

ALCANCE DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO
AUTÓNOMO CONSTITUIDO MEDIANTE FIDUCIA MERCANTIL EN
GARANTÍA, EN DONDE UN TRÁMITE SOBREVINIENTE DE INSOLVENCIA
AFECTA AL FIDEICOMITENTE.

KATHERINE DIVANA GARCIA MONTERO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS BOGOTÁ D.C

2016

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL
TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL PONTIFICIA
UNIVERSIDAD JAVERIANA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

BOGOTÁ D.C. 2016

ALCANCE DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO
AUTÓNOMO CONSTITUIDO MEDIANTE FIDUCIA MERCANTIL EN
GARANTÍA, EN DONDE UN TRÁMITE SOBREVINIENTE DE INSOLVENCIA
AFECTA AL FIDEICOMITENTE.

KATHERINE DIVANA GARCIA MONTERO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS BOGOTÁ D.C

2016

DIRECTOR

CAMILO ENRIQUE GÓMEZ LÓPEZ

ABOGADO

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL
TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL PONTIFICIA
UNIVERSIDAD JAVERIANA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

BOGOTÁ D.C. 2016

Nota de advertencia.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de contenido.

- Nociones conceptuales generales de la fiducia en Colombia.
- Clasificaciones jurídicas de la fiducia. (Encargo Fiduciario, Fiducia Mercantil y Fiducia pública).
- Aproximación al concepto de patrimonio autónomo.
- Generalidades de la Fiducia en Garantía.
- Marco legal de la Insolvencia en Colombia. (Ley 1116 de 2006)
- Proceso de insolvencia del fideicomitente.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

Introducción.

El objeto de este escrito pretende revisar el alcance de la limitación de la responsabilidad del Patrimonio Autónomo constituido mediante fiducia mercantil en garantía, en situaciones de insolvencia sobreviniente al fideicomitente.

La parte inicial del documento sitúa al lector en el marco legal de la fiducia en el ordenamiento Colombiano, acto seguido explora los elementos estructurales y efectos jurídicos de la fiducia mercantil, posteriormente, sondea características básicas de uno de los productos fiduciarios frecuentemente usado en el tráfico económico referido a la fiducia en garantía.

Delimitada la temática base de análisis, se plantea el problema de investigación: contextualizado en la fase de ejecución del contrato de fiducia mercantil en garantía en la que su fideicomitente se ve llamado a un proceso de insolvencia (*sea por reorganización o liquidación*).

Con miras a aproximarse a las consecuencias legales que afrontarán el constituyente y/o beneficiario de este tipo de fiducia, en tanto que se suspende o se imposibilita el cumplimiento de la finalidad de la fiducia constituida válidamente y de buena fe por las partes, cuando un suceso posterior a la celebración del acuerdo, y en el que no interviene la voluntad de las partes contratantes, otorga facultades al juez del trámite concursal para suspender o terminar el citado contrato, adicionalmente, concede la potestad de liquidar el patrimonio autónomo, y dependiendo del caso (*reorganización o liquidación*) devolver los bienes fideicomitidos/derechos fiduciarios al patrimonio subjetivo del deudor-fideicomitente para que integren la masa liquidatoria con el fin de que respondan ante los acreedores en el trámite concursal.

Siguiendo esa línea, esta investigación está orientada al estudio de la relatividad del concepto de limitación de responsabilidad del patrimonio autónomo constituido mediante fiducia mercantil en el contexto señalado, que a la luz del artículo 1227 C.co pareciera absoluto; y a hacer ostensibles las restricciones del principio de universalidad en el que el activo del patrimonio autónomo responde sólo hasta el límite de la finalidad querida en el contrato, así como del principio "*prior tempore potior iure*", enunciando los dilemas jurídicos que envuelve la aplicación de los artículos 1227, 1238 y 1240 Numeral 8 del Código de Comercio.

A modo de conclusión se armonizarán estos dilemas con los pronunciamientos de las autoridades en la materia, la jurisprudencia de las altas cortes y los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, con la intención de evidenciar las ponderaciones hechas respecto de los derechos en conflicto y explicando el trato que recibirán los acreedores del fideicomiso o beneficiarios respecto de la prelación de la que gozaban en virtud del contrato fiduciario, como consecuencia de alguna de las formas de insolvencia.

Nociones conceptuales generales de la fiducia en Colombia.

En materia de fiducia, el código Civil Colombiano trata la figura de la propiedad fiduciaria, al igual que la experiencia jurídica romana, esto es, como una limitación al

derecho de dominio, y sin considerarla un negocio fiduciario mercantil, sin la formación de un patrimonio autónomo, y siendo fiduciario cualquier persona, sin necesidad de cualificación especial; se aborda este tipo de propiedad en los artículos 793 a 882 del Código Civil.

De ahí que el punto de partida en temas de fiducia, es la propiedad fiduciaria, figura considerada como una limitación al derecho de dominio; es decir, que el derecho de uso, disposición y usufructo morigerado y delimitado en su alcance por el constituyente o fideicomitente, está destinado a un fin expreso e inequívoco encomendado al propietario fiduciario, quien ostenta una propiedad gravada de restitución, por ser un propietario a término o condicional, quien tiene la carga de transferir a un beneficiario o fideicomisario dicha propiedad al verificarse el cumplimiento de un plazo o condición.¹

La figura continuó evolucionando a través del desarrollo de leyes como la ley 45 de 1923 producto de la misión Kemmerer, que en el artículo 7º inciso 1º definió el fideicomiso como: *“todo encargo de confianza de los en ella expresados, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda tal encargo.”* Con lo que sentó las bases para que la banca se convirtiera en el asesor de las empresas, de la familia, de los incapaces y en auxiliar de la justicia.

