

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE  
BOGOTA CALLE 12 No.9-23, TORRE NORTE, PISO 3°, OFICINA  
207 EDIFICIO VIRREY**

**Bogotá D.C.,** Cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020).

**Proceso:** Abreviado de Restitución

**Demandante:** Fiduciaria de Occidente S.A.

**Demandado:** Luis Fernando Zea Patiño

**Radicación:** 2008-431

**Decisión:** Sentencia de 1° instancia

De conformidad con lo previsto en el inciso 3° del numeral 5° del artículo 373 del Código General del Proceso, y según se anunció en la audiencia celebrada **el 3 de diciembre de 2020**, se procede a dictar sentencia que defina la instancia dentro del proceso de la referencia

**I.- ANTECEDENTES:**

**PRETENSIONES:**

1.) La entidad demandante, solicitó declarar terminada la custodia y tenencia del inmueble denominado 'Hacienda Galindo Alto', localizado en el Municipio de Bojacá Cundinamarca, dado en comodato, cuyos linderos se encuentran consignados en la demanda y en la Escritura Pública n° 4780 del 23 de mayo de 1996.

2.) Que como consecuencia de la anterior determinación, se ordene

la restitución y posterior entrega del inmueble referido a la actora.

**3.)** Que se condene en costas y agencias en derecho.

## **II.- HECHOS:**

**2.1)** Fiduciaria De Occidente S.A., obrando como vocera y administradora del patrimonio autónomo –Fideicomiso De Garantía No. 4 (antes 3-495), celebró mediante escritura pública n° 459 fechada el 1° de febrero de 1994 corrida en la Notaría 31 del Circulo de Bogotá, modificada a través de la Escritura Pública n° 4780 del 23 de mayo de 1996, en la Notaría 29 del citado circulo contrato de fiducia en garantía con Luis Fernando Zea Patiño.

**2.2)** El inmueble dado en comodato, según lo consignado en la anterior escritura, modificó las cláusulas 7ª a la 13ª y 19ª de la escritura n° 499 del 1 de febrero de 1994 de la Notaría 31 de Bogotá, se denomina Hacienda Galindo Alto', localizado en el Municipio de Bojacá Cundinamarca, con extensión superficiaria de 53 (Has) cuyo metraje viene dado por la escritura 4780 *ibídem*.

**2.3)** Que para el cumplimiento de la fiducia en comento existe la emisión del certificado de garantía n° 4-495-6, reconoce y determina la calidad de cada acreedor vinculado al fideicomiso cuyo porcentaje % individual es hasta por \$200.000.000.00 equivalente a (16, 40%) del avalúo comercial.

**2.4)** En cuanto al contrato, el fideicomitente transfirió a la sociedad impulsora el derecho de dominio y posesión del inmueble objeto de litis. Con base en el certificado de garantía, se indicó que la vigencia del fideicomiso correría a partir del 24 de junio de 1998 sin exceder los 20 años.

**2.5)** Que el demandado ha incumplido la entrega real y material del bien objeto de fiducia acorde con lo previsto en el literal d, cláusula 6ª intitulada ‘custodia y tenencia del bien’ a cuyo tenor el fideicomitente tenía que “(...) *restituir el inmueble o inmuebles a él entregados, una vez se solicite el FIDUCIARIO, a más tardar dentro de los cinco días siguientes al requerimiento de entrega, quedando en todo caso facultado el FIDUCIARIO para adelantar los trámites policivos o judiciales para obtener la restitución del bien o bienes*”.

**III.- ACTUACIÓN PROCESAL:**

**3.1)** El proceso fue admitió en auto del 6 de agosto de 2008 por el Juzgado 2 Civil del Circuito de Bogotá, providencia que corrió traslado al interpelado por él término de 10 días; ordenó notificar en la forma prevista en los artículos 314 a 320 del Código de Procedimiento Civil (fl. 65).

**3.2).** El 14 de octubre de 2010 se profirió sentencia estimativa de las pretensiones (fls. 147 a 149) la que fuera anulada por el *ad quem* mediante la suya del 19 de mayo de 2011 (fls. 15 a 21 cdno 3).

**3.3)** Jorge Armando Alborno Bello, en su calidad de adjudicatario de los derechos derivados del fideicomiso, se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó unos haciendo las aclaraciones de rigor; de otros manifestó no ser ciertos, por lo que reclamó su prueba. Propuso las excepciones de mérito denominadas “(...) *contrato no cumplido*” y “*prescripción*” (fls. 207 a 213).

