

NO. 1578

BOLETÍN
COLEGIO DE ABOGADOS
COMERCIALISTAS



FEBRERO- MARZO, 2015

JUNTA DIRECTIVA

PRESIDENTE

Jorge Oviedo Albán

VOCALES PRINCIPALES

Alejandro Páez Medina

Ernesto Rengifo García

Luis Fernando Henao Gutiérrez

Edgar Iván león Robayo

COMISARIOS DE CUENTAS

Camilo Escobar Mora

REPRESENTANTES EXPRESIDENTES

Carlos Humberto Jaimes Yañez

VICEPRESIDENTE

Luz Helena Mejía Perdigón

VOCALES SUPLENTE

Adolfo Palma Torres

Tulio Cárdenas Giraldo

Alberto Zuleta Londoño

Gustavo Cuberos Gómez

Juan Fernando Córdoba

Jaime Humberto Tobar Ordóñez

© 2015 Colegio de Abogados Comercialistas

ISSN: 2339 - 3351

Bogotá - Colombia

Director: Jorge Oviedo Albán

Coordinación editorial y diagramación: María del Mar Jaramillo Salcedo.

Grupo editorial: Mayra Alejandra Ortiz, Laura Juliana García, Álvaro Niño, Matías Ayuso, Ricardo Andrés Pino y María del Mar Jaramillo, estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

ÍNDICE

EDITORIAL

Jorge Oviedo Albán
Presidente del Colegio de Abogados
Comercialistas. p.1

NOVEDADES DE INTERÉS JURÍDICO

“Aprehensión de productos imperfectos, usados, reparados, remanufacturados, repotencializados o discontinuados por parte de la autoridad aduanera” Concepto 66890 (1442), diciembre de 2014. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Álvaro Niño Verano. p.3

“¿Cuál es la autoridad competente para aprobar integraciones empresariales?” Concepto 72022, mayo de 2014. Superintendencia de Industria y Comercio.

Matías Ayuso Quintero. p.5

“La presentación de la declaración tributaria le corresponde realizarla al representante legal de la sociedad contribuyente”. Concepto 220-001432, enero de 2015. Superintendencia de Sociedades.

María del Mar Jaramillo Salcedo. p.7

“Crédito, calificación riesgo crediticio vs. Reportes a bases de datos” Concepto 2014099816-001, noviembre de 2014. Superintendencia Financiera.

Mayra Alejandra Ortiz Vivero. p.9

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

“Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, ‘Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias’. M.P. María Victoria Calle Correa. Sentencia C-882 del 19 de noviembre de 2014.

Edgar Iván León Robayo. p.11

“Acción de nulidad contra Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que declararon infundada la oposición formulada por Bogotá Beer Company S.A. con relación al registro de la marca “Bogotana”. Expediente No. 2006-00369-00. C.P. María Elizabeth García González. Sentencia del 13 de noviembre de 2014 del Consejo de Estado.

Laura Juliana García Ortiz. p.13

“Responsabilidad de las sociedades fiduciarias en garantía” Radicado No. 11001 31 03 026 2007 00227 01. SC 5438-2014. M.P. Margarita Cabello Blanco. Sentencia del 26 de agosto de 2014 de la Corte Suprema de Justicia.

Ricardo Andrés Pino González. p.15

Con la venia de los colegiados, me permito utilizar este espacio, normalmente usado para presentar los temas abordados en el boletín del Colegio, para pronunciarme esta vez sobre un tema de interés general.

Al tiempo que el país se escandaliza por la forma como un ciudadano enfrentó a la fuerza pública, pretendiendo alegar sus vínculos familiares para eludir la reacción de los agentes del orden frente a una riña que protagonizaba en estado de embriaguez, graves acusaciones afectan a un magistrado y un ex magistrado de la Corte Constitucional, señalados de exigir sobornos para influenciar en una decisión de ese alto tribunal.

Más allá de cuestionar la conducta de los mencionados, lo que obviamente no nos corresponde y como todos estaremos al tanto de las investigaciones que deban realizar las instancias correspondientes, este tipo de situaciones han puesto sobre la palestra – una vez más – la crisis de la justicia en Colombia.

