir el recaudo y administración de gran parte de los recursos del mismo por parte del fideicomitente, lo que impidió atender los pagos a los beneficiarios, iii) no requirió por escrito al fideicomitente, ni informó a los beneficiarios sobre la insuficiencia de los recursos, iv) no realizó todas las operaciones necesarias que el contrato y la ley establecen para que se descuenten las facturas transferidas al fideicomiso con el propósito de obtener liquidez y efectuar los pagos, v) no protegió, ni defendió al fideicomiso y sus beneficiarios contra actos del fideicomitente, vi) entregó a C.I. DISKAR S.A. gran parte de los recursos ya recaudados, desmejorándose la garantía y fuente de pago de los beneficiarios, vi) no realizó el control de flujo de los ingresos relacionados con el fideicomiso, ni realizó inspección a los libros de contabilidad del fideicomitente y, finalmente, vii) permitió el ingreso y registro de nuevos beneficiarios, sin que previamente se autorizara por los demandantes ya registrados al momento de expedir los últimos certificados de garantía, desconociendo la cláusula tercera del contrato.

Señaló que también se incumplió con los párrafos primero, segundo y tercero de la cláusula cuarta del contrato al i) no exigirle al fideicomitente la transferencia de recursos adicionales provenientes de cualquier fuente y ii) no realizó el seguimiento del pago de la cartera transferida y los derechos patrimoniales cedidos. Igualmente, consideró que incumplió la cláusula décimo segunda del contrato donde se imponía un orden de prioridad para realizar los pagos de los recursos que ingresarían al fideicomiso.

Argumentó que quedaron debidamente probados los hechos que soportan las pretensiones. Especialmente, la celebración del contrato de fiducia, la expedición de los certificados fiduciarios de garantía, las obligaciones, las acreencias y los incumplimientos señalados anteriormente, en los diferentes informes de rendición de cuentas de fechas 31 de diciembre de 2002, 30 de junio de 2003, 31 de diciembre de 2003, 30 de junio de 2004, 31 de diciembre de 2004 y 31 de diciembre de 2005, así como en el escrito de fecha 12 de abril de 2005 donde el asesor de las sociedades INGEFIN S.A, MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. hace precisiones sobre el incumplimiento reiterado de las obligaciones contractuales por parte de Fiduagraria S.A. Todo ello, con posterioridad a que los beneficiarios solicitaran la ejecución de la garantía por la situación de iliquidez del fideicomiso en marzo de 2005.

Sostuvo que a través del interrogatorio de parte surtido a la demandada y el testimonio de la funcionaria encargada de la operación del FIDEICOMISO DOSKAR FIDUI-IFI, se demuestra el desconocimiento y desinformación de las obligaciones legales y contractuales de quienes lo administraron.

Indicó que con los peritajes allegados al expediente se demostró el valor al que ascendían los créditos otorgados por los demandantes a favor de CI DOSKAR S.A. y los perjuicios

ocasionados, aunado a que destacó que como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, los acreedores se vieron forzados a recibir directamente por parte de C.I. DOSKAR S.A. una serie de activos con los cuales se constituyó un nuevo fideicomiso administrado por FIDIPOPULAR, con el fin de que los activos fueran repartidos entre los demandantes en proporción a sus créditos, por lo que fue hasta el 29 de marzo de 2006 que esta última entidad enajenó los bienes e imputó lo recaudado a sus acreencias.

Sin embargo, señaló que en muchos casos los dineros recibidos no cubrieron, siquiera, los intereses generados hasta la fecha de pago parcial y que el acuerdo de transferencia y posterior dación en pago se trató de una negociación correspondiente a los contratos de mutuo celebrados entre la deudora C.I. DOSKAR S.A. y sus acreedores por lo que nada tiene que ver con el incumplimiento contractual de la demandada. Solicitó entonces que no se tenga en cuenta los juicios jurídicos realizados por el perito, quien se extralimitó al analizar las consecuencias jurídicas de la dación en pago.

4.2.- Parte demandada.

La Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - Fiduagraria S.A. presentó alegatos de conclusión en tiempo, donde se refirió a las obligaciones pactadas en el contrato de fiducia mercantil celebrada con I.C. DOSKAR S.A., las pruebas recaudadas y los debates que deben resolverse en el sub-lite.

Afirmó que el acuerdo de voluntades se especificó cuáles serían los bienes que ingresarían al fideicomiso, así como la forma de efectuar la transferencia de los mismos pues el patrimonio autónomo sólo se formaba con aquellos que fueran real y efectivamente transferidos a la fiduciaria, a título de fiducia mercantil, con las formalidades previstas en la ley y el contrato.

Destacó que INGEFIN S.A. fue liquidada por orden de la Superintendencia de Sociedades por incurrir en actividades de captación masiva y habitual de dineros del público, lo que significa que aquellas relaciones que la demandante invoca para señalar que la garantía derivada de los certificados fiduciarios emitidos a su favor en beneficio de sus mandantes y/o comitentes, eran actos ilícitos de captación masiva y habitual, pues cobraba comisiones anticipadas a tasas de interés muchas veces superiores a los legalmente permitidos.

Reiteró que el acuerdo de dación en pago celebrado entre C.I. DOSKAR S.A. e INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. el 13 de enero de 2005, modificado el 15 de mayo de 2005, tiene efectos pro solutos y que, en virtud del mismo, se extinguieron las obligaciones garantizadas a través del contrato de fiducia mercantil por lo que no se acreditó la ocurrencia de ningún daño.

Insistió en que se configuraba la caducidad del medio de control, existía una ausencia de elementos configurativos de la responsabilidad contractual, así como inexistencia del nexo causal.

Señaló frente a la caducidad del medio de control que al tratarse de una controversia contractual, en la que no está envuelta la liquidación del contrato de fiducia, el término de dos (2) años de que trata el artículo 136 del CCA debe contabilizarse desde el acaecimiento de cualquiera de los eventos que los demandantes señalan como fundamento de las pretensiones, lo permitía a la Sala concluir que la demanda fue interpuesta de forma

extemporánea.

Sostuvo que no podía desconocerse que los demandantes conocieron y aceptaron las condiciones de la administración del patrimonio autónomo, sabían del término de duración de los certificados de garantía y de las obligaciones de medio de la fiduciaria quien actuó de forma diligente y en cumplimiento de las instrucciones contenidas en el acuerdo de voluntades que aquí se discute.

Indicó que en el remoto caso en el que se considere que quedó un saldo insoluto de los créditos garantizados, lo cierto es que ello no tiene causa en la conducta de Fiduagraria S.A., ni en la administración de los bienes que fueron real y efectivamente transferidos al fideicomiso, sino a la propia conducta de los demandantes y la ocurrencia del riesgo inherente a la operación de crédito que es la insolvencia o falta de capacidad de pago del deudor C.I. DOSKAR S.A.

Alegó que debido a que la relación jurídica existente entre la demandada y la parte actora encontraba fundamento jurídico en un contrato, las pretensiones subsidiarias relativas a la responsabilidad extracontractual no podían ser objeto de estudio pues sólo es procedente el análisis de la responsabilidad contractual de Fiduagraria S.A.

En último lugar, se refirió a las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, al régimen de responsabilidad del fiduciario de conformidad con el artículo 1243 del código de comercio, la carga de la prueba en los casos de presunto incumplimiento de obligaciones de medio, la ausencia de responsabilidad contractual a partir del análisis de los diferentes medios probatorios recaudados en el proceso y la calidad de personas naturales de los demandantes diferentes a INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. que les impedirían tener la calidad de beneficiarios del contrato de fiducia mercantil.

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala encuentra que revisado integralmente el proceso se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

III. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

➤ Precisión del caso.

Los demandantes incoaron el medio de control de controversias contractuales contra la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. por los perjuicios ocasionados como consecuencia del presunto incumplimiento de las cláusulas 2º, 3º, 4º, numerales 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 16 y 18 de la cláusula 7º y las cláusulas 10º y 12º del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre C.I. Dakar S.A. y la demandada, lo que conllevó a que no pudieran ejecutarse los certificados de garantías fiduciarias en su calidad de beneficiarios.

Subsidiariamente, pretenden la declaratoria de responsabilidad extracontractual de la demandada y la consiguiente condena de los perjuicios ocasionados, por la conducta negligente e imprudente de Fiduagraria S.A. en la administración del fideicomiso mercantil que conllevó al no pago de sus dineros e intereses.

La demandada propuso excepciones i) la caducidad del medio de control de controversias contractuales, ii) la extinción de la garantía fiduciaria por extinción de la obligación principal de C.I. DOSKAR S.A. con los demandantes, iii) la falta de requisitos previstos en el contrato para que los inversionistas sean considerados beneficiarios, iv) los límites de la garantía fiduciaria, contenido y vigencia de los certificados de garantía, v) la cancelación de los certificados de garantía por orden de la Superintendencia de Sociedades, vi) la existencia de un daño eventual, vii) la ausencia de daño, viii) venire contra factum proprium non valet, ix) la obligación de medio y no de resultado de la fiduciaria, x) la diligencia de la fiduciaria, xi) los hechos insuperables y xii) el anatocismo.

De igual forma, argumentó que su actuar estuvo ajustado a lo señalado en las diferentes cláusulas y estipulaciones del contrato de fiducia y sus modificaciones, que la obligación existente entre los demandantes y C.I. DOSKAR S.A. se extinguió en virtud de la dación de pago pro soluto celebrada entre las partes, que el vínculo jurídico por el cual se exige el pago de las garantías fiduciarias es ilícito pues INGEFIN S.A. fue intervenida y liquidada por captación ilegal y masiva de dineros del público y que no se configuran los elementos de la responsabilidad contractual.

Frente a las pretensiones subsidiarias, señaló en alegatos de conclusión que no era procedente el estudio de algún tipo de responsabilidad extracontractual debido a que los hechos que fundamentan la demanda se enmarcan en el cumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre C.I. Dakar S.A. y la demandada.

De conformidad con lo anterior, corresponde a la Sala establecer: primero, se configura o no la caducidad del medio de control de controversias contractuales en relación con las pretensiones principales de la demanda, y segundo, si se configura la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción en relación con las pretensiones subsidiarias de la misma con las que se pretende la declaratoria de responsabilidad extracontractual de Fiduagraria S.A. por los hechos señalados en el escrito introductorio.

Únicamente si se concluye que la demanda del pasado 23 de octubre de 2007 fue interpuesta dentro del término legal, habrá lugar a determinar si la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. incumplió con las cláusulas 2º, 3º, 4º, numerales 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 16 y 18 de la cláusula 7º y las cláusulas 10º y 12º del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago, si se configura alguna de las excepciones propuestas por la demandada y si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios solicitados por la parte actora.

➤ **Problemas jurídicos.**

Teniendo en cuenta el debate planteado en la demanda y la contestación de la demanda, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos en el siguiente orden:

1. ¿Operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contractual, hoy medio de control de controversias contractuales, teniendo en cuenta que lo que se persigue es la declaratoria de incumplimiento del contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pago por parte de la fiduciaria Fiduagraria S.A.,

y quienes incoaron la demanda son los beneficiarios del contrato y no una de las partes?

2. ¿Se configura la ineptitud sustantiva de la demanda por la acumulación de pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual o puede estudiarse de fondo las pretensiones subsidiarias de la demanda tendientes a la declaratoria de la responsabilidad extracontractual de Fiduagraria S.A. por el presunto actuar negligente e imprudente de la demandada que conllevó al no pago de los certificados de las garantías fiduciarias expedidos a favor de los beneficiarios del contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pago?

➤ **Tesis de la Sala.**

1. Para la Sala operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contractual porque el contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pago por parte de FIDUAGRARIA S.A., está sometido al régimen jurídico privado y la liquidación del mismo no está regido por el régimen de contratación estatal de la Ley 80 de 1993, así que las cláusulas de terminación indefinida del acuerdo de voluntades, así como la de liquidación del mismo convenida por las partes **no** resultan oponibles o vinculantes a los beneficiarios del contrato quienes no son partes del mismo, sino terceros con derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales y solicitar la declaratoria de responsabilidad contractual de la fiduciaria por el incumplimiento de las mismas desde el momento en que tienen lugar. Ahora bien, conforme al artículo 75 de la Ley 80 de 1993, esta es la jurisdicción competente para conocer de dichas controversias contractuales, por tanto, se aplican los plazos relativos a la caducidad (Numeral 10° del Art. 136 CCA). En este sentido, el i) el término de caducidad corrió entre el **9 de abril de 2005** y el **9 de abril de 2007**, ii) el mismo se suspendió entre el 2 de marzo de 2007 y el 10 de abril de dicha anualidad por el trámite de conciliación prejudicial; iii) se reanudó cuando aún faltaban 37 días para que feneciera el término de ley y iv) la demanda se presentó el **23 de octubre de 2007**, cuando dicho término había sido ampliamente superado, por lo que operó la caducidad de la acción contractual.
2. Si bien pueden acumularse pretensiones, así no sean conexas y sean excluyentes, siempre que se propongan como subsidiarias (Art. 88 del CGP), debe declararse probada la ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control respecto a las pretensiones subsidiarias de la demanda porque i) cuando la causa petendi de unas y otras pretensiones son idénticas, las mismas no pueden ser contradictorias, ii) si el **origen del daño** proviene de la misma causa o hechos, tanto para las que se encaminan a las controversias contractuales como para las de reparación directa, sólo podrán estudiarse de fondo las relativas a la acción contractual por no poderse dar trámite a una misma causa a través de dos acciones distintas, iii) como la reparación directa es una acción subsidiaria entonces se presenta ineptitud de la demanda en relación con las pretensiones subsidiarias y iv) debido a que el Juez de lo contencioso administrativo en el CCA no tenía competencia para adecuar la demanda al trámite correcto, como en el CPACA, al presentarse la situación procesal de proponerse un medio de control inadecuado, sólo procede la declaratoria de ineptitud de la demanda y la expedición de un fallo inhibitorio frente a estas pretensiones subsidiarias.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala se ocupará de las siguientes premisas normativas: fundamento jurídico de la caducidad, caducidad de la acción contractual y la contabilización del término cuando se trate de contratos estatales regidos por el derecho privado, el contrato de fiducia mercantil de administración de garantía, el derecho del beneficiario de hacer efectiva la responsabilidad del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia mercantil, contratos de corretaje y mandato, la acumulación de pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual en la jurisdicción contencioso administrativa, la ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control y el caso en concreto.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales.