**3.4)** El curador *ad litem* designado en representación de los herederos indeterminados, indicó estarse a “(...) *lo que resulte probado en el proceso*” (fl. 263).

**3.5)** El 19 de mayo de 2014, se abrió la etapa probatoria (fl. 269).

#### IV.- CONSIDERACIONES:

##### 4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES:

Rituado el trámite pertinente, resulta procedente dirimir de fondo el litigio, puesto que los presupuestos procesales se encuentran acreditados en el presente proceso, y además, no se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación surtida.

##### 5. DEL CONTRATO DE FIDUCIA:

**5.1-** Desde una perspectiva legal, el contrato de fiducia mercantil lo define el artículo 1226 del Estatuto Comercial como un “*negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, **transfiere uno o más bienes especificados**<sup>1</sup> 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.*”, la redacción del precepto en comento, define sin lugar a hesitación “**La transferencia del derecho real de dominio** sobre uno o más bienes está inmersa en el concepto legal del negocio y, por consiguiente, es menester la tradición<sup>2</sup>” pues el constituyente “**transfiere el derecho y el fiduciario lo adquiere para aplicarlo a la finalidad fiduciaria**, conformar un patrimonio autónomo, separado, diferente del suyo y del fiduciante, contrayendo el deber indelegable de ‘transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley’(artículo 1234, num 7º, Código de Comercio) siendo ‘ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomisitos” (artículo 1244, ejusdem).

---

<sup>1</sup> Negrilla intencional

<sup>2</sup> Casación Civil 1999-01458-01.

Desde luego que el fiduciario –ha dicho la Corte– “no recibe –ni se le transfiere– **un derecho real integral** o a plenitud para sí mismo, esto es, no adquiere el dominio para incorporarlo a su propio patrimonio sino para **conformar un patrimonio autónomo** y aplicarlo a la **finalidad fiduciaria**, pero para estos menesteres, la transferencia del derecho real es plena, integral y con todos sus caracteres”, obsérvese que la Corte asentó el carácter temporal de la transferencia hasta que se agote la finalidad determinada por el constituyente, más no en forma definitiva, pues ello lo prohíbe el artículo 1244 del C. de Co. De igual manera, no puede confundirse el patrimonio del fiduciante con los bienes que se le transfiere pues, la diferencia estriba en el patrimonio autónomo que tiene que administrar nada más, pero tampoco nada menos.

No se debe perder de vista, asimismo, las diferencias con el encargo fiduciario, toda vez que el primero-dijo la Corte–, “**se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes** especificados, en tanto que **el segundo**, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por **la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia**. De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un ‘patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo’<sup>3</sup>”

<sup>3</sup> Cas. civ. 21 de noviembre de 2005 [SC-286-2005], expediente C-1100131030201992-03132-01).

## 6. CASO EN CONCRETO:

En el plenario, están probados los siguientes hechos con incidencia y relevancia en la decisión que se está por adoptarse.

**6.1)** Que mediante escritura pública n° 459 fechada el 1° de febrero de 1994, corrida en la Notaría 31 del Circulo de Bogotá, se celebró contrato irrevocable de fiducia mercantil entre Luis Zea Patiño, como fideicomitente; por una parte; y, la sociedad Fiduciaria De Occidente S.A., fungiendo como fiduciario, por la otra.

En el contrato según las cláusulas 1ª, 6, 7ª a 13ª estas últimas modificadas a través de la escritura pública n° 4780 del 23 de mayo de 1996, perfeccionada en la Notaría 29 del Circulo de Bogotá, mediante la cual el Fideicomitente **transfiere** a la Fiduciaria de Occidente S.A., 'Fideicomiso de garantía' No. 3-495 *"(...) el derecho de dominio y posesión que tiene y ejerce sobre el inmueble conocido como 'Hacienda Galindo Alto', localizado en jurisdicción del Municipio de Bojacá Cundinamarca, con extensión superficial de 53 (Has)"* cuyo objeto consistió en que *"(...) el Fiduciario Patrimonio, sea pleno propietario del inmueble"* dado por demandado en la cláusula 1ª *"(...) con el fin de garantizar con el producto de dicho(s) bien(e)s el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Fideicomitente (...) a favor de los beneficiarios"* a cuya custodia y tenencia se hizo a 'Fideicomitente', *"(...) a título gratuito"* obligándose además (...) d) *Restituir el inmueble (...) a él entregados..."*.