Seguramente en medio del debate mediático en torno a estos hechos – que al cabo de algunas semanas es probable que desaparezca mientras la opinión centra su atención en algún otro escándalo similar –, algunos afirmarán que es cuestión de una reforma a la justicia, mientras otros dirán que de lo que se trata es de establecer mayores controles sobre quienes acceden a altas dignidades, sea en el poder ejecutivo, legislativo o judicial. Independientemente de las razones que asistan a quienes argumenten todo tipo de propuestas para que nuestra sociedad pueda superar estos incidentes, consideramos que estos temas deben ser meditados con seriedad al seno de las aulas universitarias, toda vez que es en los claustros donde debe partir la reflexión acerca de la educación que estamos impartiendo.

Y no se trata de insistir en el tema de crear entidades de control de las Universidades y si éstas están o no cumpliendo con su papel de transmitir conocimientos y realizar investigación, sino de reflexionar sobre la educación en los valores que nuestra sociedad necesita para evitar que sigamos padeciendo este tipo de males. La preocupación universitaria no puede centrarse solamente en la manera de acceder a los rankings mundiales – en los que por cierto, estamos bastante rezagados – y en la forma obsesiva de lograr los mejores puntajes para los grupos de investigación, de espaldas a los problemas que aquejan a nuestra sociedad.

El sistema universitario no puede eludir la responsabilidad que le corresponde frente a estas situaciones. Es en las facultades de Derecho en particular, donde debe generarse el análisis sobre la crisis que padece la justicia y las propuestas para enfrentarla. No podemos seguir padeciendo más crisis en la justicia, pero tampoco podemos dejarla pasar con indiferencia. Hacemos desde este espacio, una cordial invitación a las diferentes agremiaciones de abogados y también a los Decanos de las facultades de Derecho, a unir esfuerzos en la reflexión en torno a la forma como debemos enfrentar este flagelo. Se trata de un tema que nos interesa y nos afecta a todos.

JORGE OVIEDO ALBÁN
Presidente

NOVEDADES DE INTERÉS JURÍDICO

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

3

Concepto jurídico 66890-1442, diciembre de 2014.

Aprehensión de productos imperfectos, usados, reparados, remanufacturados, repotencializados o descontinuados por parte de la autoridad aduanera

Por: Alvaro Niño.

En ese concepto, la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN presenta un análisis sobre el alcance del literal b del numeral 6.2 del artículo 6 de la Resolución 497 del 20 de febrero de 2013, norma mediante la cual se desarrolla lo establecido por el legislador en el artículo 15 de la Ley 1480 de 2011, en lo concerniente a la *“prevención de prácticas que puedan inducir a error a los consumidores o usuarios que adquieran productos en circunstancias especiales, según lo aquí establecido, mediante la exigencia de información en el etiquetado que advierta sobre dichas circunstancias en forma precisa y notoria (...)”*¹.

Es de señalar que la Resolución 497 de 2013 constituye un Reglamento Técnico que regula

lo concerniente al etiquetado de productos ofrecidos al público por parte del productor y/o proveedor en calidad de *“imperfectos, usados, reparados, remanufacturados, repotencializados descontinuados”*².

El artículo 6.2 de la Resolución 497 de 2013, establece una *“Información mínima de etiquetado”*, en la cual se ha de observar una serie de condiciones en lo concerniente al etiquetado de los productos contemplados en el artículo 15 de la Ley 1480 de 2011, siendo éstas:

- a. País de origen del producto en circunstancia especial. Será Colombia, o el país de donde se despacha hacia Colombia productos en circunstancias especiales.

¹ Artículo 2. Resolución 0497 del 20 de febrero de 2013. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

² Artículo 15. Ley 1480 de 2011.

- a. El nombre del productor o proveedor, según sea el caso.
- b. La circunstancia o circunstancias ofrecidas al consumidor.
- c. Instrucciones al consumidor, en letras o símbolos o ambos, que expliquen el uso correcto, la conservación e instalación del producto. (Por ejemplo: Estado del producto, la operación o uso, peligrosidad de uso, cuidado, conservación, almacenamiento, instalación, disposición final de este tipo de producto, etc.)

Es así como mediante una interpretación gramatical de la norma, la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN determina que todas aquellas mercancías que correspondan al grupo de las enunciadas en el artículo 15 de la Ley 1480 de 2011, deberán cumplir a cabalidad con el requisito del etiquetado, sin excepción de ninguna clase.

