El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Expediente: 05001310301520060034802

Demandante: José Raúl Jaramillo Zuloaga y otra

Demandado: Alianza Fiduciaria S.A.

Proceso: Ordinario (Existencia de contrato)

**TEMAS: CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL / REQUISITOS GENERALES / CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO, OBJETO Y CAUSA LÍCITA / REQUISITOS ESPECIALES O SOLEMNIDADES / TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE LOS BIENES, SOCIEDAD FIDUCIARIA AUTORIZADA Y EXIGENCIAS EN CASO DE BIENES SOMETIDOS A REGISTRO / INEXISTENCIA DEL CONTRATO SI NO SE CUMPLEN / ACCIONES NOMINATIVAS / NO SON BIENES SUJETOS A REGISTRO.**

A la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, venidos del Código Civil, el estatuto comercial, en su artículo 898, añade otro elemento esencial al convenio mercantil, en el sentido de que “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante, 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 (Art. 1226 del C. Co.) …

Se destacan… tres elementos adicionales, sin los cuales no puede crearse una fiducia mercantil, (i) La transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos, y la consecuente constitución de un patrimonio autónomo; (ii) La necesidad de que el fiduciario sea una sociedad autorizada por la autoridad competente, y (iii) Las solemnidades que se deben cumplir cuando el negocio verse sobre bienes sometidos a registro. (…)

Finalmente, no hay mucho que andar en lo que se refiere al último requisito, relacionado con las solemnidades que se deben cumplir para la configuración de la fiducia, habida cuenta de que, contrario a lo que se planteó en el fallo de primer grado, esta Colegiatura estima que las acciones nominativas no son bienes sujetos a registro y, por lo tanto, la existencia del negocio jurídico que aquí se estudia, no depende de la inscripción de su cesión en la cámara de comercio del domicilio del fiduciante. (…)

… cuya enajenación está autorizada de la siguiente manera en el artículo 406 del Código de Comercio que a su tenor reza:

“La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo”.

 **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

 **SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, marzo veinticinco de dos mil veintiuno

 Acta 130 del 25 de marzo de 2021

 Sentencia: TSP. SC-0026-2021

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA19-11327 del Consejo Superior de la Judicatura, que se ha venido prorrogando, en la última ocasión con el Acuerdo PCSJA20-11673, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de febrero del 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Descongestión de Medellín en el proceso ordinario que adelantan **José Raúl Jaramillo Zuloaga** y **Ana Isabel Morales Vélez** contra **Alianza Fiduciaria S.A.**

**1. ANTECEDENTES**

**1.1.** **Hechos**.

Narra la demanda, en síntesis, que el 21 de abril de 1995, los demandantes suscribieron un contrato de fiducia con la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., con el propósito de garantizar créditos que le solicitaron a Coomeva S.A., para cuyo perfeccionamiento, era necesario dar como garantía 280 acciones que el señor Jaramillo Zuloaga tenía en ese momento de la sociedad Inversiones Médicas de Antioquia S.A.

Así las cosas, en la negociación quedó pactado que los demandantes serían los fideicomitentes, Coomeva S.A. la beneficiaria, Alianza Fiduciaria S.A., la entidad fiduciaria, y como garantía, las citadas acciones; dándosele al patrimonio autónomo que resultó del contrato fiduciario, la denominación de “Patrimonio Las Vegas Jaramillo”.

En octubre de 1998, las partes suscribieron una modificación en el contrato de fiducia en el sentido de que el procedimiento para la venta de los bienes fideicomitidos consistiría en que una vez el beneficiario (Coomeva S.A.), le notificara por escrito a la fiduciaria (Alianza Fiduciaria S.A.) el incumplimiento en el pago de las cuotas de amortización del crédito, y los fideicomitentes no lo acreditaran en el término de 30 días, podía esta última encargarle a una firma comisionista de bolsa la venta de las acciones.

Bajo ese entendido, el 14 de agosto de 1998, Coomeva le notificó a Alianza Fiduciaria S.A. el supuesto incumplimiento de los demandantes en el pago de las cuotas de amortización y, como consecuencia de ello, la fiduciaria empezó el trámite para la venta de las acciones, comunicándole a Inversiones Médicas de Antioquia S.A. algunas ofertas, que terminaron en la materialización de la venta de las 280 acciones el día 25 de febrero de 1999.

Sobre esa venta, que califican de ilegal, reprocharon que, (i) las acciones se vendieron por un valor inferior establecido en el contrato de fiducia. (ii) la fiduciaria no podía realizar el negocio, pues estaba condicionado al contrato fiduciario regulado por el artículo 1226 del Código de Comercio, en el que se establece que para que sea posible la enajenación de los bienes fideicomitidos en favor del beneficiario, es necesario que el fideicomitente le transfiera los bienes a la fiduciaria, lo cual no ocurrió, porque si bien en el contrato de fiducia se dijo que transferían las acciones, eso quedó en una mera manifestación; y (iii) por el tipo de bienes (acciones) la transferencia no podía ocurrir de cualquier forma, sino al tenor de lo reglado en el artículo 406 del Código de Comercio, sin embargo, en este caso, nunca se hizo la respectiva inscripción en el libro de registro de acciones, el enajenante, es decir Raúl Jaramillo, tampoco realizó ninguna orden de inscripción, ni hizo el endoso de los títulos, y c) se omitió la cancelación de los títulos que estaban a su nombre.