1.1.- Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata de un proceso de controversias contractuales en contra de una sociedad de economía mixta con un capital público superior al 50% (Art. 82 del CCA), y el valor de la cuantía supera los 500 SMLMV, al tenor del numeral 5º del artículo 132 del CCA.

2.- Argumentación Jurídica.

2.1. Fundamento de la figura jurídica de la caducidad.

Conforme lo han señalado las Altas Corporaciones Contenciosa Administrativa³ y Constitucional⁴, la caducidad de la acción debe ser entendida como una figura jurídica que impide formular ante la jurisdicción determinadas pretensiones una vez vencido el término que el legislador ha establecido para cada una de ellas. La razón de ser de tal figura se encuentra en la seguridad jurídica y la paz social. "Las normas de caducidad se fundan en el interés de que los litigios no persistan en el tiempo, en desmedro de la convivencia pacífica y que las entidades públicas puedan definir las gestiones y las políticas estatales en la materia, sin aguardar indefinidamente la solución de controversias que podrían impedir su adopción y ejecución"⁵.

"Su consagración en el ordenamiento jurídico está orientada a ofrecer certeza jurídica a quienes tienen interés en acudir a la justicia para obtener la protección de sus derechos y también a la colectividad a la cual debe garantizársele la seguridad jurídica, de tal modo que cuando se desconoce el término de caducidad se vulnera el derecho al debido proceso."⁶

Así, los términos para presentar cada demanda se encuentran establecidos en normas de orden público, de obligatorio cumplimiento, por lo que su operancia siempre será de pleno

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia de 8 de junio de 2016. Radicación: 54067; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Providencia de 31 de mayo de 2016. Radicación: 54208; Providencia de 2 de mayo de 2016. Radicación 34682. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Providencia de 9 de marzo de 2016. Radicación: 36643, entre otros.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-565/00, Sentencia C-832/01, Sentencia C-644/11, Sentencia T-342/16, Sentencia C-115/98, Sentencia T-075/14, Sentencia SU-659/15, Sentencia T-677/15, Sentencia T-490/14.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia de 16 de mayo de 2016. Radicación: 56842.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz. Sentencia de 27 de enero de 2016. Radicación: 44201.

derecho, es decir, que se configura con el solo pasar del tiempo y por lo tanto el juez puede y debe decretarla, aun de oficio, cuando se verifique que la misma se ha configurado.

Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad jurídica para los asociados y la administración desde la perspectiva procesal, generando certidumbre en cuanto a los tiempos de las personas para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales⁷.

En este sentido, las consecuencias del acaecimiento de la condición temporal que está presente en toda caducidad implican la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública⁸.

Al respecto, dijo la Sala Plena del Consejo de Estado:

La caducidad, ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, es una institución jurídica que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo. Su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se proroga y es la ley la que al señalar el término y el momento de su iniciación, indica el término final invariable o dies fatalis.

Para que se dé el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Iniciado el término con la publicación, notificación o comunicación lo que ocurra, de ahí en adelante no tiene virtualidad alguna para modificar el plazo perentorio y de orden público señalado por la ley. El término se cumple inexorablemente.⁹

2.2. Caducidad del medio de control de controversias contractuales. Art. 136 del CCA. Contabilización del término cuando se trate de contratos estatales regidos por el derecho privado.

El artículo 87 del CCA señala en relación con la acción contractual:

"ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.
 Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su

⁷Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 13 de octubre de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz: "...Ha dicho la Corte: 'La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que, si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho... 'El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta'".

⁸Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998, M. P.: Hernando Herrera Vergara: "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas (art. 136 CCA), de manera que, al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

⁹ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, sentencia del 21 de noviembre 1.991.

existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. (...)"

Especialmente, en lo que tiene que ver con la caducidad del medio de control, el artículo 136 No. 10 del CCA, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, estableció lo siguiente:

"10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
- b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;
- c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;
- d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. (...).
- e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. (...).
- f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento." (Subrayado fuera del texto original).

El término de caducidad previsto en el artículo 136 del CCA es aplicable a los contratos privados de la administración pues, aún cuando no están sometidos al régimen de contratación estatal de la Ley 80 de 1993, conforme al artículo 75 de la misma norma, son contratos estatales y, por tal razón, su conocimiento corresponde a esta jurisdicción. Luego, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia contencioso-administrativa "las normas procesales que le son aplicables son las previstas en el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - normativa que prevé de manera expresa un término de caducidad para presentar la acción de controversias contractuales y no uno de prescripción"¹⁰.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2013. Radicación No. 25000-23-26-000-2009-01045-01(45191), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Sobre el cómputo del término de caducidad en tratándose de contratos privados de la administración, la jurisprudencia de la máxima Corporación ha puntualizado lo siguiente¹¹:

“El a quo consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció.

“Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

“Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues **este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal.** Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado.

“En este orden de ideas, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136.10, lit. b) del CCA., **teniendo en cuenta que este contrato no requiere liquidación, porque la ley no la impuso** (...) (Subrayado y negrita fuera del texto original)

En consecuencia, los contratos de derecho privado de la administración el término de caducidad de dos (2) años empieza a contabilizarse a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, pues no están sometidos al régimen de contratación estatal de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, por lo que no le son aplicables los artículos 60 y 61 de dicha norma, donde se establece qué tipos de contratos estatales de derecho público deben ser liquidados. Son únicamente estos últimos contratos los que deben analizarse, a efectos de determinar la caducidad del medio de control contractual, de conformidad con los numerales a), b), c) y d) del numeral 10º del artículo 136 del CCA que precisamente fijan las reglas de contabilización de este fenómeno jurídico a partir del momento en que se liquida el acuerdo de voluntades que así lo requiera.

Entonces, si bien es cierto que tanto a los contratos estatales regidos por el derecho privado como los sometidos al régimen de contratación estatal les son aplicables las normas de caducidad del medio de control previsto en el artículo 136 del CCA, lo cierto es que cada uno de ellos se verá sometido a una y otra regla de contabilización del término dependiendo

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero.

de los elementos esenciales del acuerdo de voluntades y de si se exige o no que los mismos sean liquidados.

2.3. Contrato de fiducia mercantil de administración y garantía. Objeto, partes del contrato y certificados de garantía fiduciaria.

El contrato de fiducia mercantil de **administración** es un contrato de derecho privado, de naturaleza mercantil, nominado, típico, bilateral y de tracto sucesivo. Se encuentra regulado en los artículos 1226 y siguientes del código de comercio donde se define al mismo como un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Por el contrario, el contrato de fiducia **en garantía y fuente de pago** es comercial, atípico, innominado, bilateral y de tracto sucesivo. Sobre este tipo de fiducia, señala la Corte Suprema de Justicia¹²:

“La fiducia en garantía es un acuerdo de voluntades por el cual una persona llamada fideicomitente o fiduciante le transfiera a una sociedad autorizada, denominada fiduciaria, uno o más bienes que respaldarán las obligaciones contraídas por aquél o por terceros, siendo la nota distintiva, que los beneficiarios de la fiducia, acreedores, podrán solicitar a la administradora del patrimonio autónomo, sin intervención judicial, la realización del objeto materia del convenio, para la solución de sus acreencias.” (Subrayado fuera del texto original).

Entonces, en este tipo contractual el fideicomitente entrega bienes y recursos a la fiduciaria con la finalidad de que dicho fideicomiso garantice el pago de las obligaciones que aquél adquiera. Los acreedores del fideicomitente serán beneficiarios del patrimonio autónomo y se encuentran facultados a solicitar a la fiduciaria el cumplimiento del objeto contractual mientras su obligación no se encuentre satisfecha.

De igual forma, ha señalado la máxima Corporación que el contrato no constituye, dada su naturaleza, una garantía real por cuanto no recae directamente sobre los bienes constitutivos del patrimonio autónomo, sino un derecho personal o de crédito contra el patrimonio fideicomitado que, por los usos mercantiles, se representa con los **certificados de garantía** que se expiden a favor de los beneficiarios.

No obstante, dichos certificados “lejos de tener una valía jurídica propia y desligada del negocio fiduciario, sirven como medio de instrumentación de los gravámenes constituidos como quiera que dejan constancia de la obligación garantizada y su monto, en aras de que se pueda determinar, en cada caso, el porcentaje de la participación frente al patrimonio creado”¹³. De allí que no pueden ser entendidos como títulos valores, ni como títulos crediticios¹⁴ independientes de la fiducia mercantil:

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicación No. SC6227-2016. Radicación No. 1100131030051998-01111-01. Providencia del 12 de mayo de 2016.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: Álvaro Fernando García Restrepo. Providencia del 3 de septiembre de 2020. Radicación No. 76001-31-03-008-2014-00222.01.

“Una de las características de los contratos de fiducia de garantía, es la expedición por parte de la fiduciaria, como vocera del fideicomiso correspondiente, de certificados de garantía a favor del acreedor garantizado, en el cual se indica el valor de la obligación amparada por la fiducia en garantía. Las fiduciarias llevan un registro y control sobre los certificados expedidos. Este certificado no es un título valor, ni un título de crédito, solamente cumple con la función de constancia al acreedor de la garantía que ha sido registrada a su favor, y, por ende, no es constitutivo de las obligaciones garantizadas, ni mucho menos debe tenerse como un requisito para que una fiducia mercantil tenga fines de garantía el que previamente se haya expedido tales certificados de garantía”¹⁵.

El procedimiento, modalidad de expedición, monto, cobertura, términos y condiciones atinentes a los certificados de garantía, deben ser convenidos por las partes del negocio fiduciario, atendiendo a lo establecido en el contrato de fiducia y/o en las instrucciones impartidas por el fideicomitente.

En todo caso, el fideicomiso se constituye para amparar la obligación del fideicomitente pero no configura, en ninguna circunstancia, una obligación principal para con el fideicomisario como la existente entre el fideicomitente y los beneficiarios. De allí que cuando el fideicomitente garantice la obligación, la garantía otorgada por el fideicomiso también se extinga.

En este sentido, cuando se realiza la amortización de los créditos correspondientes a los acreedores garantizados con el fideicomiso y se satisfacen las obligaciones del fideicomitente con los bienes del patrimonio autónomo, es posible renovar los certificados expedidos liberando el cupo para la expedición de certificados adicionales, a fin de permitir la consecución de nuevos créditos y fideicomisarios. Situación que implica que los beneficiarios del contrato de fiducia mercantil en garantía puedan **variar** en el tiempo, de acuerdo con las acreencias que se pretendan respaldar con el contrato de fiducia en garantía y en la medida que el fideicomitente cancele sus obligaciones.

Al cumplir con la totalidad de las obligaciones garantizadas, el patrimonio autónomo se puede liquidar restituyendo los bienes transferidos al fideicomitente, o a un tercero.

Debe destacarse que la **etapa de liquidación** en el contrato de fiducia mercantil no es un elemento esencial ni natural del contrato, sino accidental¹⁶, es decir, que proviene de la voluntad de las partes y no es exigida por la ley, en caso de que no se haya convenido por el fideicomitente y la fiduciaria. Es por ello que, el Consejo de Estado se ha referido a la liquidación de este acuerdo de voluntades, señalando que “las disposiciones mercantiles **no** establecen esta etapa en los contratos de fiducia mercantil, ni esta clase de contratos está sujeta a liquidación”¹⁷. Luego, si bien el fideicomitente y la fiduciaria pueden pactar, en ejercicio de su voluntad, la cláusula de liquidación, este elemento no es esencial, ni natural al contrato de fiducia mercantil en garantía.

¹⁵ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-068603 del 11 de junio de 2013.

¹⁶ Art. 1501 del Código Civil: **COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS**. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 14 de marzo de 2019. Rad. 54001-23-31-000-1997-12669-01(41625).

2.4. El derecho del beneficiario de hacer efectiva la responsabilidad del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia mercantil. Existencia de una relación de naturaleza contractual.

Respecto a los beneficiarios del fideicomiso o los fideicomisarios la jurisprudencia ha sido enfática en sostener su legitimación en la causa por activa para solicitar la indemnización de perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato de fiducia mercantil aunque no se consideren partes del contrato, ni tengan sus mismos derechos y obligaciones. El artículo 1235 del código de comercio señala como **derecho** del beneficiario del contrato el de "exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas" pues, en todo caso, el contrato de fiducia mercantil crea una estipulación a favor de un tercero (Art. 1506 del código civil) que está interesado en el cumplimiento del objeto contractual.