Señala además el Concepto que en virtud de lo establecido en el numeral 1.28 del artículo 502 del decreto 2685 de 1999, la autoridad aduanera podrá realizar la aprehensión de las mercancías que no cumplan con el requisito de etiquetado.

NOVEDADES DE INTERÉS JURÍDICO

Superintendencia de Industria y Comercio

5

Concepto jurídico 72022, mayo de 2014.

¿Cuál es la autoridad competente para aprobar integraciones empresariales?

Por: Matías Ayuso Quintero.

El Concepto 72022 de la Superintendencia de Industria y Comercio aclara cuál es la autoridad facultada en materia de servicio de televisión, para aprobar o no, integraciones empresariales. La antinomia se presenta entre el Acuerdo 10 de 2006 expedido por la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- (hoy la Autoridad Nacional de Televisión) y el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

El artículo 25 del Acuerdo 10 de 2006 establece que los concesionarios del servicio de televisión por suscripción que quieran realizar algún cambio en su composición accionaria superior al 5%, deben contar con autorización de la CNTV, hoy la Autoridad Nacional de Televisión. Por su parte, la Ley 1340 de 2009 dispone en el artículo 9 que la autoridad facultada para aprobar o no estas integraciones empresariales es la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para solucionar esta contradicción la Superintendencia de Industria y Comercio citó en su concepto varias normas. La primera es el artículo 6º de la Ley 1340 de 2009, en el cual se establece que la Autoridad Nacional de Protección de Competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio. Luego cita el numeral II del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 que faculta a la nombrada Superintendencia para “pronunciarse sobre proyectos de integración o concentración en cualquier sector económico”.

El artículo 13 de la Ley 1507 de 2012 otorga la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de las cesiones de acciones de concesionarios de televisión. Mediante ésta, se le trasladan a dicha entidad las funciones que el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 y el artículo 2 de la Ley 680 de 2001 le atribuían a la CNTV.

Por último y para dar solución al conflicto que se presenta entre el Acuerdo 10 de 2006 y la Ley 1340 de 2009, el concepto hace referencia al artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 el cual obliga a las empresas a informar, previamente, a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando proyecten llevar a cabo una integración empresarial.

NOVEDADES DE INTERÉS JURÍDICO

Superintendencia de Sociedades

7

Concepto jurídico 220-001432, del 14 de enero de 2015.

La presentación de la declaración tributaria le corresponde realizarla al representante legal de la sociedad contribuyente.

Por: María del Mar Jaramillo

La Superintendencia de Sociedades emitió un comunicado en referencia a un cuestionamiento basado en la descripción de una situación relacionada a la no presentación oportuna de la declaración tributaria de una sociedad, aun cuando ya había sido preparada previamente por el contador y analizada por el revisor fiscal. Ante dicha situación, se consultó en quién recaía la responsabilidad de inspeccionar el cumplimiento de dicha declaración tributaria.

El superintendente aclaró que en primera medida, debía ser tenido en cuenta el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, relacionado con los

deberes de los administradores de la sociedad mercantil.¹

La disposición invocada impuso la obligación de garantizar el cumplimiento de estas funciones a la persona que en un momento determinado, ejerciere la representación legal de la sociedad. Conforme a los términos del artículo 24² de la mencionada ley, quien realizara estas funciones debía procurar el efectivo cumplimiento de sus obligaciones frente a los asociados y a los terceros en general, por ser éste responsable de manera solidaria e ilimitada de los perjuicios

¹ Art. 23. Ley 222 de 1995. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. (...)
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

² Art. 24 Ley 222 de 1995. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros (...)

que por dolo o culpa se causaran a la compañía, a los asociados y terceros.

Finalmente, el superintendente declaró que así como el contador y el revisor fiscal de la sociedad tenían la obligación de preparar y revisar la declaración tributaria de la misma, el representante legal (o quien hiciere sus veces) debía presentarla ante la autoridad correspondiente.

NOVEDADES DE INTERÉS JURÍDICO

Superintendencia Financiera

9

Concepto jurídico 2014099816-001, noviembre de 2014.

Crédito, calificación riesgo crediticio vs. Reportes a bases de datos

Por: Mayra Alejandra Ortiz.