Como consecuencia de esa venta, al señor José Raúl Jaramillo Zuloaga se le causó un perjuicio moral y un daño emergente, además sobrelleva un lucro cesante, todo lo cual discriminó con detalle en las pretensiones que líneas siguientes se relacionarán.

Agregó que el contrato fiduciario contiene una cláusula compromisoria que ya se encuentra agotada, según lo deja ver el auto del 28 de marzo del 2006 emitido por un Tribunal de Arbitramento; además se cumplió con el requisito de procedibilidad.

**1.2. Pretensiones.**

Con fundamento en lo anterior, pidió que se declare (i) la inexistencia del contrato de fiducia mercantil celebrado entre Alianza Fiduciaria S.A. y los señores José Raúl Jaramillo Zuloaga y Ana Isabel Morales Vélez; (ii) la inexistencia del patrimonio autónomo denominado “Patrimonio Las Vegas Jaramillo”; (iii) que Alianza Fiduciaria S.A. carecía de capacidad legal para enajenar las 280 acciones objeto del contrato de fiducia; y (iv) que la entidad fiduciaria accionada es civilmente responsable por la venta ilegal de las acciones de propiedad del señor Jaramillo Zuloaga.

Como consecuencia de ello, también solicitó que se condenara a la demandada a pagar los perjuicios que fueron discriminados así:

DAÑO EMERGENTE: Por la suma de $171.837.722,00, como resultado de multiplicar $57.202,97, que es el valor de cada una de las acciones, por 3004, que era la cantidad que de ellas tenía el señor Jaramillo Zuloaga, luego de la revalorización ocurrida el 31 de diciembre de 1999.

LUCRO CESANTE: Por concepto de honorarios, la demandada debe pagarle $1.773’008,627,00 que equivalen a los valores dejados de percibir por cada mes transcurrido desde el 25 de febrero de 1999 hasta que se instauró el proceso. Y por concepto de rendimientos la suma de $11.645.487,00, correspondientes a los únicos rendimientos que han causado las acciones, para la fecha de presentación de la demanda.

LUCRO CESANTE FUTURO: Por la suma de $3.612.866,665, con ocasión de los dineros que dejará de percibir el demandante, en el entendido de que, debido a la reducción de sus acciones, solo se le permite trabajar la cuarta parte de un tiempo completo, de lo cual factura $9’477.470,00, de ahí que, si hubiera conservado sus acciones y pudiera trabajar tiempo completo, podría facturar $37.909.880,00.

PERJUICIOS MORALES: Mil salarios mínimos legales mensuales.

También solicitó que se condenara en costas a la demandada.[[1]](#footnote-1)

**1.3. Admisión y traslado.**

Inadmitida[[2]](#footnote-2) y luego corregida[[3]](#footnote-3), se admitió la demanda con auto del 9 de octubre de 2006[[4]](#footnote-4). En tiempo, la entidad fiduciaria promovió un recurso de reposición contra el auto admisorio[[5]](#footnote-5), que fue resuelto desfavorablemente[[6]](#footnote-6), entonces, contestó la demanda. Se refirió a los hechos, se opuso a lo reclamado y formuló como excepciones de mérito (i) Prescripción, (ii) Cumplimiento del contrato de fiducia mercantil irrevocable por parte de Alianza Fiduciaria S.A., (iii) Imposibilidad del fiduciante de pagar la deuda, (iv) Incumplimiento por parte del fiduciante, (v) El hecho generador que llevó a la venta de las acciones provino exclusivamente del fiduciante – culpa exclusiva de la víctima, (vi) Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, (vii) Limitación de responsabilidad, (viii) Compensación.[[7]](#footnote-7) Así mismo, como excepción previa y en escrito aparte, formuló la de cosa juzgada[[8]](#footnote-8); adicionalmente, llamó en garantía a la sociedad Inversiones Médicas de Antioquia S.A.[[9]](#footnote-9)

En lo que se refiere a la cosa juzgada, fue despachada desfavorablemente en primera[[10]](#footnote-10) y segunda instancia[[11]](#footnote-11), en esencia, porque el objeto de la presente demanda, distinto al de la que se tramitó ante el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín, y en el que se funda la defensa, persigue la declaración de inexistencia del contrato fiduciario, no como en aquel, que buscaba demostrar el incumplimiento por parte la fiduciaria.

El llamamiento en garantía tampoco prosperó, comoquiera que, la relación entre el convocante y la convocada, no estaba regida por un vínculo contractual, sino por circunstancias propias de una fiducia comercial.[[12]](#footnote-12)

Sobre las excepciones de mérito se pronunció la parte accionante; se programó y realizó la audiencia del artículo 101 del CPC[[13]](#footnote-13), se decretaron[[14]](#footnote-14) y practicaron pruebas[[15]](#footnote-15) y se presentaron los alegatos de conclusión, en los que las partes ratificaron sus posiciones con argumentos similares a los expuestos en sus actuaciones previas[[16]](#footnote-16).

**1.4.** **Sentencia** **de primera instancia y apelación.**

La dictó el juzgado el 11 de febrero de 2015, en la que declaró la inexistencia del contrato de fiducia y condenó a la sociedad accionada a pagarle a los demandantes los perjuicios causados por daños morales y lucro cesante consolidado; para así decidir, se adujo que la entidad fiduciaria no cumplió con la solemnidad de inscribir el contrato de fiducia en el registro mercantil del domicilio del fiduciante, contrariando la Ley 35 de 1993, vigente para la época de su celebración.[[17]](#footnote-17)

Apelaron los demandantes y la demandada[[18]](#footnote-18); los primeros para exigir un incremento de las condenas, y la segunda, para controvertir la declarada inexistencia del contrato; sobre sus argumentaciones se ahondará en lo sucesivo.

