

LA FIDUCIARIA COMO SUJETO GARANTE EN EL CONTRATO DE FIDUCIA.

**LA FIDUCIARIA COMO SUJETO GARANTE EN EL CONTRATO DE
FIDUCIA.**

María Camila Cadavid Piedrahita

Sofía Álvarez Velásquez

Universidad Pontificia Bolivariana

Nota del autor

Estudiantes de la facultad de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Artículo construido como trabajo de grado para optar para el título de abogadas de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Dirigido por el Doctor en Derecho, Néstor Raúl Londoño S.

Resumen

La Fiducia mercantil es un contrato ampliamente utilizado en Colombia cuyos orígenes se remontan al derecho romano, desde entonces resaltaba por su función de garantía, la cual hoy en día, también le concede a este contrato un carácter trascendente e importante en la actualidad.

En Colombia, el contrato de Fiducia está regulado del artículo 1226 al 1234 del Código de Comercio. Pero, el contrato trasciende la regulación normativa allí consagrada porque existen varios tipos de Fiducia: inmobiliaria, en garantía, pública, de inversión, de familia.

El presente trabajo describe el origen y concepto del negocio fiduciario e identifica el papel de la fiduciaria a través del estudio del caso “Lote 8”, a través del cual una Fiduciaria debió actuar para proteger los intereses de los acreedores de una entidad liquidada en forma obligatoria por el Estado debido a que adelantaba actividades de captación de recursos del público sin autorización.

Palabras clave: Fiducia mercantil, Fiducia en garantía, Fiduciaria, garantía.

Introducción

En la actualidad la fiducia mercantil en Colombia se ha convertido en un contrato central en muchas áreas tanto del sector económico real, como el financiero, por las diferentes ventajas jurídicas que ofrece la figura.

El contrato, es hoy fundamental para el desarrollo de proyectos inmobiliarios. En el presente trabajo nos concentraremos específicamente en la labor de la Fiduciaria dentro del contrato de Fiducia Inmobiliaria en Colombia, y, más concretamente, en el caso de Lote 8, donde Fiduciaria Corficolombiana fue sujeto garante de las obligaciones y los derechos de las partes.

Este artículo fue elaborado en el marco de la práctica corporativa que realizaron María Camila Cadavid en la Firma Summa Legal y Sofía Álvarez en Bancolombia, en la cual tuvieron oportunidad de analizar de cerca esta problemática y de reflexionar sobre el contrato de fiducia mercantil y la manera como los intervinientes actúan en los casos problemáticos.

A través del presente trabajo, pretendemos recalcar no solo la importancia del contrato de Fiducia Mercantil en la actualidad sino principalmente, la labor del ente fiduciario en el negocio de fiducia mercantil inmobiliaria, toda vez que actúa como vocero y administrador del fideicomiso, del patrimonio autónomo, y, por ende, es un sujeto que brinda confianza a los fideicomitentes. Para lograr esto se hará estudio de un caso concreto en el cual se evidenció la forma como actúa la fiduciaria.

Para tales efectos, en las siguientes secciones se presentará: (i) una conceptualización del negocio de fiducia mercantil para comprender dicho fenómeno jurídico y luego pasar a analizar (ii) la fiducia mercantil inmobiliaria (iii) El caso del Fideicomiso lote 8 (iv) El papel de Fiduciaria Corficolombiana en dicho Fideicomiso.

Negocio fiduciario y el contrato de fiducia mercantil

El contrato de fiducia ha evolucionado a través de la historia. Este, al igual que todos los contratos, surgió para regular circunstancias que se presentaban entre los particulares y al no existir normas al respecto, generaban inconvenientes.

Rodríguez Azuero (2005) señala las primeras manifestaciones de la fiducia:

Supusieron la transmisión de la propiedad de una persona a otra por medio de la mancipatio o la in jure cesio, con el compromiso de quien la recibía de devolverla, cumplida fuera la finalidad. Sus principales aplicaciones resultaron de formas contractuales, esto es, en una moderna terminología, de acuerdos de voluntades, si bien no faltan quienes se cuestionan si lo fueron reamente, dado el carácter típico de los contratos en la época clásica. En este contexto sus dos principales modalidades estuvieron constituidas por el pactum fiduciae cum creditore y el pactum fiduciae cum amico. Adicionalmente y dentro del marco del derecho sucesoral se desarrolló el fideicomissum, como disposición de última voluntad (p. 4).

El *pactum fiduciae* por un lado, implicaba un acuerdo con la obligación para quien adquiría de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. Este, a su vez, revistió dos formas: *fiduciae cum creditore* y *fiducia cum amico*.