La Superintendencia Financiera, en el concepto de la referencia, respondió a una consulta respecto de (i) qué clase de reporte se genera cuando el consumidor financiero solicita la reestructuración o refinanciación de su crédito con un operador bancario y (ii) la normatividad aplicable a los requerimientos mínimos de información, a través de medios y canales de distribución de productos y servicios.

En relación con la primera consulta, la Superintendencia aclara que los reportes positivos son aquellos presentados cuando el deudor está al día en el pago de sus obligaciones, mientras que los negativos se presentarán cuando la persona – natural o jurídica- se encuentra en mora en la cancelación de las mismas.

Aunado a lo anterior, vale la pena decir que los reportes positivos o negativos no son los únicos que se presentan ante las centrales de riesgo, también pueden haber reportes dependiendo la calificación por nivel de riesgo y las anotaciones de reestructuración, sin que éstas últimas puedan entenderse como un reporte negativo, ya que fáctica y conceptualmente son totalmente diferentes.

En ese sentido, la entidad en mención recuerda que las calificaciones generadas por la evaluación del riesgo crediticio se derivan de aspectos tales como capacidad de pago, servicio a la deuda, características del contrato, etc., todas ellas contenidas en el Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995.

Siguiendo su razonamiento, la Superintendencia explica que la solicitud de reestructuración o refinanciamiento de un crédito no implica *per se* un mal reporte ante las centrales de riesgo, ya que tal solicitud no es equivalente a la declaración en mora del deudor, sino que funciona más bien como un mecanismo excepcional para evitar el incumplimiento de la obligación, a través de, conforme a lo dispuesto en la Circular Básica Contable y Financiera, *“la modificación de las condiciones originalmente pactadas para permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación ante el real o potencial deterioro de su capacidad de pago*¹. La reestructuración deberá hacerse de acuerdo con las reglas de la citada Circular.

Por otro lado, la Superintendencia hace referencia que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1266 de 2008 – Ley de “Habeas Data”-, el tiempo de permanencia de un reporte positivo en las centrales de riesgo será indefinido, mientras que el tiempo de permanencia de un reporte negativo será cuan-

do la mora es inferior a dos años, el reporte durará el doble de lo que duró la mora, mientras que si el deudor estuvo en mora por un lapso igual o superior a dos años, el reporte durará máximo cuatro años, contados ambos términos a partir del día de la cancelación de la última mora.

En cuanto a la segunda consulta, la Superintendencia señala en el concepto en mención y en la normatividad aplicable, que las personas jurídicas que están bajo su vigilancia y control deberán *adoptar el Sistema de Administración de Riesgo Operativo –SARO-*, y adicionalmente, *establecer unos requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de la información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios.*

¹ Inciso segundo del numeral 1.3.2.3.3 del Capítulo II de la Circular Contable y Financiera 100 de 1995.

NOVEDADES DE JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional

Sentencia C-882 del 19 de noviembre de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013,
'Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías
mobiliarias'.

Por: Edgar Iván León Robayo (Profesor
Universidad del Rosario)

En una decisión que ha pasado prácticamente inadvertida, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "exclusiva", contenida en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, "Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias".

El fallo, bastante extenso, se encuentra contenido en la Sentencia C-882 del 2014, cuya magistrada ponente fue María Victoria Calle Correa. En una primera parte se analiza el procedimiento legislativo por el cual el proyecto se convirtió en ley, el cual fue encontrado por la Corte ajustado a la Carta Política. Sin embargo, queda en suspenso el debate relacionado con el principio constitucional de unidad de materia, al tratarse de una ley de garantías mobiliarias que terminó incluyendo disposiciones sobre el contrato de factoring, lo cual puede resultar un poco extraño. De todas formas, por este aspecto la Corte salvó la existencia jurídica de la

normativa.

La segunda, es quizá la más importante para los efectos mercantiles, pues se refiere precisamente a la solvencia que deben demostrar las empresas cuyo objeto "exclusivo" es el factoring o descuento de cartera, a quienes se les otorga en virtud del artículo 89 de la ley la posibilidad de realizar contratos de "mandatos específicos" con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente al 10% del patrimonio que tenga registrado la sociedad. En los casos en los que se trate de "mandatos de libre inversión" se deben sujetar a los límites consagrados en el numeral 2 del artículo 10 del Decreto 1981 de 1988.