Se concedió la alzada y en sede del Tribunal Superior de Medellín se reiteraron tales argumentos.

# 2. CONSIDERACIONES

 2.1. Los presupuestos procesales se encuentran cabalmente cumplidos y en el trámite se respetaron las formas propias del proceso, por lo que no se observa nulidad alguna que impida desatar de fondo el litigio.

 2.2. La legitimación de las partes no ofrece ningún reparo, dado que por activa comparecen José Raúl Jaramillo Zuloaga y Ana Isabel Morales Vélez en calidad de fiduciantes en el contrato de “FIDEICOMISO FUENTE DE PAGO”[[19]](#footnote-19); y por pasiva Alianza Fiduciaria S.A., sociedad que, por conducto de su representante legal, suscribió ese convenio, hoy causante de la controversia, en calidad de fiduciaria.

 2.3. Corresponde a la Sala definir si confirma la providencia apelada que accedió parcialmente a las pretensiones con estribo en la inexistencia del contrato fiduciario; si la modifica para incrementar las condenas, como exigen los demandantes; o si la revoca, como pretende la accionada, en el entendido de que el contrato si existió y, por demás, se cumplió.

 2.4. Lo primero a definir es la existencia o no del contrato, primero, porque es la pretensión en la que se funda la demanda y sobre la cual se ha desarrollado el juicio, y segundo, porque de lo que sobre ello se decida, dependerá el estudio o no de las demás solicitudes.

 Para ello, conviene presentar una síntesis de la tesis planteada en demanda, que defiende la existencia y la que hace lo contrario, planteada por la acusada.

 2.4.1. En la demanda, en los alegatos finales y en la apelación, la parte actora explica que la venta de las acciones realizada por parte de Alianza Fiduciaria S.A., no podía suceder ni producir efectos, teniendo en cuenta que el contrato de fiducia que la propició, incumple con solemnidades que lo hacen inexistente; en esencia, se plantea que la tradición de las acciones se hizo de manera equivocada, si bien, se omitió inscribir correctamente la enajenación en el libro de registro de acciones, contrariando así los preceptos del artículo 406 citado.

 Con fundamento en ello, y en que, supuestamente, no aparece registro sobre la transferencia de dominio en el libro de registro de acciones, se afincan para sostener que la transferencia, si bien se mencionó en el contrato fiduciario, por su falta de protocolización, nunca se consolidó.

 Esa posición la avala la sentencia de primer grado en la que, por demás, se agrega que el contrato de fiducia es inexistente, comoquiera que no se ve en el expediente la inscripción del contrato de fiducia en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, desconociendo lo reglado en el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, vigente para la época en que se realizó.

 Y, finalmente, esa idea, la de la inexistencia, también halla respaldo en el laudo arbitral[[20]](#footnote-20) que fue traído como prueba trasladada a este juicio, donde se sostiene que, la mera inscripción, mal hecha como se dijo que quedó, en el libro de registro de acciones de Inversiones Médicas S.A., es insuficiente para considerar protocolizada la transferencia del dominio de las acciones en favor de la sociedad fiduciaria, quien por negligencia, permitió irregularidades en la formalización del contrato, que lo hacen inexistente.

 2.4.2. Por su parte, Alianza Fiduciaria S.A., en la apelación, aseguró que el contrato sí existe y se cumplió, por las razones que a continuación se resumen:

 (i) Si bien el contrato de fiducia no se inscribió en el registro mercantil del domicilio del fiduciante, ello no deviene en la inexistencia, en el entendido de que el pacto se celebró por escrito, en documento privado y contó con los elementos esenciales de todo contrato, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.

 (ii) Si en la más generosa de las hipótesis se aceptara que el contrato debía inscribirse en el registro mercantil, la única consecuencia que podría derivarse de ello, sería la inoponibilidad respecto de los terceros afectados por el desconocimiento de un negocio del que debieron ser informados, quienes, entonces, serían los únicos legitimados para plantear la discusión, no como aquí, que lo hacen las partes que suscribieron el convenio.

 (iii) El artículo 1760 del Código Civil, que le sirvió de pábulo al juez de primer grado para reprochar la falta de registro del contrato de fiducia en el registro mercantil de la cámara de comercio, y derivar de ahí su inexistencia, es aplicable solo para los contratos solemnes, como la hipoteca y la compraventa, no para la fiducia mercantil, cuya existencia no está condicionada a que se eleve a escritura pública.

 (iv) El patrimonio autónomo “La Vegas Jaramillo”, se constituyó en debida forma pues, al tenor de lo reglado en el artículo 406 del Código de Comercio, a) existió un acuerdo de voluntades cuyo objeto consistía en la transferencia de acciones, que quedó inscrito en el contrato de fiducia; b) la enajenación se inscribió en el libro de acciones de Invermédicas S.A., tal como consta en la inscripción realizada el 10 de abril de 1995, c) el 21 de abril el señor Jaramillo Zuloaga emitió una orden dirigida a Invermédicas S.A., para que registrara la enajenación de las acciones en favor de Alianza Fiduciaria S.A.

