

## **FIDUCIA MERCANTIL - Existe contrato de cesión cuando ha sido firmado por cedente, cesionario y la fiduciaria / CESIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA - Requisitos**

De las anteriores disposiciones (C.Civil arts 1226, 1228 y 1959), concordantes entre sí, se puede inferir que la cesión de una posición de fideicomitente inversionista debe constar por escrito, tal como nace el derecho o la posición objeto de la cesión, pues el cesionario inversionista pasa a sustituir al fideicomitente inversionista en la posición cedida, en sus derechos y obligaciones dentro del fideicomiso. Lo anterior explica que en la cláusula tercera del contrato de promesa de cesión se hubiere estipulado que “La cesión que se promete, se perfeccionará mediante la firma del documento de cesión suscrito por ‘EL PROMITENTE CESIONARIO’, ‘EL PROMITENTE CEDENTE’, o quien haga sus veces y la ‘FIDUCIARIA’.” Quiere decir que sólo cuando se ha plasmado por escrito y se ha firmado por las partes interesadas en el asunto (el cedente, el cesionario y la fiduciaria), vale decir que hubo cesión o existe contrato de cesión de la posición de que se trate en el fideicomiso.

## **FIDUCIA MERCANTIL- Contrato de cesión: diferencia entre promesa de contrato y contrato prometido / PROMESA DE CONTRATO DE CESIÓN DE FIDUCIA – Difiere del contrato prometido**

En este caso, tal como se acepta por las partes y consta en autos, el contrato de cesión no llegó a celebrarse, pues el cedente, no suscribió el contrato luego los actores no lograron sustituir al fideicomitente inversionista en la posición prometida en cesión, la 307, de modo que los únicos derechos que les asisten son los que se deriven de la promesa de contrato de cesión, en relación con los dineros entregados por causa de la misma, teniendo en cuenta y aunque sea obvio que el contrato de promesa es distinto del contrato prometido, y que por lo mismo no puede pretenderse hacerle producir los mismos efectos jurídicos de éste, empezando porque el objeto de ambos es totalmente diferente, como quiera que en aquél las partes se obligan a celebrar un determinado contrato, bajo las condiciones o circunstancias que señala el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, de allí que una pretensión de la parte cumplida puede ser la de que la otra se allane al perfeccionamiento o suscripción del contrato prometido; en tanto que en éste se obligan a unas satisfacciones mutuas directas o atinentes sustancialmente a sus derechos personales o patrimoniales. Así las cosas, la sentencia impugnada resulta acorde con la situación procesal examinada, de allí que deba confirmarse.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

Bogotá, D. C., tres (3) de julio de dos mil ocho (2008)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00054-01**

**Actor: JORGE ALVENIO LADINO CASALLAS y OTRA**

**Demandado: FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A. - EN LIQUIDACIÓN**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida el 6 marzo de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

**I.- ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones de la demanda**

**JORGE LADINO CASALLAS y BEATRIZ MONGUI DE LADINO** demandaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la **FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A. - EN LIQUIDACIÓN**, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., con el objeto de que accediera a lo siguiente:

1.1. Que declarara la nulidad de los numerales 6.6. y 15.1 de la Resolución núm. 01 de 24 de septiembre de 1999, del liquidador de esa compañía, "*Por*

*medio de la cual se decide sobre algunas de las reclamaciones de créditos presentadas oportunamente; los bienes que integran la masa de la liquidación y los que están excluidos de ella; las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes de la masa de la liquidación y el orden de restitución ...”.*

1.2. Que declarara la nulidad de la Resolución núm. 24 de 8 septiembre de 2000, también del mencionado liquidador, por la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, en el sentido de confirmarla en todas sus partes.

1.3. Que, como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, dispusiera:

1.3.1.- Que los demandantes cuentan con la calidad de fideicomitentes inversionistas respecto del cupo 307 (apartamento) del Fideicomiso Moderno Park.

1.3.2.- Que les sea transferida la titularidad sobre el apartamento correspondiente al cupo 307 del Fideicomiso Moderno Park, pues como fideicomitentes inversionistas ya pagaron el total de las cuotas y el cumplimiento de todas las obligaciones con respecto a dicho cupo.

1.3.3.- En subsidio de la pretensión anterior, que les sea devuelto el dinero y los intereses entregados a la Fiduciaria con el pago total del cupo 307 del Fideicomiso Moderno Park, incluidas las sumas que por incumplimiento de la Fiduciaria aún se encuentran afectas al Fideicomiso Corabastos.