Pero solo hasta 1971, con la expedición del Decreto 410 o Código de comercio se incorporó en el ordenamiento, un nuevo concepto al reglamentar la fiducia mercantil en los artículos 1226 al 1244 como un contrato mercantil típico y autónomo.

Negocio que se consolida en Colombia a partir de la expedición de la Ley 45 de 1990 con la autorización a filiales de bancos y corporaciones financieras, para desarrollarlo.²

Ulteriormente, se amplía y se especializa el espectro regulatorio de la fiducia mercantil con el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero EOSF³; así como con el Decreto 2555 de 2010, en los artículos 2.5.1.1.1, 2.5.2.1.1, y con la circular básica jurídica, título V, capítulo primero, numeral 1,1, inciso primero expedida por la Superintendencia financiera de Colombia; hoy es una figura jurídica y económica en desarrollo que reporta grandes beneficios para sus usuarios, en cuanto a la administración con transparencia de bienes y recursos, así como la ejecución de proyecto y un aliado en contra de la corrupción.

Contextualizado el marco legal de la fiducia en Colombia, resulta pertinente la aproximación conceptual a este; es un contrato de confianza mediante el cual, una persona, llamada fideicomitente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o varios bienes determinados, transfiriendo o no la propiedad de los mismos, con el ánimo de que el fiduciario cumpla una finalidad específica con ellos a favor del propio fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.⁴

¹ AGUIRRE SORIANO, David Andrés, *“Fideicomiso de inversión y de garantía, vehículos fiduciarios sui generis, en protección especial para el inversionista, el deudor y el acreedor.”* Revista de Derecho Privado, No. 49 junio 2013, Pág. 6 Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

² HERNANDES LIMONGI, Martha Patricia, *“Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia”*. Pág. 54, Editorial Legis S.A., 2011.

³ Modificado por el Decreto 2359 de 1993, Decreto 1577 de 2002, Decreto 206, y 288 de 2004.

⁴ Circular Básica Jurídica, Superintendencia financiera de Colombia, Título V, Capítulo primero, numeral 1.1.

En ese orden de ideas, y de la lectura de la definición que trae el artículo 1226 del C.co.⁵, se coligen los cuatro elementos estructurales del negocio fiduciario: un elemento subjetivo, patrimonial, teleológico, y obligacional.⁶

El elemento subjetivo: la Corte Constitucional en sentencia C-086/95 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa indicó: “*de este negocio jurídico se derivan dos partes necesarias, fiduciante y fiduciario, y una eventual: el beneficiario o fideicomisario.*”

El elemento Patrimonial: hace referencia a los bienes fideicomitidos, transferidos a título traslativo del derecho real de dominio mediante la suscripción del contrato de fiducia, que conforman un patrimonio autónomo.

El elemento Finalista o teleológico: todo contrato de fiducia debe tener una finalidad determinada por el fideicomitente en el acto constitutivo, la cual en cumplimiento de normas de orden público debe ser lícita, de ahí que, el negocio fiduciario no puede utilizarse como instrumento de fraude a la ley.

Y el elemento Obligacional: Integrado por el conjunto de derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes en el contrato.

En cuanto a las características del contrato se puede decir que es típico, principal, oneroso, conmutativo, instrumental, e *intuitu personae*, (puede ser según indicaciones) de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, es bilateral y existen muchas posibilidades para su perfeccionamiento, manifestaciones verbales, formas consensuales, hasta la posible existencia de requisitos solemnes.⁷

Clasificaciones jurídicas de la fiducia (el encargo fiduciario, la fiducia mercantil y la fiducia pública).

La fiducia esencialmente tiene dos tipificaciones jurídicas a saber: que son la fiducia mercantil y el encargo fiduciario, ejecutadas por sociedades fiduciarias sometidas a los llamados estatutos excepcionales, lo cual significa que solo pueden desarrollar las actividades para las cuales han sido expresamente autorizadas por la ley; esto es, el Capítulo V de la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, y el artículo 29 y 146 del EOSF, resaltando que la diferencia fundamental entre estos dos negocios fiduciarios radica en la transferencia de la propiedad y la constitución de un patrimonio autónomo que envuelve la fiducia mercantil, y ausentes en el encargo fiduciario.