El primero *fiduciae cum creditore*:

Era un negocio a título o con causa onerosa y representó la forma de garantía consistente en que el deudor, requerido por su acreedor para prestarle una seguridad real, transfería por mancipatio o in jure cessio la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación. Su soporte exclusivamente en la buena fe implicó , en un primer momento, que el acreedor figurara como propietario pleno sin que el deudor gozara de acción alguna en caso de incumplimiento por parte de aquel, lo que contrastaba con las ventajas obtenidas por el acreedor (Rodríguez Azuero, 2005, p. 7).

El segundo fiducia cum amico, se celebraba:

A título no oneroso en interés del fiduciante y no del fiduciario, como en el caso anterior, y buscaba transferir los bienes para que este pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño como administrarlos, celebrar contratos en torno a ellos, defenderlos contra el ataque de terceros, etc. Se utilizaba, entonces, cuando alguien, contando con una persona de su entera confianza, tenía, por ejemplo, que ausentarse durante un largo tiempo y en vez de dejar el bien en manos de su amigo a través de un contrato que le confiriera la simple tenencia, empleaba este expediente para que gozara de las mas amplias facultades con lo cual su protección resultaba más eficaz (Rodríguez Azuero, 2005, p. 10).

Otra figura importante era la figura del *fideicommissum*, que regulaba temas en materia hereditaria. Esto es, buscaba que, pese a los inconvenientes legales y las incapacidades, el testador pudiera hacer efectiva su última voluntad. Una persona entonces, transfería a otra uno o más bienes, vía testamentaria, para que esta última los empleara en beneficio en otras personas. Por ende, la confianza en los sujetos era fundamental.

Por otro lado, en el derecho inglés, surgió una figura conocida como el Trust. En virtud de la misma, se verificaba la transmisión de un bien a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario. La persona que posee algunos de los bienes, está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero. Y esto, surge en virtud de la voluntad de la persona que crea el trust (Rodríguez Azuero, 2005, p. 24).

En América latina pasa algo particular y es que la figura se tipificó en el área del derecho mercantil. Lo anterior conllevó necesariamente el surgimiento de un régimen de derechos y obligaciones propio. En nuestro continente, el negocio se ha profesionalizado y en algunos casos, se ha reservado a entidades financieras vigiladas por el Estado. Y, cuando eso ocurre:

Se producen evidentes efectos positivos para la figura especialmente por la mayor y generar confianza que por tal motivo se genera en la comunidad (...) Y como la confianza, que identifica filológicamente la expresión fiducia, es la base fundamental de este negocio y lo ha sido a lo largo de la historia, no escapara al analista el apoyo que resulta de contar con la vigilancia omnipresente del Estado en el desarrollo de la actividad (Rodríguez Azuero, 2005, p. 129).

Adicionalmente, la fiducia mercantil es flexible, esto es, se adapta a las distintas necesidades y complejas circunstancias. Y lo hace porque constituye un esquema elástico para realizar negocios y obtener resultados.

Como se ha dicho repetidamente por la doctrina, la fiducia abre un amplio espacio a la imaginación al permitir combinar un número ilimitado de bienes y finalidades legítimas. De suyo, puede concebirse como un recipiente al que cada cual puede ponerle un contenido, por lo que las posibilidades son todas. Basta, en efecto, transferir un bien-

cualquier bien- con el propósito de obtener una finalidad- cualquier finalidad legitima- para llenar ese continente con un contenido. Por ello hemos dicho que, ante todo, la fiducia es un mecanismo instrumental que no es en si nada pero que sirve para hacer mucho (Rodríguez Azuero, 2005, p. 130).

Adicionalmente, el patrimonio que se constituye, con su naturaleza especial, hace que este contrato “*resulte muy atractivo toda vez que el patrimonio independiente sustraído de las vicisitudes o riesgos que puedan afectar los de las partes intervinientes y vinculado a la consecución de la finalidad, que solo responde por las obligaciones contraídas en el desarrollo de la gestión*” (Rodríguez Azuero, 2005, p. 132).

El negocio fiduciario en la actualidad, en el régimen comercial colombiano tiene elementos reales y personales, esto es, implica “*una transmisión plena de derechos (elemento real) limitada en la práctica, por las obligaciones consagradas a cargo del fiduciario (elemento personal)*”. (Rodríguez Azuero, 2005, p. 169).

Mientras el elemento real implica la transmisión de los derechos, el elemento personal u obligacional consiste en:

El acuerdo mediante el cual el fiduciario limita su potestad de propietario, en orden al cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante. Generalmente son varias las obligaciones a cargo del fiduciario y dicen tanto con sus facultades como con el destino de los bienes y la forma de restituirlos en el momento a que ello haya lugar. Esta circunstancia permite entender no solo la razón por la cual los derechos otorgados están reducidos a los necesarios para la consecución del objeto encargo sino, muy especialmente, la titularidad

se conserva solo por el tiempo requerido para lograr los fines previstos (...) (Rodríguez Azuero, 2005, p. 171).