Además, se pactó que los beneficiarios serán *"(...) los diferentes acreedores del fideicomitente (...) que figuren inscritas en el registro que para tal efecto llevará el fiduciario, en el monto del valor nominal*

---

*del certificado de garantía que les haya sido expedido (...) los derechos de beneficiario surgirían para cada acreedor (...) desde el momento que el fiduciario le certifique por escrito tal calidad y para el fideicomitente, desde el momento en que se cancelen la totalidad de las obligaciones que se garantizan con el presente contrato o se genere el remanente antes mencionado...*" (fls. 7 a 31).

**6.2)** Como se ve, no hay duda de la existencia del contrato sobre el inmueble, así como tampoco la inscripción en el registro de instrumentos público competente. Entonces, la lectura de la memoria contractual deja en claro que, el occiso entregó en garantía el inmueble descrito enantes de las obligaciones adquiridas con la sociedad fiduciaria, o de las que se fueran causando, según el certificado de garantía que a la sazón se entregará; sin embargo, la anotada entrega, se hizo en forma simbólica, pues al tenor de la cláusula sexta, la viene manteniendo el fideicomitente. Sobre la anotada, figura al decir de la Corte, tiene como sello característico, *"(...) que los beneficiarios de la fiducia, acreedores, podrán solicitar a la administradora del patrimonio autónomo, sin intervención judicial, la realización de los objetos materia del convenio, para la solución de sus acreencias..."* (Cas. Civil. 12 de mayo de 2016; exp. 1998-1111-01).

Así las cosas, para liberarse del poder de persecución ejercido sobre el fundo, el accionado, tiene que demostrar que el negocio jurídico se extinguió porque operaron cualquiera de las causas contempladas en el artículo 1240 del Código del Comercio. Empero, conforme a las estipulaciones acordadas, las obligaciones a cargo del demandado se hacían exigibles según el certificado de garantía que al efecto se expidiera.

**6.3)** En el plenario, se acompañó sendas epístolas, entre ellas las del 25 de agosto y 19 de septiembre de 2005, denominadas "(...)"

*exigibilidad contrato fiducia de garantía No. 4-495 Luis Fernando Zea Patiño*", haciendo alusión a la restitución del inmueble, a cuenta de la acreencia exigida por el Banco Popular S.A. (fls. 32 a 34) temática reiterada en cartas anteriores (fls. 35 a 44).

**6.4)** Bajo ese panorama procede a estudiarse los medios defensivos enarbolados.

**Excepción al contrato no cumplido:** Luego de transcribir las cláusulas 9ª y 10ª del contrato, asevera que después de transcurridos 19 años no se han ejercido trámite procesal o extraprocesal alguno que le "(...) permitiera acceder al inmueble materia de encargo fiduciario..." pues no se allegó prueba del requerimiento, y los documentos que se acompañan no fueron recibidos por el destinatario, por consiguiente, "(...) la fiduciaria incumplió totalmente las obligaciones...".

**Prescripción de la acción restitutoria de tenencia:** Tras reproducir el contenido de los artículos 2535 y 2536 del Código Civil dice que la obligación cobrada por el Banco Popular es anterior al primero de febrero de 1994. Entonces, si el término pactado era de un año prorrogable sucesivamente sin que superara los 20 años. En el caso, anota, han pasado 19 años sin que se haya cumplido con la finalidad anotada por lo que se encuentra prescrita.

**7)** El despacho analizará de manera conjunta ambos medios de defensa por cuanto comparten similar argumento, vale precisar, que el contrato se encuentra prescrito.