 (v) En todo caso, agregó, la consecuencia de la inexistencia que, equivocadamente hubo de declararse, no pudo haber sido una condena por los supuestos perjuicios sufridos, en el entendido de que no se está debatiendo la responsabilidad derivada de un daño producido por el incumplimiento de un contrato, sino que se discute su inexistencia, cuyo efecto sería la devolución de lo entregado.

 2.5. Lo explicado hasta este punto, sumado a las razones que a continuación se apuntarán, le permite a la Sala anunciar, desde ya, la revocatoria de la resolución de primer grado, porque contrario a lo que allí se concluyó, este Tribunal sí advierte la existencia del contrato.

 Hay que empezar diciendo, como ya antes lo ha hecho esta Corporación, que *“(…) tratándose de un contrato mercantil, debe allanarse a las características esenciales, en cuanto los contratantes deben tener capacidad negocial o dispositiva, consentimiento exento de vicios, licitud en el objeto, así como en la causa (Artículo 1502, del CC, por remisión del artículo 822, del CCo).”[[21]](#footnote-21)*

A la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, venidos del Código Civil, el estatuto comercial, en su artículo 898, añade otro elemento esencial al convenio mercantil, en el sentido de que *“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”*

 La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante, 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 (Art. 1226 del C. Co.); y sobre su naturaleza y particularidades la Corte Constitucional explica[[22]](#footnote-22):

 Sin entrar a estudiar detenidamente todos los aspectos característicos de la fiducia mercantil -por escapar a los propósitos de este pronunciamiento-, puede decirse que de la norma transcrita se colige que de este negocio jurídico se derivan dos partes necesarias, fiduciante y fiduciario, y una eventual: el beneficiario o fideicomisario. De igual forma, puede señalarse que los elementos característicos de este tipo de contratos son los siguientes:

 **El primero puede definirse como un elemento real, según el cual en la fiducia mercantil se presenta una verdadera transferencia de dominio sobre los bienes fideicomitidos**. Al respecto, conviene agregar que, para algunos, el negocio fiduciario en el que no se efectúa necesariamente la transferencia del dominio sino la mera entrega de bienes, ni se constituye un patrimonio autónomo, corresponde a un encargo fiduciario; mientras que en aquellos casos en que se transfiera la propiedad y se constituya un patrimonio autónomo, se estaría ante una verdadera fiducia mercantil[[23]](#footnote-23).

 Retomando la característica esencial del primer elemento, cual es la transferencia del dominio, se tiene que de acuerdo con los artículos 1227, 1234, 1236 y 1238 del Código de Comercio, los bienes afectados por el fideicomiso no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, razón por la cual deben figurar contablemente en forma separada y, además, el beneficiario deja de ser "dueño" de sus bienes, aunque sí lo es de los beneficios que ellos reporten.

 Debe igualmente señalarse que, según las voces del artículo 1233 de la normatividad citada, "los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo". Si bien escapa a la finalidad de esta providencia analizar el concepto de "patrimonio autónomo", debe decirse que ella responde a la necesidad de que los bienes afectados mediante el negocio fiduciario, se encuentren a salvo respecto de los demás negocios o gestiones que adelante el fiduciario como fruto del giro ordinario de sus asuntos.

 **De lo anterior, se debe concluir que tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil.**

 **Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal**, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario, se enmarcan dentro de la figura del "trust" o de la confianza que el primero deposita en el segundo -es decir, **en sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria**-, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su good will, con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o un tercero.

 **El tercer elemento hace referencia a los aspectos formales de este tipo de contratos. Se trata de cumplir con los requerimientos mínimos establecidos por la ley tanto en lo que se refiere a la formación del contrato como a su ejecución y extinción**. En cuanto a lo primero, el artículo 1228 del Código de Comercio, establece que la fiducia deberá constar en "escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes". Sin embargo, los Decretos 663 y 847 de 1993, principalmente, han modificado en parte la citada disposición y han permitido la constitución de fiducias sobre bienes muebles por el simple consentimiento de las partes, mientras que aquellas que versen sobre bienes objeto de registro o sobre bienes inmuebles deberán cumplir con las obligaciones correspondientes a cada uno de estos eventos. Respecto de otras formalidades, no podrán celebrarse los negocios fiduciarios prohibidos (Art. 1230) y deberán acatarse las causales de extinción de este tipo de contratos (Art. 12340). (Destaca la sala)

 Se destacan, entonces, tres elementos adicionales, sin los cuales no puede crearse una fiducia mercantil, (i) La transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos, y la consecuente constitución de un patrimonio autónomo; (ii) La necesidad de que el fiduciario sea una sociedad autorizada por la autoridad competente, y (iii) Las solemnidades que se deben cumplir cuando el negocio verse sobre bienes sometidos a registro.

 En el caso concreto, incumbe a la Sala, examinar si el contrato que se trajo a barandas, está dotado de los requisitos anotados. Eso sí, solo lo hará respecto de aquellos sobre los que hay controversia; y así será, porque en el de marras, en lo que se refiere a los requisitos esenciales del contrato, nadie puso en duda la capacidad de los contratantes; su consentimiento, o se quejó de algún vicio en él, ni tampoco se cuestionó la licitud de la causa o del objeto.

 Además, en lo que se refiere a los especiales requisitos de fiducia mercantil, ninguno de los contendientes halló reparo en la calidad de la entidad fiduciaria, avalada por la Superintendencia Financiera, para asumir la calidad con la que suscribió el contrato y con la que comparece a este litigio, por demás, acreditada en el plenario[[24]](#footnote-24).