El contrato de Fiducia Mercantil supone entonces la transmisión de la propiedad para una finalidad específica. Una persona, encarga a otra de cumplir una finalidad específica con unos bienes concretos, y por ende, la titularidad de los mismos se le transferirá a la persona para que pueda cumplir con dicha finalidad a favor de uno o más beneficiarios, dentro de los que puede estar el mismo fideicomitente, obteniendo quien realiza esa función (fiduciaria), una remuneración.

El ente fiduciario, si bien es propietario frente a terceros, carece de facultades dispositivas ilimitadas, salvo aquellas que le haya conferido el acto constitutivo o le resulten necesarias para el cumplimiento de la finalidad, pero ni una más de las requeridas para tal efecto. Por lo anterior es que se hace referencia a que los bienes transferidos al sujeto fiduciario constituyen un patrimonio especial o autónomo, con notas que lo individualizan del general del fiduciario y del beneficiario, trayendo ello consigo una serie de ventajas.

El contrato de fideicomiso o de fiducia mercantil, como tal, es un contrato principal, oneroso, conmutativo, de ejecución instantánea, de tracto sucesivo. Es bilateral y en algunos países, solemne. Aun cuando el mismo se explica a través de una relación tripartita, puede ser unilateral o bilateral según se trate de un fideicomiso constituido por testamento o un acto entre vivos. Sin embargo, usualmente se regula como un acto jurídico bilateral, esto es, como un contrato perfeccionable por el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario. Al respecto:

Sobre el formalismo y las solemnidades podemos afirmar que existe una amplia gama de posibilidades que oscila entre la perfección del contrato por simple manifestación verbal, propia de la forma

LA FIDUCIARIA COMO SUJETO GARANTE EN EL CONTRATO DE FIDUCIA.

consensual, hasta la existencia de requisitos solemnes, como constar en escrito auténtico o en escritura pública, pasando por el escrito como simple medio de prueba cuando se trata de fideicomiso constituido por acto entre vivos (Rodríguez Azuero, 2005, p. 191).

La fiducia mercantil inmobiliaria

Respecto del contrato de Fiducia hay una especie que merece especial atención en tanto regula el caso sometido a estudio y es la fiducia mercantil inmobiliaria. Bajo dicha modalidad contractual el dueño de un inmueble contacta a una entidad fiduciaria para que reciba un bien inmueble (generalmente un predio sin construir) y se comprometa como encargo fiduciario al desarrollo inmobiliario. Dicho encargo consiste en: contratar la construcción con la persona que se señala en el fideicomiso, vigilar la marcha de esa obra (interventoría), supervisar la inversión en fondos de obra.

Una vez terminada la obra debe dividir la propiedad horizontal y entregar el dominio pleno de unidades a la empresa inmobiliaria o a quien esta señale y las otras unidades debe entregarlas al fideicomitente o a quien este señale (las que son contraprestación por el lote). La empresa inmobiliaria contrata con la fiducia la construcción del edificio (señalando honorarios y contratando gerencia del proyecto). Se debe señalar también el plazo de la obra, las especificaciones técnicas, etc.

Si la empresa inmobiliaria incumple, debe devolver el bien al fideicomitente y este, para recibirlo, debe abonar *“el costo histórico previa deducción de la cláusula penal”*.

Está claro entonces que la fiduciaria cobra una comisión por su actuación por lo que este esquema colma las expectativas de las partes y logra la “confianza” esperada. Así:

El fideicomitente sabe que el bien queda en buenas manos y con un buen manejo; además con él se forma un patrimonio autónomo que se escapa a los acreedores de la fiduciaria y de la sociedad constructora

que es la fideicomisaria. La inmobiliaria (fideicomisaria) sabe que con el cabal cumplimiento de sus obligaciones le permitirá disponer libremente de las unidades que le correspondan. Para la fiduciaria, constituye una importante y rentable actividad y además le permite vigilar el crédito que le hace a la empresa inmobiliaria para invertir en la construcción o desarrollo del proyecto (Arrubla Paucar, 2013, p. 96).

Caso del fideicomiso “Lote 8”.

En el caso de estudio están envueltos Fiduciaria Corficolombiana S.A, como entidad fiduciaria, la sociedad Grupo Monarca S.A. que posteriormente presentó cesación de pagos y fue admitida en un proceso de reorganización empresarial y finalmente Factor Group S.A., sociedad que fue sancionada por captación ilegal y su liquidación ordenada por la Superintendencia Financiera.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado pasamos a explicar la historia del caso y del negocio fiduciario en concreto y como se construyó para favorecer a las víctimas de Factor Group.