⁵ ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, 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. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

⁶ VARON PALOMINO Juan Carlos, ABELLA ABONADO Germán Darío, “*Derechos fiduciarios y mercado de valores reflexiones frente a la normativa colombiana*”. Pág. 6, Ediciones Uniandes; Asociación de Fiduciarias 2013

⁷ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, “*La Fiducia Mercantil y Publica en Colombia*” Pág. 63 y 64, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Por su parte, el Estatuto de la Contratación administrativa modificado por la ley 1150 de 2007 introdujo una modalidad adicional llamada fiducia pública⁸, que junto con los encargos fiduciarios celebrados con entidades estatales, han contribuido al reconocimiento de la fiducia como herramienta confiable para el cumplimiento de los fines del Estado,⁹ así, la diferencia fundamental entre las dos figuras serían los bienes objetos de administración, pues está claro que en ninguno de los dos casos hay transferencia de bienes al fiduciario, ni constitución de un patrimonio autónomo afecto; entonces, los bienes a administrar mediante encargo fiduciario serían aquellos recursos derivados de contratos estatales, y los de la fiducia pública serían cualquier otro tipo de bien, que no fueran derivados de contratos estatales.

Aproximación al concepto de patrimonio autónomo y sus dilemas jurídicos.

Al suscribirse un contrato de fiducia mercantil el principal efecto jurídico que se produce es la constitución del patrimonio especial con individualidad jurídica propia, concebido como una afectación de una cantidad de riqueza a un fin determinado, en cabeza del fiduciario que deviene titular temporal de los bienes fideicomitidos.

Luego el concepto de patrimonio autónomo tendrá que ser siempre de creación legal¹⁰ en la medida en que representa una excepción al concepto subjetivo de patrimonio entendido como atributo de la personalidad, solamente las personas pueden tener un patrimonio, nadie tiene más que un patrimonio siendo inseparable e inalienable de la persona, y en esa medida representa otra excepción, pero, respecto del principio general de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, por cuanto los bienes fideicomitidos *“tienen un único propósito de asegurar un deber de prestación”* puesto que sólo garantiza obligaciones relacionadas con la finalidad para la cual fue constituido.

La Superintendencia Financiera de Colombia, define el patrimonio autónomo en las siguientes palabras: (...) *“El conjunto de bienes fideicomitidos sale real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente, haciéndose una atribución patrimonial al fiduciario originada en un verdadero derecho real de dominio pero limitado por la existencia de una relación fiduciaria que encausa el ejercicio de aquel derecho y permite presentarlo como no definitivo a la luz del artículo 1244 C.co. (...) “Y en cuanto ese conjunto de bienes sale real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (...) constituye un patrimonio autónomo especialmente afecto al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo...”* de la fiducia.¹¹

En cuanto a la exclusión de la garantía de los acreedores de la fiduciaria, es pertinente señalar que la fiduciaria es la propietaria de los bienes transferidos por el fideicomitente con ocasión de la suscripción del contrato fiduciario, sin embargo, los bienes transferidos a la fiduciaria no entran al patrimonio de esta (de ahí la obligación legal del fiduciario de llevar contabilidad separada de sus bienes propios y de los bienes

⁸ Tiene sustento en la Ley 80 de 1993 arts. 32, núm. 5º y 41, par 2º inc. 2º. Circular Básica jurídica de la Superintendencia financiera Título V, Capítulo Primero numeral 5.4

⁹ Cartilla Fiduciaria Asofiduciarias 2012, <http://www.asofiduciarias.org.co/>

¹⁰ La disposición legal que crea la figura del patrimonio autónomo en el contrato de fiducia mercantil es el artículo 1233 C.co.

¹¹ Circular Básica Jurídica 007 de 1996, Superintendencia Financiera de Colombia.

administrados) y por consiguiente no constituyen la prenda general de las obligaciones del fiduciario, dicha propiedad está determinada teleológicamente al cumplimiento de la finalidad perseguida por el fideicomitente, “es la causa y el objeto del contrato, lo que guiará todo el proceso de negociación, celebración, ejecución y terminación de este.”¹² así los bienes transferidos por el fideicomitente integran el patrimonio autónomo para respaldar las obligaciones contraídas por éste¹³.

De otro lado, la legislación mercantil prevé que los bienes del patrimonio autónomo tampoco podrán ser perseguidos por los acreedores del Fideicomitente, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso¹⁴ y se establezca por vía judicial que con la citada transferencia se produjo un desequilibrio en el patrimonio del Fideicomitente que le impide satisfacer obligaciones contraídas con anterioridad.

La persecución de los bienes dados en fiducia mercantil a manos de los acreedores, resulta viable en la medida en que en el instante en que el fideicomitente suscribe el contrato de fiducia, de manera concomitante se desencadena un intercambio de bienes y derechos, pues al transferir los bienes desde su patrimonio, al patrimonio autónomo, recibe de este los derechos fiduciarios equivalentes; por consiguiente, en la operación en la que los bienes salen del patrimonio e ingresan los derechos fiduciarios, se deja una huella que es la que rastrea el acreedor para satisfacer su crédito.

Bajo este análisis y para el cumplimiento del propósito perseguido con este escrito, es relevante indicar los dilemas jurídicos que trae consigo la aplicación de los artículos 1227, 1238 y 1240 C.co. Como sigue:

- Art.1227 C.co (los bienes fideicomitados sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida),
- Art.1238 C.co (Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante o fideicomitente, a menos que sus acreencias sean anteriores) y
- Art.1240 C.co. (terminación del negocio fiduciario por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario y por imposibilidad absoluta de realizar sus fines).