## **2. Los hechos**

Los accionantes refieren, en resumen, lo siguiente:

2.1. El 13 de marzo de 1995 suscribieron promesa de cesión de derechos con la sociedad **Alfredo Muñoz Construcciones S.A.** - que tenía constituido el fideicomiso Moderno Park con la entonces **FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A.**-, en el sentido de que ellos prometieron adquirir la posición de Fideicomitente Inversionista en el Fideicomiso Moderno Park, de modo que una vez cumplidas la totalidad de las obligaciones y de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria, recibirían a título de beneficio el derecho de pleno dominio del CUPO (apartamento) tres cientos siete (307), por el cual pagaron hasta el 19 de diciembre de 1996 19 cuotas que sumaron \$49.275.000.00.

2.2.- Previo pago del impuesto de timbre por el 1% del valor a ceder y en razón de manifestación que el 10 de agosto de 1998 les hizo la **Fiduciaria Cáceres & Ferro S.A.**, de estar interesada en tomar la firma del CONTRATO DE CESIÓN del precitado CUPO, suscribieron el contrato de cesión en la sede de dicha firma, pero la Sociedad **Alfredo Muñoz Construcciones S.A.** (CEDENTE) no asistió.

2.3.- No obstante, el señor JORGE LADINO CASALLAS le entregó a **FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A.** \$31.199.672.48, haciéndose acreedor así a 0.274% del Fideicomiso Corabastos, de lo que quedó constancia en el Certificado de Beneficio Fiduciario CA-10241557, cuya fecha de vencimiento es 10 de noviembre de 1998, y su pago era con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, el cual prorrogó el 9 de noviembre de 1998, un día antes de vencerse, y dio instrucción para que su valor e intereses se abonaran al saldo pendiente del aludido apartamento 307.

2.4.- Por lo anterior los actores cumplieron a cabalidad sus obligaciones derivadas de la promesa de cesión de derechos mencionada, adquiriendo así el derecho a recibir a título de beneficio el pleno dominio y propiedad de dicho inmueble, pero ese derecho no les ha sido transferido.

2.5. El 13 de mayo de 1999 **FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A.** fue intervenida por la Superintendencia Bancaria, y el 30 de junio siguiente los demandantes radicaron ante el Liquidador reclamación para que se les reconociera la calidad de beneficiarios del cupo anotado en Fideicomiso Moderno Park o, en subsidio, les reintegrara el capital y los intereses entregados a la misma para que quedaran afectos a dicho fideicomiso, previendo que la fiduciaria no hubiera cumplido la instrucción del señor Ladino respecto de la destinación de sus recursos existentes en el Fideicomiso Corabastos a la cancelación total del apartamento en mención.

2.6.- Por Resolución Núm. 01 del 24 de septiembre de 1999, el Liquidador de la Fiduciaria negó dicha reclamación por considerar que no contaban con la calidad de fideicomitentes, inversionistas adherentes o beneficiarios sobre el cupo aludido, y aprobó la reclamación subsidiaria, es decir, los reconoció como titulares del certificado de beneficio fiduciario en el Fideicomiso Corabastos.

2.7.- Contra esa resolución interpusieron recurso de reposición, el cual fue desatado mediante la Resolución Núm. 47 de 8 de septiembre de 2000, en el sentido de confirmarla.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación**

Los actores indican como vulnerados los artículos 84 y 132 del Código Contencioso Administrativo; 83 de la Constitución Política; 871, 1226 a 1244 del Código de Comercio y el Decreto 663 de 1993, por cuanto los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder; con desconocimiento de que los demandantes son fideicomitentes inversionistas en el Fideicomiso Moderno Park, y así actuaron siempre frente a la fiduciaria respecto del cupo en mención, tal como consta en los documentos atrás mencionados y en los recibos de pago respectivos; niegan la responsabilidad de la fiduciaria en las actuaciones que tuvo frente a los actores, pese a que conocía la promesa de cesión y recibió los dineros dados por éstos, y contrario a lo afirmado en tales actos, no es cierto que la misma hubiera realizado todos los actos tendientes a la celebración del contrato de cesión.

#### **4. Contestación de la demanda**

La demandada manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda por estimar que los cargos son infundados, pues en este caso la promesa de cesión de derechos permite concluir que los dineros que le corresponde pagar al prometiente cesionario son por concepto del precio de la posición contractual que se cede y, en la práctica, esos recursos, que le correspondían al prometiente cedente, ingresaron al patrimonio autónomo Moderno Park como abono a las obligaciones de aquél para con el fideicomiso, obligaciones surgidas por el contrato de inversión (contrato prometido en cesión a los demandantes), de modo que los demandantes no son fideicomitentes adherentes o inversionistas del Fideicomiso Moderno Park; pues no suscribieron el contrato de inversión que los invertiría de esa calidad, ni perfeccionaron la cesión en su favor de ese contrato con quien efectivamente lo celebró.