Sobre el particular, ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹⁸:

"El beneficiario o fideicomisario, cuando por disposición autónoma del constituyente se determina la finalidad fiduciaria en su provecho, por la definición *iuris* de la categoría de la fiducia mercantil, su función práctica o económica social y expresa disposición legal (artículo 1226 del Código de Comercio), es un tercero, cuyos derechos son exclusivamente los de su posición, situación o calidad, y no deja de serlo, aún si las partes lo denominan de forma diferente, ni se convierte en parte del contrato por la aceptación del beneficio pactado.

(...)

Sentada esta premisa, en el negocio fiduciario, la posición jurídica del beneficiario interesado a cuyo favor se estipula el beneficio de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente, es la de tercero, y así se le denomine de forma diferente no deja de serlo, pues parte y tercero son nociones diversas.

Es preciso señalar, empero, que a diferencia de la estipulación a favor de un tercero regulada en general donde su derecho se circunscribe a la prestación estipulada, en la fiducia mercantil se concede legitimación tanto del tercero beneficiario cuanto del fiduciante para exigir el cumplimiento de la finalidad fiduciaria determinada en beneficio de aquél.

En efecto, por la relación de confianza, especificidad estructural y funcional del negocio fiduciario, en preservación de los derechos del tercero beneficiario y seguridad de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente en su provecho, el ordenamiento jurídico extiende su legitimación, otorgándole ciertos derechos, facultades y acciones, usualmente reservados a las partes del acto dispositivo; así, le confiere "además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley", los de "[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: William Namén Vargas. Providencia del 1 de julio de 2009. Red. 11001-3103-039-2000-00310-01.

de ellas”, impugnar sus actos anulables en los casos legales y exigir la restitución de los bienes fideicomitados, oponerse a medidas cautelares o de ejecución contra éstos o por obligaciones que no lo afectan si no lo hace el fiduciario, solicitar su remoción por causas justificadas y el nombramiento provisional de administrador (artículo 1235 Código de Comercio), demandar el inventario de los bienes recibidos (artículo 1231, ibidem) (...) entre otras”¹⁹.

Luego, aunque los fideicomisarios no adquieren la calidad de parte del contrato de fiducia, lo cierto es que debido al interés directo que les concierne en relación con el desarrollo del objeto del contrato de fiducia, el ordenamiento jurídico les reconoció ciertos derechos con la finalidad de velar por el cumplimiento de las obligaciones mercantiles. Prerrogativas dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de exigir la responsabilidad del fiduciario por el incumplimiento de las cláusulas e instrucciones del contrato de fiducia por la vía judicial, haciendo extensiva su legitimación.

De allí que se entienda que la relación existente entre los beneficiarios y la fiduciaria sea de naturaleza **contractual** por lo que cuando se pretende “que se declare que la fiduciaria incumplió el contrato y que como consecuencia de ello se ordene el pago de unas sumas de dinero, se infiere que está plenamente acreditada su legitimación en causa por activa”²⁰.

2.5. Contratos de corretaje y mandato. Derechos del mandante y su legitimación en la causa para demandar los negocios jurídicos que celebre el mandatario.

El **contrato de corretaje** es de naturaleza comercial que se encuentra previsto en los artículos 1340 y siguientes del código de comercio. A través del mismo, un corredor pone en contacto a dos partes para que realicen un negocio jurídico, por cuenta y riesgo de las mismas. La función del corredor es ser un simple intermediario para facilitar el acercamiento de las partes por lo que se considera como un simple facilitador de relaciones comerciales. La remuneración y los derechos del corredor se encuentran estipulados en la misma norma comercial y se rige por las estipulaciones convenidas entre las partes.

Por su parte, el **contrato de mandato** es aquél en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama mandante o comitente y la que lo acepta mandatario (Art. 2142 del código civil):

“Lo que constituye la razón de ser del mandato es la representación del mandante por el mandatario, en el sentido de que los actos ejecutados por este dentro de los límites del mandato producen sus efectos jurídicos es con respecto a aquel, el cual por lo mismo queda obligado por ellos. Esta idea fundamental campea a todo lo largo del estatuto legal del mandato (...)”²¹ (Subrayado fuera del texto original).

En este sentido, el artículo 1505 del código civil señala como efectos de la representación:

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: William Namen Vargas. Providencia del 1 de julio de 2009. Red. 11001-3103-039-2000-00310-01.

²⁰ Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil. MP: Liana Aida Lizarazo. Providencia del 25 de febrero de 2009. Radicación No. 2004-00086-01.

²¹ Gómez Estrada, César. De los principales contratos civiles. Editorial Temis, 3ra Ed. 1996, pg. 392. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP:

“ARTICULO 1505. EFECTOS DE LA REPRESENTACION. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”

El mandato puede ser con y sin representación. Tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado han señalado que, en ambos casos, y a menos que se trate de un mandato oculto para el tercero, los mandantes pueden exigir del tercero el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, pues es su patrimonio el que resulta afectado con la celebración del negocio jurídico.

Respecto al mandato sin representación señaló la Corte Suprema de Justicia²²:

“La fisonomía del mandato no representativo, comporta al interés final del mandante y, por lo mismo, en definitiva sobre su patrimonio recaerán las consecuencias benéficas o adversas de los actos o negocios comprendidos en el encargo de gestión, ejecutado por su cuenta y riesgo, aunque en nombre propio por el mandatario” (Subrayado fuera del texto original).

Luego, tanto el mandante como el mandatario pueden hacer valer sus derechos e intereses a través de la vía judicial en los casos en que se acuerde este tipo contractual.

Frente al mandato con representación, señaló el Consejo de Estado en sentencia de controversias contractuales del pasado 4 de diciembre de 2008²³:

“Cuando el mandatario da a conocer su condición de simple intermediario y descubre que en realidad el negocio se hace a nombre del mandante, es éste finalmente, quien asume las obligaciones y compromisos surgidos de aquel y así mismo, quien adquiere los derechos que se deriven para esa parte del negocio jurídico celebrado con el tercero; existe entonces, “un vínculo directo entre el mandante y el tercero, que permitía el nacimiento de prestaciones del uno en favor del otro y, consecuentemente, la posibilidad de accionar el mandante de manera directa para obtener del tercero la satisfacción de las obligaciones generadas del contrato celebrado entre éste y el mandatario”. (Subrayado fuera del texto original).

2.6. Acumulación de pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual en la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis del medio de control y la fuente del daño.

La demanda ha sido entendida como el instrumento o la forma a través del cual las personas ejercen su derecho de acción, que no es otra cosa diferente a la posibilidad de acudir ante la jurisdicción en procura de sus intereses, con el fin de obtener una decisión de fondo. De ahí que uno de los presupuestos procesales para proferir sentencia sea el de la demanda en forma.²⁴

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: Ruth Marina Díaz Rueda. Providencia del 31 de julio de 2014. Radicación No. 11001-3103-006-2001-00633-01.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del 4 de diciembre de 2008. Radicación No. 25000-23-26-000-1996-02923-01.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01026-01(60904).

Los medios de control son instrumentos procesales en cabeza de un titular de un derecho que se pueden reclamar ante el juez. Si bien estos instrumentos tienen una fuente legal toda vez que son las normas procesales las que establecen la clase o tipo de medio, sus características y elementos configuradores, debemos puntualizar que tal y como se encuentran dispuestos en el ordenamiento jurídico de lo contencioso administrativo en Colombia, debe entenderse que cada uno de estos es cerrado y típico.

Sobre la acumulación de pretensiones, el artículo 145 del CCA señala que en todos los procesos contencioso-administrativos esta figura es procedente en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

El artículo 88 del CGP consagra frente a la acumulación de pretensiones:

"ARTÍCULO 88. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.
2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento."

Ahora bien, respecto a la posibilidad de acumular pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual la jurisprudencia contencioso-administrativa ha admitido, en principio, que este tipo de acumulación es válida como quiera que el Juez de lo contencioso administrativo es competente para conocer de todas las pretensiones, las mismas no se excluyen entre sí, siempre que se eleven como principales y subsidiarias, y pueden tramitarse por el mismo procedimiento: el ordinario²⁵.

Sin embargo, el Consejo de Estado ha señalado que cuando se acumulen pretensiones alusivas a diferentes medios de control no sólo basta con que se cumpla con el criterio de proponerse como principales y subsidiarias, sino que le corresponde al Juez del asunto evaluar la fuente del **daño** y determinar cuál medio de control es el indicado para dar trámite a las pretensiones, pues no es posible tramitar la demanda a través de dos medios de control distintos. Precisamente, es la distinción entre medios de control y la fuente del daño ocasionado, susceptible de ser indemnizado, lo que caracteriza el ejercicio del derecho de acción en la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que le correspondería al Juzgador determinar cuál es el medio de control adecuado para resolver de fondo sobre el asunto, de acuerdo con las pretensiones principales y las subsidiarias, el análisis del daño

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Danilo Rojas Betancourth. Providencia del 2 de mayo de 2016. Radicación No. 68001-23-31000-2002-01168-01 (35940): "En el presente caso, se advierte que el demandante propuso unas pretensiones, las anulatorias del acto administrativo que declaró desierta la licitación, como principales; mientras que las relativas a la supuesta falla del servicio, en las que pidió declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que le ocasionó, fueron propuestas como subsidiarias, siendo unas y otras competencia de esta jurisdicción en primera instancia y susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento ordinario, razón por la cual era perfectamente posible plantearlas en la misma demanda, en la forma en que se hizo". Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Danilo Rojas Bethancourt. Providencia del 29 de mayo de 2014. Radicación No. 25000-23-26-000-2002-00787-01(29655).

ocasionado a los demandantes, el derecho al acceso a la administración de justicia y el principio de economía procesal.

En sentencia 25 de abril de 2012 se señaló frente a la acumulación de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contractual y reparación directa²⁶:

“En el sub júdece se tiene que el actor acumuló en una misma demanda pretensiones que se excluyen entre sí, asunto que podría ser solucionado mediante la formulación de unas principales y otras subsidiarias; sin embargo ello no se limita a que se excluyan, sino que además se trata de pretensiones que deben ser ventiladas mediante el ejercicio de acciones diferentes, tales como la de reparación directa y la de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales si bien se tramitan por el mismo procedimiento, no tienen el mismo fin²⁷ y no es procedente, ni viable que en una misma demanda se ejerzan simultáneamente las dos acciones²⁸.”

(...)

La acción de reparación directa, consagrada en el art. 86 del CCA., si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de esta última en la causa del daño. En efecto, la primera sólo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble o, incluso, por un acto administrativo legal; en cambio, la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño sea un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad.

Así las cosas, frente a la improcedencia de la acumulación de pretensiones que deben ser debatidas por acciones diferentes, resulta apropiada la decisión del a quo de haber estudiado las pretensiones que se tramitaron bajo la acción de reparación directa, por ser la acción escogida por el actor, y descartar las que se debían tramitar bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁹.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Enrique Gil Botero. Providencia del 15 de abril de 2012. Radicación No. 20001-23-31-000-1999-00191-01(23234). Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, expediente No. 11.276, M.P.: Ricardo Hoyos Duque: “Al respecto debe advertirse en primer término que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa no pueden ser acumuladas, en consideración a los objetivos de cada una de estas acciones, tal como lo ha señalado la doctrina: “Es también negativa la posibilidad de acumular la de restablecimiento señalada en el art. 85 del c.c.a. con la de reparación directa permitida en el siguiente. Baste pensar que la acción de restablecimiento del derecho violado que otorga aquel dispositivo como consecuencia de la nulidad del acto infractor, no es la amplia acción de indemnización de perjuicios -como lo ha sostenido el Consejo de Estado- que se funda en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, lesión patrimonial y moral, sino la restringida que solo permite el restablecimiento del derecho conculcado por el acto administrativo nulo, en cuanto a las consecuencias directas e inmediatas ocasionadas por el mismo. Su finalidad no es otra que la de restablecer el estado de legalidad existente hasta el momento de la expedición y vigencia del acto violador de normas positivas superiores, que por esta causa lesionó derechos particulares. “Estas diferencias, en cuanto a los fines pretendidos, los límites del debate y el objeto controvertido muestran la imposibilidad de la mencionada acumulación”.

²⁷ “De los artículos 85 y 86 del C.C.A. se deduce, claramente, que para una y otra acción las causas que originan su ejercicio son distintas. En efecto: La conducta administrativa, como causa, que origina la acción nulidad y restablecimiento es un acto administrativo en firme, que se considera ilegal; se persigue con esta acción no sólo la nulidad de ese acto sino también el restablecimiento, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Para la acción de reparación directa varias son las causas que permiten su ejercicio, como son: causa un hecho, una omisión, una operación administrativa ilegal, la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa por parte de la Administración, que ocasiona un daño; y las conductas materiales provenientes de los particulares que le causan daños a la Administración; se persigue con dicha acción a más de la declaratoria de responsabilidad extracontractual la reparación del perjuicio.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2001, expediente No. 20.608, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁸ En ese sentido: “Necesariamente, con relación a tal desatino debe precisarse que la posibilidad de acumular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la de reparación directa no es admisible, pues no se puede permitir su unificación por ser excluyentes entre sí. Por tanto, tales acciones al tener fines completamente diferentes hacen que se limite el estudio del Juez contencioso tanto en el objeto mismo de debate como en el recaudo probatorio propio del proceso. Así las cosas, como en el sub lite, se formularon indistintamente las dos acciones mencionadas, la Sala habrá de revocar la sentencia de primera instancia y se declarará inhibida para conocer el fondo del asunto”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 25000-23-25-000-2001-02970-01(2808-04), M.P.: Ana Margarita Olaya Forero.