Disyuntivas en el entendido que el patrimonio autónomo del que habla el art. 1227 C.co constituido tiene como único objeto asegurar el cumplimiento de la finalidad perseguida con el contrato fiduciario, pero en esta medida resulta obvia la intencionalidad del fideicomitente al constituir un patrimonio autónomo de materializar una escisión de sus bienes evitando comprometer la totalidad de su patrimonio en un solo negocio jurídico, como mecanismo para mitigar los riesgos propios de las contingencias en actividades

¹² BARRIOS REINA, Juan Pablo “La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial.” Revista de Derecho Privado No. 51 Junio, 2014, Pág. 6 Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

¹³ Artículo 1227 Código de Comercio.

¹⁴ la Corte Suprema de Justicia Sentencia del 25 de enero de 2010, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, precisó que el inciso 1º del artículo 1238 del Código de Comercio, contempla una acción auxiliar al alcance de los acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución del Contrato Fiduciario, y cuyo objeto es establecer un mecanismo que materialice la garantía de que los bienes del deudor son efectivamente la prenda general de los acreedores y que aquél no puede valerse del pacto fiduciario en detrimento de estos. Ahora bien, el inciso 2º hace referencia a una acción pauliana.

empresariales, referidos a temas de quiebra en general, es la estrategia de ubicar los huevos en canastas diferentes.

Siguiendo esa línea, pareciera que la ley colombiana le otorgará cualidades absolutas de separabilidad de los bienes a dicho patrimonio autónomo, (*como sucede en la tradición anglosajona*) por lo que los bienes solo entrarían a responder por la finalidad perseguida y por las obligaciones contraídas, pues los bienes son de destinación exclusiva, por cuanto el patrimonio autónomo es una universalidad de derecho en donde el activo responderá siempre por el pasivo.

Ahora bien, entrando en materia en el problema jurídico de este trabajo y a la luz del inciso primero del artículo 1238 C.co se consagra que los bienes fideicomitidos del patrimonio autónomo no pueden ser perseguidos por acreedores de las partes del contrato; a menos que dichos acreedores sean anteriores a la constitución del negocio jurídico; siendo este un artículo que al establecer esa condición relativiza el concepto de separabilidad patrimonial, de limitación de responsabilidad del patrimonio autónomo y el principio de universalidad en el que el activo respondería hasta el límite de la finalidad querida en el contrato, devolviendo así todos los huevos a una sola canasta.

Estos evidentes inconvenientes estructurales que entraña la norma que rige la fiducia en Colombia, tienen su génesis en el intento del legislador de encajar la figura del trust anglosajón en nuestro ordenamiento de estirpe romana, *“toda vez que el derecho inglés –cimentado en las instituciones del common law y de la equity- admite la concepción de un doble dominio sobre las cosas –ya que el concepto de equity permite flexibilizar las normas (...) en cambio, nuestro derecho es rígido, apegado a la norma, y en tal sentido no permite que se pueda concebir que sobre una misma cosa existan dos propietarios”*.¹⁵

Ernesto Rengifo García explica con suficiencia la dualidad esbozada, así: *“la concepción romanista de la propiedad no admitía una doble titularidad sobre un mismo bien, a diferencia de lo que ocurría bajo el common law en donde ello era perfectamente posible. En el trust, se refleja una particular concepción jurídica en donde se analiza la propiedad no desde el punto de vista del objeto sobre el cual recae el derecho, sino sobre el interés o beneficio económico que ella pueda reportar. Por consiguiente, sobre un mismo objeto pueden coexistir dos intereses económicos. Lo importante pues es la función económica que la propiedad cumple. Y a esa función se le llama interés o state”*¹⁶. *En estricto rigor, en el derecho anglosajón no se es propietario de la cosa, se es propietario de un interés”* (...)

(...) En el trust se presenta una escisión de derechos, o mejor de intereses, entre el trustee y el beneficiary. Desde el punto de vista del civil law, quien tiene el beneficio de la propiedad es su titular y tiene además el derecho de disponer de ella a su arbitrio. La idea de quitarle la facultad de disposición al verdadero titular resulta incompatible con

¹⁵ Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – Capítulo Colombiano, *“Algunos aspectos controversiales de la concursabilidad”* Pág. 507, Editorial Ibáñez, 2012 Bogotá.

¹⁶ (...) Es una idea parecida a lo que en derecho colombiano se encuentra en la división que se hace de usufructo y nuda propiedad, en donde existe un solo bien con dos propietarios de distintos intereses. Sin embargo, la idea en el derecho inglés es diferente, más sutil y más compleja. (Rengifo).

*las tradicionales reglas del derecho civil. Sin embargo, por el peso de las circunstancias el trust ha sido objeto de recibo en países de tradición romana.*¹⁷

Claramente las consecuencias jurídicas de las complejidades de la norma no se hacen esperar, resultará imposible ejecutar el contrato de fiducia mercantil, la terminación del fideicomiso estará en cabeza de voluntades que no participaron en el acto constitutivo (acreedores y el juez), habrá una liquidación judicial del patrimonio autónomo y los bienes fideicomitidos/derechos fiduciarios que lo integraban se devolverán al patrimonio de su constituyente, dejando de garantizar las obligaciones relacionadas con la finalidad y pasando a garantizar la prenda general de los acreedores del deudor, sobrevendrá una reclasificación de los acreedores del fideicomiso o beneficiarios respecto de la prelación de la que gozaban en virtud del contrato fiduciario, y todo esto redundará en un gran desgaste para las partes del contrato, (y en este punto resulta inevitable recordar el salvamento de voto del Dr. Arrubla¹⁸).