**8)** Prontamente advierte el fracaso ambos medios defensivos. Primero porque siendo "(...) La fiducia en garantía un acuerdo de voluntades en virtud del cual una **persona denominada fideicomitente, quien generalmente es el deudor, transfiere**

**uno o más bienes al fiduciario con el fin de que los administre y, de no ser oportunamente satisfecho el pago las obligaciones que con ellos se garanticen, proceda a venderlos para honrarlas, razón por la que constituye una típica fuente de pago mediante la realización directa de los bienes por parte del fiduciario** que, en línea de principio, descarta, por lo demás, la necesidad de acudir a remates judiciales; no constituye, dada su naturaleza, una garantía real por cuanto no recae directamente sobre los bienes constitutivos del patrimonio autónomo que se conforma, sino un derecho personal o de crédito contra el patrimonio fideicomitido que, por los usos mercantiles, **se representa con los certificados de garantía que al efecto se expiden**, documentos que 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 (Cas. Civil del 21 de agosto de 2018, Rad. 2008-00151-01)

Segundo: mal puede imputarse excepción al contrato no cumplido, cuando la sociedad impulsora, ha exigido al acreedor con base en los certificados de garantía, los derechos que pesan sobre el fondo, precisamente con el fin de honrar las obligaciones vigentes. Nótese, por vía de ejemplo, las cartas 'F0-DGNF-000622 y 'F0-DGNF-01590' del 15 y 21 de junio de 2000, dirigida al fideicomitente, alusivas al incumplimiento de este en punto a las obligaciones (fls. 15 a 43).

De otra parte, que los documentos no vengán recibidos en nada cambia la situación, pues son demostrativas del ánimo de la sociedad en honrar sus obligaciones. Frente a la afirmación, según la cual el crédito cobrado por el Banco Popular es anterior a la firma del contrato, se cae de su peso, porque el certificado visible a folio

(4) data del 24 de junio de 1998, es decir, con posterioridad, en todo caso, en el contrato figurarían como beneficiarios “(...) los diferentes acreedores del fideicomitente...”

Igualmente, si el precitado crédito hundió sus raíces en un título valor con prescripciones de tres años o 6 meses como se sostiene, lo cierto es que, tal circunstancia ha debido alegarse, de manera independiente, porque los certificados de garantía expedidos para tal fin siguen vigentes. Luego, para que se configure la hipótesis consagrada en el numeral 1 del artículo 1240 *ejúsdem* es doctrina pacífica en esta materia que: “(...) quien invoca la existencia de una obligación a su favor, tiene la carga de probarla, como también, en sentido contrario, tiene la carga de probar la extinción quien la postula...” (Cas. Civil. 14 de diciembre de 2006; exp. 1995-20893-01).

Empero, nada de lo cual se ve cumplido, porque no hay prueba de la extinción de la obligación. A contrariedad, la testigo **Gloria Lida Bohórquez**, indicó los pormenores de la negociación, entre otros que el demandado (q.e.p.d.) se negó al cumplimiento toda vez que las diferentes cartas así lo demuestran; amen que la sociedad no pudo enajenar el inmueble por incumplimiento del accionado en entregar el fundo (fls. 284 a 290).

Es cierto, la deponente fue techada de sospechosa, mas es doctrina inalterada de la Corte “(...) la sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio...” (Cas. Civil. 21 de agosto

de 2018; exp. 2014-0246-01; reiterando doctrina anterior), además, no se encuentra ánimo de favorecer alguno a la testigo.

9.) En cuanto a la prescripción, conviene empezar remembrando que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos de los demás, por haberse poseído aquéllas sin que los últimos se hayan ejercido durante un tiempo determinado y concurriendo ciertos requisitos legales (art. 2512, Código Civil).

En la especie de este proceso, el contrato, se decía, se firmó el 1 de febrero de 1994, en cuya cláusula 17ª se dijo: *“(...) Este contrato tendrá una duración de un (1) año, contado a partir de la firma del presente instrumento público, no obstante si el fideicomitente no comunica a la fiduciaria con una anticipación de treinta (30) días calendario su intención de darlo por terminado, dicha vigencia se prorrogará por términos sucesivos e iguales al inicialmente estipulado, sin exceder en todo caso de 20 años...”* (fl. 16).

En el proceso, resulta pacífico que la relación se prolongó sucesivamente, sin que en todo caso excediera los 20 años, acorde con el numeral 3 del artículo 1230 del Código del Comercio, en su versión original, que: *“(...) Aquellos [contratos de fiducia] cuya duración sea mayor de veinte años En caso de que exceda tal término, sólo será válido hasta dicho límite”*, lo cual apareja la extinción del negocio jurídico al tenor del numeral 3 del artículo 1240 *ejúsdem* sin necesidad de declaración judicial.