La sociedad Grupo Monarca S.A., la cual se encontraba en reorganización empresarial, en calidad de fideicomitente y la sociedad fiduciaria Corficolombiana S.A., en su condición de Fiduciaria, celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria mediante documento privado que data del 10 de septiembre de 2009, creando el Fideicomiso Grupo Monarca La Selva, con el objetivo de que Grupo Monarca en su condición de fideicomitente, desarrollara por su cuenta y riesgo el proyecto inmobiliario denominado “Edificio Odonata” a través del esquema fiduciario de beneficiario de área. A partir de la celebración del mencionado contrato la sociedad Fiduciaria, actúo como vocera y administradora del Fideicomiso Grupo Monarca La Selva.

Posteriormente, la sociedad Grupo Monarca, en calidad de Fideicomitente y la sociedad Corficolombiana, celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria mediante documento privado que data del 15 de diciembre de 2009, creando el Fideicomiso Salamandra, con el objetivo de que el Grupo Monarca

desarrollara por su cuenta y riesgo el proyecto inmobiliario denominado “Edificio Residencial Salamandra” a través del esquema fiduciario de beneficiarios de área. A partir de la celebración del mencionado contrato la sociedad Fiduciaria, actuó como vocera y administradora del Fideicomiso Salamandra.

En negociación aparte, la sociedad Grupo Monarca, en calidad de fideicomitente y Corficolombiana celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria mediante documento privado que data del 15 de diciembre de 2009, creando el Fideicomiso Luciérnagas, con el objetivo de que Grupo Monarca desarrollara por su cuenta y riesgo el proyecto inmobiliario denominado “Edificio Luciérnagas” a través del esquema fiduciario de beneficiarios de área. A partir de la celebración del mencionado contrato la sociedad Fiduciaria, actuó como vocera y administradora del Fideicomiso Luciérnagas.

En el contenido de los contratos descritos (y a través de otrosí en el caso del Fideicomiso Grupo Monarca La Selva), mediante los cuales se crearon, respectivamente, los fideicomisos mencionados, se procedió a vincular, por parte del Grupo Monarca a la sociedad Factor Group S.A. en calidad de acreedor beneficiario.

Según las respectivas estipulaciones contractuales, el acreedor beneficiario, recibiría pagos a su favor una vez se hubiera cumplido la finalidad del contrato de fiducia que es la ejecución de los proyectos inmobiliarios de vivienda.

Sin embargo, en virtud de la Resolución 1817 de 2011 de la Superintendencia Financiera, se ordenó a Factor Group Colombia S.A. la suspensión de actividades de captación y recaudo no autorizado de recursos

del público. En dicha ocasión se remitió la actuación correspondiente a la Superintendencia de Sociedades.

Con posterioridad a esto, los Autos 420-002519 del 14 de marzo de 2012 y 420-006358 del 26 de junio de 2012 de la Superintendencia de Sociedades, aprobaron el Plan de Desmonte Voluntario presentado por Factor Group Colombia S.A. y adicionalmente, ordenaron a la fiduciaria Corficolombiana como vocera y administradora de los Fideicomisos Grupo Monarca La Selva, Luciérnagas y Salamandra, a vincular a los hoy fideicomitentes cesionarios como beneficiarios de la fuente de pago ofrecida por medio de esos Patrimonios Autónomos.

En el marco de la implementación del plan de desmonte de la compañía Factor Group el 14 de marzo de 2012, la Superintendencia de Sociedades, señaló en el auto 420-002519, que los inversionistas afectados por su vinculación a la sociedad Factor Group, serían distribuidos, en calidad de *beneficiarios cesionarios*, en cada uno de los fideicomisos de los cuales hacía parte la sociedad Factor Group, como acreedor beneficiario.

Para el efecto, la Superintendencia de Sociedades, realizó una lista de clientes de Factor Group, señalando en ella, el fideicomiso al cual se vincularía, la proporción y el valor correspondientes en éste.

En el contenido del mencionado auto no se explicaba en detalle cómo iba a operar la sustitución de Factor Group, a los inversionistas de dicha sociedad, incluidos en el Plan de Desmonte. Por esta y otras razones, la Fiducia Corficolombiana solicitó la aclaración del tema, a través de la interposición de recurso de reposición en contra del auto señalado.

Así, la Superintendencia de Sociedades, resolviendo el recurso, en el auto 420-006358, del 6 de junio de 2012, con el fin de absolver las

inquietudes, indicó expresamente, que se debía hacer remisión a los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria, mediante los cuales se crearon cada uno de los fideicomisos Grupo Monarca La Selva, Salamandra, y el Fideicomiso Luciérnagas. Respecto de la calidad de crédito que tendrían estos *beneficiarios cesionarios*, la Superintendencia de Sociedades, expresó, que, *“por ende el pago a estos beneficiarios cesionarios se debe realizar en las mismas condiciones pactadas en el contrato”*.