Entonces surgen interrogantes como: ¿la separabilidad patrimonial produce efectos jurídicos en nuestra legislación, o es una mera ficción? ¿Qué tipo de obligaciones garantizan los bienes fideicomitidos del patrimonio autónomo objeto de una fiducia mercantil? ¿Se puede dar una destinación diferente a los bienes fideicomitidos de un patrimonio autónomo? ¿El patrimonio autónomo es una verdadera universalidad de derecho? ¿Cuál es el alcance del contrato fiduciario y de la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes?

Generalidades de la fiducia en garantía.

Los precitados interrogantes se agudizan y se vuelven álgidos si hablamos específicamente de la fiducia en garantía, por la finalidad perseguida, pues en los extremos de la ecuación de este producto fiduciario¹⁹ encontraremos de un lado al acreedor beneficiario del fideicomiso y en contraposición estarán los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración del contrato fiduciario, en consecuencia, se sopesarán sobre la balanza el derecho del deudor/fideicomitente a disponer de sus bienes y acceder al crédito para lograr sus objetivos, versus, el derecho de los dos tipos de acreedores a satisfacer sus deudas y no ser defraudados.

El estatuto mercantil no consagró la figura de la fiducia de garantía, y solo hasta 1996 ésta fue regulada en la Circular Básica Jurídica 007, título V, capítulo I, numeral 8.4. Su

¹⁷ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *“La Fiducia Mercantil y Publica en Colombia”* Pág. 34, Universidad Externado de Colombia, 2012.

¹⁸ Salvamento de voto, Dr. Jaime Arrubla Paucar, sentencia del 25 de enero de 2010, Corte Suprema de Justicia Sala de casación Civil, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Expediente 11001-3103-031-1999-01041-01. Las demás interpretaciones, entre ellas la de la sentencia, no son otra cosa que pensar con el deseo, de lo que se debió haber hecho por el legislador y no se hizo, pues hay que admitir que la norma es una barbaridad jurídica. Hecha por el suelo todo lo que se quería realizar al configurar un patrimonio autónomo. No se explica el suscrito como se hace fiducia en Colombia, con una norma de este talante. Pero tal despropósito no justifica otro, como el de querer hacer decir a la norma lo que en realidad no dice. El artículo 1238 C. Co, advierte en su primer enunciado sobre la independencia y la seguridad que ofrece el patrimonio autónomo; pero luego se contraría diciendo que los acreedores anteriores a la configuración del patrimonio autónomo podrán perseguir los bienes del deudor fiduciante; el legislador al consagrar esta excepción derrumba la concepción de patrimonio autónomo, dejándola sin fuerza, al permitir que los acreedores anteriores a la constitución del mismo puedan perseguir los bienes fideicomitidos.

¹⁹ Tratados por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante la circular 046 de 2008.

antecedente de inadmisibilidad por adolecer de ilicitud al violar la leyes que prohibían el pacto comisorio, materializado en un concepto de la Superintendencia Bancaria de 1974, se reemplaza, en 1981 y se valida argumentando que no procede la aplicación del citado pacto comisorio cuando el beneficiario del fideicomiso de garantía es un tercero.

En ese orden, el negocio fiduciario de garantía se define como 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, 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 fideicomitado que, por los usos mercantiles, se representa con los certificados de garantía que al efecto se expiden.²⁰

El negocio fiduciario de garantía puede desarrollarse a través de la celebración de encargos fiduciarios o de contratos de fiducia mercantil, no obstante, por el enfoque de esta investigación, sin embargo, es mi interés examinarlo desde la fiducia mercantil en donde ocurre la verdadera transferencia de bienes.

Acorde con lo descrito, este producto fiduciario no solo facilita el acceso a la garantía de obligaciones en el mercado real de bienes y servicios, sino que a su vez facilita el acceso a la financiación en el mercado de dinero, dado que el ordenamiento jurídico faculta al deudor y al sistema financiero para constituir garantía admisible a través de este vehículo fiduciario, en el marco de operaciones activas de crédito, en virtud del artículo 2.1.2.1.4, literal f), del Decreto Reglamentario 2555 de 2010, que derogó el Decreto 2360 de 1993; es decir, el fideicomitente podrá, a través de este instrumento, acceder al préstamo de los montos que el artículo 2.1.2.1.2 autoriza si y solo si existen garantías calificadas, idóneas y admisibles, siendo la fiducia en garantía, dentro de los negocios fiduciarios, única en su género por tal connotación.²¹

En este punto, con los temas abordados de manera precedente y para la comprensión adecuada del análisis planteado, resulta imprescindible ubicar el contexto en el que se forja el problema materia de estudio, el cual sucede en la fase de ejecución del contrato de fiducia mercantil en garantía en la que su fideicomitente se ve llamado a un proceso de insolvencia, que suspende o imposibilita el cumplimiento de la finalidad de la fiducia, facultando al juez del trámite concursal para decidir sobre el destino de los bienes fideicomitados, resguardados en un patrimonio autónomo.