²⁹ En un asunto similar la Sección Cuarta del Consejo de Estado señaló: “Ahora bien, de tiempo atrás ha sido copiosa la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que en el caso de una indebida acumulación de acciones, debe **haber pronunciamiento de fondo** en relación

En este mismo sentido, a partir del análisis del daño por el cual se perseguía indemnización administrativa, en sentencia del 2 de mayo de 2016, el Consejo de Estado resolvió en un caso de acumulación de pretensiones de controversias contractuales y reparación directa³⁰:

“Si es cierto que, como su nombre lo indica, dicho “contrato” tenía por objeto “la compraventa (...) de terrenos”, esto es, de bienes inmuebles, lo cierto es que el mismo nunca nació a la vida jurídica pues, como ya se explicó, por disposición expresa de la Ley –artículo 1857 del Código Civil-, los contratos de este tipo están sometidos a la solemnidad del otorgamiento de una escritura pública; de modo que, a falta de haberse cumplido con dicha solemnidad, aquel no podría reputarse como existente, ni ser declarado como tal a través de la acción de controversias contractuales. En esas circunstancias y dado que, como lo señala de manera reiterada la sociedad actora, sí está acreditado que el municipio realizó las obras anunciadas en dicho documento, en particular, abrió la vía carretable y se abstuvo de realizar trabajos tendientes a mantener la integridad de la propiedad de la demandante, amenazada por la apertura de la vía, la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo resulta ser el mecanismo idóneo para reclamar los perjuicios supuestamente causados por las actuaciones de la administración que, al no estar amparadas por un contrato, constituyen hechos u omisiones administrativos.” (Subrayado fuera del texto original).

Adicionalmente, señaló que “el que actor considerara que la causa petendi provenía de un contrato y no de un hecho, no desdibuja la causa petendi sino el mecanismo judicial a través del cual se tramitó el proceso. Es decir, que la causa del proceso sigue siendo la misma, desde la demanda y su contestación: el incumplimiento de un contrato y la ocupación de terrenos no pagados por el invasor. Que estuvieran amparados en un contrato o no, de ninguna manera elimina, cambia o muta la razón de ser de la demanda –causa petendi-, y por eso el demandado pudo y debió decir en este proceso si los predios que hicieron parte del contrato y los que no hicieron parte de él los ocupó y pagó o no. Ampararse en la excepción de indebida escogencia de la acción es una burla a la justicia material, pues quien invadió debe pagar lo invadido y sus efectos dañinos, sobre todo cuando claramente se lo plantean en la demanda, que antojadizamente elude contradecir en estos aspectos”³¹.

Luego, en ejercicio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, le corresponde al Juez del asunto determinar cuál de los medios de control invocados por el demandante en las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda es el procedente para proferir un fallo de fondo sobre el asunto, sin que ello signifique desdibujar la causa petendi o desconocer el daño por el cual se persigue indemnización.

con aquellos actos administrativos respecto de los cuales se haya ejercitado la acción procedente, y **habrá pronunciamiento inhibitorio** respecto de los actos sobre los que se incoa la acción improcedente.” Sentencia del 5 de febrero de 2009, expediente No. 25000-23-27-000-2004-01269- 01(15925), M.P. (E): Héctor J. Romero Díaz. (Negrita fuera del texto original).

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Danilo Rojas Betancourth. Providencia del 2 de mayo de 2016. Radicación No. 68001-23-31000-2002-01168-01 (35940). Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Enrique Gil Botero. Providencia del 8 de agosto de 2012. Radicación No. 05001-23-24-000-1991-06230-01 (20346), donde se analizaron las pretensiones principales de declaratoria de incumplimiento del convenio interadministrativo, para determinar que la controversia debía estudiarse a través del medio de control de reparación directa, bajo el causal de las pretensiones subsidiarias de la demanda, pues los terrenos objeto de ocupación por parte de la demandada, eran terrenos distintos a los del convenio interadministrativo “de manera que para la Sala esta pretensión no tiene naturaleza contractual sino extracontractual, es decir, que su causa no proviene del contrato interadministrativo sino de las actuaciones materiales de la parte demandada, de allí que su estudio no se gobierna por la acción que se ejerció.”

³¹ Ibidem.

De allí que pueda concluirse que, si bien no se configura la indebida acumulación de pretensiones cuando se proponen como principales y subsidiarias las súplicas relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual, ello no implica que el Juzgador deba dar trámite a las pretensiones a través de dos medios de control diferentes, al ser ello improcedente. Lo que corresponde es analizar e identificar la **fuerate** del daño para establecer cuál es el medio de control procedente y resolver la controversia en virtud del derecho al acceso a la administración de justicia.

2.7. Ineptitud de la demanda por la indebida escogencia del medio de control.

La indebida escogencia del medio de control conlleva a la expedición de una sentencia inhibitoria, en la medida en que las pretensiones de la demanda no deben ser tramitadas por la acción incoada por la parte actora, sino que debieron ser discutidas y debatidas a través de otro medio de control distinto que permitiera al Juez natural del asunto emitir pronunciamiento de fondo sobre el asunto, garantizando el derecho al debido proceso de la contraparte.

Tal excepción exige, por supuesto, remitirse a los hechos y las pretensiones de la demanda, a fin de determinar cuál es el medio de control procedente considerando, cuando se trata de la responsabilidad contractual y extracontractual, lo dispuesto en los artículos 86 y 87 del CCA:

ARTICULO 86. ACCION DE REPARACION DIRECTA. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. (Subrayados fuera del texto original).

Así como las demás características propias del medio de control de reparación directa y los demás previstos en el CCA.

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

Los siguientes son los elementos probatorios que se recaudaron en el presente proceso, cuya valoración resulta relevante para resolver los problemas jurídicos planteados con la demanda y su contestación:

- 1.1.** Copia autentica del Contrato de Fiducia de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre la sociedad Confecciones Doskar Medellín & Compañía Limitada y la sociedad Fiduciaria Industrial S.A. Fiduifi S.A. hoy Fiduagraria S.A. del 3 de agosto de 2002 (fls. 97-111, c. principal 1):

“CLÁUSULA PRIMERA: NATURALEZA DEL CONTRATO. Este es un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago que debido a la especialidad de su objeto y de las obligaciones que adquieren las partes reviste carácter *intuitu personae*.

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO. El objeto del presente contrato será la constitución del patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO DOSKAR – FIDUIFI” con los recursos y activos descritos en la cláusula cuarta del presente contrato, con el propósito de que la FIDUCIARIA lo administre, constituya una fuente de pago de las obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE y a favor de los beneficiarios de la fuente de pago y garantice adicionalmente el crédito del FIDEICOMITENTE con el Banco Colpatria, dentro de los términos y condiciones establecidos en el presente contrato.

CLÁUSULA TERCERA: BENEFICIARIOS. Serán beneficiarios del presente contrato:

(...)

3.2. BENEFICIARIO DE LA GARANTÍA FIDUCIARIA: Será(n) la(s) entidad(es) financiera(s) por el cien por ciento (100%) de la(s) obligación(es) a su favor. La FIDUCIARIA, previa solicitud del FIDEICOMITENTE expedirá a favor de la entidad financiera el respectivo certificado de garantía, el cual podrá ejecutarse en los términos del parágrafo de la cláusula décima primera del presente contrato.

(...)

CLÁUSULA CUARTA: TRANSFERENCIA. Mediante el presente Contrato el FIDICOMITENTE se obliga a transferir a favor del patrimonio autónomo denominado “DOSKAR – FIDUIFI los siguientes activos y recursos:

4.1. Los recursos provenientes del(os) crédito(s) otorgado(s) al FIDEICOMITENTE por la(s) entidad(es) financiera(s), así como los recursos provenientes de otros créditos que se otorguen al FIDEICOMITENTE.

4.2. Las facturas cambiarias de compraventa emitidas por el FIDEICOMITENTE en relación con el producto final del contrato de maquila celebrado con LIVERPOOL S.A. debidamente aceptadas por los deudores. Para que se verifique la transferencia, las facturas serán endosadas en PROPIEDAD y con RESPONSABILIDAD a nombre del patrimonio autónomo DOSKAR-FIDUIDI y serán entregadas a la FIDUCIARIA. (...).

4.3. Los derechos económicos que se deriven de las órdenes de compra y/o producción y/o pedido efectuadas por terceros con quienes el FIDEICOMITENTE tenga relaciones comerciales. (...).

PARÁGRAFO PRIMERO: Sin perjuicio del monto que se transfiera al patrimonio autónomo con el objeto de cubrir los pagos a favor de los

BENEFICIARIOS, el FIDEICOMITENTE se obliga a ingresar al fideicomiso recursos adicionales provenientes de cualquier fuente, en el evento que los recursos líquidos del fideicomiso no resulten suficientes para efectuar los pagos a los BENEFICIARIOS.

PARÁGRAFO SEGUNDO. CONTROL DE FLUJOS DEL FIDEICOMISO. La FIDUCIARIA efectuará el seguimiento del pago de la cartera transferida y de los derechos patrimoniales cedidos. En el evento que se registre un nivel de incumplimiento pueda conllevar en consideración de la FIDUCIARIA, demora o imposibilidad de cumplir con los pagos a favor de los BENEFICIARIOS, ésta informará de tal circunstancia al FIDEICOMITENTE para que adopte los correctivos a los que hubiera lugar. Igualmente, informará a los BENEFICIARIOS para que también implementen las medidas que estimen pertinentes.

(...)

CLAÚSULA SÉPTIMA: OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA. Además de las obligaciones estipuladas en los artículos 1226 y siguientes del código de comercio, la FIDUCIARIA en calidad de representante del fideicomiso, cumplirá con las INSTRUCCIONES previstas en la cláusula segunda del presente contrato y la siguientes obligaciones específicas:

1. Constituir un patrimonio autónomo inembargable con los recursos transferidos por el FIDEICOMITENTE.
2. Abrir las cuentas corrientes necesarias para la administración bancaria de los recaudos de la cartera transferida.

(...)

5. Recibir y administrar los recursos que ingresen a la cuenta del fideicomiso.
6. Efectuar las provisiones que se estimen necesarias para atender los pagos que se atiendan con la fuente de pago.
7. Cancelar a los BENEFICIARIOS, en los términos y condiciones acordados con el FIDEICOMITENTE, las obligaciones a su favor, siempre y cuando cuente con recursos el fideicomiso para tal efecto y hasta la concurrencia de los mismos

(...)

10. Efectuar las operaciones necesarias para que se descuenten las facturas transferidas al fideicomiso, con el propósito de obtener liquidez para efectuar prepagos o pagos de las obligaciones a favor de los BENEFICIARIOS.
11. Exigir al fideicomitente la sustitución de las facturas cambiarias que no cumplan con las características de solvencia y cumplimientos requeridas para la ejecución del contrato.

(...)

16. Llevar la personería para la protección y defensa del fideicomiso contra actos de terceros y aún del mismo FIDEICOMITENTE, con cargo exclusivamente a los recursos del patrimonio autónomo y/o del FIDEICOMITENTE.

(...)

18. Controlar el flujo de los ingresos relacionados con el objeto de este contrato, para lo cual podrá inspeccionar los libros de contabilidad del fideicomitente en la parte que tiene relación con el presente contrato, pedir la información que se requiera para su desarrollo e informar a los BENEFICIARIOS las anomalías que llegaren a detectarse.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE GARANTÍA. La FIDUCIARIA expedirá a favor del BENEFICIARIO(S) de la garantía fiduciaria, los certificados de garantía que le indique el FIDEICOMITENTE con cargo a los flujos futuros de los derechos patrimoniales cedidos al fideicomiso, traídos a valor presente y después de cancelados los impuestos a que hubiere lugar (...).

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: DURACIÓN. El presente contrato estará vigente desde la fecha de su perfeccionamiento y su vigencia se extenderá por todo el tiempo que sea necesario para dar cumplimiento total a la obligación a favor del BENEFICIARIO sin que en todo caso pueda superar el máximo legal permitido. No obstante, podrá darse por terminado en forma anticipada por las siguientes causales:

(...)

2) Por el incumplimiento o la imposibilidad de cumplir su objeto.

3) En el evento que los BENEFICIARIOS demanden el pago de la obligación a su favor por vía diferente al presente contrato. (...)

CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. A la terminación del contrato, por cualquiera de las causales legales o contractuales, perderá vigencia el objeto y las instrucciones de éste, y la gestión de la FIDUCIARIA deberá dirigirse exclusivamente a realizar actos directa o indirectamente relacionados con la liquidación del negocio. Para esto pagará todas las obligaciones a cargo del mismo hasta la concurrencia de los recursos y teniendo en cuenta la prelación de pagos establecida en este contrato, y entregará los excedentes, si los hubiere, al FIDEICOMITENTE; de igual forma deberá entregar la correspondiente rendición de cuentas al FIDEICOMITENTE. Si transcurrido un mes desde la presentación del acta de liquidación al FIDEICOMITENTE, éste no la devolviera debidamente firmada, la liquidación se hará de manera unilateral por parte de la FIDUCIARIA. El plazo total para la liquidación del contrato será de dos (2) meses, plazo éste que podrá ser prorrogado por acuerdo entre las partes.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA: LEGISLACIÓN APLICABLE. En lo no previsto en las cláusulas anteriores, el presente contrato se regulará por lo que disponen los artículos 1226 y siguientes del código de comercio, el estatuto orgánico del sistema financiero y por las instrucciones de la Superintendencia Bancaria." (Subrayado fuera del texto original).