Lo mencionado en el párrafo anterior fue declarado perfectamente ajustado a la Constitución, a juicio de la Corte, salvo lo relacionado con el trato injustificado que se les da a las sociedades que se dedican en exclusiva a las

actividades de factoring y, por ello, la decisión del alto tribunal. Aplicarles a estas los montos allí mencionados en cuanto a su margen de solvencia resulta desigual y de ahí que extienda esta obligación a las demás compañías que realizan el mencionado contrato.

Por otra parte, la sentencia analiza con profundidad temas como la libertad económica, la libertad de empresa y la libertad de competencia, y sus respectivas restricciones, al igual que la imposición legal de márgenes de solvencia en la realización de actividades empresariales, el contrato de factoring en toda su regulación y, en especial, los mandatos específicos y de libre inversión que de él surgen, junto con un tema que siempre será controversial, como lo es la captación masiva y habitual.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado

13

Expediente No. 2006-00369-00. Sentencia del 13 de noviembre de 2014. C.P. María Elizabeth García González.

Acción de nulidad contra Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que declararon infundada la oposición formulada por Bogotá Beer Company S.A. con relación al registro de la marca “Bogotana”.

Por: Juliana García.

Bogotá Beer Company S.A. presentó oposición frente a la marca “Bogotana” solicitada para distinguir los productos “bebidas no alcohólicas” de la Clase 32 Internacional, aduciendo semejanzas existentes entre ésta y la marca de su propiedad “Bogotá”. Posterior a un examen de registrabilidad, la Superintendencia partió de afirmar que el elemento determinante y predominante era el nominativo, para concluir que no existe semejanza entre las marcas en conflicto que genere confusión, toda vez que la primera hace alusión a una cosa o persona originaria de Bogotá y la segunda es una expresión en inglés que traduce “Empresa de Cerveza de Bogotá”, razonamientos que le permitieron conceder el registro de la marca “Bogotana”.

La sociedad en comento promovió acción de nulidad contra la resolución que contuvo dicha

decisión, y contra las resoluciones de la misma autoridad que la confirmaron, argumentando que la marca “Bogotá” es irregistrable al ser de la misma clase internacional a la que pertenece la marca de su propiedad, y debido a que esta última le fue concedida para que las expresiones “Beer Company” fueran únicamente explicativas, lo cual conduce a que las marcas en contienda sean similares con riesgo de confusión.

El Consejo de Estado, en virtud de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Interpretación Prejudicial que efectuó para el presente caso, le halló la razón a la sociedad demandante en el sentido de que las palabras “Beer Company” del signo registrado debían ser excluidas del examen de registrabilidad por ser parte explicativa, y afirmó que en efecto ambas marcas pertenecen a la clase 32 Internacional, de manera que se verificaría

a primera vista una de las exigencias para que el signo “Bogotana” no se pueda registrar. No obstante lo anterior, concluyó que estas marcas pueden coexistir pacíficamente sin generar riesgo de confusión, pues fonética, ortográfica y conceptualmente los signos presentan diferencias suficientes para ser distinguidos por parte del consumidor, aunado a que los productos que cada uno ampara pertenecen a canales de distribución y géneros distintos, cumplen finalidades diferentes, no son complementarios, van dirigidos a un público diferente, y uno no es accesorio del otro.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Corte Suprema de Justicia

15

Sentencia C -5438 del 26 de agosto de 2014. Radicado No. II001 31 03 026 2007 00227 01.

M.P. Margarita Cabello Blanco.

Responsabilidad de las sociedades fiduciarias en garantía.

Por: Ricardo Pino.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 26 de agosto de 2014, resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por dos personas naturales en contra de la decisión judicial dictada por la Sala Civil de descongestión del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C, quien a su vez confirmó la decisión proferida de primera instancia que desestimó la solicitud de declaratoria de responsabilidad civil extracontractual –y su subsecuente indemnización de perjuicios- de los demandantes cuyo inmueble había reportado fallas estructurales como consecuencia de la construcción de una edificación encomendada por un negocio fiduciario a la recurrida.