Luego, el Auto 430-004544 del 1 de abril de 2013 Superintendencia de Sociedades, ordenó la liquidación por adjudicación de Factor Group. Adicionalmente, a través del auto 400-003060 del 5 marzo de 2013 la misma entidad ordenó de oficio la apertura del proceso de reorganización de la sociedad Grupo Monarca.

Con posterioridad a esto, en virtud del auto 400-016472 del 4 de octubre de 2013, la Superintendencia de Sociedades autorizó ejecución en pago a favor de los Beneficiarios del Plan de Desmonte de Factor Group S.A., registrados en los Fideicomisos La Selva, Luciérnagas y Salamandra que administra Corficolombiana.

Con base en las facultades que le asisten a la Fiduciaria Corficolombiana, las cuales están expresamente señaladas en los contratos que crean los respectivos fideicomisos, y, con la intención de darle cumplimiento a la decisión de la Superintendencia de Sociedades, se dispuso la vinculación de todos y cada uno de los afectados señalados, como beneficiarios de la fuente de pago ofrecida a través de cada fideicomiso. Esta calidad les otorgó los mismos derechos patrimoniales que estaban en cabeza de Factor Group, pero se restringió, por razones operativas (ya que son más de 600 personas), la posibilidad de participar en el comité fiduciario y acceder a información que sólo compete al tema de construcción de cada uno de los proyectos.

En consecuencia, de acuerdo con la decisión de la Superintendencia de Sociedades, estas personas sólo recibirían pagos a su favor una vez se hubiera cumplido la finalidad del contrato de fiducia que es la ejecución de los proyectos inmobiliarios de vivienda y siempre y cuando la fuente de pago resultara positiva.

Con posterioridad a esto, la Superintendencia de Sociedades recibió propuesta de Grupo Monarca para cambiar el orden de los Autos emitidos por ésta, ofreciendo a las personas afectadas por Factor Group, parte de la garantía que tenía Factor Group en el Fideicomiso La Macana, como dación en pago por la totalidad de las obligaciones que le adeuda dicho grupo a sus representados; cambiando la expectativa de una eventual fuente de pago en los fideicomisos La Selva, Salamandra y Luciérnagas, por una dación en pago prioritaria a la reorganización de Grupo Monarca. Lo anterior fue aprobado por la Superintendencia de Sociedades.

Consecuente con lo anterior, la sociedad Grupo Monarca en calidad de fideicomitente y Corficolombiana, en su condición de Fiduciaria celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria mediante documento privado que data del 26 de enero de 2015, creando el Fideicomiso Lote 8, vinculándose la fiduciaria como vocera y administradora, Grupo Monarca como fideicomitente inicial, y, como beneficiarios o fideicomitentes cesionarios, los Beneficiarios del Plan de Desmonte de Factor Group Colombia.

El objeto contractual era implementar un mecanismo para ejecutar la dación en pago previamente autorizada por la Superintendencia de Sociedades por medio del Auto número 400-018695 de fecha 19 de diciembre de 2014, mediante el registro de la cesión de posición contractual de fideicomitente que realizó Grupo Monarca a favor de los Beneficiarios y/o Fideicomitentes Cesionarios, y administrar los bienes fideicomitados entre

tanto se realizaban las obras de urbanismo por parte de Grupo Monarca, de conformidad con lo indicado en el Auto No. 430-000208 de fecha 31 de enero de 2014 proferido por la Superintendencia de Sociedades y se vendían, comercializaban o escrituraban a título de restitución de aportes a los fideicomitentes cesionarios, los bienes fideicomitados, de conformidad con lo establecido en el Contrato.

En resumen, se implementó un mecanismo que permitió evitar la escrituración directa a todos y cada uno de los fideicomitentes cesionarios de parte de Grupo Monarca, implementando una estructura que facilitaba una eventual comercialización de los activos fideicomitados o la escrituración a los mismos, en caso de que no se logaran comercializar.

Grupo Monarca tenía a su cargo los derechos y obligaciones establecidos contractualmente, que podrían resumirse básicamente en las siguientes actividades:

- Realizar el urbanismo de conformidad con lo establecido en su Acuerdo de Reorganización.
- Pagar las comisiones fiduciarias
- Asistir al comité fiduciario con voz y sin voto.

Ahora bien, la cesión de la posición contractual operó de forma automática a partir del momento en que se registró la transferencia de los inmuebles al Fideicomiso Lote 8, por los montos de inversión que tenían registrados. De conformidad con lo establecido en el Auto 400-018695 del 19 de diciembre de 2014 de la Supersociedades, a partir de ese momento se entiende perfeccionada la Dación en Pago.

Con lo anterior, los fideicomitentes cesionarios dejaron de ser Beneficiarios de la Fuente de Pago originada en los Fideicomisos La Selva,

Salamandra y Luciérnagas administrados por Corficolombiana. Pero, para que cada fideicomitente cesionario pudiera ejercer sus Derechos en el Fideicomiso Lote 8, era requisito indispensable cumplir con las normas y procedimientos establecidos por Corficolombiana para la prevención del lavado de activos y financiación al terrorismo.

El contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre Corficolombiana y Grupo Monarca, mediante documento privado que data del 26 de enero de 2015, en su cláusula 26, relativa a la duración, establece que:

El término de duración del presente Contrato será el necesario para la ejecución de su objeto, si perjuicio de que se termine anticipadamente por las causales previstas en el mismo.

En el evento que el 2 de enero de 2017, no se haya logrado la venta y/o comercialización de todos los Bienes Fideicomitidos, los mismos serán restituidos a los Fideicomitentes Cesionarios, en los términos establecidos en la cláusula 29.

Parágrafo Primero: El Fideicomitente Inicial estará vinculado al Fideicomiso hasta la restitución de todos los Bienes Fideicomitidos a los Fideicomitentes Cesionarios, en los términos establecidos en la Cláusula 29.

Parágrafo Segundo: El comité Fiduciario podrá decidir sobre la no restitución de los Bienes Fideicomitidos, siempre y cuando sea aceptado previamente por la Fiduciaria, y se haya definido quien asumirá los costos y gastos asociados al Fideicomiso después del 19 de enero de 2017.

Parágrafo Tercero: El fideicomitente Inicial será responsable de los costos y gastos asociados al Fideicomiso hasta la restitución total de los Bienes Fideicomitados de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 29, o hasta el 19 de enero de 2017 en el caso que el Comité Fiduciario y la Fiduciaria hayan acordado la no restitución de los Bienes Fideicomitados en los términos previstos en la cláusula 29 (Fiduciaria Corficolombiana S.A. y Grupo Monarca S.A., 2015).

El contrato, en la cláusula 29, relativa a la liquidación y la prelación de pagos, establece que:

En el caso que existan Bienes Fideicomitados al 2 de enero de 2017, sin que el Comité Fiduciario haya decidido y sea aceptada por la Fiduciaria la no restitución de los Bienes Fideicomitados en los términos de la presente cláusula, el procedimiento para liquidar el Fideicomiso es el siguiente:

(...)

4. La Fiduciaria restituirá los Bienes Fideicomitados en común y proindiviso a los Fideicomitentes Cesionarios, de conformidad con la participación que cada uno tiene en el Fideicomiso y de acuerdo con lo establecido por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No 400-018695 de fecha 19 de diciembre de 2014 y notificada a los Fideicomitentes Cesionarios por estado de fecha de 23 de diciembre de 2014.

5. Para efectos del otorgamiento de la escritura pública de restitución, la Fiduciaria y los Fideicomitentes Cesionarios asistirán a la hoy Notaría única de Sabaneta, el día 19 de enero de 2017 a las ocho de la mañana (8:00 am).

6. En el evento que alguno de los Fideicomitentes Cesionarios no asista a la Notaría en la fecha y hora indicada, se entiende que renuncia a la restitución de los Bienes Fideicomitidos que le corresponderían en su condición de Fideicomitente del Fideicomiso Lote 8, incrementando la participación de los demás fideicomitentes cesionarios.

7. En el evento en que alguno o algunos de los inmuebles Fideicomitidos se vendan y /o comercialicen antes del 2 de enero de 2017, y para esta fecha no se hayan vinculado a la Fiduciaria los Fideicomitentes Cesionarios a los que correspondería la restitución de los recursos existentes para esa fecha en el Fideicomiso, la Fiduciaria restituirá a prorrata los recursos de esas venta y /o comercialización a los Fideicomitentes cesionarios que se encuentren vinculados a la Fiduciaria y den cumplimiento a las normas y procedimientos establecidos por Fiduciaria Corficolombiana S.A para la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo.

8. Todas las estipulaciones del presente contrato de fiducia, y especialmente las realizadas en los Numerales 4, 5, 6 y 7 de la presente clausula fueron aprobados por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No 400018695 de fecha 19 de diciembre de 2014 y notificada a los Fideicomitentes Cesionarios por estado de fecha 23 de diciembre de 2014 (Fiduciaria Corficolombiana S.A. y Grupo Monarca S.A., 2015).

Papel de la fiduciaria en el fideicomiso “Lote 8”

El 2 de enero de 2017, toda vez que no se logró la venta y la comercialización de los Bienes Fideicomitidos, de conformidad con lo establecido en el contrato, se prosiguió con el trámite de la restitución de los mismos a los Fideicomitentes Cesionarios en los términos establecidos en la cláusula 29. Esto es, se procedió a restituir los bienes en común y proindiviso dependiendo de la participación que se tuviera en el fideicomiso, a aquellos fideicomitentes cesionarios que se encontraban vinculados a la fiduciaria para esa fecha, pero que además, el 19 de enero, asistieron a la Notaría única de Sabaneta a las 8: 00 am personalmente o a través de un apoderado. Aquellos que no asistieron, de conformidad con lo establecido en el contrato, se entiende que renunciaron a la restitución de los Bienes Fideicomitidos que le corresponderían en su condición de Fideicomitente del Fideicomiso Lote 8, incrementando, por ende, la participación de los demás fideicomitentes cesionarios.