Por lo anterior, a continuación brevemente se revisarán tres temas, algunas nociones y antecedentes legales del régimen de insolvencia en Colombia, su trascendencia, y el

20 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Impugnación de Tutela de 21 de agosto de 2008. M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, expediente 2008-00151-01.

21 AGUIRRE SORIANO, David Andrés, "Fideicomiso de inversión y de garantía, vehículos fiduciarios sui generis, en protección especial para el inversionista, el deudor y el acreedor." Revista de Derecho Privado, No. 49 junio 2013, Pág. 10 Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

desarrollo del proceso de insolvencia del citado fideicomitente, para finalizar con las conclusiones.

Marco legal de la insolvencia en Colombia.

Tomando como referencia las conclusiones del artículo “Insolvencia: evolución de un concepto” se identifica que: no existe una noción clara y uniforme sobre el significado del término insolvencia, no obstante, la teoría más aceptada en las legislaciones consultadas apunta a que el mismo significa "incapacidad" o "impotencia" para el pago de las obligaciones.

En algunas legislaciones insolvencia equivale a cesación de pagos, pero, a veces se considera causa de la cesación y a veces representa la cesación misma, en el mismo sentido, la insolvencia admitiría grados, y podría ser provisional o definitiva, dependiendo de si deriva de una simple falta de liquidez, o de un desbalance entre activos y pasivos en un momento determinado. (...) sin embargo, la insolvencia ha dejado de significar un estado económico o patrimonial, para convertirse en todo un procedimiento.²²

La evolución jurídica de la insolvencia en Colombia, no solo es variada sino que da fe de la dinámica de la historia de crisis del país y del trato que ha merecido el deudor en cada una de esos momentos, sobre este particular, el íter legal evidencia tres etapas:²³ una etapa peligrosista (1940-1969) Decreto 750 de 1940 presumía la mala fe del comerciante, decreto de gran severidad y con un enfoque de castigo hacia la situación de insolvencia.

Una etapa intervencionista (1969-1990) se declara la inexequibilidad del decreto 750 y se expide el Decreto 2264 de 1969 que por su ineficiencia fue derogado por el Decreto 410 de 1971 Código del Comercio, reglamentación deficiente que provocó la expedición del Decreto 350 de 1989, relevante por su preocupación en la protección del empresario deudor.

Y la etapa aperturista (1991) comienza con la promulgación de la constitución política y de normas como la ley 222 de 1995, que reemplaza la quiebra por el procedimiento concursal, posteriormente, la ley 550 de 1999 suspende lo relativo al concordato y lo reemplaza por el acuerdo de reestructuración, vigente hoy para entidades territoriales con alto nivel de endeudamiento.

Por su parte la ley 1116 de 2006, cuyo objeto es *“la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de Liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”*; ofrece dos procedimientos a saber:

²² CUBEROS GÓMEZ, Gustavo, *“Insolvencia: evolución de un concepto.”* Revista de Derecho Privado, No. 34 junio 2005, Pág. 50 Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

²³ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, *“Régimen de insolvencia empresarial Colombiano”*, Pág. 6 Bogotá: 2011.

- “el proceso de reorganización que pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.”
- Y “El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.”

Proceso de insolvencia del fideicomitente.

Con el fin de entender los orígenes del tratamiento que otorga la ley 1116 de 2006 a este tipo de situaciones fácticas y jurídicas, se enunciarán los apartes relevantes de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades que fija la posición ante el vacío normativo de la época en este asunto, y que constituyó el sustento de la citada ley.²⁴

El debate tiene su antecedente en vigencia del Decreto 350 de 1989, con el sonado proceso concordatario de Acerías Paz del Río, quienes entregaron como garantía de acreencias a favor de una entidad bancaria el paquete accionario de cementos PAZ DEL RIO S.A., y constituyeron con dichos títulos un patrimonio autónomo afecto al cumplimiento de la obligación crediticia.²⁵

Indica la Superintendencia que el fiduciario está imposibilitado para ejecutar la finalidad de pago perseguida por una fiducia mercantil en garantía cuando el fideicomitente se ve inmerso en un proceso de insolvencia posterior a la celebración del contrato fiduciario, sin la autorización del juez del concordato, pues es su deber velar por la efectividad de la igualdad de los acreedores (...) y que resulta tangible que la fiducia en garantía se puede ver frustrada por el concordato del deudor.²⁶

Señaló la Superintendencia que la fiducia en garantía implica la posibilidad de obtener el pago de obligaciones sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria, siempre que se ejerza antes de iniciar el proceso concursal, por cuanto este proceso es de carácter universal y su objetivo es la conservación y recuperación de la empresa, ello hace que los acreedores de la concordada, beneficiarios de la fiducia se obliguen a hacerse parte en el proceso, para de esta manera dársele aplicación al principio de la *par conditio omnium creditore*.

(...) Además, la sola constitución de la garantía no es pago ni convierte en dueño de los bienes fideicomitados, al acreedor beneficiario. En consecuencia, si la ejecución de la garantía se lleva a cabo con posterioridad a la admisión del trámite concordatario del empresario fiduciante y deudor, para su eficacia legal se requiere de la sujeción a las normas legales concordatarias, so pena de nulidad de pleno derecho.²⁷

Posteriormente, y con ocasión del caso de FATECOLCAR²⁸, expreso el ente de control que el objeto del concordato es buscar la protección del orden público económico, al

²⁴ Auto 410-6017 del 18 de diciembre de 1995 Superintendencia de Sociedades.