Por tanto no es posible transferirles el derecho de dominio y propiedad sobre un determinado apartamento del edificio Moderno Park, menos ahora que los activos del patrimonio autónomo del mismo nombre están afectos al pago de todas las obligaciones del patrimonio autónomo en el orden legal de prelación de créditos.

## **II.- LA SENTENCIA RECURRIDA**

El Tribunal, previa reseña de los actos jurídicos surtidos en relación con el negocio en controversia (la fiducia mercantil y la cesión del derecho por el fideicomisario), así como de las normas concernientes a los mismos y las pruebas allegadas al proceso, concluye que en realidad los actores sólo suscribieron una promesa de cesión de contrato, pero no contrato de cesión, y para que aquél tenga eficacia y validez debe contener los requisitos esenciales señalados en los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es decir, que el contrato prometido no sea de los que la ley declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil, que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, y que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Por consiguiente, los demandantes no poseen ni ostentan la calidad de cesionarios-fideicomitentes dentro del FIDEICOMISO MODERNO PARK, pues esa situación no se perfeccionó, y así lo declaró el liquidador de la fiduciaria CACERES FERRO en el acto acusado.

Por ello no se genera responsabilidad a la demandada, pues no intervino en el acuerdo de voluntades al que se llegó entre LADINO CASALLAS y la firma

ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. Lo único que a ella le quedaba, una vez perfeccionada la cesión, era darse por notificada y aceptarla o no.

Agrega que la decisión acusada no fue caprichosa, sino que se fundamentó en el material probatorio allegado durante el trámite administrativo del asunto, y los motivos de la misma fueron reales y suficientemente relacionados con lo decidido, por lo cual no se expidieron por fuera de la ley ni con falsa motivación, como tampoco hubo desviación de poder.

En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

### **III.- EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante apeló en tiempo dicha sentencia, con fundamento en que niega su calidad de cesionarios respecto del referido apartamento, pese a que en el expediente se encuentra probado el total de las cuotas respectivas, sobre lo cual el Tribunal no se pronunció.

Si bien la sociedad ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES no asistió a la firma de la cesión de derechos, la misma manifestó su reconocimiento de los demandantes como cesionarios del referido cupo 307, y que estaba dispuesto a cumplir los requisitos formales para elevar la cesión a documento escrito; de modo que si bien es cierto que no existe documento escrito de esa cesión, la Fiduciaria, antes de ser intervenida, consintió la existencia de la misma, ya que ejecutó actos que sólo se pueden entender como desarrollo del conocimiento y aceptación de la cesión, e incluso el Liquidador quedó confeso sobre esa aceptación en el interrogatorio de parte que se le hizo a la Fiduciaria, así como del pago del impuesto de timbre correspondiente a dicho contrato, lo cual tampoco se consideró por el a quo; de suerte que se dieron las dos condiciones



para que la cesión surtiera efecto: el consentimiento de la Fiduciaria y el conocimiento de la cesión por parte ésta. Así se prueba que la cesión de derechos sobre el cupo 307 del fideicomiso Moderno Park existe, pues nació de la voluntad de las partes y de la Fiduciaria.

Por lo tanto hubo falsa motivación del acto acusado, de donde solicita que se revoque la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones de la demanda.

#### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION**

Los apelantes insisten en las razones expuestas en la sustentación del presente recurso, mientras que la entidad demandada solicita la confirmación del fallo, por considerar que en él quedó claramente demostrado que la promesa de cesión en nada compromete su responsabilidad, pues no intervino en ella ni la suscribió en señal de aceptación, e incluso así aparece en las declaraciones de los accionantes; de modo que al no existir la cesión del contrato que los acredite como fideicomitentes inversionistas del cupo 307, no existen para ellos los derechos demandados.

#### **V.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO**

En el presente asunto, el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, así:

## 1.- El acto demandado

Está conformado por las resoluciones núms. 01 de 24 de septiembre de 1999, por la cual se deciden las reclamaciones presentadas al proceso de liquidación forzosa administrativa de la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A., en cuanto negó a los actores la reclamación del derecho sobre el cupo 307 en el fideicomiso Moderno Park, “por ausencia de titularidad como fideicomitente, inversionista adherente o beneficiario sobre el derecho reclamado”; y 0047 de 8 de septiembre de 2000, por la cual se decide el recurso de reposición que los nombrados interpusieron contra la antes citada, en el sentido de confirmar lo decidido en ella; todas, expedidas por el Agente Especial - Liquidador de la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A. en Liquidación Forzosa Administrativa.