1.2. Otrosíes No. 1, 2, 3, 4, 5, y 6 al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago donde se modifica la cláusula segunda relativa al

objeto contractual, las obligaciones del fideicomitente y la fiduciaria, se transfirió al fideicomiso doscientas cincuenta y dos (252) máquinas y se incluye "a las personas jurídicas que otorguen créditos al FIDEICOMITENTE y/o al fideicomiso DOSKAR-FIDUIFI" como beneficiarios del patrimonio autónomo (fls. 112-137, c. principal 1).

- 1.3.** Pagarés a la orden suscritos por la sociedad de comercialización internacional Doskar S.A. "C.I. Doskar S.A" en beneficio de los señores Zoraida Fernández, Leyla Yolanda González Ogliastri, Olga Hernández Benjumea, Yolanda León Henao, Esperanza Cruz Moreno, Pablo José Borrero, Fredy Fernando Penagos, Gloria Penagos, Teresa Rivera Penagos, Ángela María Piedrahita de Lozano, Sabine Kuntschen, Paula Andrea Gómez Osorio, Miriam Rodríguez Estela, José Zarzur, María Isabel Botero Salcedo, Fernando Trujillo Herrera, Hernán Cabal Rebolledo, Olga Lucía Cabal, Juan Francisco Sarasti, Gilberto Sánchez, Gustavo Adolfo Fernández, Sincron Diseño Eléctrico Ltda., Danilo Hurtado, Susana Mejía, María Cristina Lora Garcés, Alicia de Medrano, Halma Valencia, Belisa Restrepo de Jiménez, Lucía Patiño, María Clara Rodríguez Estela, Fabiola Patiño de Sánchez, María Cristina Sardi, Rodríguez Jiménez & Cía. S en C., Reinaldo Martínez, Luis Eugenio Cucalón, Iván Ramírez, Víctor M. Rodríguez, Fernando José Cabal, María Eugenia Gutiérrez de Martínez, Jaime Álvarez, Luis Alfonso Posso Bedoya, Andrés Fernando López Martínez, Josefina Pardo de Schneider, María Isabel Estela Duque, Jorge León Rivera Cruz, Pablo A. Arboleda Prado, Diana Larrete Saba, Diego Urdinola Arango, Hugo Gutiérrez Moreno, Productos Alimenticios La Locura S.A. y Laurentino Carrión Diez, por los contratos de mutuo o crédito celebrado entre dichas partes (fls. 59-308, c. de pruebas allegado con la demanda).
- 1.4.** Pagarés a la orden suscritos por la sociedad de comercialización internacional Doskar S.A. "C.I. Doskar S.A" en beneficio de CREDIVALORES S.A. (fls. 309-325, c. de pruebas allegado con la demanda).
- 1.5.** Contratos de corretaje y mandato celebrados entre INGEFIN S.A. y los señores Yolanda León Henao, Luis Felipe Villegas, Carlos Andrés Vidal Perdomo, Alicia de Medrano, Esperanza Cruz Moreno, Pablo José Borrero, Freddy Fernando Penagos Rivera, Teresa Rivera Penagos, Ángela María Piedrahita de Lozano, Jaime Álvarez, María Cristina Lora Garcés, Halma Valencia, Gilberto Sánchez, Hernán Cabal Rebolledo, María Eugenia Gutiérrez de Martínez, Fernando José Cabal Sinisterra, Susana Mejía, Danilo Hurtado, Belisa Restrepo Jiménez, María Clara Rodríguez Estela, Fabiola Patiño de Sánchez, María Cristina Sardi, Miriam Rodríguez Estela, Fernando Trujillo Herrera, Víctor Manuel Rodríguez Estela, Luis Eugenio Cucalón e Iván Ramírez Wuttemberg, entre otros, junto con las declaraciones de celebración de contratos de corretaje y mandato de los ya señalados y de los señores Leyla Yolanda González Ogliastri, Olga Hernández Benjumea, Sabine Kuntschen, Paula Alejandra Gómez Osorio, José Zarzur, María Isabel Botero Salcedo, Olga Lucía Cabal, Juan Francisco Sarasti Jaramillo, Álvaro Sánchez Lesmes, Rodríguez Jiménez & Cía. S en C. y Reinaldo Martínez, en los siguientes términos (fls. 1-80, c. exhibición de documentos y fls. 561-628, c. de pruebas allegado con la demanda)

"CONTRATO DE MANDATO

CLÁUSULA PRIMERA: El MANDANTE otorga a la MANDATARIA la facultad de suscribir con los deudores de aquella, los contratos de Garantía Real, Fuente de Pago, Cesión de Derechos, o actuar como endosatario, acreedora vinculada, o cualquier otra calidad que requiera la obtención de las garantías necesarias tendientes al afianzamiento de los créditos u operaciones de inversión que el MANDANTE ha celebrado con sus deudores demandantes de recursos (...)

CLÁUSULA TERCERA: Las partes dejan expresa constancia que los dineros que reciba LA MANDATARIA en ejercicio de las facultades conferidas en el presente contrato y a través de cualquiera de los títulos valores, contratos de garantía, fuente de pago, etc., que suscriba con los demandantes de recursos son de exclusiva propiedad de EL MANDANTE. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Se excluyen de lo pactado en la presente cláusula los dineros correspondientes a la comisión a que tiene derecho LA MANDATARIA en virtud a su actividad de corretaje (...)

CLÁUSULA CUARTA: El presente contrato tendrá como término de duración el de los contratos de garantía que suscriba LA MANDATARIA en ejercicio del presente contrato y en todo caso subsistirá mientras existan sumas o saldos insolutos a favor de EL MANDANTE, que tengan como causa las inversiones o crédito que haya otorgado en virtud de su relación comercial con LA MANDATARIA (...).

- 1.6.** Ratificación y aceptación de pago suscrito por los señores Luis Alfonso Posso Bedoya, Josefina Pardo de Schneider, María Isabel Estela Duque, Jorge León Rivera Cruz, Pablo A. Arboleda Prado, Diana Larrarte Saba, Diego Urdinola Arango, Hugo Gutiérrez Moreno, Productos Alimenticios La Locura S.A. y Laurentino Carrión Diez en relación con el contrato de mandato con representación otorgado a la sociedad MESA DE INVERSIONES S.A. para la celebración del contrato de Garantía Real y Fuente de Pago para asegurar el pago de los créditos otorgados a Doskar C.I. Ltda. (fls. 629-646, c. de pruebas allegado con la demanda).
- 1.7.** Certificados de garantía fiduciaria expedidos a favor de los beneficiarios INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A., así como dictamen pericial rendido por el perito financiero Carlos Eduardo Jaimes Jaimes de la siguiente manera (c. de pruebas allegado con la demanda, fls. 81-234 y 1-52, c. exhibición de documentos, fls. 424-439, c. 1 y c. 16):
- Otorgadas a INGEFIN S.A. por las inversiones de las siguientes personas naturales: Leyla Yolanda González Ogliastri, Olga Hernández Benjumea, Yolanda León Henao, Esperanza Cruz Moreno, Pablo José Borrero, Freddy Fernando Penagos Rivera, Teresa Rivera Penagos, Ángela María Piedrahita de Lozano, Sabine Kuntschen, Paula Gómez Osorio, Miriam Rodríguez Estela, María Isabel Botero Salcedo, Fernando Trujillo Herrera, Hernán Cabal Rebolledo, Juan Francisco Sarasti Jaramillo, Gilberto Sánchez, Sincron Diseño Electrónico Ltda., Danilo Hurtado, Susana Mejía, María Cristina Lora Garcés, Halma Valencia, Belisa Restrepo Jiménez, Lucía Patiño, María Clara Rodríguez Estela, Fabiola Patiño de Sánchez, María Cristina Sardi, Rodríguez Jiménez & Cía. S en C., Reinaldo Martínez, Luis Eugenio Cucalón, Iván Ramírez Wuttemberg, Víctor Manuel Rodríguez Estela, Fernando José Cabal Sinisterra,

María Eugenia Gutiérrez de Martínez y Jaime Álvarez:

CERTIFICADO DE GARANTÍA	VIGENCIA DE LA GARANTÍA	
3-181-050	Desde 10 de febrero de 2004	Hasta 17 de diciembre de 2004
3-182-085	Desde 22 de junio de 2004	Hasta 20 de enero de 2005
3-182-086	Desde 02 de agosto de 2004	Hasta 18 de abril de 2005
3-182-091	Desde 06 de agosto de 2004	Hasta 18 de marzo de 2005
3-182-101	Desde 30 de agosto de 2004	Hasta 18 de mayo de 2005

- Otorgadas a MESA DE INVERSIONES S.A. por las inversiones de las siguientes personas naturales: Luis Alfonso Posso Bedoya, Andrés Fernando López Martínez, Josefina Pardo de Schneider, María Isabel Estela Duque, Jorge León Rivera Cruz, Pablo A. Arboleda Prado, Diana Larrete Saba, Diego Urdinola Arango, Hugo Gutiérrez Moreno, Productos Alimenticios La Locura S.A. y Laurentino Carrión Diez:

CERTIFICADO DE GARANTÍA	VIGENCIA DE LA GARANTÍA	
3-182-071	Desde 23 de abril de 2004	Hasta 4 de junio de 2004
3-182-074	Desde 23 de abril de 2004	Hasta 7 de julio de 2004
3-182-075	Desde 23 de abril de 2004	Hasta 10 de junio de 2004
3-182-103	Desde 31 de agosto de 2004	Hasta 30 de noviembre de 2004
3-182-104	Desde 31 de agosto de 2004	Hasta 06 de septiembre de 2004
3-182-105	Desde 31 de agosto de 2004	Hasta 5 de noviembre de 2004
3-182-106	Desde 31 de agosto de 2004	Hasta 03 de diciembre de 2004
3-182-107	Desde 31 de agosto de 2004	Hasta 28 de octubre de 2004
3-182-108	Desde 31 de agosto de 2004	Hasta 21 de abril de 2005
3-182-116	Desde 02 de noviembre de 2004	Hasta 03 de diciembre de 2004
3-182-117	Desde 02 de noviembre de 2004	Hasta 30 de noviembre de 2004
3-182-118	Desde 2 de noviembre de 2004	Hasta 3 de diciembre de 2004

- Otorgadas a CREDIVALORES S.A., representado por el cesionario ESTRUCTURADORES S.A., por sus propios créditos otorgados a la fideicomitente:

CERTIFICADO DE GARANTÍA	VIGENCIA DE LA GARANTÍA	
3-180-034	Desde 20 de enero de 2004	Hasta 20 de julio de 2004
3-180-078	Desde 21 de mayo de 2004	Hasta 23 de septiembre de 2004
3-180-079	Desde 21 de mayo de 2004	Hasta 23 de agosto de 2004

3-180-087	Desde 02 de agosto de 2004	Hasta 22 de noviembre de 2004
3-180-088	Desde 02 de agosto de 2004	Hasta 31 de marzo de 2005
3-180-109	Desde 23 de septiembre de 2004	Hasta 23 de mayo de 2005

- 1.8.** Comunicación de **diciembre 21 de 2004** remitida por Fiduagraria S.A. a Doskar Cía. Ltda. donde se reitera que los pagos correspondientes a la facturación que se expida a favor de la fideicomitente deben efectuarse a las cuentas corrientes creadas por la fiduciaria (fls. 579 y 580, c. principal 2).
- 1.9.** Rendición de cuentas **diciembre 31 de 2004** con el informe de estado de órdenes de pago (fls. 997-1027, c. 1 y c. de pruebas allegado con la demanda):

“Reunión de acreedores.

En las instalaciones de la Fiduciaria se llevó a cabo una reunión el día **tres de diciembre de 2004**, cuyos asistentes fueron:

- Alberto Peralta por C.I. DOSKAR S.A.
- Lucero Jiménez, César Torres y José Julián Estada por Fiduagraria S.A.
- Víctor Rodríguez y Fernando Cabal por Ingefin S.A.
- Alfonso Arango y Jorge Molina por Credivalores S.A.
- Mario Hernán Forero y Norberto Sanabria por Mesa de Inversiones S.A. (...)

Esta reunión fue citada atendiendo a la solicitud del fideicomitente, a fin de hacer una exposición de la situación de C.I. DOSKAR S.A. y las razones por las cuales no se les había atendido los pagos correspondientes.

(...)

Se celebra una segunda reunión de acreedores el día 14 de diciembre de 2004 cuyos asistentes fueron:

- Alberto Peralta por C.I. DOSKAR S.A.
- Lucero Jiménez, César Torres y José Julián Estada por Fiduagraria S.A.
- Víctor Rodríguez y Fernando Cabal por Ingefin S.A.
- Alfonso Arango y Jorge Molina por Credivalores S.A.
- Mario Hernán Forero y Norberto Sanabria por Mesa de Inversiones S.A. (...)

Aspectos relevantes.