Ahora, a los Fideicomitentes Cesionarios se les mantuvo informados de la totalidad del proceso en cuestión. A saber:

El 18 de abril de 2015 el Grupo Monarca, publicó en el periódico El Tiempo y La República el siguiente aviso:

GRUPO MONARCA S.A EN REORGANIZACIÓN

Actuando en su calidad de Fideicomitente Inicial del FIDEICOMISO LOTE 8 administrado por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., se permite CONVOCAR A LOS BENEFICIARIOS DEL PLAN DE DESMONTE DE FACTOR GROUP COLOMBIA S.A, HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL que ostentan la calidad de BENEFICIARIOS o FIDEICOMITENTES CESIONARIOS del

FIDEICOMISO LOTE 8. Estas personas naturales o jurídicas son las que se encuentran vinculadas como beneficiarios de la fuente de pago a través de los patrimonios autónomos Grupo Monarca La Selva, Luciérnagas y Salamandra, por autos 420-002519, 420-006358 y es el mecanismo para ejecutar la dación en pago autorizada por auto 400-018695 de Supersociedades. La reunión inicial del fideicomiso lote 8 tiene como objeto elegir a los representantes principales y suplentes de los beneficiarios o fideicomitentes cesionarios del fideicomiso lote 8 y se celebrará el día viernes 8 de mayo de 2015, a la 1:00 pm en el AUDITORIO CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO, ubicado en la Calle 34 # 43-66 Torre Norte Piso Once, Medellín Colombia. Desde la fecha de publicación de este aviso y hasta la realización de la reunión, se encuentran a disposición de los citados en las oficinas de Grupo Monarca en la Calle 75 sur n 43 A 14 en Sabaneta, el modelo de Poder para aquellas personas que no puedan asistir y el orden del día. También pueden solicitar información a través del correo electrónico grupomonarca@grupo-monarca.com.

El 15 de enero de 2017, a través del periódico El Tiempo, Corficolombiana publicó el siguiente aviso:

FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO LOTE 8 se permite convocar a:

LOS BENEFICIARIOS DEL PLAN DE DESMONTE DE FACTOR GROUP COLOMBIA S.A- HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL que ostentan la calidad de BENEFICIARIOS DEL PLAN DE DESMONTE DE FACTOR GROUP COLOMBIA S.A- HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL que ostentan la calidad de BENEFICIARIOS o FIDEICOMITENTES CESIONARIOS del FIDEICOMISO LOTE 8:

A LA NOTARÍA ÚNICA DE SABANETA

Calle 67 Sur # 43 C- 54, Sabaneta, Antioquia.

El día 19 de enero de 2017, a las 8:00 AM.

Con la finalidad de firmar escritura pública de Restitución Fiduciaria de los Bienes Fideicomitados del Fideicomiso a los FIDEICOMITENTES CESIONARIOS, de conformidad con la participación que cada uno tiene en el Fideicomiso Lote 8 y de acuerdo con lo establecido por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No 400-018695 de fecha 19 de diciembre de 2014 y notificada por estado del 23 de diciembre de 2014, en el cual se ordenó la Liquidación del Fideicomiso Lote 8.

Se recuerda que es requisito indispensable para ejercer los Derechos Fiduciarios que le corresponden a cada FIDEICOMITENTE CESIONARIO en el Fideicomiso Lote 8, cumplir previo a la fecha de la presente citación, con las normas y procedimientos establecidos por Fiduciaria Corficolombiana S.A, para la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo.

En cumplimiento de lo establecido por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No 400-018695 de fecha 19 de diciembre de 2014: en el evento que alguno de los Fideicomitentes Cesionarios omita asistir directamente o mediante apoderado especial a la Notaría Única de Sabaneta en la fecha y hora indicada, se entiende que renuncia a la restitución de los Bienes Fideicomitados que le correspondían en su condición de Fideicomitente del Fideicomiso Lote 8, incrementando la participación de los demás Fideicomitentes Cesionarios.

Adicionalmente, se les envió información por correo electrónico.

LA FIDUCIARIA COMO SUJETO GARANTE EN EL CONTRATO DE FIDUCIA.

El 19 de enero de 2017 en la Notaria Única de Sabaneta comparecieron alrededor de 400 personas, unas en nombre y representación propia y otras mediante apoderado; con el fin de firmar las escrituras del llamado Lote 8 y así ver materializada la recuperación de algo que creían perdido.