 2.5.1 Perfilado así el asunto, y en lo que atañe con el primer elemento especial de la fiducia mercantil, esto es, la transferencia del dominio de los bienes y la constitución del patrimonio autónomo, y como aquí se trata de acciones nominativas, debe recordarse que el artículo 406 del Código de Comercio establece que: *“La enajenación de las acciones nominativas* ***podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes****; mas* ***para que produzca efecto*** *respecto de la sociedad y de terceros,* ***será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones****,* ***mediante orden escrita del enajenante****. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo. Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente. (…)”* (Destaca la Sala).

 De lo que refulge que, para que se consolide la transferencia del dominio, es necesario, cuando menos, lo siguiente: (i) La orden escrita del enajenante de las acciones (en este caso el fiduciante), y (ii) El registro de la transferencia en el libro de registro de acciones.

 De la abundante documental que obra en el expediente, específicamente, en los documentos que fueron exhibidos por la parte demandante, en la audiencia del 17 de mayo del 2012, encuentra la Sala los siguientes:

 (i) Copia del documento *“FIDEICOMISO FUENTE DE PAGO”,* suscrito por los aquí litigantes el 21 de abril de 1995*,* cuya cláusula primera, establece *“TRANSFERENCIA: El (LA) (LOS FIDEICOMITENTE (S) transfiere (n) al Fiduciario, a título de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE, la totalidad de los derechos reales, el dominio y la posesión que tiene (n) y ejerce (n) sobre DOSCIENTAS OCHENTA ACCIONES de la sociedad INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA “INVERMÉDICAS S.A.”, por un valor intrínseco (…) A estos bienes y los que adquiera el FIDUCIARIO en desarrollo de ese Contrato, se aplicarán los artículos 1227, 1233, 1238, del Código de Comercio, constituyendo un Patrimonio Autónomo que se identificará con la siguiente mención: PATRIMONIO LAS VEGAS JARAMILLO” [[25]](#footnote-25)*

 (ii) Un oficio de esa misma fecha, suscrito por José Raúl Jaramillo Zuloaga, dirigido a Inversiones Médicas e Antioquia S.A., informando que *“(…) en la fecha he cedido a favor de FIDUCIA ALIANZA S.A. Nit No. 860.351.315-3, la cantidad de DOSCIENTAS OCHENTA (280) acciones de esa compañía, las cuales están representadas en los títulos números: 074, 130 y 0213 (…) Les solicito registrar esta transferencia en el libro de Accionistas respectivo y expedir un nuevo título.”[[26]](#footnote-26)*

 (iii) Copia del libro de registro de accionistas de la sociedad Inversiones Médicas de Antioquia S.A., en el que aparece la anotación *“2. Constitución Fideicomiso fuente de pago a favor de Fiduciaria Alianza – 10 de abril de 1995 por 280 acciones.”[[27]](#footnote-27)*

 Ahora, es cierto que en el libro aparece que el registro de la constitución del fideicomiso sucedió el 10 de abril de 1995, es decir, antes de la celebración del contrato, sin embargo, eso tiene una explicación visible en las consideraciones del salvamento del laudo arbitral que se ha venido comentando, en el que se aclara que *“(…) el fiduciante y propietario pleno de las acciones, doctor José Raúl Jaramillo, pidió a Invermédicas, primero en carta el 5 de abril de 1995 que registrara la “pignoración” de las acciones a nombre de Fiducia Alianza S.A. de las 280 acciones que tenía en Invermédicas.”[[28]](#footnote-28)* ; de ahí que con oficio del 10 de abril el Gerente de Invermédicas, le certificara a Fiducia Alianza S.A., que había quedado registrada la pignoración de las acciones.[[29]](#footnote-29)

 Y en todo caso, si bien la autenticación del contrato de fiducia se hizo el 21 de abril de 1995, ello no implica, por sí solo, que se hubiera suscrito en esa calenda, como en efecto, y tal como lo deja ver la evidencia, sucedió.

 (iv) También hay un oficio del 21 de febrero del 2003, emitido por el representante legal de Inversiones Médicas de Antioquia S.A., en el que certifica que en el libro de registro de accionistas de la compañía que, *“(…) con fecha de 10 de abril de 1995, se inscribió en el folio correspondiente al accionista JOSÉ RAÚL JARAMILLO ZULOAGA, (…) la constitución del patrimonio autónomo denominado PATRIMONIO LAS VEGAS JARAMILLO, conformado por doscientos ochenta (280) acciones de sociedad Inversiones Médicas de Antioquia S.A. “INVERMÉDICAS S.A.” que fueron transferidas por los fideicomitentes a Alianza a título de fiducia mercantil para la conformación del patrimonio autónomo.”[[30]](#footnote-30)* (f. 61, c. pruebas demandante)

1. Y otro oficio del 19 de octubre de 1999, en el que aparece *“Referencia: Instrucción de liquidación de Fideicomiso ADM 4642-0631 VEGAS JARAMILLO (…) Las acciones de INVERMÉDICAS, patrimonio del Fideicomiso, se vendieron y se cancelaron los créditos avalados por Coomeva. (…) Este se encuentra a paz y salvo por todo concepto. (…) En virtud de lo anterior se instruye al Departamento de Contabilidad, para darle de baja a dicho Fideicomiso”.[[31]](#footnote-31)*

Las intervenciones que acaban de citarse, emitidas por cada uno de los actores del negocio, ponen en evidencia dos cosas, la primera, la inequívoca voluntad del señor Jaramillo Zuloaga de crear, con el capital que representaban las acciones, la garantía en favor de Coomeva S.A., expresada en las órdenes que emitió en tal sentido hacia la sociedad de accionistas; y la segunda, la transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos, en favor de la Fiduciaria S.A., y la consecuente creación del patrimonio autónomo “Las Vegas Jaramillo”.