Con el fin de normalizar completamente el recaudo proveniente de las facturas de compraventa expedidas por C.I. DOSKAR S.A. la Fiduciaria procedió a la apertura de tres cuentas bancarias las cuales se relacionan a continuación, con el fin de que ingresen al Patrimonio Autónomo los recursos producto de las ventas de C.I. Doskar (...).”

- 1.10.** Comunicaciones remitidas por INGEFIN S.A. y CREDIVALORES S.A. a la Fiduagraria S.A. solicitando la liquidación de intereses de mora de la operación

con vencimiento del 19 de octubre de 2004, diciembre de 2004 y enero de 2005 por incumplimiento del pago de las obligaciones contraídas e insatisfechas (fls. 1274, 1278, 1286, c. principal 1 y c. exhibición de documentos).

- 1.11.** Oficio **VNF-051 del 8 de abril de 2005** remitido por Fiduagraria S.A. a C.I. DOSKAR S.A., con copia a los beneficiarios INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. donde señala (fls. 511 y 512, c. pruebas allegado con la demanda y c. exhibición de documentos):

“Con preocupación observo que la sociedad que usted gerencia continúa recaudando recursos provenientes de facturas endosadas al fideicomiso CI DOSKAR, lo cual se constituye en un grave incumplimiento del contrato fiduciario y de lo acordado en las reuniones celebradas en las mesas de dinero acreedoras del patrimonio autónomo, por lo que nos veremos en la obligación de acudir ante las autoridades competentes dado que esto constituye apropiación de dineros.

(...)

Nuevamente reitero lo antes manifestado en el sentido de abstenerse de recaudar dinero del Fideicomiso, aspecto que debe ser aclarado a sus clientes” (subrayado fuera del texto original).

- 1.12.** Comunicación del **11 de abril de 2005** enviada por C.I. DOSKAR a Fiduagraria S.A. con copia a los beneficiarios INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. donde señala que debe acudirse al mecanismo de arreglo directo establecido en el contrato puesto que considera que no debe efectuar la transferencia inmediata de los recursos a las cuentas del patrimonio autónomo (fls. 513-516, c. pruebas y c. exhibición de documentos).
- 1.13.** Comunicación remitida a MESA DE INVERSIONES S.A. por parte de Fiduagraria S.A. de fecha 22 de abril de 2005 acusando como recibido la documentación para iniciar la ejecución de las garantías de los certificados fiduciarios de garantía Nos. 3-182-071, 3-182-075, 3-182-074, 3-182-103, 3-182-104, 3-182-106, 3-182-107, 3-182-105, 3-182-116, 3-182-117 y 3-182-118 (fl. 1375, c. principal 1).
- 1.14.** Comunicación remitida a C.I. DOSKAR S.A. por parte de Fiduagraria S.A. de fecha 22 de abril de 2005 solicitando la ejecución de garantías fiduciarias de INGEFIN S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A. (fls. 1376 y 377, c. principal 1).
- 1.15.** Contrato de transferencia de propiedad pro solvendo o para el pago celebrado entre las sociedades INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. con I.C. DOSKAR S.A. con fecha del **13 de enero de 2005** (fls. 524-530, c. de pruebas allegado con la demanda).
- 1.16.** Otrosí al contrato de transferencia de propiedad pro solvendo o para el pago suscrito por los representantes legales de INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. con I.C. DOSKAR S.A. donde se celebra dación en pago por las acreencias insolutas a estos beneficiarios del contrato de fiducia pro soluto, suscrito el **15 de mayo de 2005** (fls. 1428-1430, c. principal 1 y de pruebas allegado con la demanda).

1.17. Memorial del **18 de mayo de 2005** suscrito por los representantes legales de INGEFIN S.A y MESA DE INVERSIONES S.A. donde solicita a la Fiduciaria "dar por terminado el proceso contractual de ejecución de las garantías fiduciarias" (fl. 1403, c. principal 1).

2. Análisis probatorio.

Para la Sala los siguientes hechos se encuentran acreditados dentro del expediente:

- Entre la sociedad CONFECCIONES DOSKAR MEDELLÍN & COMPAÑÍA LIMITADA y la sociedad Fiduciaria Industrial S.A. – Fiduifi S.A. hoy FIDUAGRARIA S.A., se celebró el contrato de fiducia de administración, garantía y fuente de pago del 3 de agosto de 2002, con la finalidad de constituir el patrimonio autónomo denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" para respaldar las obligaciones del fideicomitente, C.I. DOSKAR S.A., y garantizar el pago de las acreencias de los beneficiarios determinados en la cláusula tercera (3º) del acuerdo de voluntades (1.1).

- En el contrato de fiducia mercantil y los otrosíes celebrados por el fideicomitente y la fiduciaria, se determinó que FIDUAGRARIA expediría certificados de garantía a los beneficiarios con cargo a los flujos futuros del fideicomiso. Se estipuló que los beneficiarios del patrimonio autónomo serían las entidades financieras y "las personas jurídicas que otorguen créditos al FIDEICOMITENTE y/o al fideicomiso DOSKAR-FIDUIFI" y se determinó cuáles serían los bienes de C.I. DOSKAR S.A. que ingresarían a ese fideicomiso, así como las obligaciones de la fiduciaria respecto a la administración de los recursos, la apertura de cuentas corrientes para la administración de los recaudos de cartera, la protección y defensa del fideicomiso contra actos de terceros o del fideicomitente, el control del flujo de los ingresos relacionados con su objeto, entre otras obligaciones a cargo de FIDUAGRARIA S.A. (1.1 y 1.2).

- También se pactó, en la cláusula décima cuarta del contrato, que aquél estaría vigente por "todo el tiempo que sea necesario para dar cumplimiento total a la obligación a favor del BENEFICIARIO sin que en todo caso pueda superar el máximo legal permitido". Aunado a que se determinó que el acuerdo de voluntades se liquidaría, para lo que la fiduciaria presentaría una rendición de cuentas al fideicomitente y si pasado un mes (1) desde la presentación de la misma, éste no la devolviera firmada, se procedería a la liquidación unilateral a cargo de FIDUAGRARIA S.A. Procedimiento que, en todo caso, no podría superar el término de dos (2) meses, salvo estipulación en contrario (1.1. y 1.2).

- El contrato empezó a ejecutarse en agosto de 2002 (1.1).

- Los señores Zoraida Fernández, Leyla Yolanda González Ogliastri, Olga Hernández Benjumea, Yolanda León Henao, Esperanza Cruz Moreno, Pablo José Borrero, Fredy Fernando Penagos, Gloria Penagos, Teresa Rivera Penagos, Ángela María Piedrahita de Lozano, Sabine Kuntschen, Paula Andrea Gómez Osorio, Miriam Rodríguez Estela, José Zarzur, María Isabel Botero Salcedo, Fernando Trujillo Herrera, Hernán Cabal Rebolledo, Olga Lucía Cabal, Juan Francisco Sarasti, Gilberto Sánchez, Gustavo Adolfo Fernández, Sincron Diseño Eléctrico Ltda., Danilo Hurtado, Susana Mejía, María Cristina Lora Garcés, Alicia de Medrano, Halma Valencia, Belisa Restrepo de Jiménez, Lucía Patiño, María Clara Rodríguez Estela, Fabiola Patiño de Sánchez, María Cristina Sardi, Rodríguez Jiménez & Cía.

S en C., Reinaldo Martínez, Luis Eugenio Cucalón, Iván Ramírez, Víctor M. Rodríguez, Fernando José Cabal, María Eugenia Gutiérrez de Martínez, Jaime Álvarez celebraron contratos de corretaje con la sociedad INGEFIN S.A., con la finalidad de que esta última realizara los acercamientos necesarios para que aquellos otorgaran créditos a C.I. DOSKAR S.A. (1.5).

Adicional a ello, celebraron contratos de mandato donde, en calidad de mandantes, las personas naturales y jurídicas descritas, otorgaron la facultad a INGEFIN S.A., en calidad de mandataria, de celebrar los contratos de garantía real, fuente de pago y obtención de garantías necesarias tendientes a la amortización y respaldo de los contratos de mutuo celebrados entre los mandantes y C.I. DOSKAR S.A. Todo ello, por cuenta y riesgo del mandante y entendiéndose que, salvo la comisión perteneciente a la sociedad mandataria, los dineros que recibiera INGEFIN S.A. serían de propiedad exclusiva del mandante (1.5).

- En consecuencia, los mandantes otorgaron créditos a C.I. DOSKAR S.A., quien giró pagarés a la orden a su favor y ordenó a la Fiduciaria expedir certificados de garantía a favor de INGEFIN S.A., en calidad de mandatario de dichos acreedores del fideicomitente (1.3).

- En virtud de dicha instrucción del fideicomitente, FIDUAGRARIA S.A. expidió los certificados de garantía Nos. 3-181-050, 3-182-085, 3-182-086, 3-182-91 y 3-182-101 a favor de INGEFIN S.A. con fechas de vencimiento máximas del 18 de abril de 2005 (1.7).

- En el mismo sentido, los señores Luis Alfonso Posso Bedoya, Andrés Fernando López Martínez, Josefina Pardo de Schneider, María Isabel Estela Duque, Jorge León Rivera Cruz, Pablo A. Arboleda Prado, Diana Larrete Saba, Diego Urdinola Arango, Hugo Gutiérrez Moreno, Productos Alimenticios La Locura S.A. y Laurentino Carrión Diez celebraron contratos de corretaje y mandato con la sociedad MESA DE INVERSIONES S.A., con la finalidad de que esta última realizara los acercamientos necesarios para que aquellos otorgaran créditos a C.I. DOSKAR S.A. y obrara como su representante frente al contrato de fiducia mercantil en garantía, con expresa facultad para hacerse cargo de dichos negocios (1.6).

- Los mandantes otorgaron créditos a C.I. DOSKAR S.A., quien giró pagarés a la orden a su favor y ordenó a la Fiduciaria expedir certificados de garantía a favor de MESA DE INVERSIONES S.A., en calidad de mandatario de dichos acreedores del fideicomitente (1.3).

- En virtud de dicha instrucción del fideicomitente, FIDUAGRARIA S.A. expidió los certificados de garantía Nos. 3-182-071, 3-182-074, 3-182-075, 3-180-103, 3-182-104, 3-182-105, 3-182-106, 3-182-107, 3-182-108, 3-182-116, 3-182-117 y 3-182-118 a favor de MESA DE INVERSIONES S.A. con fechas de vencimiento máximas del 3 de diciembre de 2004 (1.7).

- Por su parte, CREDIVALORES S.A., representado en el proceso por ESTRUCTURADORES S.A., otorgó sus propios créditos a C.I. DOSKAR S.A., giró pagarés a la orden a su favor y ordenó a la Fiduciaria expedir certificados de garantía a su favor, en calidad de beneficiario (1.4).

- Los certificados de garantía expedidos por FIDUAGRARIA S.A. para respaldar las acreencias de CREDIVALORES S.A fueron los identificados con Nos. 3-180-034, 3-180-078, 3-180-087, 3-180-088 y 3-180-109 con fechas de vencimiento máximas del 23 de mayo de 2005 (1.7).

- Debido a que se empezaron a presentar incumplimientos por parte de C.I. DOSKAR S.A. en el pago de las acreencias otorgadas por parte de los mandantes de las sociedades INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y de CREDIVALORES S.A. desde el mes de **noviembre de 2004**, el **3 de diciembre del mismo año** se celebró reunión en las instalaciones de FIDUAGRARIA donde se expusieron las razones por las cuales no se habían atendido sus pagos. Allí, se informó a los beneficiarios del fideicomiso que FIDUAGRARIA S.A. no había dado apertura a las cuentas corrientes donde debían transferirse los bienes que entrarían al patrimonio autónomo, por lo que el fideicomiso "DOSKAR-FIDUIFI" no tenía recursos suficientes para garantizar las deudas adquiridas por el fideicomitente y la administración de los mismos estaba siendo desarrollada por la misma sociedad DOSKAR LTDA (1.9).

- El **31 de diciembre de 2004** se rindió cuentas e informe del estado de órdenes de pago donde se señala que el **14 de diciembre del mismo año** se reunieron las partes y el beneficiario para abrir las señas cuentas y "normalizar el recaudo de las facturas de compraventa expedidas por C.I. DOSKAR S.A" (1.9).

- Por lo señalado, el **21 de diciembre de 2004** FIDUAGRARIA S.A. remitió a DOSKAR CÍA. LTDA. y a todos sus acreedores la lista de las cuentas corrientes creadas por la fiduciaria para la transferencia de los recursos establecidos en la cláusula cuarta del contrato (1.8).

- En el mes de **enero de 2005** las sociedades INGEFIN S.A. y CREDIVALORES S.A solicitan a FIDUAGRARIA S.A. la liquidación de intereses de mora ocasionados con las operaciones con certificados de vencimiento de octubre de 2004, diciembre de 2004 y enero de 2005 por el incumplimiento en el pago (1.10).

- El **13 de enero de 2005** las sociedades INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. celebraron con I.C. DOSKAR S.A., contrato de transferencia de propiedad pro solvendo o para el pago, donde se transfieren bienes de propiedad de la fideicomitente como abono al pago de las acreencias e intereses moratorios adeudados (1.15).

- En el mes de **marzo de 2005** las beneficiarias solicitaron la ejecución de los certificados de garantía ante la FIDUAGRARIA S.A. Petición que reiteraron el **22 de abril de esa anualidad** (1.14).