²⁵ Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – Capítulo Colombiano, “*Algunos aspectos controversiales de la concursalidad*” Pág. 512, Editorial Ibáñez, 2012 Bogotá.

²⁶ Auto 410-3480 del 4 de junio de 1997 Superintendencia de Sociedades.

²⁷ Auto 410-6017 del 18 de diciembre de 1995 Superintendencia de Sociedades.

²⁸ Auto 410-4253 del 8 de julio de 1997 Superintendencia de Sociedades.

cual deben supeditarse a los intereses particulares, atados contra la voluntad, a un orden legal de prelación de pagos, establecido en beneficio de los acreedores de la empresa en concordato. Disposiciones de carácter imperativo que prevalecen sobre la autonomía de la voluntad privada, por el interés jurídico superior protegido por ellas, cual es el orden público.

Ulteriormente, y con ocasión del caso de CERVECERÍA ANCLA²⁹, manifestó que la finalidad de la fiducia debe ceder frente a los propósitos de los procesos concursales, lo cual significa que el fideicomiso es un instrumento para precautelar sus créditos y facilitar el recaudo de sus derechos en caso de mora del deudor, pero al entrar en conflicto con la razón de ser de los procesos concursales, la conclusión no es satisfactoria para sus intereses individuales, sino más bien para la empresa en concordato, la que por ser fuente generadora de empleo, y por ello mismo esencial para el sistema económico general se beneficia del abrigo que ofrece el proceso concordatario, y simultáneamente, queda impedida para pagar como quiera, por sí misma o por medio de terceros, las deudas a su cargo.

Adicionalmente precisa que la admisión del fideicomitente al trámite concordatario genera una alteración tan profunda en las condiciones en las que se debe ejecutar el contrato, que obliga a una interpretación diferente de las normas que regulan las relaciones jurídicas entre las personas, y que la ejecución del contrato más que ilícita se torna inconveniente, menciona el deber constitucional de solidaridad respecto de las empresas que se encuentren en condición de colaborar a una empresa en situación apremiante de concordato.

Resalta que la fiduciaria en desarrollo del contrato de fiducia obra como mandataria del fideicomitente, lo que implica que los pagos que esté realizando recaen directamente sobre el fideicomitente, y por tanto, no se subrogan; en consecuencia, las obligaciones que cancela no son obligaciones propias, sino que son obligaciones del deudor en concordato, sometidas a las prescripciones de la ley 222 de 1995 y por consiguiente, cualquier pago que se haga, sin autorización de la Superintendencia de Sociedades, es ineficaz.³⁰

Luego, en el caso de KAMIMOTORS³¹, la Superintendencia destacó la obligación del acreedor beneficiario de hacerse parte en el proceso concursal junto con los otros acreedores con el fin de hacer efectivo su crédito, independientemente de la garantía constituida a su favor. Recordó que una vez se declare la apertura al trámite liquidatorio, el fiduciario no puede enajenar los bienes de la fiducia porque contractualmente la facultad de enajenación le había sido otorgada y determinada por el constituyente exclusivamente para una finalidad, que ya no la puede cumplir, sino por intermedio del liquidador y con autorización del Juez del concurso.

Y en caso de que los bienes no estén en manos del liquidador para que éste proceda a pagar, el liquidador debe recibirlos, incluyendo los bienes de la fiducia y dar por terminado el contrato, ante la configuración de una de las causales de extinción del contrato fiduciario por imposibilidad absoluta de realizar sus fines (art. 1240 C.co) causal

²⁹ Auto 410-6047 del 12 de septiembre de 1997 Superintendencia de Sociedades.

³⁰ Auto 410-6048 del 12 de septiembre de 1997 Superintendencia de Sociedades.

³¹ Auto 440-8749 del 10 de diciembre de 1997 Superintendencia de Sociedades.

que conlleva al reintegro de los bienes del patrimonio al fiduciante, hoy deudor concursado.

Ahora se hará una referencia sucinta de cómo la ley 1116 de 2006 resuelve las lagunas que en temas de fiducia en garantía reportaba el concordato, la liquidación obligatoria y los acuerdos de restructuración; de las leyes 222 de 1995 y 550 de 1999, mediante la aplicación de la reorganización o de la liquidación judicial del insolvente.

En tratándose del trámite de reorganización se consagra la regla de imposibilidad de ejecutar fiducias sin la respectiva autorización del juez, sin que la aceptación del trámite implique necesariamente la terminación del citado contrato fiduciario, y una vez presentada la solicitud del proceso de reorganización prohíbe la constitución de garantías que recaigan sobre bienes del deudor; así mismo, regula la excepción a esta regla, de ejecutar fiducias cuando el patrimonio esté constituido por bienes de titularización colocados a través del mercado público de valores; concede una prerrogativa al acreedor de fiducia mercantil y encargo fiduciario pues lo equipara con créditos de segunda o tercera clase, atendiendo a la naturaleza de los bienes.