Y se afirma esto último, a pesar de que no aparezca en el expediente la cancelación y posterior emisión de los títulos en favor de la entidad fiduciaria, porque, por una parte, el registro del contrato de fiducia quedó estampado en el libro de registro de accionistas, y por otra, los títulos, en todo caso, no son más que un documento que representa un derecho, no el derecho en sí mismo, tan es así, que las acciones pudieron enajenarse, y con el producto de su venta ejecutar la garantía, sin necesidad de que se hubieran emitido los títulos a nombre de la entidad fiduciaria.

 Sobre las dos razones que acaban de plantearse, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expone lo siguiente, que es útil para lo que se pretende explicar: [[32]](#footnote-32)

De igual manera hay que distinguir el título (entendido como causa), del modo; pues es bien sabido que en nuestro ordenamiento jurídico la enajenación implica ambos actos. Tratándose de una compraventa de acciones, específicamente, el título se materializa en el contrato, cuyo perfeccionamiento se da por el simple acuerdo de las partes (artículos 406 y 864 ibidem); mientras que el modo se concreta a la tradición de las acciones, que se realiza normalmente por endoso. **La inscripción del adquirente en el libro de registro de accionistas, por orden escrita del enajenante, no afecta el modo porque el objeto de esta formalidad es que la cesión produzca efectos frente a la sociedad y a terceros (artículo 406 ejusdem).** (Destaca la sala)

Y la Superintendencia de sociedades también aclara:[[33]](#footnote-33)

 “(…) En virtud del carácter nominal de las acciones, la sociedad le reconocerá el carácter de accionista únicamente a la persona que **aparezca inscrita como tal en el libro de acciones** (…). **La calidad de accionista de ninguna manera se subordina a la expedición del título correspondiente, resultando ser un medio probatorio, pero no necesario para el ejercicio de los derechos correspondientes; el título no los incorpora, sino que se tienen en virtud de la misma ley (C. Co., art. 379).** De hecho, si un título representativo de unos derechos sociales se extraviare, si bien su propietario tiene que proceder conforme a lo establecido en el artículo 402 del Código de Comercio, no por ello se inhabilita para el ejercicio de sus derechos, pues es su registro como accionista en el libro correspondiente el que brinda la garantía y seguridad en cuanto a su calidad de accionista y participación porcentual en el capital social. **Es cierto que el legislación mercantil prevé que para hacer la nueva inscripción y expedir el título al nuevo adquirente se requiere la cancelación de los títulos expedidos al trayente; sin embargo, el hecho mismo de no haberse procedido de conformidad, no representa peligro inminente para su propietario, pues el título en sí tiene una importancia secundaria, pues es la inscripción en el libro de registro correspondiente la que cuenta para establecer la calidad de accionista y la que hace oponibles a la sociedad y a terceros los derechos del accionista**. Además, el acto de cancelación de los títulos es obligación de la sociedad con base en la carta de traspaso correspondiente, y no de las partes involucradas en el negocio, quienes no pueden resultar afectadas ni perjudicadas por la negligencia de los directivos de la sociedad en la cual tienen su inversión. (…)”. (Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-1082, del 17 de enero de 2001. El resaltado es fuera del texto). (Destaca la sala)

Lo que acaba de resaltarse hace ver enrevesada la idea de desconocer el acuerdo, aferrándose a circunstancias accidentales, que no tocan con su esencia, cuando todo está precedido de plurales manifestaciones que evidencian la voluntad de enajenar en favor de la fiducia las acciones en disputa y la cardinal inscripción en el registro de accionistas sobre la constitución del fideicomiso.

 2.5.2. Finalmente, no hay mucho que andar en lo que se refiere al último requisito, relacionado con las solemnidades que se deben cumplir para la configuración de la fiducia, habida cuenta de que, contrario a lo que se planteó en el fallo de primer grado, esta Colegiatura estima que las acciones nominativas no son bienes sujetos a registro y, por lo tanto, la existencia del negocio jurídico que aquí se estudia, no depende de la inscripción de su cesión en la cámara de comercio del domicilio del fiduciante.

 En efecto, son bienes sujetos a registro, aquellos como los inmuebles, cuya tradición se efectúa *“(…) por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.”* (Art. 756 Código Civil) y, por lo tanto, los negocios relacionados con ellos, deben cumplir ciertas solemnidades como sucede con la hipoteca que, para su existencia, debe ser elevada a escritura pública y registrarse (Artículos 2434 y 2435 Código Civil); no como en este caso, que se trata de acciones nominativas, cuya enajenación está autorizada de la siguiente manera en el artículo 406 del Código de Comercio que a su tenor reza:

 La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo.