- A través de oficio VNF-051 del **8 de abril de 2005** FIDUAGRARIA S.A. requirió a C.I. DOSKAR S.A. e informó a INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. que la fideicomitente "continúa recaudando recursos provenientes de facturas endosadas al fideicomiso CI DOSKAR, lo cual se constituye en un grave incumplimiento del contrato fiduciario y de lo acordado en las reuniones celebradas en las mesas de dinero acreedoras del patrimonio autónomo, por lo que nos veremos en la obligación de acudir ante las autoridades competentes dado que esto constituye apropiación de dineros" por lo que solicitó que "se abstuviera de seguir recaudando dinero del fideicomiso" (1.11).

- En respuesta al requerimiento fechada el **11 de abril de 2005**, C.I. DOSKAR S.A. informó a la fiduciaria y a los beneficiarios que debían acudir al mecanismo alternativo de solución de conflictos de arreglo directo debido a que consideraba que no debía efectuar la transferencia inmediata de los recursos a las cuentas del patrimonio autónomo (1.12).

- En vista de lo anterior, FIDUAGRARIA dio trámite al procedimiento de ejecución de los certificados de garantía y acusó como recibido la documentación para iniciar el mismo (1.13).

- El **15 de mayo de 2005** las sociedades INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. suscribieron con I.C. DOSKAR S.A. otrosí al contrato de transferencia de propiedad pro solvendo o para el pago del pasado **13 de enero de 2005** donde se celebra dación en pago por las acreencias insolutas de los beneficiarios del contrato de fiducia pro soluto (1.16).

- El **18 de mayo del mismo año** los representantes legales de las sociedades beneficiarias solicitan a FIDUAGRARIA S.A. "dar por terminado el proceso contractual de ejecución de las garantías fiduciarias" (1.17).

Dicho lo anterior, procede la Sala a determinar si se configura o no el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contractual, hoy medio de control, para luego pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda.

Únicamente si se concluye que la demanda del pasado 23 de octubre de 2007 fue interpuesta dentro del término legal, habrá lugar a determinar si la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. incumplió con las cláusulas 2º, 3º, 4º, numerales 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 16 y 18 de la cláusula 7º y las cláusulas 10º y 12º del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago, si se configura alguna de las excepciones propuestas por la demandada y si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios solicitados por la parte actora.

2.1. Se configura la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

La parte demandada propuso como excepción la caducidad de la acción contractual al considerar que el término de dos (2) años de que trata el artículo 136 del CCA corrió desde el momento en que ocurrió el vencimiento de los certificados de garantía otorgados a los beneficiarios del contrato de fiducia mercantil celebrado entre las partes. Lo anterior, por ser éste el momento en que ocurrieron los motivos de hecho y de derecho que motivan la presentación de la demanda.

Lo primero que debe señalar la Sala es que en el presente asunto se persigue la declaratoria de responsabilidad contractual de la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A. por el presunto incumplimiento del clausulado del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre C.I. Dakar S.A. y la demandada, que conllevó a que no se ejecutaran los certificados de garantías fiduciarias que fueron expedidos a favor de los beneficiarios INGEFIN S.A., MESA DE VALORES S.A. y CREDIVALORES S.A.

Lo segundo, que el contrato de fiducia mercantil de administración y garantía es un contrato del derecho privado, atípico, bilateral y de tracto sucesivo que se encuentra regido por el código de comercio, el estatuto orgánico del sistema financiero y las instrucciones de la Superintendencia Financiera (1.1). Luego, se trata de un típico contrato de derecho privado

de la administración al que no le es aplicable el régimen de contratación pública previsto en la Ley 80 de 1993, ni sus modificaciones.

Lo tercero, que tal como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa, a los contratos estatales, incluidos aquellos regidos por el derecho privado, les son aplicables, por vía judicial, las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo, donde se contempla la figura de la caducidad de la acción contractual.

Lo cuarto, que en virtud del numeral 10 del artículo 136 del CCA la caducidad del medio de control de controversias contractuales será de dos (2) años "que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento". Sin embargo, indica el mismo apartado normativo que habrá excepciones a dicha regla general cuando: a) sean de ejecución instantánea, por lo que el término se contabilizará cuando se cumplió debió cumplir el objeto del contrato, b) no requieran liquidación, por lo que los dos (2) años empezarán a correr desde la terminación del contrato, c) requieran liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, donde se contará el término desde la firma de la respectiva acta y d) requieran liquidación y la misma haya sido efectuada por la administración de forma unilateral; caso en el cual se contará el término desde la ejecutoria del acto que la apruebe.

Dicho lo anterior, encuentra la Subsección que el interrogante que debe resolver es cuál de las reglas de caducidad previstas en el artículo 136 del CCA es aplicable al caso en concreto teniendo en cuenta las particularidades del contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pago, que se alega como incumplido, así como la calidad de los demandantes, quienes comparecen al proceso en calidad de beneficiarios del fideicomiso, es decir, terceros respecto a los cuales se estipularon derechos, pero que no adquieren la calidad ni los derechos de las partes del contrato aquí discutido, esto es; el fideicomitente (C.I. DOSKAR S.A.) y la fiduciaria (FIDUAGRARIA S.A.).

a) Tal como se señaló en la parte considerativa, el contrato de fiducia comercial de administración y garantía es un contrato de tracto sucesivo que tiene por objeto respaldar las obligaciones que adquiera el fideicomitente a través de la expedición de los certificados de garantía que se expide a favor de los beneficiarios con cargo al fideicomiso. Sin embargo, ello no crea una obligación principal entre la fiduciaria y los beneficiarios, como sí existe entre estos últimos y el fideicomitente, en calidad de acreedor y deudor de un contrato de mutuo, sino una obligación accesoria que puede extinguirse por varias circunstancias. La principal y deseada por las partes tiene lugar cuando se realiza la amortización de los créditos garantizados por el fideicomiso y se satisface la obligación del fideicomitente con los bienes del patrimonio autónomo, caso en el que se libera el cupo para la expedición de nuevos certificados de garantía a favor de otros beneficiarios que celebren nuevos contratos de mutuo con el fideicomitente y adquieran la calidad de fideicomisarios del contrato. Luego, se trata de terceros que **pueden** variar durante la ejecución del acuerdo de voluntades, a medida que se paguen las obligaciones con ellos contraídas y se celebren nuevos contratos que obliguen patrimonialmente al fideicomitente. Es por ello que, como sucedió en el sub-lite, el contrato de fiducia mercantil no tiene un tiempo de vigencia estipulado inicialmente (cláusula décima cuarta del contrato, 1.1.) pues el respaldo de las obligaciones del fideicomitente puede perdurar el tiempo que sea requerido para asegurar su pago y, en ese sentido, le permite obligarse en repetidas ocasiones, siempre que con los recursos del patrimonio autónomo puedan amortizar sus deudas y las mismas sean canceladas dentro de los plazos que se convengan.

Tampoco se trata de un contrato que **requiera** liquidación pues como se señaló, no es un elemento esencial, ni natural al acuerdo de voluntades, sino accesorio o que nace de la voluntad de las partes. No obstante, aún más importante, no requiere liquidación por cuanto **no** está sometido al régimen de contratación pública de la Ley 80 de 1993, ni a los artículos 60 y 61 de dicha Ley donde se señala cuáles son los contratos estatales que sí requieren ser liquidados. Entonces, sólo cuando se trate de los contratos estatales previstos en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y sometidos al régimen de contratación del Estado y no al derecho privado, deben tenerse en cuenta las excepciones previstas en el artículo 136 del CCA que se refieren, específicamente, a este tipo de acuerdos de voluntades que deben contemplar la etapa post-contractual de liquidación (numerales c) y d) del numeral 10 del Art. 136 del CCA).

b) Por otra parte, respecto a los derechos de los beneficiarios del contrato se encuentra el de "exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas" (Art. 1235 del código de comercio) por lo que, aún en calidad de terceros, pueden demandar el incumplimiento del contrato por parte de la fiducia, debido a que entre aquellos y FIDUAGRARIA S.A. existe una relación de naturaleza **contractual** que está supeditada, precisamente, a las cláusulas del contrato y las obligaciones que fueron convenidas por las partes del contrato de fiducia mercantil y están a cargo de la fiduciaria.

De igual forma, teniendo en cuenta que quedó debidamente demostrado que las personas naturales que conforman la parte activa del contradictorio otorgaron mandato con representación a INGEFIN S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A. para que fueran representados por su propia cuenta y riesgo dentro del contrato de fiducia y fueran estos últimos quienes adquirieran la calidad de beneficiarios en su nombre, por los créditos otorgados a C.I. DOSKAR S.A. (1.3, 1.5 y 1.6), es claro que en virtud del artículo 1505 del código civil, se encuentran facultados para solicitar el incumplimiento contractual, por ser precisamente dicho acuerdo de voluntades el que los vincula con la controversia y "produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

Máxime cuando el patrimonio de aquellos era que se vería afectado por las consecuencias de la ejecución del negocio fiduciario y, en todo caso, el fideicomitente y la fiduciaria tuvieron conocimiento durante la ejecución del contrato que las sociedades INGEFIN S.A. y MESA DE INVERSIONES S.A. actuaban como mandantes de inversionistas que otorgaron créditos a C.I. DOSKAR S.A., por lo que no se ocultó la calidad de simples intermediarias o mandatarias de dichas sociedades, tal como quedó demostrado en los certificados de garantía fiduciaria (1.7), en los oficios remitidos entre las partes contractuales (1.11) y en el contrato de transferencia de propiedad pro solvendo o para el pago, modificado por otrosí del 15 de mayo de 2005 (1.15 y 1.16).

Luego, tanto las beneficiarias del contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pago, como sus mandantes se encuentran legitimados para exigir el cumplimiento de las cláusulas del acuerdo de voluntades a través de la presente acción contractual.

Ahora bien, la pregunta que surge es si aún cuando el contrato de fiducia mercantil no debe ser liquidado, el hecho que las partes hayan convenido pactar cláusula de liquidación, resulta vinculante a efectos de determinar cuál de las subreglas de contabilización de la caducidad

del medio de control es aplicable al sub-lite y si dicha cláusula le es oponible a los beneficiarios del contrato que ahora demandan y, en consecuencia, es posible que con posterioridad a que se efectúe tal liquidación puedan acudir a la jurisdicción en término.

Para la Sala la respuesta a ambos interrogantes es negativa por varias razones: i) porque como se señaló las excepciones previstas en los literales c) y d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA únicamente aplican a los contratos que requieren liquidación y se encuentran contemplados en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, ii) porque no demanda el incumplimiento el fideicomitente, ni ninguna de las partes del acuerdo de voluntades, quienes sí podrían verse sometidas a la cláusula de liquidación del contrato, por ser el momento donde se cruzan cuentas y se determina el estado definitivo de las obligaciones que habían pactado, se da resolución a las controversias surgidas y se da por terminada la relación contractual y iii) porque los beneficiarios, como terceros del contrato, pueden variar en el tiempo dependiendo de si se garantiza o no su obligación y le es pagada su acreencia. Luego, no están sometido a la terminación del contrato, ni a la liquidación del mismo, para reclamar el incumplimiento de la fiduciaria y la satisfacción de sus obligaciones.

Por el contrario, resultaría desproporcionado y desconocedor del derecho al acceso a la administración de justicia y del principio a la seguridad jurídica, que los beneficiarios acudan a la jurisdicción contencioso administrativa quince (15) o veinte (20) años después de los presuntos incumplimientos por los cuales se persiguen indemnización alegando que sólo hasta dicho instante se liquidó el contrato de fiducia mercantil que, como se reitera, no resulta vinculante para aquellos en su calidad de tercero distinto a las partes del acuerdo de voluntades.

En ese mismo sentido, tampoco resulta aplicable el literal b) del numeral 10 del artículo 136 del CCA donde se señala que el término de caducidad de la acción contractual debe demandarse dentro de los dos (2) años siguientes a la terminación del contrato. No sólo porque el acuerdo de voluntades no se sometió a un término de vigencia específica, lo que implicaría que – al igual que la liquidación – los beneficiarios discutan hechos constitutivos de incumplimiento que sucedieron quince (15) o veinte (20) años antes de la terminación del contrato de fiducia mercantil, sino porque dicha cláusula sólo le es oponible a las partes y no a los terceros fideicomisarios, quienes en todo momento, estaban facultados para reclamar el cumplimiento de las cláusulas del contrato a la fiduciaria o adelantar las acciones pertinentes para exigir la satisfacción de la obligación principal respecto al fideicomitente.

Permitir lo anterior atentaría con los presupuestos que estructuran la figura de la caducidad dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativa que precisamente busca que los litigios no persistan en el tiempo, sino que se otorgue seguridad jurídica a quienes acuden ante el Juez del asunto y a las entidades estatales, sin aguardar indefinidamente la solución de controversias bajo el arbitrio que los demandantes.

Así las cosas, teniendo en cuenta que tampoco se trata de un contrato de ejecución instantánea (literal a) del numeral 10 del Art. 136 del CCA) para a Sala la regla de caducidad que debe aplicarse en el caso en concreto es la general que se encuentra establecida en el numeral 10 del artículo señalado donde se establece que el término de caducidad de dos (2) años se cuenta **a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.**

En el presente proceso los motivos de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones de la demanda **no** se circunscriben al vencimiento de las garantías fiduciarias expedidas por la Fiduciaria, como erróneamente lo señaló la demandada y lo reafirmó la parte actora en los alegatos de conclusión.