Y en lo referido al trámite de liquidación estipula que la apertura del proceso implica la terminación de los contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario celebrados por el deudor para amparar obligaciones, agrega, que las obligaciones adquiridas por el patrimonio autónomo serán tenidas como obligaciones del fideicomitente, y en tal virtud al acaecer el suceso, la fiduciaria deberá entregar los bienes al liquidador para que sean restituidos a la masa del deudor, realizando la cancelación de los certificados de garantía y la reclasificación de los acreedores garantizados, en acreedores prendarios o hipotecarios según el tipo de bien afecto al pago de la deuda.

Determina que para excluir de la masa de la liquidación los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía, es necesario el registro del respectivo contrato en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante³² y en el registro de garantías mobiliarias de que trata la ley 1676 de 2013, cuando los bienes fideicomitados hagan parte de la unidad de explotación económica del fideicomitente y este pueda venderse en los términos del parágrafo del artículo 81 de la ley 1116.³³

Se puede observar el fenómeno de la evolución legislativa, teniendo como base los pronunciamientos jurisprudenciales de la Superintendencia de sociedades, a la que se le debe reconocer el juicioso esfuerzo en los desarrollos hechos con el objeto de blindar el ordenamiento y la práctica mercantil de los intentos de fraude a terceros, adjudicándole valía a la igualdad de los acreedores, y a los derechos que tiene valor económico en la sociedad.

Conclusiones.

El objetivo de esta investigación consistió en indagar cómo un suceso posterior a la celebración de un contrato fiduciario en garantía, en el que no interviene la voluntad de las partes contratantes, otorga facultades al juez del trámite concursal para: suspender o terminar el contrato válidamente celebrado, liquidar el patrimonio autónomo

³² Artículo 12 del Decreto 1038 de 2009.

³³ CARDENAS MEJÍA, Juan pablo, *“El contrato de Fiducia y el Patrimonio Autónomo”*, pág. 74, Bogotá Ed. Universidad del Rosario, Asociación de fiduciarias, 2014.

constituido, y dependiendo del caso (*reorganización o liquidación*) devolver los bienes fideicomitidos al patrimonio subjetivo del deudor para que integren la masa liquidatoria con el fin de que respondan ante los acreedores en el trámite concursal.

Fue pertinente reconocer la naturaleza del trámite concursal como un estado especial y delicado, que trastoca todas las relaciones jurídicas y económicas del comerciante y del patrimonio autónomo constituido, y que se sobrepone a los principios que parecieran absolutos tales como: el de disposición de bienes, de limitación de responsabilidad patrimonial, "*prior tempore, potior iure*" y de universalidad, buscando un fin superior, cual es, el orden económico y jurídico.

Se evidenció como en la intimidad del trámite de insolvencia, el legislador, el operador judicial, y el empresario con el objeto de evitar el fraude a la ley, están obligados a realizar una cuidadosa ponderación de derechos, en la cual, los derechos jurídicos de las partes de un contrato, por su carácter de interés particular, deben ceder frente a los derechos económicos de orden público por su carácter general, sin que ello implique una afectación normativa o una transgresión de la seguridad jurídica, ni de la validez del acuerdo de voluntades; De ahí la afirmación de que "*La fiducia deba ser respetada hasta el momento en el cual su ejecución viole una norma de orden público como son las normas de carácter concursal.*"³⁴

Por consiguiente, los actos de disposición de bienes del deudor concursado, en el intento de recuperación o con el fin de satisfacer los créditos de sus acreedores, no se pueden estudiar como hechos aislados, sino como parte de un todo, en tanto, repercuten directamente en la economía y la jurisprudencia nacional.

³⁴ Córdoba Pablo, "*La fiducia y los procesos concursales*" Departamento de derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998.

Bibliografía.

AGUIRRE SORIANO, David Andrés, "*Fideicomiso de inversión y de garantía, vehículos fiduciarios sui generis, en protección especial para el inversionista, el deudor y el acreedor.*" Revista de Derecho Privado, No. 49 junio 2013, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS ASOFIDUCIARIAS. La cartilla fiduciaria, fiducia para todos. 2015.

BARRIOS REINA, Juan Pablo "*La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial.*" Revista de Derecho Privado No. 51 Junio, 2014, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

CARDENAS MEJÍA, Juan pablo, El contrato de Fiducia y el Patrimonio Autónomo, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Asociación de fiduciarias, 2014.

CUBEROS GÓMEZ, Gustavo, "*Insolvencia: evolución de un concepto.*" Revista de Derecho Privado, No. 34 junio 2005, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

GONZALEZ LEÓN, Carlos "*El patrimonio autónomo fiduciario en el proceso de reorganización empresarial.*" ADVOCATUS edición especial No. 21: 137 - 152, 2013 Universidad Libre Seccional Barranquilla.

HERNANDES LIMONGI, Martha Patricia, Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia. Bogotá: Editorial Legis S.A., 2011.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La Fiducia mercantil y pública en Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Régimen de insolvencia empresarial Colombiano, Bogotá: 2011.

RODRIGUEZ ESPITÍA, Juan José, Algunos Aspectos Controversiales de la Concursalidad, 6º Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; 2012.

VARON PALOMINO Juan Carlos, ABELLA ABONADO Germán Darío, Derechos fiduciarios y mercado de valores reflexiones frente a la normativa colombiana, Bogotá: Ediciones Uniandes; Asociación de Fiduciarias 2013.