La prescripción, entonces se vendría a consumarse el 1 de febrero de 2014; sin que se altere a consecuencia de la derogatoria hecha por el artículo 101 de la ley 1328 de 2009 (15 de julio) pues *“(...) no puede alterar las situaciones que están consolidadas en el pasado, ni violentar los derechos adquiridos, so pena de atentar contra la*

*seguridad jurídica y someter a la sociedad a una situación permanente de incertidumbre...*” (Cas. Civil. 12 de febrero de 2018; exp. 2008-00331-01).

De suyo, entonces, que mal puede alegarse la reducción de términos que habla el artículo 8 de la ley 791 de 2002, por la potísima razón que la prescripción se rige por una norma especial conforme al brocardo jurídico *‘lex specialis derogat legi generali’* y no por la general.

En todo caso, nótese que si la primera escritura pública data de (1994) y su posterior adición de (1996), la demanda, es claro, se presentó en tiempo; además de ello, en el caso remoto de que pudiera aplicarse la ley 791 de 2002, encuentra el despacho que cualquier supuesta prescripción ha quedado interrumpida precisamente por los actos que desarrolló en su momento el demandado Luis Fernando Zea, por ejemplo el documento visible a folio (222) fechado el 16 de septiembre de 2005, con lo cual se robustece la anterior aserción.

Ahora, la tesis que propone el interpelado, sería ir contra de los actos propios, habida cuenta, que desconocería abiertamente el contenido del contrato, el cual dicho sea de ocasión fue aceptado sin repisa alguna.

En gracia de discusión, podría alegarse rompimiento del nexo contractual si su proponente hubiera demostrado posesión y por ende la interversion, empero, nada dijo sobre los supuestos actos de señorío, pues, si bien es cierto en algún pasaje de su declaración adujo *“(...) yo he hecho muchas cosas en la finca incluyendo apertura de posos[,] cercas una casa, ganadería, hemos abierto también dos o tres canales[,] he pagado los impuestos y llegó allá y soy el dueño de la finca...”* (fls. 278 a 282) lo cierto es que no milita en el plenario

prueba alguna enderezada a demostrar los actos positivos que solo dan lugar a posesión y, como se sabe tal proceder sería "(...) *permitirle al gestor de la controversia **fabricar su propia prueba**, postura que riñe con los principios que rigen la materia.*" (Cas. Civil. 25 de agosto de 2017; exp. 2011-00216-01).

En consecuencia las excepciones no prosperan.

**10.)** Costas a cargo del demandado. Se fija la suma de \$8.000.000.00 como agencias en derecho correspondiente al 4% de las pretensiones señaladas en la demanda (numeral 1.2., artículo 6 Acuerdo 1887 del 2003).

En mérito de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO (2) CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito denominadas como "*excepción al contrato no cumplido y prescripción*" por las razones consignadas en precedencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** terminada la custodia y tenencia del inmueble denominado 'Hacienda Galindo Alto' distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria n° 156-006763 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Facatativá conforme a lo establecido en la escritura pública n° 4780 del 23 de mayo de 1996, por el incumplimiento del demandado Luis Fernando Zea Patiño (Q.E.P.D.).

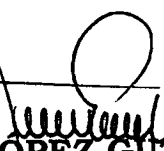
**TERCERO: ORDENAR** al señor **JORGE ARMANDO ALBORNOZ BELLO** restituir a la sociedad accionante en término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia el inmueble dado en garantía el inmueble denominado 'Hacienda Galindo Alto' distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria n° 156-006763 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Facatativá.

**CUARTO: CONDENAR** en costas al demandado a pagar la suma de \$8.000.000.00 como agencias en derecho.

**QUINTO:** Levantar las medidas cautelares practicadas en este proceso.

**SEXTO:** En caso de que el inmueble no fuera entregado desde ya se comisiona al señor Juez promiscuo Municipal de Bojacá (Cund.), para que practique la diligencia de entrega. Líbrese despacho comisorio con los insertos del caso.

**NOTIFÍQUESE,**

  
**JHON ERIK LÓPEZ GUZMÁN**

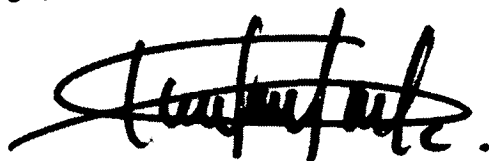
**Juez**

dvd

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE  
BOGOTÁ

El auto anterior se NOTIFICA por ESTADO No. 86, en el día de hoy

**07 DIC 2020**



**LUZ ADRIANA GUERRERO CABEZAS**

Secretaria