Los motivos de hecho y de derecho se encuentran encaminados a demostrar el **incumplimiento contractual** de la Fiduciaria Agraria S.A. – Fiduagraria S.A. por las presuntas acciones negligentes e imprudentes de administración del "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" al permitir que el fideicomitente, I.C. DOSKAR S.A. administrara los recursos y bienes pertenecientes al patrimonio autónomo a su conveniencia, sin siquiera haber constituido las cuentas bancarias donde se consignarían los recursos propios del patrimonio autónomo. Alegó la parte actora que fue a partir de este hecho que los beneficiarios tuvieron conocimiento de otra serie de presuntos incumplimientos de las obligaciones de la fiduciaria que conllevaron a desmejorar la garantía de los fideicomisarios. Dichos incumplimientos son: i) no constituir el patrimonio autónomo con la totalidad de los bienes transferidos al fideicomiso, ii) no verificar periódicamente su consolidación, iii) no informar a los beneficiarios sobre la insuficiencia de los recursos al momento de la expedición de los certificados de garantía fiduciaria, iv) no proteger, ni defender al fideicomiso y sus beneficiarios contra actos del fideicomitente y v) no exigir a C.I. DOSKAR S.A. la transferencia de recursos adicionales provenientes de cualquier fuente (Cláusulas contractuales 2º, 3º, 4º, numerales 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 16 y 18 de la cláusula 7º y las cláusulas 10º y 12º), lo que sí frustró el pago de sus obligaciones dentro de los plazos señalados en el respectivo contrato.

Analizado el acervo probatorio recaudado en el proceso, encuentra la Sala que los presuntos hechos constitutivos de incumplimiento acaecieron desde que el mismo contrato de fiducia mercantil de administración, fuente de pago y garantía empezó a ejecutarse. Sin embargo, fue desde **noviembre de 2004** y hasta **abril de 2005** que FIDUAGRARIA S.A. se percató que dentro del fideicomiso "DOSKAR-FIDUIFI" no había recursos suficientes para garantizar las obligaciones adquiridas por el fideicomitente y puso en conocimiento de los beneficiarios una serie de irregularidades de lo que presuntamente sería el recaudo y administración de los dineros, la apertura de las cuentas bancarias que constituían el patrimonio autónomo, entre otras.

Quedó suficientemente probado con la rendición de cuentas del **31 de diciembre de 2004** que los beneficiarios del contrato de fiducia mercantil, INGEFIN S.A., CREDIVALORES S.A y MESA DE INVERSIONES S.A. se reunieron el 3 de diciembre del mismo año para discutir sobre las presuntas irregularidades en el recaudo de los recursos del fideicomiso (1.8).

Que aunque el **21 de diciembre de 2004** se constituyeron las cuentas corrientes donde se debían trasladar los recursos que estaban siendo presuntamente recaudados y administrados por C.I. DOSKAR S.A., para **enero de 2005** persistían las supuestas irregularidades que impedían la constitución del patrimonio con la totalidad de bienes que debían incluirse. Situación que además se corrobora con las sendas comunicaciones remitidas por las beneficiarias, hoy demandantes, a Fiduagraria S.A. y a C.I. DOSKAR S.A. con fechas de **enero de 2005** donde ya se había solicitado el reconocimiento de intereses moratorios por el no pago de sus acreencias (1.9) y la celebración del contrato de transferencia de propiedad pro solvendo o para el pago celebrado entre las sociedades INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. con I.C. DOSKAR S.A. con fecha del **13 de enero de 2005** (1.15).

Que fue con Oficio VNF-051 del **8 de abril de 2005** remitido por Fiduagraria S.A. a C.I. DOSKAR S.A., con copia a los beneficiarios INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. y CREDIVALORES S.A. que se advirtió al fideicomitente y a los demandantes que DOSKAR proseguía con el recaudo irregular de los recursos (1.11) y que pese a ser requerida, la fideicomitente consideró que los mismos no debían ser trasladados a las cuentas señaladas, por lo que debía acudir al mecanismo alternativo de solución de conflictos de arreglo directo (1.12).

Que desde **marzo de 2005** se solicitó la ejecución de los certificados de garantía y se reiteró tal petición el **22 de abril del mismo año** (1.13 y 1.14).

Que, finalmente, el **15 de mayo de 2005** se celebró otrosí al contrato de transferencia de propiedad pro solvendo o para el pago celebrado entre las beneficiarias I.C. DOSKAR S.A. donde se otorga dación en pago con efecto pro soluto (1.16) y tres días después, el **18 de mayo de 2005** las beneficiarias solicitan a FIGUAGRARIA S.A. dar por terminado el procedimiento de ejecución de los certificados de garantías (1.17).

Luego, los hechos constitutivos de los presuntos incumplimientos contractuales que se endilgan a FIDUAGRARIA S.A. en virtud del contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pago sucedieron entre **noviembre de 2004** y **abril de 2005**. Específicamente, hasta el **8 de abril de 2005** cuando FIDUAGRARIA S.A. indica que definitivamente el recaudo de los bienes que debían ingresar al fideicomiso no fue posible y requiere al fideicomitente por "incumplimiento del contrato de fiducia" (1.11).

Entonces, si bien es cierto que no debe contabilizarse el término desde el vencimiento de las certificaciones de garantía fiduciaria, como lo señaló FIDUAGRARIA S.A. en la contestación de la demanda, para la Sala sí debe contabilizarse el término de dos (2) años a partir del día siguiente al **8 de abril de 2005** por ser éste el momento en que ocurrieron los motivos de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones de la demanda, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del CCA.

Por ello, teniendo en cuenta que i) el término de caducidad corría entre el **9 de abril de 2005** y el **9 de abril de 2007**, ii) el mismo se suspendió entre el 2 de marzo de 2007 y el 10 de abril de dicha anualidad por el trámite de conciliación prejudicial; iii) aquél se reanudó cuando aún faltaban 37 días para que feneciera el término de ley y iv) la demanda se presentó el **23 de octubre de 2007**, cuando dicho término había sido ampliamente superado, se concluye que operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contractual y así debe declararse en la parte resolutive de la presente providencia.

2.2. Fallo inhibitorio frente a las pretensiones subsidiarias de la demanda.

La parte actora elevó como pretensiones subsidiarias las relativas a la declaratoria de responsabilidad extracontractual de Fiduagraria S.A. por "la conducta negligente e imprudente de la demandada en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" y de los incumplimientos declarados conforme a las pretensiones iniciales" que conllevaron "al no pago con cargo a los bienes fideicomitados de sus acreencias" debido a que "no ingresaron al patrimonio autónomo, o que si ingresaron, éstos fueron entregados directamente por la fiduciaria al fideicomitente y no a los beneficiarios de las garantías fiduciarias".

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo las pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual pueden acumularse pues cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 88 del CGP: i) El Juez de lo contencioso administrativo es competente para conocer de todas éstas, ii) aunque se excluyen, fueron propuestas como principales y subsidiarias y iii) se tramitaron por el mismo procedimiento judicial: el ordinario previsto en esta jurisdicción y bajo el curso del CCA.

Sin embargo, ha sido el Consejo de Estado quien ha señalado que no basta con que se acumulen pretensiones referentes a dos medios de control diferentes como principales y subsidiarias para conocer las súplicas y emitir sentencia de fondo respecto a cada una de las acciones previstas en el CCA.

Lo anterior, como quiera que aunque se tramitan por el mismo procedimiento, no tienen el mismo fin³² y no es procedente, ni viable que en una misma demanda se ejerzan simultáneamente las dos acciones³³.

Luego, le corresponde a esta Sala de decisión analizar la **fuerza del daño** por el que se persigue indemnización y determinar si a través de la reparación directa, concerniente a la responsabilidad extracontractual propuesta por la parte actora como pretensión subsidiaria, es posible dar trámite a las pretensiones, sin que ello desdibuje la causa petendi³⁴.

Analizado el escrito introductorio, se evidencia que la demandante considera que procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual de FIDUAGRARIA S.A. por una especie de falla en el servicio, surgida por la presunta conducta negligente e imprudente de la demandada en la administración del fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO DOSKAR-FIDUIFI" y de los incumplimientos declarados.

Descendiendo al caso en concreto, y teniendo en cuenta que el vínculo que surge entre las personas naturales (mandantes) con las sociedades INGEFIN S.A., MESA DE INVERSIONES S.A. (mandatarios) y CREDIVALORES S.A. respecto a FIDUAGRARIA S.A. es el de una relación de naturaleza **contractual** que encuentra fundamento en su calidad de beneficiarios del Contrato de Fiducia de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre la sociedad Confecciones Doskar Medellín & Compañía Limitada y la sociedad Fiduciaria Industrial S.A. FiduiFI S.A. hoy Fiduagraria S.A. del 3 de agosto de 2002 (1.1). y que es ello lo que les permite ejercer sus derechos como terceros interesados en el cumplimiento del objeto contractual, para la Subsección **no se causó un daño antijurídico** a los demandantes proveniente de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal de un bien inmueble, como lo supone el artículo 86 del CCA, sino de origen contractual y determinado por las cláusulas y el cumplimiento de lo pactado en el señalado contrato de fiducia mercantil.

Se advierte que la presunta conducta negligente e imprudente que se le atribuye a la demandada haría necesario el estudio del presunto incumplimiento contractual que se alega como fundamento de las pretensiones, por lo que este tipo de atribución jurídica no es propia de la responsabilidad extracontractual del Estado, ni constitutiva de una presunta

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2001, expediente No. 20.608, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 25000-23-25-000-2001-02970-01(2808-04), M.P.: Ana Margarita Olaya Forero.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Danilo Rojas Betancourt. Providencia del 2 de mayo de 2016. Radicación No. 68001-23-31000-2002-01168-01 (35940). Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Enrique Gil Botero. Providencia del 8 de agosto de 2012. Radicación No. 05001-23-24-000-1991-06230-01 (20346)

falla en el servicio por retardo, ineficacia, omisión o desconocimiento de un deber legal en cabeza de la autoridad pública, sino del incumplimiento de las obligaciones que adquieren las entidades públicas en ejercicio de su capacidad negocial y contractual.

Adicional a ello, no se señalan hechos adicionales o diferentes a los relativos al incumplimiento del Contrato de Fiducia de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre la sociedad Confecciones Doskar Medellín & Compañía Limitada y la sociedad Fiduciaria Industrial S.A. Fiduifi S.A. hoy Fiduagraria S.A. de los cuales se pueda concluir que también se ve comprometida la responsabilidad extracontractual del Estado por la ocurrencia de un daño antijurídico.

Entonces, aunque se trate de pretensiones subsidiarias autónomas³⁵, lo cierto es que las mismas no encuentran fundamento jurídico en hechos distintos a los que soportaban el presunto incumplimiento contractual de Fiduagraria S.A., por lo que al tener la misma causa petendi que las pretensiones principales, y al ser la acción de reparación directa un medio de control subsidiario, no hay lugar a dar trámite a las mismas.

En conclusión, debido a que el medio de control adecuado para tramitar las pretensiones señaladas por la actora **no** es el de la **reparación directa**, sino el de las **controversias contractuales**, como quiera que el daño presuntamente ocasionado a los demandantes, consistente en el "no pago con cargo a los bienes fideicomitidos, de los certificados de garantías fiduciarias", **no** provino de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal de un bien inmueble, sino de una relación contractual enmarcada en las cláusulas y el cumplimiento de lo pactado en el Contrato de Fiducia de Administración, Garantía y Fuente de Pago celebrado entre la sociedad Confecciones Doskar Medellín & Compañía Limitada y FIDUAGRARIA S.A., no hay lugar a estudiar la prosperidad de las pretensiones subsidiarias de la demanda y deberá proferirse fallo inhibitorio frente a las mismas ante la ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control.

Máxime cuando, en el antiguo régimen del CCA, el Juez de lo contencioso administrativo no podía adecuar la demanda al medio de control procedente, por lo que la expedición de fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda era la consecuencia jurídica prevista para casos como el sub-lite.

3. Costas Procesales.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena, al no existir prueba que la justifique.

En mérito de lo expuesto, la **Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

³⁵ La acumulación de pretensiones se distingue del concepto de pretensiones subsidiarias, pues aunque el fenómeno de la acumulación permite que en una demanda la parte actora proponga algunas súplicas como principales y otras como subsidiarias, lo cierto es que la subsidiariedad tiene particularidades jurídicas de especial relevancia como quiera que las pretensiones pueden ser **accesorias** o dependientes de la prosperidad de las principales o **autónomas** al no depender del curso de las principales. Evento último que exige al Juez evaluar su prosperidad independientemente del rechazo de las primeras. Considera la Sala que las aquí propuestas por la demandante son autónomas pues no dependen de la prosperidad de las principales (relativas al medio de control de controversias contractuales) sino que suponen que la Sala determine si aquellas resultan procedentes aún cuando ya se han rechazado las principales debido a la caducidad de la acción contractual. Sobre la distinción entre acumulación de pretensiones y subsidiariedad Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. Providencia del 8 de mayo de 2014. Radicación No. 6816731890012012-00036-01.

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL** propuesta por la demandada y, en consecuencia, **RECHAZAR** las pretensiones principales de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARARSE INHIBIDA para resolver las pretensiones subsidiarias de la demanda al configurarse ante la **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.