Los hechos se remontan al año de 1996, cuando una sociedad comercial celebró un contrato de fiducia mercantil en garantía con otra persona jurídica del orden privado, transfiriéndole un

predio destinado a la edificación, el cual fue llevado efectivamente a cabo. Constituida la propiedad horizontal del edificio construido, el fiduciario fue objeto de una absorción societaria por otra sociedad con objeto social similar. En el intervalo de dicha operación, un inmueble colindante con el bien fideicomitado (propiedad de los demandantes) empezó a mostrar daños en su estructura, llevando a los propietarios a buscar en arriendo otro inmueble para su habitación, pero continuando soportando las cargas de tributación y pago de servicios públicos. Tales perjuicios fueron constatados a través de una inspección judicial solicitada a través de prueba anticipada. Adicional a ello, igualmente se dio por cierto que todos ellos se dieron a consecuencia de la mencionada construcción.

En la demanda inicial, los actores solicitaron la declaración de responsabilidad extracontractual de la sociedad a quien inicialmente se le

encomendó la garantía de la edificación, pero señaló a la sociedad absorbente como la encargada de la indemnización de los perjuicios causados a su inmueble. A través de la contestación de la demanda, la absorbente presentó las excepciones previas de prohibición legal de fiduciarios de responder con su propio patrimonio por obligaciones a cargo de los fideicomisos que administra y/o de fideicomitentes y falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no había causado los perjuicios endilgados. Esta última excepción fue tenida por la primera instancia para desestimar las pretensiones.

El Tribunal Superior que asumió el conocimiento del recurso de apelación se adhirió a la fundamentación de su inferior jerárquico para igualmente denegar las pretensiones. A su juicio, la construcción se dio por instrucción de la sociedad comercial, y no por las fiduciarias. Lo anterior sumado a la inexistencia de vínculo fáctico y jurídico entre la actividad de la fiduciaria y la construcción, pues dentro de las condiciones del contrato de fiducia, las convocadas solamente se habían obligado a garantizar la efectiva realización de la obra, sin intervenir como constructora.

Esta Corporación aclaró que en este escenario solo es posible atribuirle la responsabilidad al gestor o ejecutor de la obra, mas no a las fiduciarias en tanto sus obligaciones en la constitución del negocio solamente le competen para garantizar la obra o el cumplimiento del mismo.

Inconformes con la decisión, los perjudicados de la decisión hicieron uso del recurso de casación ya que -a su juicio- existió una violación directa del artículo 2341 del Código Civil, y a consecuencia de ello, dejó de aplicar los artículos 2356, 2342, 2343, 2344, 2347, 2349 y 2350 de la misma codificación. Para los recurrentes, en los casos de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, como lo es la construcción, la presunción de responsabilidad, no solamente compete al ejecutor de la obra, sino también al titular del dominio del inmueble sobre el cual se edifica, titularidad que en virtud del contrato de fiducia le correspondía a la sociedad absorbida.

La Corte Suprema de Justicia inició sus consideraciones evidenciando los esquemas teóricos de la responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de

actividades peligrosas y del negocio fiduciario. Concretamente, hizo un recorrido por el concepto del propietario-guardián de la actividad peligrosa y las precisiones conceptuales sobre la construcción como actividad peligrosa. Seguidamente se analizó el patrimonio fiduciario como una excepción al ejercicio irrestricto del derecho de dominio, donde ni el fideicomitente podría gravar el patrimonio autónomo con obligaciones distintas a las del negocio, ni el fiduciario contaba con la facultad de darle una destinación distinta a la encomendada. Igualmente se hizo la diferenciación sobre las funciones que cumplen las sociedades fiduciarias:

“Por un lado, las que competen a su rol de empresa profesional en el ramo de la fiducia (...) por otro lado, la de administración que le impone la suscripción del o de los contratos de fiducia, situaciones que, por mandato legal, le genera el compromiso de no confundir sus propias actividades con las que dimanen del cumplimiento del objetivo consagrado en los pactos fiduciarios”.

Lo anterior riñe abiertamente con las pretensiones de la demanda que arbitrariamente solicitaba declarar la responsabilidad de manera directa de la sociedad fiduciaria y no del patrimonio autónomo. Incorrección que llevó a no prosperar las pretensiones de los recurrentes.