 Con la primera frase queda claro que la enajenación solo requiere del simple acuerdo entre las partes, después viene la conjunción “*mas*”, cuyo sinónimo más utilizado es “*pero*”, para continuar declarando que, con independencia de lo anterior, sus efectos frente a la sociedad y terceros, solo se producirán, siempre y cuando se efectúe la inscripción en el libro de registro de accionistas, lo cual, en todo caso, y en el de marras, sí sucedió como hubo de explicarse.

 Y hacia lo mismo apunta la norma de la que se echó mano en primera instancia:

 ARTÍCULO 16. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL. <Incorporado en el Decreto 663 de 1993, EOSF, bajo el artículo 146, Num. 2> Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.

 <Incorporado en el Decreto 663 de 1993, EOSF, bajo el artículo 146, Num. 3>Los contratos que consten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

 (…)

 Como se ve, esas normas no condicionan la existencia del contrato de fiducia a algún registro; distinto a eso, ambas están orientadas a la protección de los bienes de los contratantes que sean sujetos a registro, como los inmuebles, y a la inoponibilidad del negocio frente a la sociedad y a terceros.

 Así lo aclara la Superintendencia Financiera[[34]](#footnote-34):

 Por su parte, la Ley 35 de 1993 en su artículo 16 (incorporado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 146, num. 3, citado en su comunicación) estableció que las Fiduciarias podrían celebrar esta clase de contratos “sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional”, precisando que (…) “los contratos que consten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.”

 **Por consiguiente, por regla general no será exigible elevar a escritura pública ni inscribir en el registro mercantil el contrato de fiducia, en caso de que conste en documento privado, excepto si el negocio fiduciario implica la transferencia de un bien que requiera el cumplimiento de dicha solemnidad.** En estos mismos términos, la Superintendencia Financiera se pronunció señalando que *“ni en el Código de Comercio ni tampoco el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF -exigen el cumplimiento del requisito de solemnidad para su perfeccionamiento, salvo que en tratándose de la transferencia de bienes sometidos a registro ellos deban sujetarse a tal formalidad sin que sea necesario documentarla por escritura pública”.* (Destaca la Sala).

 Acierta, entonces la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., cuando en su apelación, plantea que los únicos legitimados para incoar una acción, con ocasión de los perjuicios ocasionados por la falta de registro, serían los terceros afectados por tal omisión, porque si bien el aludido presupuesto apunta a la publicidad del acuerdo, no desvirtúa su existencia.

 *“Un negocio jurídico puede existir por reunir los requisitos esenciales de ley y, al mismo tiempo, ser válido por haberse celebrado en forma regular y, sin embargo, carecer de eficacia frente a un tercero que puede ser el verdadero titular del derecho patrimonial que es objeto del negocio jurídico o un tercero que, no siendo titular del derecho patrimonial negociado, sea lesionado o perjudicado con el acto”* dice la doctrina[[35]](#footnote-35). Cuestión decantada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desde antaño[[36]](#footnote-36):

 “[L]a inoponibilidad del negocio jurídico se traduce en la ausencia de sus efectos respecto de o en contra de alguien, generalmente, por inobservancia de las cargas de conocimiento, previsión, sagacidad, probidad, corrección, tutela de la buena fe o por las circunstancias disciplinadas por la ley, a cuyo tenor, ‘será inoponible el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija’ (art. 901 C. de Co.; Cas. 24 de agosto de 1938, LKVII, 852; Cas. 18 de febrero de 1994, Cas. 30 de noviembre de 1994, exp. 4025; Cas. 26 de abril de 1995, exp. 4193; Cas. 24 de mayo de 2000, exp. 5267 y Cas. 15 de agosto de 2006, exp. 1995-9375-01).

 De donde, las causas de inoponibilidad, son variadas, no se limitan a la falta de publicidad y presuponen la existencia y validez del negocio jurídico, a las cuales no se asimila y, **no puede ser invocada más que por terceros afectados en quienes concurra**: así, de ordinario, los efectos del negocio jurídico son plenos entre las partes y no respecto de terceros, cuyos intereses escapan a la esfera dispositiva de las partes, careciendo de eficacia, en sentido negativo o positivo, salvo en las precisas situaciones fácticas disciplinadas por el ordenamiento (estipulación por otro, contrato a favor de terceros, etc.); la cesión de créditos y de contrato de prestaciones correlativas, es inoponible al deudor y a la contraparte por ausencia de notificación y, en su caso, de aceptación (arts. 1698 y ss. C.C.); el pacto de reserva de dominio al tercero de buena fe adquirente del bien mueble (arts. 1931 y 1933 C.C.); **el pacto fiduciario a terceros** (art. 1759 C.C.); el ‘pacto secreto, privado, reservado, simulado’ a terceros adquirentes del titular aparente (art. 1766 C.C.); las decisiones adoptadas por la asamblea o junta general de socios que no tengan carácter general, son inoponibles a los socios ausentes o disidentes (arts. 188 y 190 C. de Co.), y en general, el negocio no conocible por terceros, usualmente, por omisión de la publicidad exigible (arts. 901, arts. 29, 112, 121, 158, 190, 188, 196, 300, 313, 366, 499, 510, 528, 843, 894, 953, 1186, 1208, 1320, 1333 y 1573 del C. de Co.; 2 y 44 del Decreto 1250 de 1970).