La fiduciaria obró única y exclusivamente como vocera y administradora del Fideicomiso en cuestión y cumplió con sus funciones, de conformidad con lo que establece la ley. Pero, no solo cumplió con lo que estaba establecido en el contrato, sino que a través de sus actuaciones permitió que sujetos que no tenían ninguna manera de recuperar las inversiones que habían hecho en las sociedades en cuestión, adquirieran al menos, el título de propietarios sobre alguno de los bienes que constituyen el fideicomiso “Lote 8”, pasando de tener nada, a tener una garantía o titularidad.

La escrituración comenzó el 19 de enero de 2017 a las 8:00am, se suspendió a las 12:00 de la media noche y finalizó exitosamente el 20 de enero de 2017 a las 4:00 pm cuando todos y cada uno de los asistentes firmaron conformes las 7 escrituras correspondientes al llamado Lote 8 La Macana.

De lo descrito en las páginas anteriores es de suma importancia resaltar, no sólo el papel de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en la colaboración para la recuperación de los activos, a dichas personas que por una captación inescrupulosa perdieron parte o quizá todo su patrimonio; sino también la importancia de la negociación dentro de cualquier proceso concursal, pues si bien el trámite en sí mismo es rico en técnica y formalismos bien delineados, el papel del juez del concurso, en este caso la Intendencia Regional de Medellín para Antioquia de la Superintendencia de Sociedades, fue fundamental ya que permitió a la Fiduciaria buscar la mejor manera de cumplir sus ordenanzas al momento de destinar el fideicomiso Lote 8 para aquellas personas afectadas por el plan de desmonte de Factor Group.

De este modo, en la medida en que el fiduciario actúe equilibradamente, como debe hacerlo, y por esa vía, proteja por igual los intereses legítimos de los partícipes, en su función superior de velar por el cumplimiento de los fines del fideicomiso, se verá por todos como un permanente y solícito conciliador. Parecería cuestión de poca monta, pero lo es de señalada importancia porque con frecuencia, las ocasionales diferencias entre personas que negocian y toman posiciones distantes, puede salvarse si un tercero, que merezca la confianza común, propone soluciones o “salidas honorables” a los potenciales contendientes. Y esa labor, riquísima en contenido, puede hacerla como pocos, un fiduciario profesional, consiente del papel que debe jugar (Rodríguez Azuero, 2005, p. 132).

Conclusiones

En el caso descrito, la fiduciaria obró conforme a su condición, esto es como vocera y administradora de los patrimonios autónomos, para muchos sería nada más que un tema administrativo y de manejo de recursos, pero en este caso concreto, la entidad por la magnitud del caso debió realizar una serie de operaciones de alta complejidad en beneficio de las personas afectadas por el plan de desmonte de Factor Group.

La fiduciaria entonces, como negocio de confianza que es el contrato de fiducia, siempre debe obrar tratando de buscando la mejor manera de cumplir con las órdenes dadas.

Es dable concluir que la calidad de vocera y administradora es un papel de confianza legítima en cabeza de una entidad que es conocedora de un negocio y que siempre debe velar por el correcto desarrollo de este para que al final del día se cumpla a cabalidad con lo estipulado en un contrato, pero no de una manera tajante, sino también buscando entre los márgenes posibles la forma ideal de satisfacer las obligaciones de cada cual.

Bibliografía

Arrubla Paucar, J. A. (2013). Contratos mercantiles contratos contemporáneos. Bogotá: Legis.

Código de Comercio.

Fiduciaria Corficolombiana S.A. (15 de enero de 2017). Aviso judicial. El Tiempo.

Fiduciaria Corficolombiana S.A. y Grupo Monarca S.A. (26 de enero de 2015). Contrato fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria.

Grupo Monarca S.A. en reorganización. (18 de abril de 2015). Aviso judicial. El Tiempo.

Grupo Monarca S.A. en reorganización. (18 de abril de 2015). Aviso judicial. La República.

Isaza, A & Londoño, A (2011) Comentarios al régimen de Insolvencia empresarial. Bogotá: Legis.

Rodríguez Azuero, S (2005). Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Bogotá: Legis.

Superintendencia de Sociedades (2012) Auto 420-002519 del 14 de marzo.

Superintendencia de Sociedades (2012) Auto 420-006358 del 26 de junio.

Superintendencia de Sociedades (2013) Auto 400-003060 del 5 marzo de 2013.

Superintendencia de Sociedades (2013) Auto 400-016472 del 4 de octubre.

Superintendencia de Sociedades (2013) Auto 430-004544 del 1 de abril.

LA FIDUCIARIA COMO SUJETO GARANTE EN EL CONTRATO DE FIDUCIA.

Superintendencia de Sociedades (2014) Auto No 400-018695 del 19 de diciembre.

Superintendencia Financiera (2011) Resolución 1817.