Al efecto, en la segunda resolución se consideró que si bien es cierto que **FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A.** emitió varias comunicaciones a los recurrentes, tendientes al logro de la transferencia del cupo 307 del fideicomiso “Moderno Park”, ellas se basaron en el convencimiento de que se realizaría el contrato prometido en la promesa de cesión de derechos suscrita por ellos con la sociedad **Alfredo Muñoz Construcciones S.A.** sobre el mencionado cupo, por lo cual **FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A.**, adelantándose a la realización del contrato prometido procuró ejecutar algunas gestiones tendientes al cumplimiento de los requisitos formales previstos en los contratos de fiducia y de inversión para la aceptación de la cesión del cupo.

Que según la cláusula séptima del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria respectivo es claro que la reclamación del cupo indicado está sujeta a que se acredite la cesión de dicho cupo, ya que en ese momento quien ostentaba la calidad de fideicomitente inversionista era la sociedad **ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A.**

## 2. El problema principal del debate procesal

La cuestión central del debate procesal en esta instancia consiste en establecer la situación jurídica en que se hallan los demandantes en virtud del contrato de promesa de cesión del derecho de fideicomitente inversionista que celebraron con ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A., y si las circunstancias dadas respecto de ese contrato de promesa constituyen título suficiente para que se les reconozca la condición de fideicomitentes en relación con el CUPO 307 en el fideicomiso “Moderno Park”, para cuya solución es menester considerar las condiciones y características de tal contrato y las implicaciones en los derechos de las partes.

## 3.- Examen del recurso

Al punto se tiene que al tenor del artículo 1226 del Código de Comercio, *La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*”

A su vez, el artículo 1228 ibídem establece que “*La fiducia constituida entre vivos **deberá constar en escritura pública** registrada según la naturaleza de los bienes.*” (destaca la Sala).

De otra parte, el artículo 1959 del Código Civil señala que “*La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el*

*cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento.”*

De las anteriores disposiciones, concordantes entre sí, se puede inferir que la cesión de una posición de fideicomitente inversionista debe constar por escrito, tal como nace el derecho o la posición objeto de la cesión, pues el cesionario inversionista pasa a sustituir al fideicomitente inversionista en la posición cedida, en sus derechos y obligaciones dentro del fideicomiso.

Lo anterior explica que en la cláusula tercera del contrato de promesa de cesión se hubiere estipulado que *“La cesión que se promete, se perfeccionará mediante la firma del documento de cesión suscrito por ‘EL PROMITENTE CESIONARIO’, ‘EL PROMITENTE CEDENTE’, o quien haga sus veces y la ‘FIDUCIARIA’.”*

Quiere decir que sólo cuando se ha plasmado por escrito y se ha firmado por las partes interesadas en el asunto (el cedente, el cesionario y la fiduciaria), vale decir que hubo cesión o existe contrato de cesión de la posición de que se trate en el fideicomiso.

En este caso, tal como se acepta por las partes y consta en autos, el contrato de cesión no llegó a celebrarse, pues el cedente, no suscribió el contrato luego los actores no lograron sustituir al fideicomitente inversionista en la posición prometida en cesión, la 307, de modo que los únicos derechos que les asisten son los que se deriven de la promesa de contrato de cesión, en relación con los dineros entregados por causa de la misma, teniendo en cuenta y aunque sea obvio que el contrato de promesa es distinto del

contrato prometido, y que por lo mismo no puede pretenderse hacerle producir los mismos efectos jurídicos de éste, empezando porque el objeto de ambos es totalmente diferente, como quiera que en aquél las partes se obligan a celebrar un determinado contrato, bajo las condiciones o circunstancias que señala el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, de allí que una pretensión de la parte cumplida puede ser la de que la otra se allane al perfeccionamiento o suscripción del contrato prometido; en tanto que en éste se obligan a unas satisfacciones mutuas directas o atinentes sustancialmente a sus derechos personales o patrimoniales.

Así las cosas, la sentencia impugnada resulta acorde con la situación procesal examinada, de allí que deba confirmarse, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A :**

**1.- CONFIRMASE** la sentencia apelada, de 6 marzo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

2.- Se reconoce a la abogada Gloria Lucía Cabeles Caro como apoderada del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN, en los términos y para los fines conferidos en el poder que obra a folio 85 de este cuaderno.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 3 de julio de 2008

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO  
ANDRADE**  
Presidente

**CAMILO ARCINIEGAS**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA   MARTHA   SOFIA   SANZ  
TOBON**