 La publicidad, de igual manera, es una carga, trámite o procedimiento para alcanzar determinados fines o efectos prácticos, no es una forma para la constitución (ad substantiam actus), validez o prueba (ad probationem) del negocio jurídico, tiene por función básica, primaria y genuina, darlo a conocer a terceros, extraños e interesados, desempeña además funciones de tutela o protección de la situación hecha pública, probatoria de su inscripción, trascripción, anotación. **Sólo en las hipótesis exceptivas cumple función constitutiva esencial (verbi gratia, tradición de bienes raíces, derechos reales sobre éstos, hipoteca, arts. 756 y 2435 C.C.).**

 En suma, la función protectora de la situación hecha pública, se especifica con su ‘oponibilidad’, en cuanto a los datos o hechos dados a conocer, los cuales, se suponen conocidos por su publicidad y a contrario sensu, la omisión de la publicidad exigida, determina la ‘inoponibilidad’ del acto, y en tratándose del dominio, “‘nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble cumple, entre otras, una misión trascendental de publicidad’ (XLIII, 53), pues, ‘la ley toma en consideración la buena fe libre de toda culpa con el exclusivo propósito de proteger la honestidad en la circulación de los bienes, (…) (art. 83 de la C.N.), y es por eso, precisamente, por lo que los genuinos terceros que llevan a cabo negocios adquisitivos o traslaticios de derechos reales(…) confiando por ende en aquello que sobre el particular el registro inmobiliario hace público y exige en consecuencia consultar, adquiere por principio una posición inatacable, no obstante la ineficacia sobreviniente, o la eficacia claudicante por motivos ocultos’ (CCXLIII, 75)”.”

 2.6. En suma, como la conclusión es que la fiducia mercantil de garantía si existió, como se anticipó, no habrá lugar a analizar las demás pretensiones, y entonces, será revocada la sentencia de primer grado que avaló la inexistencia que pregonaban los accionantes, y en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

Las costas en ambas instancias correrán a cargo los demandantes y en favor de la demandada (art. 365 No. 4 CGP). Se liquidarán ante el juzgado de primera instancia, siguiendo las pautas del artículo 366 del CGP, dado que, a partir de la ejecutoria de este fallo el proceso hará tránsito al CGP. Para tal fin, en auto separado se fijarán las agencias en derecho.

**3. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en descongestión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

1°. **REVOCAR** la sentencia del 11 de febrero del 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Descongestión de Medellín en el proceso ordinario propuesto por **José Raúl Jaramillo Zuloaga** y **Ana Isabel Morales Vélez** contra **Alianza Fiduciaria S.A.**

2°. En su lugar, se **NIEGAN** las pretensiones.

3°. Las costas en ambas instancias serán a cargo de los demandantes y en favor de la demandada. Se liquidarán ante el juzgado de primera instancia, siguiendo las pautas del artículo 366 del CGP. En auto separado se fijarán las agencias en derecho.

Notifíquese

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**ADRIANA PATRICIA DÍAZ RAMÍREZ**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Págs. 134 a 149, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Pág. 151, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Pág. 152, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Pág. 154, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Pág. 168, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Pág. 173, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Pág. 176, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Pág. 282, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Pág. 392, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Pág. 321, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Pág. 249, C. N. 04 [↑](#footnote-ref-11)
12. Pág. 455, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Pág. 211, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Pág. 213, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cuadernos pruebas partes demandante y demandada. [↑](#footnote-ref-15)
16. Pág. 226, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Pág. 236, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Págs. 274 y 275, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-18)
19. Pág. 1, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-19)
20. Págs. 25 a 56, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-20)
21. TSP. SCF. Sentencia del 13 de junio del 2017, Rad 2012-00118-01, M.P. Duberney Grisales Herrera. [↑](#footnote-ref-21)
22. C-086/95 [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. Superintendencia Bancaria. Circular Externa No. 007 de 1991. [↑](#footnote-ref-23)
24. Pág. 389, C. Pruebas parte demandante. [↑](#footnote-ref-24)
25. Pág. 1, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-25)
26. Pág. 26, C. Pruebas demandante. [↑](#footnote-ref-26)
27. Pág. 58, C. Pruebas demandante. [↑](#footnote-ref-27)
28. Pág. 58, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-28)
29. Pág. 25, C. Pruebas demandante. [↑](#footnote-ref-29)
30. Pág. 65, C. Pruebas demandante. [↑](#footnote-ref-30)
31. Pág. 62, C. Pruebas demandante. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ, SCC. Sentencia del 16/12/13, Rad. 11001-3103-023-1997-04959-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez. [↑](#footnote-ref-32)
33. Oficio 220-034448 del 24 de abril de 2019 – Extraído de la página web de la Superintendencia de sociedades URL: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\_entidad/normatividad/normatividad\_conceptos\_juridicos/OFICIO\_220-034448\_DE\_2019.pdf [↑](#footnote-ref-33)
34. FIDUCIA, DEBER DE REGISTRO DEL CONTRATO, Concepto 2010051611-001 del 27 de septiembre de 2010; Extraído de la página web de la Superintendencia de sociedades URL: <https://www.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/index.php> (Buscador: *DEBER DE REGISTRO DE CONTRATO).*  [↑](#footnote-ref-34)
35. Canosa Fernando Torrado. La Resolución de los Contreatos Pág. 20, Tercera Edición. Ediciones Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá D.C., 2003. [↑](#footnote-ref-35)
36. CSJ.SCC, Sentencia del 1° julio de 2008, rad. 2001-00803-01. Reiterada en la Sentencia SC3254 del 7 de septiembre de 2020. [↑](#footnote-ref-36)